

Medienethik

Der Fall «Lucie» und die Folgen

Zivilrecht

Film und Persönlichkeitsschutz

Datenschutzrecht

Zulässiges Sammeln von IP-Adressen zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

www.medialex.ch

14. Jahrgang
14^e année

Herausgeber

Directeurs de la publication

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

Redaktionsleitung

Chef de rédaction

RA Dr. Oliver Sidler

| | |
|---|-----|
| im brennpunkt en point de mire | 125 |
| Presserat: Veröffentlichung von Bild und Namen eines Tatverdächtigen | 125 |
| Der Fall «Lucie»: Dem Presserat kann nicht gefolgt werden. | 127 |
| FRANZ RIKLIN | |
| Der Fall «Lucie»: Urteil der Presserat allzu restriktiv? | 129 |
| MARTIN KÜNZI | |

| | |
|---|-----|
| untersuchungen études | 131 |
| Film und Persönlichkeitsschutz | 131 |
| THOMAS GEISER | |

| | |
|--|-----|
| entscheidungen décisions | 140 |
| Inhaltsverzeichnis Sommaire | 140 |
| Die Entscheidung La décision | 143 |
| Weitere Entscheidungen Autres décisions. | 150 |
| 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht | 150 |
| 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit | 150 |
| 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit | 156 |
| 1.3 Radio- und Fernsehrecht | 160 |
| 1.5 Kunstrecht | 166 |
| 1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation. | 168 |
| 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen | 169 |
| 3. Strafrecht | 170 |
| 3.1 Ehrenschatz (StGB/UWG) | 170 |
| 3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter | 171 |
| 3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit | 171 |
| 4. Privatrecht | 173 |
| 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz | 173 |
| 4.2 Arbeitsrecht | 176 |
| 5. Urheberrecht | 176 |
| 5.2 Verwertungsrechte | 176 |
| 8. Ethik/Selbstregulierung | 177 |
| 8.1 Ethik des Journalismus | 177 |

| | |
|--|-----|
| bücher, zeitschriften livres, revues | 184 |
|--|-----|

Presserat: Veröffentlichung von Bild und Namen eines Tatverdächtigen

Zwei Stellungnahmen zum Entscheid des Presserates vom 7. Mai 2009

Der Presserat äusserte sich in einer Stellungnahme vom 7. Mai 2009 zum Verhalten der Presse anlässlich der Tötung eines 16-jährigen Au-pair-Mädchens und kam u.a. zum Schluss, dass die Veröffentlichung einer Fahndungsmeldung oder eines Zeugenaufrufs durch die Medien gerechtfertigt ist, wenn unmittelbare Gefahr im Verzug ist. Dies gilt beispielsweise, wenn weitere Verbrechen drohen und/oder der Tatverdächtige auf der Flucht ist sowie wenn er die Tat bestreitet. Unverhältnismässig ist die Veröffentlichung von Namen und Bild hingegen, wenn der mutmassliche Täter bereits gefasst und geständig ist sowie wenn sich bereits vor der Veröffentlichung eines Zeugenaufrufs eine grosse Zahl möglicher Zeuginnen bei den Behörden gemeldet hat. Nach den auf dieser Seite abgedruckten Erwägungen des Presserates folgen auf den nächsten Seiten zwei Stellungnahmen zum Presseratsentscheid von Prof. Franz Riklin, Universität Freiburg, und Martin Künzi, Sekretär des Schweizer Presserates. Auf Seite 182 ist zudem ein kurzer Kommentar von Denis Masméjan zum Entscheid abgedruckt.

In dieser Stellungnahme äusserte sich der Presserat von sich aus zum Verhalten der Presse anlässlich der Tötung eines 16-jährigen Au-pair-Mädchens. Im Rahmen dieser Vorkommnisse wurde an der vom Schweizer Fernsehen direkt übertragenen Medienkonferenz über den Stand der Ermittlungen informiert und dabei der volle Name und das Foto des mutmasslichen Täters veröffentlicht mit der Begründung, die Polizei suche weitere Mädchen, die mit dem Täter Kontakt hatten. Daraufhin wurde das Foto und der Name vom überwiegenden Teil der Schweizer Medien publiziert, von den einen im Kontext der polizeilichen Suche, von anderen hingegen als grosser Aufmacher (z.B. «Das ist er, der Mörder von Lucie»).

Erwägungen

1. Die «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» gebietet in Ziffer 7, die Privatsphäre zu respektieren, «sofern das öffentliche Interesse nicht das Gegenteil verlangt». Die Richtlinie 7.6 (Namensnennung) zur «Erklärung» hält fest: Journalistinnen und Journalisten veröffentlichen «grundsätzlich weder Namen noch andere Angaben, die eine Identifikation einer von einem Gerichtsverfahren betroffenen Person durch Dritte ermöglichen, die nicht zu Familie, sozialem oder beruflichem Umfeld gehören, also ausschliesslich durch die Medien informiert werden». Die Richtlinie nennt allerdings auch Ausnahmen von dieser Grundregel:

- ausdrückliche Einwilligung der Betroffenen;
- überwiegendes öffentliches Interesse;

- Nennung eines politischen oder amtlichen Funktionsträgers, soweit das Delikt einen Bezug zu dieser Funktion hat;
- Gefahr von Verwechslungen, falls der Name nicht genannt wird;
- wenn die Person bereits allgemein bekannt ist.

Die letztgenannte Ausnahme von der Regel ist zurückhaltend anzuwenden, da es häufig die Medien sind, welche durch Verletzung dieser Richtlinien für die Bekanntheit gesorgt haben. (...)

3. Wenn der Presserat nun den aktuellen Sachverhalt aufgreift, obwohl er sich bereits zu zwei vergleichbaren Fällen geäussert hat, geht es ihm nicht darum, einzelnen Medien Zensuren zu verteilen. Die von der gesamten Medienbranche getragene Institution «Presserat» als Instanz der medienethischen Selbstkontrolle erfüllt ihren Zweck aber nur dann, wenn die vom Presserat geforderte und geförderte berufsethische Selbstreflexion in der Alltagspraxis der Redaktionen Niederschlag findet. Angesichts der öffentlichen Empörung und des überraschenden, nicht alltäglichen Vorgehens der Aargauer Behörden an der Medienkonferenz ist es für den Presserat ein Stück weit nachvollziehbar, dass zahlreiche Medien den Namen und das Bild spontan veröffentlichten. Medienschaffende sollten aber nicht reflexartig publizieren, was Behörden zur Publikation freigeben. Vielmehr wird von Journalistinnen und Journalisten erwartet, in derartigen Situationen eigenständige berufsethische Überlegungen anzustellen. Dazu würde aus Sicht des Presserates im konkreten Fall gehören, das Handeln der Behörde in Bezug auf die Freigabe von Namen und Bild kritisch zu hinterfragen und bei den Verantwortlichen nachzuhaken. Auch wirtschaftlich schwierige Zeiten, strukturelle Veränderungen in der Medienlandschaft und der im Onlinezeitalter noch grösser gewordene zeitliche Druck dürfen nicht dazu führen, dass berufsethische Überlegungen hintanstehen.

4. Von den in der Richtlinie 7.6 zur «Erklärung» genannten Ausnahmen, bei denen eine identifizierende Berichterstattung ausnahmsweise zulässig ist, sind bei der Berichterstattung im Mordfall «Lucie» einerseits die Generalklausel «überwiegendes öffentliches Interesse», andererseits die allgemeine Bekanntheit der betroffenen Person näher zu prüfen.

a) Wie bereits in der Stellungnahme 6/2003 ausgeführt, liegt die mögliche Aufklärung weiterer Delikte und die möglichst genaue Ermittlung der Tatumstände durch die Strafverfolgungsbehörden im öffentlichen Interesse. Dieses wiegt aber nur dann schwerer als das Interesse am Schutz der Privatsphäre des Täters und insbesondere auch seiner Angehörigen, wenn unmittelbare Gefahr im Verzug ist. So beispielsweise, wenn weitere Verbrechen drohen, wenn der Tatverdächtige auf der Flucht ist oder wenn er die Tat bestreitet. Derartige Zeugen- und Fahndungsaufrufe werden von den Medien in der Regel diskussions-

los veröffentlicht. Gerechtfertigt war ausgehend von diesen Kriterien die Veröffentlichung der Vermisstmeldung der Schwyzer Polizei. Beim Zeugenaufruf der Aargauer Behörden vom 12. März dagegen hatten sich bereits vor der Medienkonferenz – also auch ohne Veröffentlichung von Namen und Bild – gegen 30 Frauen gemeldet, die geltend machten, vom mutmasslichen Mörder mit dem «Model-Trick» angesprochen worden zu sein. Entsprechend war es aus Sicht des Presserats – jedenfalls auf der Basis der bekannt gewordenen Fakten – bei einer Abwägung der Interessen nicht verhältnismässig, den Zeugenauf-ruf mitsamt Bild und vollem Namen zu veröffentlichen.

b) War die Anonymisierung des Täters und der Verzicht auf die Veröffentlichung des Bildes nicht mehr nötig, nachdem die Medienkonferenz der Aargauer Behörden bereits vom Schweizer Fernsehen übertragen worden war? Der Presserat hat sich auch mit dieser Frage bereits einmal auseinandergesetzt. In der Stellungnahme 7/1999 ging es um die Medienberichterstattung über eine besonders in der Westschweiz stark beachtete Entführungsaffäre. Damals gelangte der Presserat zum Schluss, die Umstände der Identifikation eines mutmasslichen Täters durch die Behörden – beispielsweise bei einer Identifikation anlässlich einer vom Fernsehen direkt übertragenen Pressekonferenz – könne jegliche berufsethische Zurückhaltung der Medien als nutzlos erscheinen lassen.

Allerdings lassen sich die beiden Fälle in Bezug auf die Bekanntheit der betroffenen Personen nicht direkt vergleichen. Bei der damaligen Entführungsaffäre war der Vater eines der Entführer ein bekannter Politiker, weshalb der Name des Betroffenen in der Westschweiz sofort allgemein bekannt war, sobald er an die Öffentlichkeit gedrungen war. Im Falle des mutmasslichen Mörders von Lucie liegt die Sache anders. Zwar war die mediale Aufmerksamkeit auch hier aussergewöhnlich gross. Der Betroffene war aber auch nach der Direktübertragung der Medienkonferenz durch das Schweizer Fernsehen nicht derart allgemein bekannt, dass danach eine anonymisierende Berichterstattung zwecklos geworden wäre. Darauf deutet auch der Umstand hin, dass die meisten Medien, die sich am 12./13. März 2009 für die Veröffentlichung von Namen und Bild entschieden, spätestens nach einigen Tagen wieder zu einer anonymisierenden Berichterstattung zurückkehrten. Generell würde es zudem den Verantwortlichen von Radio- und Fernsehveranstaltern sowie Onlinediensten, welche Medienkonferenzen und vergleichbare Veranstaltungen ungeschnitten übertragen, gut anstehen, sich aufgrund derartiger Erfahrungen darüber Gedanken zu machen, welche geeigneten technischen oder redaktionellen Vorsichtsmassnahmen sie treffen sollten, um in derartigen Situationen angemessen reagieren zu können.

5. Selbst wenn ein Medium nach einer sorgfältigen Interessenabwägung im Einzelfall zum Schluss kommt, eine Veröffentlichung eines Zeugenaufrufs mit Namensnennung und Foto sei berufsethisch vertretbar, ist darauf zu achten, dass die Art und Weise der Berichterstattung verhältnismässig bleibt (vgl. dazu jüngst die Stellungnahme 19/2009). Bei einer Veröffentlichung von Namen und Bild des geständigen Tatverdächtigen im Mordfall «Lucie» war unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit wenn überhaupt höchstens eine zurückhaltende, einen unmittelbaren Zusammenhang zum Zeugenauf-ruf herstellende Darstellung vertretbar. Berufsethisch nicht

tolerierbar ist es hingegen, die Freigabe von Namen und Foto durch die Behörden als Steilvorlage zu missbrauchen, um den mutmasslichen Mörder (und seine Angehörigen) an den Medienpranger zu stellen.

Feststellungen

1. Redaktionen sollten nicht reflexartig publizieren, wenn Behörden den Namen und das Bild eines Tatverdächtigen freigeben, sondern vor einer Publikation eigenständige berufsethische Überlegungen anstellen. Auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten mit strukturellen Veränderungen der Medienlandschaft und trotz dem im Onlinezeitalter noch grösser gewordenen zeitlichen Drucks auf den Redaktionen bleibt eine sorgfältige medienethische Interessenabwägung unabdingbar.

2. Die Veröffentlichung einer Fahndungsmeldung oder eines Zeugenaufrufs durch die Medien ist gerechtfertigt, wenn unmittelbare Gefahr im Verzug ist. Dies gilt beispielsweise, wenn weitere Verbrechen drohen und/oder der Tatverdächtige auf der Flucht ist sowie wenn er die Tat bestreitet. Unverhältnismässig ist die Veröffentlichung von Namen und Bild hingegen, wenn wie im Mordfall «Lucie» der mutmassliche Täter bereits gefasst und geständig ist sowie wenn sich bereits vor der Veröffentlichung eines Zeugenaufrufs eine grosse Zahl möglicher Zeuginnen bei den Behörden gemeldet hat.

3. Zwar können die Umstände der Identifikation eines mutmasslichen Täters durch die Behörden – beispielsweise bei einer Identifikation anlässlich einer vom Fernsehen direkt übertragenen Pressekonferenz – die Bemühungen der Medien um berufsethische Zurückhaltung beeinträchtigen. Die einmalige Veröffentlichung von Namen und Bild eines Tatverdächtigen macht diesen aber nicht in jedem Fall derart allgemein bekannt, dass danach eine anonymisierende Berichterstattung sinn- und zwecklos wird.

4. Radio- und Fernsehveranstalter sowie Onlinedienste, welche Medienkonferenzen und vergleichbare Veranstaltungen ungeschnitten übertragen, sollten geeignete Vorkehrungen treffen, damit sie angemessen reagieren können, falls eine ungefilterte Weiterverbreitung von Bild und Ton der Veranstaltung berufsethische Normen verletzt.

5. Selbst wenn eine Redaktion aufgrund einer sorgfältigen Interessenabwägung im Einzelfall zum Schluss kommt, dass die Veröffentlichung von Namen und Bild eines Tatverdächtigen berufsethisch zulässig ist, muss sie darauf Acht geben, dass die Art und Weise der Berichterstattung verhältnismässig bleibt. Journalistinnen und Journalisten dürfen die Freigabe von Namen und Foto eines Tatverdächtigen durch die Behörden im Rahmen eines Zeugenaufrufs nicht dazu missbrauchen, einen mutmasslichen Mörder (und seine Angehörigen) an den Medienpranger zu stellen.



Franz Riklin, Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Straf- und Strafprozessrecht sowie ehemaliger Dozent für Medienrecht an der Universität Freiburg
friklin@sunrise.ch

Der Fall «Lucie»: Dem Presserat kann nicht gefolgt werden

Résumé Dans l'affaire « Lucie », les médias étaient en droit de publier le nom et la photographie de l'auteur d'un crime grave en raison de son aveu et des circonstances particulières de la cause. En effet, dans des cas de ce genre, il est patent que le criminel lui-même désirait attirer l'attention sur sa personne. En outre, l'avis de recherche de la police était une raison supplémentaire justifiant la publication. Du point de vue de la police, il y avait de bonnes raisons pour publier le nom et la photographie du suspect. C'était le moyen le plus efficace pour recueillir des informations sur d'autres délits graves. Pareilles informations sont décisives pour juger et sanctionner l'auteur.

Auch wenn man akzeptiert, dass in Strafverfahren bei der Namensnennung und der Bildpublikation grösste Zurückhaltung geboten und für eine sachgerechte Berichterstattung in der Regel eine Identifizierung des Beschuldigten nicht nötig ist, kann ich dem Presserat in wesentlichen Punkten nicht folgen.

Kapitalverbrechen: Informationsinteresse auch an der Person des Täters

Ich stelle die Frage: Wann liegen «überwiegende öffentliche Interessen» vor, die eine identifizierende Berichterstattung erlauben, wenn nicht in einem Fall wie demjenigen von Lucie oder – um ein anderes Beispiel zu nennen – im seinerzeitigen Luzerner Fall eines «Todespflegers», der gestanden hatte, 27 Patienten umgebracht zu haben? Bei solchen Kapitalverbrechen lenkt ein Delinquent das Interesse der Öffentlichkeit auch auf seine Person, und es besteht ein legitimer Anspruch, nicht nur über das Delikt informiert zu werden, sondern auch darüber, wer sich unter welchen Rahmenbedingungen zu einer so schrecklichen Tat hinreissen lässt. Im konkreten Fall sprechen zusätzliche besonderes Aufsehen erregende Details für diese Folgerung: die frühere Verurteilung des Beschuldigten wegen

eines Tötungsversuchs, die Begehung der Rückfalltat nach dem Vollzug einer Massnahme, die arglistige Verleitung einer sympathischen jungen Frau mit falschen Angaben zum Besuch der Wohnung, in der sie sterben musste, die grausame Tötung sowie ein fragwürdiges Tatmotiv usw. Das Bedürfnis nach Information über die Identität ist umso höher, je mehr jemand in der näheren Umgebung des Beschuldigten lebt und tätig ist oder je enger die Beziehungen zum Opfer waren. Informationsinteressen über die Identität sind stets auch mit den Gegeninteressen des Beschuldigten an einer Anonymisierung zu messen. Diese konzentrieren sich üblicherweise auf die Wahrung der Unschuldsvermutung und die Verhinderung der Entsozialisierung. Aber auch aus dieser Sicht hatte der Beschuldigte im konkreten Fall keine allzu grossen Trümpfe in der Hand. Er hat die Tat gestanden. Wer sich selber als schuldig bekennt, kann nicht verlangen, dass er entgegen seiner eigenen Erklärung als unschuldig behandelt wird (Trechsel, SJZ 1981, 336). Und die identifizierungsbedingte Gefährdung der Resozialisierung fällt wegen der zu erwartenden langjährigen (wenn nicht sogar lebenslangen) Internierung kaum stark ins Gewicht.

Allerdings hat der Presserat die Frage der Zulässigkeit einer Identifizierung nicht in dieser allgemeinen Form abgehandelt, sondern «nur» aus der Sicht des berufsethisch gebotenen Verhaltens, wenn die Polizei selber Bild und Name zur Veröffentlichung freigibt. Es scheint, dass für den Presserat die Schwere eines eingestandenen Verbrechens für sich allein eine Publikation von Namen und Bild niemals zu rechtfertigen vermag. Diesen Eindruck erweckt u.a. der Schlusssatz der Stellungnahme. Dort heisst es, man dürfe die Freigabe von Namen und Foto eines Tatverdächtigen durch die Behörden im Rahmen eines Zeugenaufrufs nicht dazu missbrauchen, einen mutmasslichen Mörder an den Medienpranger zu stellen. In diese Richtung weist auch eine Passage einer früheren Stellungnahme, wonach ein mutmasslicher Täter ungeachtet der Verwerflichkeit und Abscheulichkeit seiner Tat ein Recht auf Wahrung der Privatsphäre (es ging um die Namensnennung) habe. Dann stellt sich die Gegenfrage: Darf man wirklich, z.B. über einen Amokläufer, der in einem Anschlag 100 Leute tötet und anschliessend verhaftet wird, nur mit dessen Initialen berichten?

Franz Riklin Der Fall «Lucie»: Dem Presserat kann nicht gefolgt werden

Interesse an der Identität auch aus Gründen der Deliktsaufklärung

Auch wenn man sich auf die Fragestellung des Presserats beschränkt, überzeugt dessen Stellungnahme nicht. Diesfalls steht ein anderes öffentliches Interesse zur Diskussion, jenes an der Aufklärung von (weiteren) schweren Delikten. Zwar stimme ich der Auffassung zu, dass die Medien selbst dann, wenn die Polizei zu Fahndungszwecken Bild und Namen nennt, die Zulässigkeit einer Weiterverbreitung problematisieren und nicht gedankenlos die Polizeioptik übernehmen sollten. Andererseits dürfen sich Strafverfolgungslaien nicht leichtfertig und «beserwischerisch» über polizeiliche Überlegungen hinwegsetzen. Die Polizei war ihrerseits verpflichtet, die Verhältnismässigkeit zu prüfen. Im konkreten Fall gab es gute Gründe für das gewählte Prozedere. Es lag nahe, zu vermuten, dass der Beschuldigte auch in andern Fällen nach dem gleichen modus operandi vorgegangen ist und andere Frauen vielleicht nur mit Glück dem Tod entgangen sind. Und weil es bei diesem Verdacht wirklich um Leben und Tod ging, war die Namens- und Bildbekanntgabe die effizienteste Methode der Informationsbeschaffung. Sie war auch geeignet, Fehlanzeigen zu verhindern. Auch für die Beurteilung und Sanktionierung des Beschuldigten ist es wichtig, zu wissen, ob es noch andere Deliktsversuche dieser Art gab und wie viele es gegebenenfalls waren.

Die entscheidenden Argumente des Presserats zugunsten einer Anonymisierung sind demgegenüber schwer nachvollziehbar. Für ihn wiegt das öffentliche Interesse nur dann schwerer, wenn unmittelbare Gefahr im Verzug ist, d.h. weitere Verbrechen drohen, der Tatverdächtige sich auf der Flucht befindet oder wenn er die Tat bestreitet. Das heisst, dass im Fall Lucie, wo diese Voraussetzungen nicht gegeben waren, die Privatsphäre des Täters höher zu gewichten wäre als ein möglicher Erkenntnisgewinn durch die Publikation von Namen und Bild. Das würde auch für den erwähnten Amokläufer gelten, der 100 Tote auf dem Gewissen hat, sofern er verhaftet ist und seine Tat gesteht. Und kann man nun wirklich so apodiktisch behaupten, weil 30 Meldungen möglicher Zeuginnen schon vor dem Zeugenaufruf eingegangen sind, sei eine Identifizierung unverhältnismässig gewesen, obwohl die Polizei mit ihrem Aufruf auf weitere einschlägige Meldungen hoffte und angeblich daraufhin 100 weitere eingegangen sind?

Fazit

Die Medien durften Name und Bild schon wegen der Schwere des Delikts unter Berücksichtigung des Geständnisses und der geschilderten ausserordentlichen Begleitumstände bekannt geben. Der Fahndungsaufruf der Polizei war ein zusätzlicher Grund für die Legitimität dieses Vorgehens.

Zusammenfassung Die Medien durften im Fall Lucie Name und Bild des Täters schon wegen der Schwere des Delikts unter Berücksichtigung des Geständnisses und ausserordentlicher Begleitumstände bekannt geben. Denn in solchen Fällen lenkt ein Delinquent das Interesse der Öffentlichkeit auch auf seine Person.

Der Fahndungsaufruf der Polizei war ein zusätzlicher Grund für die Legitimität dieses Vorgehens. Denn es gab aus der Sicht der Polizei gute Gründe für die Namens- und Bildbekanntgabe. Es war die effizienteste Methode der Informationsbeschaffung über vermutete weitere schwere Delikte. Die Beschaffung solcher Informationen ist auch für die Beurteilung und Sanktionierung des Täters wichtig.



Martin Künzi, Dr. iur., Fürsprecher, Sekretär des Schweizer Presserates/Anwalts-tätigkeit, Interlaken, Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Bern und Zürich

info@presserat.ch

Der Fall «Lucie»: Urteilt der Presserat allzu restriktiv?

Résumé La prise de position 30/2009 du Conseil de la presse sur la couverture médiatique de l'affaire « Lucie » a déclenché une vive discussion. L'objectif de cette prise de position était de rappeler aux journalistes que le feu vert des autorités à la publication du nom ou de la photographie d'un suspect ne les prive pas de procéder à une pesée des intérêts en présence et à une réflexion d'ordre éthique. La gravité d'un crime ou l'émoi qu'il a suscité ne justifient pas à eux seuls la publication d'information sur l'identité de l'auteur. De même, en cas d'appel à témoins, on doit toujours se demander si le but ne peut pas être atteint sans publication du nom ou de la photo.

Der Presserat hat sich kürzlich an seiner Jahrespressekonferenz zur Medienberichterstattung im Fall «Lucie» geäußert (Stellungnahme 30/2009). Dies hat ein – verhältnismässig – grosses Echo ausgelöst. Nüchtern betrachtet bestätigt die Stellungnahme allerdings bloss die bisherige Praxis (Stellungnahmen 7/94 und 8/03), die sich an drei Grundprinzipien ausrichtet: 1. Ungeachtet der Schwere einer Tat haben der Täter und seine Angehörigen Anspruch auf Persönlichkeitsschutz. 2. Für die Abwägung zwischen Persönlichkeitsschutz und öffentlichem Interesse an einer Berichterstattung ist primär das Verhältnismässigkeitsprinzip massgebend. 3. Journalistinnen und Journalisten sollten als Moderator/innen des gesellschaftlichen Diskurses auf ihrer Gatekeeper-Funktion beharren.

Tatschwere und öffentliche Erregung als medienethisch relevante Kriterien?

Der Presserat zeigt in der Stellungnahme 30/2009 zwar ein gewisses Verständnis, dass zahlreiche Medien Namen und Bild des mutmasslichen Mörders von «Lucie» veröffentlichten. Trotzdem hält er – m.E. zu Recht – daran fest, dass sich identifizierende Berichte kaum je allein aufgrund der Schwere eines Delikts rechtfertigen. Zwar besteht unbestreitbar eine Relation zwischen Tatschwere und öffentlicher Bedeutung. Mit der Schwere einer Tat steigern sich aber tendenziell auch die Aus-

wirkungen der Medienberichterstattung für die davon Betroffenen. Fraglos interessieren bei einem Kapitalverbrechen die näheren Umstände von Tat und Täter. Nur: Welche für das Verständnis eines Kapitalverbrechens durch das Publikum unabdingbare Information bringt denn die Nennung von Namen und Bild eines Täters? Muss ich wirklich wissen, ob der Mörder Müller oder Meier heisst und wie er aussieht? Geht es – abgesehen vom separat zu diskutierenden Aspekt des Zeugenaufrufs – nicht eher um öffentliche Neugier als um öffentliches Interesse?

Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Sowohl im Fall des ehemaligen Waffenläufers (Stellungnahme 6/2003) als auch bei der Veröffentlichung von Namen und Bild des mutmasslichen Täters im Fall «Lucie» waren die Auffassungen darüber geteilt, wie stark das öffentliche Interesse an der Abklärung allfälliger weiterer gewalttätiger Übergriffe an Frauen und an der genauen Klärung der Tatumstände bei der Interessenabwägung zu gewichten ist. Angesichts der enormen Aufmerksamkeit, welche die Medienberichte über den Fall «Lucie» zum damaligen Zeitpunkt auf sich zogen, scheint es aber nach wie vor plausibel, dass ein Zeugenaufruf ohne vollen Namen und Foto ebenso den gewünschten Erfolg erzielt hätte. Immerhin hatten sich ohne jegliche Aufforderung bereits 30 Frauen von sich aus gemeldet. Ohnehin lässt es der Presserat in der Stellungnahme 30/2009 offen, dass Medien nach einer sorgfältigen Interessenabwägung im Einzelfall zu einem anderen Schluss kommen. Er fordert aber, dass zumindest die Art und Weise einer identifizierenden Berichterstattung verhältnismässig bleibt.

Moderatoren des öffentlichen Diskurses

Journalist/innen lassen sich nach ihrem Selbstverständnis nicht von Dritten (z.B. vom Staat) vorschreiben, welche Informationen für die (Medien-)Öffentlichkeit relevant sind. Medien dürfen sich deshalb auch bei der Veröffentlichung von

Martin Künzi Der Fall «Lucie»: Urteilt der Presserat allzu restriktiv?

Namen und Bild eines mutmasslichen Täters nicht einfach darauf verlassen, dass die Strafverfolgungsbehörden die Verhältnismässigkeit ihrerseits sorgfältig abwägen. Zumal deren Optik aufgrund ihrer unterschiedlichen Funktion zwangsläufig eine andere ist. Vor allem, um den Medienschaffenden diese unverzichtbare eigenständige medienethische Reflexion und Interessenabwägung in Erinnerung zu rufen, hat der Presserat den Fall aufgegriffen.

Gerade in der aktuellen wirtschaftlichen und strukturellen Krise besteht die ernsthafte Gefahr, dass Konkurrenzdruck und noch stärkere Kommerzialisierung der Medien dazu führen, die Schwelle bei Namensnennung und identifizierender Berichterstattung tiefer anzusetzen und den Persönlichkeitsschutz mehr und mehr zurückzudrängen. Umso wichtiger ist es daher, dass der Presserat weiterhin hohe Anforderungen an die Zulässigkeit von Namensnennung und identifizierender Berichterstattung stellt. Medienberichte, welche die Freigabe von Bild und Namen als Vorwand benutzen, um einen mutmasslichen Täter an den Pranger zu stellen («Er tötete Lucie, weil er zurück in den Knast wollte»; «Das ist er, der Mörder von Lucie»), stellen aus medienethischer Sicht die grössere Gefahr dar als das Festhalten an der bisherigen, zurückhaltenden Praxis des Presserats.

Zusammenfassung Die Stellungnahme 30/2009 zur Medienberichterstattung im Fall «Lucie» hat eine für den Presserat wünschenswerte Debatte ausgelöst. Ziel der Stellungnahme ist es, den Journalist/innen in Erinnerung zu rufen, dass eine eigenständige medienethische Reflexion und Interessenabwägung auch dann unverzichtbar ist, wenn eine Behörde den Namen und/oder das Bild eines mutmasslichen Täters zur Publikation freigibt. Für den Presserat lässt sich ein identifizierender Bericht auch bei Kapitalverbrechen kaum je allein durch die Schwere einer Tat und/oder die öffentliche Erregung rechtfertigen. Gerade auch bei einem Zeugenaufruf ist kritisch zu hinterfragen, ob dieser das gewünschte Ziel nicht auch ohne Publikation von Namen und Foto erreichen könnte.

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

thomas.geiser@unisg.ch

Film und Persönlichkeitsschutz¹

Résumé Le pire scénario pour un producteur de film c'est de voir son film interdit de projection dans les salles pour des raisons juridiques, telle une atteinte à la personnalité, alors que tant le tournage que la postproduction se sont passés sans encombre. À défaut de motifs justificatifs, l'atteinte sera déclarée illicite, ouvrant la voie aux actions spécifiques en protection de la personnalité et, le cas échéant, aux actions générales en dommages-intérêts ou en enrichissement illégitime. On ne sous-estimera pas non plus les conséquences souvent graves d'éventuelles mesures provisionnelles.

I. Ausgangslage und Fragestellung

Selbst in Zeiten der Finanzmarktkrise und einer volatilen Börse ist die Investition in ein Filmprojekt noch immer als eine Hochrisikoanlage anzusehen. Schon das schlichte Gelingen eines Films ist mit vielen Unsicherheiten verbunden. Bekanntlicher Weise bedarf es schon vor Beginn der eigentlichen Produktion hoher Investitionen. Projektentwicklung, Drehbuchentwicklung und Vorproduktion sind teuer. Beim Dreh kann vieles schief laufen. Sei es, dass Schauspieler ausfallen, dass bei Aussenaufnahmen Schwierigkeiten auftreten bis hin zum Wegschwimmen des ganzen Sets. All dies kommt nicht nur immer wieder vor, sondern wurde auch schon zum selbstständigen Thema von Filmen. Schliesslich kommt die Postproduktion, bei der noch einmal sehr viel schief laufen kann. Die Technik, namentlich auch die Postproduktion, erlebt zurzeit mit der Digitalisierung eine eigentliche Revolution. Das macht sie aber weder wirklich billiger, noch werden dadurch die Risiken vermindert. Wie meistens beim technischen Fortschritt werden die Risiken nur verlagert.

Letztlich das Schlimmste, das aber einer Filmproduktion geschehen kann, ist, dass der Film ausgezeichnet entwickelt, hervorragend und mit viel Engagement gedreht und in der Postproduktion zur Perfektion geschnitten wird, aber anschliessend aus rechtlichen Gründen nicht gezeigt werden darf. Diesfalls ist nicht nur praktisch das ganze Geld verloren, das investiert worden ist. Schlimmer ist letztlich, dass das gesamte künstlerische Engagement für nichts war. Kunst ist immer Kommunikation.² Das Kunstwerk bezweckt immer, von Dritten wahrgenommen zu werden. Der Künstler ist in diesem Sinne ein Sender, «der eine Nachricht, das Kunstwerk aussendet, und das Publikum» ist der «Empfänger, der die Nachricht aufnimmt».³ Das gilt für den Film in ganz besonderem Masse.

Rechtliche Probleme, welche zu einem Verbot eines Filmes führen, können aus verschiedenen Gründen auftreten.

- Einerseits kann das Verbot in der *öffentlichen Ordnung* im weiteren Sinne begründet liegen. Es kann – je nach Rechts-

ordnung – politische Gründe geben, warum ein Kunstwerk und damit auch ein Film verboten wird. Diese Fälle sind jedenfalls in der Schweiz äusserst selten. Am ehesten ist diesbezüglich noch an Filme zu denken, welche religiöse Gefühle verletzen, als Pornografie qualifiziert werden oder gegen das Verbot der Gewaltdarstellung verstossen.

- Andererseits können die *Urheber- bzw. Verwertungsrechte* am Film streitig sein, und es kommt deshalb zu einem Verbot der Auswertung. Hier streiten allerdings meist die an der Produktion des Films in der einen oder anderen Art Beteiligten untereinander und blockieren sich gegenseitig.⁴ Dies ist zwar äusserst ärgerlich. Hier müssen sich aber die Betroffenen entgegenhalten lassen, dass sie letztlich wirklich selber schuld sind und sich auf die gemeinsamen Interessen besinnen sollten.
- Möglich ist aber auch, dass der Film das *geistige Eigentum Aussenstehender* verletzt. Auch das kann zu einem Verbot führen. Es lohnt sich deshalb, bei der Produktion darauf zu achten, dass namentlich keine Markenrechte oder Urheberrechte Dritter verletzt werden. Das ist insbesondere bei der visuellen Umsetzung nicht immer ganz einfach und kann zu heiklen Fragen zwischen Produce Placement und Markenrechtsverletzung führen.
- Schliesslich kann ein Verbot auch daher rühren, dass ein Film die *Persönlichkeitsrechte anderer Personen* verletzt. Ein Film erzählt praktisch immer eine Geschichte. Je *realistischer* die Geschichte sein soll, umso grösser ist die Gefahr, dass sie auch *real* ist, dass Personen dargestellt werden, die es tatsächlich so oder ähnlich gibt.

Diese Personen können sich betroffen fühlen und versuchen, die Aufführung des Films zu verbieten. Wie noch zu zeigen sein wird, kann unter Umständen mit *vorsorglichen Massnahmen* ein solches *Verbot* sehr schnell wirksam werden. Dann kann ein jahrelanger Rechtsstreit folgen. Selbst wenn das Verbot nach Jahren des Rechtsstreits aufgehoben wird, nützt dies nur beschränkt. Der Film ist nicht mehr aktuell, die Auswertung wird schwierig, für die künstlerische Diskussion ist er aus dem Zusammenhang gerissen.

Im Folgenden beschränke ich mich auf die Rechtsfragen, welche sich im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz

1 Schriftliche Fassung eines Vortrages an einer vom IRP-HSG und von FOCAL am 12. November 2008 in Zürich organisierten Tagung zum Filmrecht.

2 Geiser, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, Rz. 0.17.

3 Franke, Phänomen Kunst, Die kybernetischen Grundlagen der Ästhetik, Schuber/Köln 1974, 26.

4 Vgl. dazu BGE 129 III 715 ff.

stellen, und den Vorkehrungen, welche eine Filmproduktion treffen kann, um solche Katastrophen zu vermeiden. Dabei ist leider von vorn herein klar, dass es kein Wundermittel gegen den Persönlichkeitsschutz geben kann.

II. Grundzüge des Persönlichkeitsschutzes

1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Gemäss Art. 28 ZGB kann, «wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, (...) zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen». Alle Rechtsfolgen mit Ausnahme der Gegendarstellung und der vorsorglichen Massnahmen⁵ setzen deshalb eine *widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung* voraus. Ob eine solche vorliegt, ist in zwei Stufen abzuklären: Es ist zuerst zu untersuchen, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung gegeben ist, und anschliessend muss geprüft werden, ob diese auch widerrechtlich ist.

Eine rechtmässige Persönlichkeitsverletzung zeitigt keinerlei rechtliche Folgen. Von daher kann man sich fragen, ob die genannte Zweiteilung überhaupt sinnvoll ist. Sie hat nur methodologische, didaktische Bedeutung. Sie erlaubt es, zuerst, nämlich bei der Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, sich den *Einwirkungen auf die betroffene Person* zuzuwenden, und erst anschliessend, bei der Frage der Widerrechtlichkeit, auch die *Handlungsgründe des Verletzers* in die Betrachtung einzubeziehen.

Beim Persönlichkeitsschutz handelt es sich um Privatrecht. Das Gericht wird deshalb gegen eine andere Person angerufen. Es bedarf eines Beklagten. Passivlegitimiert ist jeder, der an der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitwirkt. Der Persönlichkeitsschutz setzt deshalb ein Wirken durch menschliches Handeln, eine sogenannte *Eingriffshandlung*⁶, voraus. Diese muss zudem *adäquat kausal* für die widerrechtliche Verletzung sein.⁷

Art. 28 ZGB führt die Rechtsfolgen nicht auf. Diese sind – von der Gegendarstellung und den vorsorglichen Massnahmen abgesehen – in Art. 28a ZGB geregelt. Die Bestimmung nennt für die einzelnen Rechtsfolgen *weitere spezifische Voraussetzungen*.

Für die besonders wichtigen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung wird diesbezüglich auf die Art. 41 ff. OR verwiesen.⁸ Mit Blick auf Art. 55 OR bedeutet das für ein Medienunternehmen oder einen Kunstbetrieb, dass diese Ansprüche auch geltend gemacht werden können, wenn kein eigentliches *Verschulden* vorliegt.

Auf Beseitigung, Feststellung oder Unterlassen kann auch geklagt werden, wenn überhaupt kein Vorwurf der Unsorgfalt erhoben werden kann.⁹ Mit Blick auf ein Veröffentlichungsverbot kann dies von grosser praktischer Tragweite sein. Hier setzt zum Teil denn auch der *Vorwurf der Zensur* an.

2. Verletzungstatbestände

Der Begriff der Persönlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Lehre und Praxis umschreiben ihn durch die Auflistung einer Vielzahl von einzelnen *Persönlichkeitsbereichen*¹⁰. Im

vorliegenden Zusammenhang sind namentlich die Ehre¹¹, die Privatsphäre¹² und das Recht auf Vergessenheit¹³ von Bedeutung. Hervorzuheben ist auch die *wirtschaftliche Persönlichkeit*¹⁴, insbesondere seit Verstösse gegen das UWG auch gegenüber Personen geltend gemacht werden können, die mit der verletzten Person nicht in einem Wettbewerb stehen¹⁵.

Das Zivilrecht schützt die Persönlichkeit in einem sehr viel grösseren Umfang als das Strafrecht. Insbesondere erfasst der Ehrbegriff im Zivilrecht auch die berufliche Ehre.¹⁶ Neben der Ehre schützen die Art. 28 ff. ZGB unter anderem aber auch die Privatsphäre, das Recht am Namen, das Recht am eigenen Bild, das Recht am Lebensbild und an der Lebensgeschichte sowie das Recht auf Vergessenheit.¹⁷ Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht auch im zivilrechtlichen Bereich nach wie vor kein allgemeines Recht auf Wahrheit.¹⁸ Auf den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird hier nicht weiter eingegangen.

3. Rechtswidrigkeit

Jede Persönlichkeitsverletzung ist *widerrechtlich*, soweit sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, überwiegende private oder öffentliche Interessen oder das Gesetz gerechtfertigt wird.¹⁹ Alle drei Rechtfertigungsgründe spielen auch im Bereich der Kunst eine Rolle.

A) Gesetz

Am wenigsten Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem Rechtfertigungsgrund des Gesetzes zu. Es ist schwierig, zu sehen, inwiefern eine gesetzliche Pflicht zur Schaffung eines Kunstwerkes bestehen sollte. Allenfalls kann sich ein Fotograf auf das Gesetz als Rechtfertigungsgrund berufen, wenn er ein Fahndungsbild herstellt. Fraglich erscheint allerdings, ob die entsprechenden Werke noch zur Kunst im eigentlichen Sinn gezählt werden können.

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

6 Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich 1984, Rz. 557 ff.

7 Tercier (Fn. 6), Rz. 552.

8 Art. 28a Abs. 3 ZGB.

9 Art. 28a Abs. 1 ZGB.

10 Tercier (Fn. 6), Rz. 103 ff.; Deschenaux/Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, Bern 1995, Rz. 540 ff.

11 Tercier (Fn. 6), Rz. 475 ff.

12 Tercier (Fn. 6), Rz. 459 ff.

13 Tercier (Fn. 6), Rz. 497.

14 Vgl. insbesondere Art. 3 Bst. a und b UWG.

15 Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Bern 1992, 235; BGE 120 IV 35; 117 IV 193.

16 BGE 119 II 100.

17 Vgl. dazu Tercier (Fn. 6), Rz. 497; Geiser (Fn. 2), Rz. 2.45. ff.

18 Vgl. dazu Geiser, *Der Historiker vor dem Zivilrichter*, AJP 1992, 445 ff.; BGE 105 II 165; 107 II 6; 111 II 222; 120 II 227; BGer. v. 8.10.93 i.S. R.c.F., E. 6e.

19 Art. 28 Abs. 2 ZGB.

B) Überwiegende private oder öffentliche Interessen

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

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

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

- Soweit es um *öffentliche Interessen* im eigentlichen Sinn geht, ist die Erwähnung im Gesetz missverständlich, ja sogar irreführend. Die öffentlichen Interessen sind nämlich nicht von Privaten, sondern von den Organen des Staates wahrzunehmen. Für entsprechende Eingriffe in private Rechte bedarf es regelmässig einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber wollte diese nicht mit Art. 28 Abs. 2 ZGB schaffen. Hier wird nur darauf hingewiesen, dass – soweit nach den Regeln des öffentlichen Rechts eine genügende gesetzliche Grundlage besteht – diese einen Eingriff in die Persönlichkeit zu rechtfertigen vermag. Dieser Hinweis ist aber überflüssig, da er sich bereits aus dem weiteren Rechtfertigungsgrund, nämlich dem Gesetz, ergibt.²²
- Wie sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 ZGB ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Erwähnung der öffentlichen Interessen der *öffentlichen Aufgabe der Medien* und gewisser anderer Rechtssubjekte des Privatrechts, wie den Kunstschaffenden, Rechnung tragen. Darin liegt aber kein Interesse selbstständiger Art. Vielmehr geht es um die gesamtgesellschaftliche Bedeutung einer Tätigkeit im Rahmen der Abwägung der verschiedenen sich entgegenstehenden Interessen. Dieser Aspekt ist für die Medien von zentraler Wichtigkeit. Damit wird der in Art. 55 BV verankerten Pressefreiheit Rechnung getragen.²³ Das gilt aber wohl auch für die Kunst. Dabei ist nicht auf die Kunstfreiheit zurückzugreifen,²⁴ sondern auf jene Bestimmungen, welche die Kunstförderung zu einer staatlichen Aufgabe erheben²⁵. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die entsprechende Zuständigkeit primär beim Bund²⁶ oder bei den Kantonen²⁷ liegt. Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Verfassung ein öffentliches Interesse an einem eigenständigen Kulturschaffen festhält.

C) Einwilligung

Auch bei Kunstwerken kommt der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Bedeutung zu. Insbesondere ist an Dokumentarfilme zu denken.²⁸ Die Problematik bei der Einwilligung liegt in der Frage, ob diese zurückgezogen werden kann oder nicht, und falls dies bejaht wird, welche *Wirkungen einem Rückzug zukommen*.²⁹

Dogmatisch geht es um die Frage, ob die Einwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter hat und ein *Gestaltungsrecht* darstellt oder nicht. Wird ein solches ausgeübt, kann es grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden. Die Einwilligung wäre dann verbindlich. Mit Blick auf die Natur des Persönlichkeitsrechts lässt sich aber eine rechtsgeschäftliche Konstruktion kaum rechtfertigen. Ein Rückzug der Einwilligung muss jederzeit möglich sein. Das zeigt sich besonders, aber nicht nur, bei der Einwilligung in einen medizinischen Eingriff.³⁰ Dogmatisch muss wohl der rechtsgeschäftliche Charakter verneint werden. Jedenfalls können die für ein Rechtsgeschäft geltenden Regeln nicht unbesehen übernommen werden.³¹ Es handelt sich viel eher um einen *Zustand, der, solange er besteht, rechtfertigend wirkt, aber jederzeit durch die betroffene Person beendet werden kann*. Der Widerruf ist somit möglich.

Allerdings ist auch die widerrufenen Einwilligung rechtlich relevant:³²

- Zum einen kann der *Widerruf nicht rückwirkend* erfolgen. Bereits begangene Persönlichkeitsverletzungen bleiben gerechtfertigt.
- Zum andern hat der Einwilligende mit seiner Einwilligung bewirkt, dass der Künstler sich in einer bestimmten Weise künstlerisch zu betätigen begann. Der Einwilligende hat in das künstlerische Schaffen eingegriffen. Wie vorn dargelegt, ist auch das Recht auf künstlerische Entfaltung Teil des Persönlichkeitsrechts. Wer einen Künstler dazu animiert, in einer bestimmten Weise tätig zu werden, greift in dessen Persönlichkeitsrecht ein, wenn er ihn nachher daran hindert, das Werk zu vollenden. Für die Vollendung des Kunstwerkes (und dessen Ausstellung) kann sich der

20 Geiser (Fn. 2), Rz. 9.29; Tercier (Fn. 6), Rz. 671.

21 Geiser (Fn. 2), Rz. 9.33 ff.

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

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

24 Art. 21 BV.

25 Insb. Art. 69 und 71 BV.

26 So Art. 71 BV für den Filmbereich.

27 So Art. 69 BV für den übrigen Kulturbereich.

28 Z.B. «Meine Schwester Maria» von Maximilian Schell oder «Le Souffle du désert» von François Kohler.

29 Vgl. BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 48; Glaus, Das Recht am eigenen Wort, Diss. Zürich, Bern 1987, 145; Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, Zürich 2001, 58 f.; Trachler, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975, 74; Riklin, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, 208; ausführlich Geiser (Fn. 2), Rz. 9.24 ff.

30 Sprecher, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht, Diss. St. Gallen 2007, 223.

31 Geiser (Fn. 2), Rz. 9.2. ff.

32 Geiser, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in: Schwander/Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Rz. 3.16.

Künstler dann zwar nicht auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund stützen. Er kann aber überwiegende eigene Interessen geltend machen. Bei der Interessenabwägung ist dann zu berücksichtigen, dass der Dargestellte mit seiner ursprünglichen Einwilligung den Künstler zum Beginn seines Kunstwerks animiert hat.³³ Es ist bei der Interessenabwägung zu beachten, wann und unter welchen Umständen der Rückzug erfolgte.

4. Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Zu beachten ist schliesslich, dass die Frage, ob eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung vorliegt oder nicht, sich regelmässig im Zusammenhang mit einem bestimmten Rechtsbegehren einer Person stellt. Die betroffene Person muss von demjenigen, der an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt hat, *etwas Bestimmtes* verlangen. Was verlangt werden kann, ist in Art. 28a ZGB aufgezählt.

Alle diese Ansprüche setzen aber regelmässig mehr als bloss eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung voraus. Sie haben alle ihre *spezifischen zusätzlichen Voraussetzungen*. Insbesondere sind Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche in aller Regel verschuldensabhängig. Soweit es um Geldbeträge geht, treten neben besonderen Voraussetzungen im einzelnen Prozess meist auch erhebliche Beweisschwierigkeiten auf.³⁴

5. Rechtsfolgen

A) Spezifische Persönlichkeitsschutzklagen

Art. 28a Abs. 1 ZGB zählt die spezifisch persönlichkeitsrechtlich-rechtsrechtlichen Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung auf. Die betroffene Person kann, eine drohende *Verletzung verbieten* und eine *bestehende Verletzung beseitigen lassen*.³⁵ Zudem kann sie Verlangen, dass die Widerrechtlichkeit der Verletzung festgestellt³⁶ und das Urteil veröffentlicht wird.³⁷

Im vorliegenden Zusammenhang sind die ersten beiden Ansprüche von Bedeutung. Sie erlauben es, die *Auswertung eines Films verbieten zu lassen* bzw. die bereits laufende Auswertung zu stoppen. Die Gutheissung einer entsprechenden Klage ist neben dem Vorliegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung nur davon abhängig, ob die beklagte Partei die Auswertung und damit das öffentliche Zeigen des Films vor hat.

Im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Anspruchs fragt sich, ob auch die *Vernichtung des Films* verlangt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass das Persönlichkeitsrecht mit dem Tod der betroffenen Person endet, auch wenn gewisse eigene Persönlichkeitsrechte der Hinterbliebenen einer Nachwirkung nahekommen.³⁸ Entsprechend endet aber auch die persönlichkeitsverletzende Wirkung des Kunstwerks. Von daher wird in aller Regel die *Vernichtung des Kunstwerks als unverhältnismässig*³⁹ und damit unzulässig angesehen werden müssen.⁴⁰ In aller Regel wird auch ein Herausgabeanspruch nicht in Frage kommen, weil der Verletzte dadurch Rechte erhielte, welche über das hinausgingen, was ihm zusteht. Die Eigentumsrechte am Gegenstand sind in aller Regel beim Verletzer. Das Bundesgericht hatte sich kürzlich im Zusammenhang einer Ausein-

andersetzung eines Künstlers mit zwei von ihm gegen deren Willen porträtierten Personen zur Frage der Herausgabe zu äussern. Die Vorinstanz hatte mit ausführlicher Begründung die Herausgabe angeordnet, obgleich das Eigentum an den Werkexemplaren ohne Zweifel beim Künstler lag. Da der beklagte Künstler sich in seiner Berufung an das Bundesgericht mit der Begründung des Kantonsgerichts nicht auseinandergesetzt hatte, ist das Bundesgericht auf diese Frage aber nicht eingetreten.⁴¹ Insoweit liegt somit keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.

B) Allgemeine Klagen

a) Schadenersatz und Genugtuung

Neben diesen besonderen persönlichkeitsrechtlich-rechtsrechtlichen Klagen kann die betroffene Person auch die sogenannten allgemeinen Klagen erheben, welche das Gesetz ausdrücklich vorbehält.⁴²

Zu denken ist in erster Linie an die Ansprüche auf *Schadenersatz*. Der betroffenen Person kann durch die Persönlichkeitsverletzung ein Schaden entstanden sein. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die widerrechtliche Verletzung in den hier interessierenden Fällen die Persönlichkeit und damit ein nicht geldwertes Rechtsgut betrifft.⁴³ Der Schaden im Rechtssinne ist von daher immer erst eine weitere Folge der Rechtsgutsverletzung. Es können sich beispielsweise Vermögensvermindierungen ergeben, wenn jemand aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung in der Öffentlichkeit geschäftliche Einbussen erfahren muss⁴⁴ oder wenn jemand als Reaktion auf eine Persönlichkeitsverletzung gesundheitliche Störungen erfährt und dadurch Behandlungskosten entstehen.⁴⁵ Der Kläger hat den Schaden und den Kausalzusammenhang nachzuweisen.⁴⁶ Die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR liegt in der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung.

Der verletzten Person kann allenfalls auch ein *Genugtuungsanspruch* nach Art. 49 OR zustehen. Dabei ist zu beachten, dass die schweizerischen Gerichte mit den Genugtuungsbeträgen nach wie vor sehr zurückhaltend sind.⁴⁷

33 Vgl. dazu Geiser (Fn. 2), Rz. 9.27 f.

34 Vgl. insbesondere BGE 133 III 153 ff.

35 Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB.

36 Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; zum Feststellungsinteresse vgl. BGE 127 III 481 ff.

37 Art. 28a Abs. 2 ZGB.

38 Geiser (Fn. 2), Rz. 3.5; BaslerKomm/Meili, Art. 28 ZGB, N 35; BGE 101 II 191; 104 II 235 ff.; 109 II 353 ff.; 125 I 265; 127 I 162.

39 Vgl. z.B. BGE 96 II 423, wo die Vernichtung einer vertonten Fassung eines Chaplin-Stummfilms als nicht verhältnismässig abgelehnt wurde.

40 Geiser (Fn. 2), Rz. 10.39 ff.

41 BGer 5C.26/2003 i.S. Julien c. Schärer und Bilski, vom 27.5.2003, E. 4.

42 Art. 28a Abs. 3 ZGB.

43 Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2008, Rz. 14.47.

44 BGer 5C.57/2004.

45 Vgl. ZR 71 Nr. 46 (S. 110 ff.).

46 Der Nachweis des Schadens wird durch Art. 42 Abs. 2 OR erleichtert.

47 Kasuistik: 126 III 161; 125 III 412; 122 III 5; 120 II 97; 118 II 410. 117 IV 270;

Sowohl der Schadenersatz- wie auch der Genugtuungsanspruch setzen immer einen *weiteren gesetzlichen Haftungsgrund* voraus. Der wichtigste ist ohne Zweifel ein Verschulden.⁴⁸ Dies ist aber nicht immer notwendig. Es gibt auch Kausalhaftungstatbestände, welche insbesondere bei einer Filmproduktion nicht unbeachtlich sind. Namentlich kann eine Haftung der Produktionsgesellschaft oder des Verleihs eintreten, wenn ein Mitarbeiter⁴⁹ oder ein Organ⁵⁰ unsorgfältig gehandelt hat.⁵¹ Es ist aber auch möglich, dass niemandem konkret eine Unsorgfältigkeit nachgewiesen werden kann und erst das Zusammenwirken mehrerer an sich sorgfältig handelnder Personen zur Persönlichkeitsverletzung geführt hat. Mit der Revision des Persönlichkeitsschutzes ist die Voraussetzung des Verschuldens für eine Genugtuung gestrichen worden. Allerdings ist zu beachten, dass das Vorliegen oder Fehlen eines Verschuldens der handelnden Personen – nicht notwendigerweise des Beklagten – bei der Schwere der Verletzung zu berücksichtigen ist und damit auch im Bereich der Kausalhaftungen für die Genugtuung von Bedeutung sein kann.⁵²

b) Gewinnherausgabe

Häufig erleidet die betroffene Person durch die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung keinerlei Vermögenseinbussen. Gleichzeitig sind Genugtuungsleistungen in der Schweiz in der Regel relativ niedrig. Es ist deshalb für die betroffene Person besonders ärgerlich, wenn der Verletzer dank der Persönlichkeitsverletzung mit seinem Unternehmen einen Gewinn erzielt. Häufig wirkt aber die der Presse regelmässig nicht verborgen bleibende Auseinandersetzung über die Persönlichkeitsverletzung als eigentliche Werbung für das persönlichkeitsverletzende Produkt. So war wohl der familiäre Wirbel um den Roman «Fräulein Stark» von Thomas Hürlimann dem Absatz förderlich.

Der Gesetzgeber wollte deshalb ausdrücklich eine Möglichkeit schaffen, die entsprechenden Gewinne abzuschöpfen und dem Verletzten zuzuhalten. Dabei sollte die Regelung möglichst einfach sein. Der Gesetzgeber griff dafür dann allerdings etwas unglücklich auf die Regeln über die *Geschäftsführung ohne Auftrag* zurück.⁵³

Die Problematik dieser Regelung liegt einerseits im Umstand, dass die entsprechenden Regeln des Obligationenrechts *nicht wirklich passen*. Der Verletzer führt regelmässig nicht ein fremdes Geschäft, sondern sein eigenes. Die entsprechenden Normen des Obligationenrechts berücksichtigen überdies das Verschulden nicht in angemessener Weise und tragen den Aufwendungen und anderen Auslagen nicht genügend Rechnung. Das hat auch das Bundesgericht erkannt und festgehalten, dass sich der Verweis in Art. 28a Abs. 3 ZGB nur auf die Rechtsfolgen, nicht aber auf die Voraussetzungen einer Gewinnherausgabe beziehe.⁵⁴

Wohl wesentlich angemessener ist die Anwendung der Bestimmungen über die *ungerechtfertigte Bereicherung*.⁵⁵ Hier passen nicht nur die Rechtsfolgen, sondern auch die Anspruchsvoraussetzung, sofern im Sinne der Entstehungsgeschichte von Art. 62 OR vom Wortlaut abgewichen und nicht eine Entreichung der betroffenen Person, sondern nur ein Eingriff in deren Rechte verlangt werden darf.⁵⁶

Andererseits liegt für die Gewinnherausgabe meist die Schwierigkeit in der *genauen Bezifferung des Gewinnes*. Hier hilft

die Beweiserleichterung von Art. 42 Abs. 2 OR insofern nur beschränkt weiter, als bei periodisch erscheinenden Medien in aller Regel eine einzelne besonders attraktive Geschichte gar nicht zu einer Auflagensteigerung und damit einem besonderen Gewinn führt. Das entscheidende ist die Regelmässigkeit. Für die Auflage und damit für den Gewinn bedeutend ist letztlich, dass sich das Medium dauernd am Rande der Persönlichkeitsverletzung bewegt. Die einzelne Überschreitung der Grenze wirkt sich dabei kaum positiv auf den Umsatz und den Gewinn aus. Entsprechend hat das Bundesgericht im zu entscheidenden Fall wohl eher in freier Bestimmung eines angemessenen Betrages den abzuschöpfenden Gewinn bestimmt.⁵⁷ Dann handelt es sich aber eher um eine Genugtuung als um eine Gewinnabschöpfung.

Diese Problematik stellt sich im Bereich des Films so wohl nicht. Es lässt sich relativ einfach bestimmen, welcher Gewinn mit einem persönlichkeitsverletzenden Film erzielt worden ist, falls überhaupt ein Gewinn erzielt wurde. Die Problematik liegt hier vielmehr darin, dass es darauf gar nicht ankommen kann. Der tatsächlich erzielte Gewinn müsste vielmehr mit dem Gewinn verglichen werden, der *hypothetisch mit dem gleichen Film ohne die geltend gemachte Persönlichkeitsverletzung erzielt worden wäre*. In aller Regel wird nicht der ganze Film persönlichkeitsverletzend sein, sondern nur einzelne Szenen.

c) Vorsorgliche Massnahmen

Dem Verletzten nützt es in der Regel nichts, wenn nach Jahren eines Prozesses seine Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung gutgeheissen werden und dann durchgesetzt werden können. Gedient ist ihm nur, wenn die Veröffentlichung rasch verhindert werden kann. Dazu dienen die vorsorglichen Massnahmen.

In einem weiten Sinne sind beim Persönlichkeitsschutz *zwei Arten von vorsorglichen Massnahmen* zu unterscheiden. Zum einen gibt es die eigentlichen vorsorglichen Massnahmen, welche es erlauben, vorsorglich eine bestimmte Handlung verbieten zu lassen, wenn die betroffene Person glaubhaft machen kann, dass eine Persönlichkeitsverletzung und daraus ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.⁵⁸ Zum andern gibt es die Gegendarstellung, welche für den potenziellen Verletzer insofern wesentlich schonender ist, als dadurch das Erscheinen der entsprechenden Publikation nicht verhindert wird. Die betroffene Person hat nur einen Anspruch darauf, innert nützlicher Frist, ihre eigene Sicht der Dinge darzulegen.⁵⁹ Es ist

48 Namentlich Art. 41 OR.

49 Art. 55 OR.

50 Art. 55 ZGB.

51 Vgl. Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 43), Rz. 14.66 f.

52 Geiser (Fn. 2), Rz. 11.26.

53 Art. 28a Abs. 3 ZGB.

54 BGE 133 III 153, E. 2.4. (Vater von Patty Schnyder); Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 43), Rz. 14.71.

55 Art. 62 ff. OR.

56 Vgl. dazu Geiser (Fn. 2), Rz. 13.1 ff.

57 BGE 133 III 153.

58 Art. 28c Abs. 1 ZGB. Unter den gleichen Voraussetzungen sind auch vorsorgliche Beweiserhebungen möglich, welche im vorliegenden Zusammenhang allerdings kaum Bedeutung haben (Art. 28c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

59 Art. 28g ff. ZGB.

von daher für die Kunstschaffenden von sehr grosser Bedeutung, welche vorsorglichen Rechtsbehelfe im Einzelfall zur Anwendung gelangen.

Sind die Voraussetzungen für beide Rechtsbehelfe gegeben, kann die betroffene Person frei wählen, welchen sie benutzen will. Die Regelung der beiden Behelfe ist insofern verknüpft, als mit einer vorsorglichen Massnahme eine Veröffentlichung in einem periodisch erscheinenden Medium nur unter erschwerten Voraussetzungen verboten werden kann.⁶⁰ Es handelt sich dabei um ein Korrelat zum Gegendarstellungsrecht, sodass sich der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen decken muss.⁶¹

Entscheidend ist damit der Begriff der «*periodisch erscheinenden Medien*». Er ist auslegungsbedürftig. Dabei ist vom Zweck der Regelung auszugehen. Die Gegendarstellung macht nur einen Sinn, wenn die Stellungnahme grundsätzlich dem gleichen Publikum zur Kenntnis gebracht werden kann, das auch die ursprüngliche mutmasslich persönlichkeitsverletzende Mitteilung wahrgenommen hat. Zudem muss die Gegendarstellung in nützlicher Frist erscheinen können. Von daher kann auch ein aperiodisches Medium als periodisches Medium angesehen werden. Andererseits genügt es nicht, dass eine bestimmte Darstellung regelmässig wiederholt wird, wenn sich die Darstellung jedes Mal an ein anderes Publikum wendet.

Ein Film stellt von daher in der Regel ebenso wenig ein periodisches Medium dar⁶² wie ein Buch⁶³ oder eine Theateraufführung⁶⁴. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ein Kino in der Regel während einer bestimmten Zeit täglich und damit sehr wohl periodisch den gleichen Film zeigt. Die Vorführungen richten sich aber jedes Mal an ein anderes Publikum. Anders kann es aussehen, wenn ein Film im Fernsehen gezeigt wird. Es geht wohl zu weit, jede Ausstrahlung in einem Fernsehprogramm als periodisch anzusehen.⁶⁵ Nicht entscheidend ist allerdings, dass die Fernsehanstalten heute meist nicht mehr periodisch, sondern permanent senden. Entscheidend ist vielmehr, ob die entsprechende Sendung darauf angelegt ist, immer wieder die gleichen Personen anzusprechen, sodass eine Gegendarstellung tatsächlich ihre Wirkung erzielen kann. Von daher ist nicht auf das Programm oder den Sender als Ganzes abzustellen, sondern zu fragen, ob die entsprechende Ausstrahlung im Rahmen eines Sendegefässes erfolgt ist, welches als periodisch im dargelegten Sinn bezeichnet werden kann.⁶⁶

Die unterschiedliche Behandlung von Kino und Fernsehen kann zur Folge haben, dass es sich als leichter erweist, eine Filmpremiere vorsorglich verbieten zu lassen als die Ausstrahlung im Fernsehen. Allerdings wird dies ohnehin in der Praxis kaum je gleichzeitig erfolgen.

III. Persönlichkeitsschutz und fiktionaler Film

1. Gefahren

Fiktional steht hier als Gegensatz zum Dokumentarfilm. Die Szenen sind keine historischen Dokumente. Sie sind vielmehr entweder gespielt oder animiert. Insofern zeigt der Film nie die Wirklichkeit. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Film nicht die Realität darstellen will und wirkliche Gescheh-

nisse und Geschichten darstellt, existierende Personen auftreten lässt. Die Nähe oder Ferne zur Wirklichkeit kann selbstverständlich sehr unterschiedlich sein. Es ist eine Frage des Stils, ob der Film von der Geschichte her oder vom Bild her realistisch sein soll oder nicht. Es bleibt aber immer eine Neukreation. Es werden im Film nicht jene Bilder gezeigt, welche dem tatsächlichen Geschehen in der Realität entsprechen. Es handelt sich höchstens um eine *Spiegelung und Umsetzung der Wirklichkeit*.

Damit können aber sehr wohl Persönlichkeitsrechte verletzt werden. Voraussetzung ist allerdings immer, dass sich Personen *betroffen fühlen* und in geschützten Bereichen dies auch tatsächlich sind. Grundsätzlich kaum relevant ist im Bereich des Persönlichkeitsschutzes das Betroffensein von Aussenstehenden, welche keinen besonderen Zusammenhang mit dem entsprechenden Film haben. Personen, welche einen Film nicht ertragen und deshalb bei seiner Betrachtung Schaden nehmen, geniessen in diesem Rahmen grundsätzlich keinen Persönlichkeitsschutz. Der Schutz der Öffentlichkeit ist Gegenstand des Strafrechts. Soweit ein Film nicht gegen Straf- oder Polizeinormen verstösst, hat es sich jeder Konsument selber zuzuschreiben, wann er sich durch das Werk verletzt fühlt, ohne einen besonderen Bezug zu diesem Film zu haben.

Der enge Bezug, der zu einer Persönlichkeitsverletzung führen kann, liegt vor, wenn die dargestellte Person in der einen oder anderen Weise *individuell erkennbar ist*. Dabei kann die Erkennbarkeit durch einen engen Kreis sehr wohl genügen. Häufig ergibt sich auch diese nicht aus dem Film selber, sondern aus Zusatzinformationen, welche durch die Medien im Zusammenhang mit dem Film bekannt werden. Die Erkennbarkeit kann über den Namen, das Erscheinungsbild oder beliebige andere Umstände gegeben sein. Produktion und Verleih haben deshalb bei der Ausarbeitung des Marketingkonzepts auf den Persönlichkeitsschutz zu achten.

Eine Persönlichkeitsverletzung kann aber auch vorliegen, wenn zwar die Person in keiner Weise erkennbar ist, aber die *Geschichte einer Person verwendet* wird. Allerdings muss diese Geschichte genügend individuell und aussergewöhnlich sein, damit von der Verletzung des Rechts an der eigenen Lebensgeschichte gesprochen werden kann. Überdies muss die Geschichte für die betroffene Person von besonderer Bedeutung gewesen sein. Andernfalls lässt sich die Verwendung nicht als Ausnutzung und damit Verletzung einer fremden Lebensgeschichte ansehen.⁶⁷ Die Gefahr, dass ein Film das Recht an der Lebensgeschichte verletzt, ohne andere Persönlichkeitsrechte zu verletzen, welche die Erkennbarkeit voraussetzen, ist allerdings sehr gering.

Zu beachten ist immer auch, dass nicht nur Personen durch die eigentliche Darstellung im Film in ihrer Persönlichkeit verletzt werden können. Bei Dreharbeiten im Freien können auch weitere *Personen zufällig im Bild erscheinen*. Auch diese

60 Art. 28c Abs. 3 ZGB.

61 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 43), Rz. 15.10 f.; BGE 118 II 369 ff.

62 BaslerKomm/Schwaibold, Art. 28g ZGB, N 3.

63 Tercier (Fn. 6), Rz. 1346.

64 Geiser (Fn. 2), Rz. 14.5.

65 Unklar Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 43), Rz. 15.28.

66 Vgl. Geiser (Fn. 2), Rz. 14.5; Tercier (Fn. 6), Rz. 1350 ff.

67 Vgl. Geiser (Fn. 2), Rz. 2.30 ff.

können in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt werden, wenn sie erkennbar sind.

Selbstverständlich kann der Film auch die *Persönlichkeit der Mitwirkenden* verletzen. Darauf wird aber im Weiteren nicht eingegangen.⁶⁸

2. Vorkehren

A) Recht an der Lebensgeschichte

Vorsicht ist in jedem Fall bei der *Wahl der Geschichte* geboten. Handelt es sich um eine besondere Gegebenheit aus dem Leben einer bestimmten Person, sollte in jedem Fall das Einverständnis dieser Person eingeholt werden, unabhängig davon, ob diese Person erkennbar ist oder nicht. Es besteht die Gefahr, dass der Film das Recht an der eigenen Lebensgeschichte verletzt. Die Einwilligung rechtfertigt diese Verletzung.

Es liegt allerdings auf der Hand, dass eine Geschichte, welche sich für einen Film eignet, regelmässig *nicht nur eine, sondern mehrere Personen betrifft*. Namentlich darf ein Film sehr wohl autobiografisch sein. Die erzählte Geschichte hat dann allerdings meist nicht nur für eine Person, den Autor, sondern auch für weitere darin handelnde Personen zentrale Bedeutung. Unter dem Gesichtswinkel des Rechts an der eigenen Lebensgeschichte, genügt dann aber m.E. die Einwilligung der zentralen Person. Der Wunsch dieser Person, ihre eigene Geschichte darzustellen, ist eine ausreichende Rechtfertigung dafür, auch die Geschichte der unmittelbar damit verbundenen Personen darzustellen. Andernfalls könnte jede an einem herausragenden Ereignis beteiligte Person verhindern, dass eine andere beteiligte Person das Geschehen künstlerisch verarbeitet. In der Praxis ist es allerdings nicht immer einfach, zu entscheiden, ob es sich nun um die eigene Geschichte des Filmmachers handelt und der Dritte nur mitbeteiligt ist oder ob es eigentlich die Geschichte des Dritten ist, in welcher der Filmmacher nur eine Nebenrolle spielt. Das kann schon im Titel zum Ausdruck kommen. So ist es der Rechtfertigung der Darstellung nicht förderlich, wenn der Film den Titel erhält: «Mein Leben mit XY».

B) Erkennbarkeit

Jede Erkennbarkeit einer Person kann persönlichkeitsrechtliche Probleme schaffen. Bei jedem Filmprojekt ist somit zu entscheiden, ob mit Blick auf den Gegenstand und das Genre des Films die *Erkennbarkeit bestimmter Personen* in Kauf genommen oder gar beabsichtigt wird oder nicht. Trifft Letzteres zu, ist bei den verwendeten Namen, Erscheinungsbildern, persönlichen Eigenschaften usw. aufzupassen.

Es ist nicht möglich, sicherzustellen, dass keinerlei Namen irgendwelcher real existierender Personen verwendet werden. Es ist auch kaum zu vermeiden, dass der Vor- und der Familienname mit einer real existierenden Person übereinstimmen. Solange keine weiteren Ähnlichkeiten bestehen, kann darin keine Persönlichkeitsverletzung gesehen werden, auch nicht wenn es sich dabei um eine Person handelt, die in der Öffentlichkeit steht. Es ist deshalb darauf zu achten, dass *keine weiteren Übereinstimmungen* vorliegen. Es sollten auch nicht entsprechende Assoziationen möglich sein. Es liegt auf der Hand, dass

der Autor des Drehbuches bzw. der Geschichte die Tendenz hat, solche Assoziationen vorzunehmen. Wenn jemand den Namen einer Ortschaft oder Region trägt, besteht die Gefahr, ihm auch den entsprechenden Dialekt anzuhängen usw. Telefonbuch und Internetverzeichnisse erlauben es, zu klären, dass mutmasslich am im Film erkennbaren Ort keine entsprechende Person lebt. Unbeabsichtigte Assoziationen können dadurch vermieden werden, dass jemand, der mit der Geschichte selber nichts zu tun hat, für die Namensgebung sorgt.

Je negativer eine Person dargestellt wird, umso mehr Sorgfalt ist gefordert. Zu beachten ist aber, dass nicht nur das Recht auf Ehre zur Diskussion steht. Das Recht am Namen geniesst vielmehr einen selbstständigen Schutz.⁶⁹ Dabei ist zu beachten, dass nicht nur der Name als Identifikationsmerkmal Schutz geniesst, sondern auch andere *Kennzeichen*. Geschützt sind alle Namensformen, d.h. neben dem Vor- und Familiennamen auch Künstlernamen und Pseudonyme, sofern sie genügend individuell sind.⁷⁰ Erfasst werden aber auch Familienwappen⁷¹ und gegebenenfalls weitere Kennzeichen. Nicht persönlichkeitsrechtlich, sondern höchstens urheberrechtlich geschützt sind demgegenüber die Namen literarischer Figuren.⁷²

C) Bewusste Erkennbarkeit

In vielen Filmen ist allerdings der *Bezug zu einer realen Person gewollt bzw. unvermeidbar*. Auch in diesen Fällen empfiehlt sich allerdings unter Umständen eine Veränderung der Namen, weil es wenig Sinn macht, dass die Personen auch über Generationen für das breite Publikum identifizierbar bleiben. Auch hier ist regelmässig zu prüfen, wie deutlich der Bezug bzw. die Erkennbarkeit bleiben soll. Es gilt das Gebot der schonenden Rechtsausübung. Zu beachten ist allerdings, dass eine Anonymisierung immer dazu führen kann, dass weitere Personen sich verletzt fühlen.

Entscheidend ist aber in diesen Fällen immer, wieweit die Darstellung, welche diesfalls immer eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, *gerechtfertigt werden kann*. Liegt die Einwilligung der betroffenen Person vor, ist die Sache problemlos. Das trifft auch zu, wenn es sich um eine verstorbene Person handelt, bei der keine unmittelbaren Angehörigen mehr leben, welche sich auf ihr Pietätsgefühl berufen könnten. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist im Einzelnen zu untersuchen, welche privaten Interessen der an der Produktion Beteiligten den Eingriff rechtfertigen können bzw. ob das öffentliche Interesse an einer bestimmten künstlerischen Äusserung oder einer öffentlichen Diskussion über eine Begebenheit den Eingriff rechtfertigen kann.

In diesem Zusammenhang wesentlich ist das Ausmass der Verletzung. Je negativer eine Person dargestellt wird und je stärker in ihre privaten Bereiche eingegriffen werden, desto mehr bedarf es gewichtiger Interessen, damit der Eingriff gerechtfertigt werden kann. Entscheidend ist dabei auch immer,

68 Vgl. dazu insb. BGE 129 III 715.

69 Geiser (Fn. 2), Rz. 2.18.

70 Vgl. BGE 92 II 305; Tercier (Fn. 6), Rz. 448.

71 BGE 45 II 623, vgl. aber auch BGE 108 II 244 (Werbe-Plakate).

72 BGE 85 II 120 ff. (Sherlock Holmes).

wie nahe die Darstellung an der Wahrheit ist. Dabei kann es mit Blick auf den fiktionalen Charakter des Werkes nicht um die Detailtreue der Wahrheit gehen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Person im *richtigen Licht* erscheint.⁷³ Insofern ist die Behauptung nicht zutreffend, eine unwahre Darstellung sei immer eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Wahrheit ist eben relativ. Das setzt eine sehr genaue inhaltliche Analyse des Werkes voraus, was für die Gerichte eine äusserst schwierige Aufgabe ist.

IV. Persönlichkeitsschutz und Dokumentarfilm

1. Gefahren

Im Gegensatz zum fiktionalen Film gibt der *Dokumentarfilm* vor, *tatsächlich die Wirklichkeit abzubilden*. Abgesehen von der erkenntnistheoretischen Diskussion darüber, ob ein Film die Wirklichkeit überhaupt wiedergeben kann, da es sich immer um ein blosses Abbild aus subjektiver Sicht handelt, stellen Dokumentarfilme heute häufig eine Mischung zwischen dokumentarischem Material und nachgespielten bzw. inszenierten Teilen dar. Dadurch ergeben sich für den Persönlichkeitsschutz spezifische Probleme.

Ein Dokumentarfilm bezweckt regelmässig, dass die dargestellten Personen erkennbar sind. Es gibt Ausnahmen, bei denen von vornherein die *Personen nicht erkannt werden sollen*. Das trifft insbesondere bei Dokumentationen über bestimmte besondere Milieus wie die Prostitution usw. zu. Dann ist regelmässig der Persönlichkeitsschutz kein Problem. Selbst wenn sich jemand ausnahmsweise trotz fehlender Erkennbarkeit auf das Recht an der eigenen Geschichte oder am eigenen Bild oder an der eigenen Stimme widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt fühlen könnte, wird er sich nicht wehren, weil er sich damit outen müsste. Das will er aber nicht.

Normalerweise sollen die Personen aber sehr wohl erkennbar sein. Dann liegt regelmässig eine Persönlichkeitsverletzung vor, und es besteht die erhebliche Gefahr, dass die betroffene Person den Film verbieten lässt, wenn sie nicht entweder selber ein Interesse am Film hat oder ein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung vorliegt.

Der effizienteste Schutz vor einer entsprechenden Intervention der betroffenen Personen ist zweifellos, den Film und die Umstände der Produktion so zu gestalten, dass die Betroffenen gar kein Interesse am Verbot haben. Wie das zu bewerkstelligen ist, hängt vom konkreten Filmprojekt ab. Es lässt sich kein allgemeines Rezept dafür geben.

2. Einwilligung als wichtigster Rechtfertigungsgrund

Wichtigster Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht beim Dokumentarfilm ist die Einwilligung. Liegt sie vor, ist die Persönlichkeitsverletzung nicht rechtswidrig, und somit ist auch nichts zu befürchten. Die Problematik liegt aber darin, dass nicht jede Einwilligung gültig ist und darüber hinaus die Einwilligung auch zurückgezogen werden kann. Es gibt somit kein sicheres Rezept, um die Einwilligun-

gen aller Beteiligten am Anfang der Arbeiten einzuholen. Vor diesbezüglichen Überraschungen ist die Filmproduktion nicht gefeit. Darauf ist zurückzukommen.

Zu beachten ist aber, dass auch beim Dokumentarfilm *überwiegende private oder öffentliche Interessen* an einer bestimmten künstlerischen Äusserung oder einer öffentlichen Diskussion über eine Begebenheit den Eingriff rechtfertigen können.

3. Einwilligungsberechtigte Personen

Einwilligen kann nur die betreffende Person selber. Persönlichkeitsrechte sind wohl den relativ höchstpersönlichen Rechten zuzurechnen.⁷⁴ Ist die betroffene Person urteilsfähig, kann sie sie auch selber wahrnehmen, wenn sie unmündig oder entmündigt ist. Eine *Vertretung* sowohl des Urteilsfähigen wie auch des Urteilsunfähigen ist bei der Rechtswahrnehmung aber auch durch einen Vertreter *möglich*. Demgegenüber ist die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung, jedenfalls wenn sie nicht im Interesse der betroffenen Person selber erfolgt, absolut höchstpersönlich. Die gesetzliche Vertretung erfasst dieses Vertretungsrecht nicht.⁷⁵

Damit erweist sich die *Einwilligung bei einem Dokumentarfilm über urteilsunfähige Personen als unmöglich*.⁷⁶ Die Einwilligung naher Angehöriger ist zwar nützlich, ja zwingend, weil damit verhindert werden kann, dass diese selbstständig gegen das Filmprojekt vorgehen können. Sie kann aber die Persönlichkeitsverletzung der unmittelbar Betroffenen nicht beseitigen. Hier bedarf es regelmässig eines zusätzlichen Rechtfertigungsgrundes. Er findet sich meist in den überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen.

4. Problem der Ungültigkeit oder des Rückzugs der Einwilligung

Zusätzlich ergibt sich bei der Einwilligung das Problem, dass sie – wie dargelegt – kein eigentliches Rechtsgeschäft darstellt, sondern einen Zustand. Sie rechtfertigt den Eingriff nur so lange, wie sie tatsächlich vorliegt. Die betroffene Person kann sich nicht verpflichten, die Einwilligung nicht zurückzuziehen. Das ist insofern auch sinnvoll, als kaum je vorauszusehen ist, welche Folgen der Eingriff in Zukunft haben wird. Der Dreh ist nur ein Eingriff. Mit dem Schnitt wird die Darstellung verändert und damit auch der Eingriff in die Persönlichkeit umgestaltet. Schliesslich stellt auch jede Wiedergabe immer wieder aufs Neue eine Persönlichkeitsverletzung mit veränderten Wirkungen dar. Überdies kann die betroffene Person kaum je vor Beginn der Herstellung abschätzen, welche Konsequenzen die Produktion des Films tatsächlich für sie haben wird. Damit können aber auch nicht die Wirkungen der Einwilligung beurteilt werden, und sie ist nur beschränkt wirksam. Die betroffene Person kann sie somit jederzeit zurückziehen. Dadurch werden

73 BGE 105 II 165.

74 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 43), Rz. 1017.

75 Geiser (Fn. 2), Rz. 9.16.

76 Das war die Problematik bei «Meine Schwester Maria» von Maximilian Schell.

alle weiteren Handlungen – namentlich Veröffentlichungen des Films – widerrechtlich, wenn nicht ein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Ein solcher Rechtfertigungsgrund kann auch hier in den *überwiegenden Interessen der Filmemacher* gesehen werden. Dadurch, dass die betroffene Person zu Beginn des Projektes ihr Einverständnis gibt und die Filmemacher ihre eigene künstlerische Energie in das Projekt investieren, gewinnen die Interessen der Filmemacher an der Fertigstellung und künstlerischen Auswertung an Bedeutung. Die Interessenabwägung fällt damit eher zugunsten der Rechtfertigung aus. Zu beachten ist allerdings, dass die *wirtschaftlichen Interessen in jedem Fall als untergeordnet* angesehen werden. Entscheidend sind damit die künstlerischen Interessen, nicht die wirtschaftlichen.

V. Folgerungen

Der Persönlichkeitsschutz ist in einem gewissen Ausmass für die künstlerische Betätigung lästig. Er ist aber unumgänglich. Die schweizerische Rechtsordnung hat – jedenfalls zurzeit – eine ausgewogene Lösung gefunden, welche sehr wohl auch den Interessen einer künstlerischen Betätigung Rechnung trägt. Panik ist nicht am Platz.

Sehr wohl ist aber eine Reflexion am Platz. Und Überlegungen des Persönlichkeitsschutzes sollten die Entstehung eines Films von Anfang an und bis hin zur Auswertung begleiten. Damit findet aber auch eine reflektierte Auseinandersetzung mit der Rezeption des Werkes statt, welche für die künstlerische Umsetzung und damit auch das Werk vorteilhaft sein kann.

Zusammenfassung Das schlimmste Schicksal, das einer Filmproduktion widerfahren kann, ist wohl, wenn der Film ausgezeichnet entwickelt, hervorragend und mit viel Engagement gedreht und in der Postproduktion zur Perfektion geschnitten wird, anschliessend aber aus rechtlichen Gründen, beispielsweise wegen eines Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte anderer Personen, nicht gezeigt werden darf. Liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, ist ein solcher Eingriff als widerrechtlich zu qualifizieren, worauf spezifische Persönlichkeitsschutzklagen, aber auch ganz allgemeine Klagen wie solche auf Schadenersatz, Genugtuung oder aber auf Gewinnherausgabe folgen können. Auch die Wirkung von vorsorglichen Massnahmen ist in diesem Zusammenhang nicht zu unterschätzen.

Summary The worst fate that can befall a film production is probably that of being exceptionally well developed, outstandingly shot with great commitment and cut to perfection in postproduction, but subsequently prohibited from being shown on legal grounds, due for example to an infringement of someone's personality rights. If no justifications can be advanced, such an infringement is to be characterised as unlawful, which can result in claims specifically based upon the protection of personality rights and also in general claims such as those for damages, non-pecuniary satisfaction or an account of profits. Furthermore, the effect of provisional measures in such cases should not be underestimated.

entscheidungen décisions**Die Entscheidung | La décision**

- 09-107 **Sammeln von IP-Adressen zwecks Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen gerechtfertigt** 143
Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 27. Mai 2009 (A-3144/2008)
DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN/PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE

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

- 09-108 **Zulässiger Wort- und Bildbericht über Johnny Hallydays Finanzgebahren** 150
Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 23. Juli 2009
(N° 12268/03 «Hachette Filipacchi Associés [Ici Paris] c. Frankreich»)
- 09-109 **Unzulässige Kolportage von Gerüchten über präsidiales Eheleben** 151
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 4. Juni 2009
(N° 21277/05 «Standard Verlags GmbH. c. Österreich [N° 2]»)
- 09-110 **Unbegründete Strafe für Kritik an nachlässiger Exbeamtin** 153
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 9. Juni 2009
(N° 17095/03 «Cihan Öztürk c. Türkei»)
- 09-111 **Zulässige Zeitungskritik an bekanntem Historiker** 153
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 23. Juni 2009
(N° 32550/05 «Bodrozic c. Serbien» und N° 38435/05 «Bodrozic and Vujin c. Serbien»)
- 09-112 **Weite Grenzen der Kritik unter Akademikern** 153
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 19. Juni 2009
(N° 17089/03 «Sorguç c. Türkei»)
- 09-113 **Strafbare Publikation des zugespielten Polizeibildes eines Verdächtigen** 154
Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom 30. Juni 2009
(N° 17215/06 «Eric Hacquemand c. Frankreich»)
- 09-114 **Vorverurteilende Behördenäusserung gegenüber den Medien** 154
Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 2. Juni 2009 (N° 24528/02 «Borovsky c. Slowakei»)
- 09-115 **Unbegründete Strafe wegen Aufwiegelung per SMS** 155
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 16. Juni 2009
(N° 33340/03 «Bahçeci» und «Turan» c. Türkei)
- 09-116 **Informationen durch kaufmännisch oder gewerblich unabhängigen Dritten ist auch Werbung** 155
Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 2. April 2009
(C-421/07)
- 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit**
- 09-117 **Unberechtigte Informationsverweigerung gegenüber Historiker** 156
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 26. Mai 2009
(N° 31475/05 «Kenedi c. Ungarn»)
- 09-118 **Délai pour se prononcer sur une demande de médiation** 156
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 avril 2009
- 09-119 **Déni de justice en raison du retard du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) à faire une médiation ou une recommandation** . . . 156
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 avril 2009 (A-75/2009)
- 09-120 **Drei Berichte von armasuisse müssen veröffentlicht werden** 158
Empfehlung des EDÖB vom 19. Februar 2009 (GS VBS und armasuisse/Berichte «Benchmarking», «armasuisse der Zukunft», «Helvetisierung»)
- 09-121 **Zugänglichmachung von internem Berichts- und Steuerungssystem der ESTV** . . 159
Empfehlung des EDÖB vom 3. April 2009 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings)
- 09-122 **Zugänglichmachung von Voranschlag und Rechnung des UVEK** 159
Empfehlung des EDÖB vom 19. Juni 2009 (UVEK/Zusatzdokument Staatsrechnung)
- 09-123 **Principe de transparence et accès aux dossiers de fonctionnaires** 160
Recommandation du PFPDP du 9 février 2009
- 1.3 Radio- und Fernsehrecht**
- 09-124 **Nécessité d'exposer les différents points de vue lors d'un reportage télévisuel** . . 160
Arrêt du Tribunal Fédéral du 1^{er} mai 2009 (2C_862/2008; TSR c. X)

| | | |
|--------|---|-----|
| 09-125 | Billag: Gebührenbefreiung | 161 |
| | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Mai 2009 (A-7643/2008) | |
| 09-126 | TV-Uhren verletzen Sponsoringrichtlinien | 161 |
| | Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 11. Juni 2009 (nicht rechtskräftig) | |
| 09-127 | Berichterstattung von Tele Züri zur Konzessionsvergabe verletzte Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot nicht | 163 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 17. Oktober 2008 (b.587) | |
| 09-128 | Barack Obama durfte als «Neger» bezeichnet werden | 164 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio- und Fernsehen (UBI) vom 5. Dezember 2008 (b.592) | |
| 09-129 | Nichteintreten auf Beschwerde des VgT. | 164 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 20. Februar 2009 (b.593) | |
| 09-130 | «Der Hundeprofi» verletzte Sachgerechtigkeitsgebot nicht. | 165 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 5. Dezember 2008 (b.588) | |
| 09-131 | Quote für spanischsprachige Filme gutgeheissen | 165 |
| | Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 5. März 2009 (C-222/07) | |
| | 1.5 Kunstrecht | |
| 09-132 | Projektion von Comic-Strip an Hauswand nicht pornographisch | 166 |
| | Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichteramt, vom 27. Mai 2009 (Prozess Nr. GU090029/U) – rechtskräftig | |
| | 1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation | |
| 09-133 | Ungenügende Warnhinweise als Zugangsbeschränkung für verschreibungspflichtige Medikamente. | 168 |
| | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2009 (C-4173/2007) | |
| | 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen | |
| 09-134 | Tirage d'une publication et notion de presse régionale ou locale | 169 |
| | Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 juin 2009 (A-5427/2008) | |
| 09-135 | Abonnement à la publication d'une association et qualité de membre | 169 |
| | Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 2 juillet 2009 (A-6527/2008). Association du journal <i>La Nation</i> contre La Poste Suisse. | |
| 09-136 | Anspruch auf ermässigten Posttarif | 169 |
| | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Mai 2009 (A-6523/2008) | |
| | 3. Strafrecht | |
| | 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) | |
| 09-137 | Auskunftsperson kann sich bei Ehrverletzungen im Rahmen von Aussage auf Art. 14 StGB berufen. | 170 |
| | Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2009 (6B_68/2009) | |
| | 3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter | |
| 09-138 | Beweiswürdigung des Obergerichts nicht willkürlich | 171 |
| | Urteil des Bundesgerichts vom 1. Mai 2009 (6B_264/2009) | |
| | 3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit | |
| 09-139 | Echte Konkurrenz zwischen Art. 179^{septies} StGB und Art. 198 Abs. 2 StGB | 171 |
| | Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2009 (6B_75/2009) | |
| 09-140 | Ausstandspflicht nach unglücklicher Äusserung gegenüber Nachrichtenagentur 172 | |
| | Urteil des Bundesstrafgerichts (I. Beschwerdekammer) vom 20. Mai 2009 (BV 2009.25 u.a. «A., B., C. und D. gegen Eidg. Finanzdepartement») | |
| 09-141 | Etablissement des faits et mesures de surveillance du domaine privé | 172 |
| | Décision du juge de l'Office du juge d'instruction cantonal du 21 janvier 2009, Ministère public du canton du Valais c. inconnus (approuvée par le président de l'autorité de plainte du Tribunal cantonal VS) | |
| | 4. Privatrecht | |
| | 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz | |
| 09-142 | Propos critiques tenus par un avocat en audience et devoir de plaider la cause . 173 | |
| | Arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2008 (5A_605/2007) | |

- 09-143 **Anspruch auf Belegexemplar bei Gegendarstellung verweigert** 174
Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2009 (5A_693/2008)
- 09-144 **Rekurs von Tierschutzverein gegen vorsorgliche Massnahme abgewiesen** 175
Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juni 2009 (5A_268/2009)
- 4.2 Arbeitsrecht**
- 09-145 **Incitation d'un travailleur à démissionner** 176
Tribunal fédéral, délibérations dans la cause 4A_564/2008
- 5. Urheberrecht**
- 5.2 Verwertungsrechte**
- 09-146 **«Tarif AS Radio» aufgrund mangelnder Mitwirkung nicht genehmigt** 176
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Juni 2009 (B-2152/2008)
- 8. Ethik/Selbstregulierung**
- 8.1 Ethik des Journalismus**
- 09-147 **Identifizierende Berichterstattung/Entstellung von Tatsachen** 177
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 2. April 2009 (19/2009; Joos c. «Blick»)
- 09-148 **Wahrheits- und Berichtigungspflicht** 177
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 2. April 2009
(20/2009; X./Y. c. «Cash daily»)
- 09-149 **Anhörung bei schweren Vorwürfen/Unterschlagung wichtiger Informationen** . . . 178
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. April 2009
(21/2009; Schweizer Fernsehen c. «SonntagsBlick»)
- 09-150 **Compétences investigatoires du Conseil suisse de la presse** 178
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 24 avril 2009
(22/2009, L'Agefi c. Roulet)
- 09-151 **Respektierung der Privatsphäre/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Wahrheits- und Berichtigungspflicht** 179
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. April 2009 (23/2009; X. c. «Blick»)
- 09-152 **Fehlende Beschwerdebegründung/Identifizierende Berichterstattung/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Unterschlagung von wichtigen Informationen** 179
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. Mai 2009
(24/2009; X. c. «Berner Zeitung»/«Bieler Tagblatt»)
- 09-153 **Plainte tardive** 179
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 1^{er} mai 2009
(25/2009, Stop suicide c. *Le Matin*)
- 09-154 **Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigung/Menschenwürde** 180
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. Mai 2009
(26/2009; X. c. «Basler Zeitung»)
- 09-155 **Unlautere Recherche/Respektierung der Privatsphäre** 180
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009
(27/2009; X. c. «SonntagsBlick»)
- 09-156 **Redaktionelle Prüfung von externen Beiträgen/Trennung von redaktionellen Texten und Anzeigen** 181
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009
(28/2009; Mieterinnen- und Mieterverband Basel c. «Baslerstab»)
- 09-157 **Critique par voie de presse d'un agent de la force publique** 182
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 13 mai 2009
(29/2009, Police genevoise c. *L'Hebdo*)
- 09-158 **Veröffentlichung von Bild und Namen eines Tatverdächtigen im Rahmen eines polizeilichen Zeugenaufrufs** 182
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009 (30/2009)
- 09-159 **Behauptete Einmaligkeit des Begriffs «fair fish»** 183
Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009 (247/08)
- 09-160 **Fugen-Radierer für das Badezimmer** 183
Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009 (303/08)
- 09-161 **Unerwünschtes Werbemagazin trotz «Stopp Werbekleber» am Briefkasten** 183
Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009 (323/08)
- 09-162 **Formular «Anzeigenauftrag»** 183
Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009 (350/08)

Sammeln von IP-Adressen zwecks Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen gerechtfertigt

Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 27. Mai 2009 (A-3144/2008)

09-107

IP-Adressen sind als Personendaten im Sinne des DSG zu qualifizieren, da der Provider bei einer Strafverfolgung die dahinterstehende Person gegenüber den Behörden offenlegen muss. Durch die Sammlung von IP-Adressen wird zwar das Erkennbarkeits- und Zweckmässigkeitsprinzip und somit die Persönlichkeit der betroffenen Personen verletzt, diese wird jedoch durch das überwiegende private und öffentliche Interesse an der Verfolgung der Urheberrechtsverletzung bzw. an der Einhaltung der Gesetze gerechtfertigt.

Les adresses IP doivent être qualifiées de données personnelles, étant donné que les *providers* sont obligés, le cas échéant, de révéler le nom de leurs détenteurs à la justice pénale. La collecte par des personnes privées des adresses IP est contraire aux principes de finalité et de transparence, et partant porte atteinte à la personnalité des personnes concernées; cela dit, elle se justifie dans ce cas par l'intérêt supérieur, à la fois privé et public, au respect des lois et à la sanction de ceux qui violent le droit d'auteur.

Stichwörter Personendaten; besonders schützenswerte Personendaten; Rechtmässigkeitsprinzip; Treu und Glauben; Erkennbarkeitsprinzip; Zweckmässigkeitsprinzip; überwiegendes privates und öffentliches Interesse.

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Mit Datum vom 9. Januar 2008 erliess der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) nach Durchführung einer Besprechung und eines Schriftenwechsels eine Empfehlung an die Adresse der Logistep AG. Er hielt fest, die Logistep AG suche mittels der von ihr entwickelten Software in verschiedenen Peer-to-Peer-Netzwerken (nachfolgend P2P-Netzwerk) nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken. Beim Herunterladen dieser Werke würden ein Teil der zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Internetverbindung zur Software des Anbieters ausgetauschten elektronischen Daten sowie weitere Daten (wie Uhrzeit und Datum) aufgezeichnet und in einer Datenbank abgespeichert. Die so erhobenen Daten würden anschliessend an die Urheberrechtsinhaber weitergegeben und von diesen zur Identifikation des Inhabers des Internetanschlusses verwendet. Dazu würden die Urheberrechtsinhaber unter anderem Strafanzeige gegen unbekannt einreichen und sich die Identitätsdaten im Rahmen des Akteneinsichtsrechts verschaffen. Diese Daten würden sodann zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen verwendet. Der EDÖB gelangte zum Schluss, dass die Bearbeitungsmetho-

den der Logistep AG geeignet seien, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen. Daher empfahl er dieser gestützt auf Art. 29 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1), die von ihr praktizierte Datenbearbeitung unverzüglich einzustellen, solange keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine zivilrechtliche Nutzung der durch sie erhobenen Daten bestehe.

Nachdem die Logistep AG die Empfehlung mit Schreiben vom 14. Februar 2008 abgelehnt hat, legt der EDÖB (Kläger) die Angelegenheit mit Klage vom 13. Mai 2008 dem Bundesverwaltungsgericht zum Entscheid vor.

Aus den Erwägungen

1. IP-Adressen sind als Personendaten im Sinne des DSG anzusehen.

2.2.5 Hingegen handelt es sich – entgegen dem Vorbringen des Klägers – bei IP-Adressen nicht um besonders schützenswerte Personendaten gemäss Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG. Hierunter fallen Daten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Wie gesehen kann es zwar sein, dass eine IP-Adresse zur Identifizierung einer Person Eingang in ein Strafverfahren findet. Sie stellt deswegen aber für sich allein betrachtet keine Angabe über Verfolgungen und Verurteilungen dar. Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG will aber gerade solche Daten besonders schützen, da diese die Persönlichkeitsrechte betroffener Personen stärker gefährden können.

2.3.1 Bearbeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 DSG bedeutet jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 Bst. e DSG).

2.3.2 Im vorliegenden Fall interessiert vorab das Beschaffen, Aufbewahren und Bekanntgeben von IP-Adressen durch die Beklagte. Diese macht geltend, sie sammle nur technische Informationen und keine Personendaten.

2.3.3 Die Beklagte durchsucht im Auftrag von Urheberrechtsinhabern P2P-Netzwerke auf Verletzungen derer Rechte hin. Dazu verwendet sie eine von ihr entwickelte Software (File Sharing Monitor). Dieser Monitor verhält sich im P2P-Netz wie ein gewöhnlicher P2P-Client (Rechner des Internetnutzers). Allerdings ist ein Upload – auch während des Download-Prozesses – nicht möglich. Stösst die Beklagte auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk, lädt sie dieses herunter, wobei unter anderem folgende Daten aufgezeichnet werden: IP-Adresse des Internetanschlusses, der das Werk anbietet, P2P-Benutzername des Anbieters, das verwendete P2P-Netzwerk, Name und elektronischer Fingerprint des Werks (Hashcode) sowie Datum und

Uhrzeit des Downloads. Daraufhin werden diese Daten den Urheberrechtsinhabern übermittelt. Indem die Beklagte Informationen, die als Personendaten zu qualifizieren sind, sammelt, diese speichert und schliesslich weitergibt, erfüllt sie die Voraussetzung des Bearbeitens gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Bst. e DSG. Dies wird von ihr insofern auch nicht bestritten, als sie selber ausführt, Informationen zu sammeln.

2.4 Es kann somit festgehalten werden, dass die Beklagte Personendaten bearbeitet. Die Anwendbarkeit des DSG hängt indessen noch von weiteren Faktoren ab, die es im Folgenden zu prüfen gilt.

3. Fraglich ist, ob eine der Ausnahmen von Art. 2 Abs. 2 DSG zur Anwendung kommt, die den Geltungsbereich des DSG ausschliessen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG ist das DSG nicht anwendbar auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren. (...)

3.2.3 Die Beklagte sammelt und speichert Daten von Personen, gegen die sie erwägt, allenfalls ein Straf- und je nach dem zu einem späteren Zeitpunkt auch ein Zivilverfahren zu ergreifen. Zum Zeitpunkt der Datenbearbeitung weiss sie indessen nicht, gegen wen sich ein allfälliges Verfahren richten wird. Wenn aber noch nicht einmal die Verfahrensgegenseite bekannt ist, es gar noch nicht fest steht, ob überhaupt je ein Straf- oder Zivilverfahren eröffnet werden wird, kann nicht von einem hängigen Verfahren gesprochen werden. In diese Richtung weist denn auch die Praxis im Zusammenhang mit Strafverfahren: Während gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren, wenn auch nicht zwingend, als hängige Strafverfahren angesehen und vom Geltungsbereich des DSG ausgeschlossen werden können, werden Präventivermittlungen im Polizeibereich, das heisst Ermittlungen vor einer bevorstehenden Gefahr oder Straftat, nicht von der Ausnahme von Art. 2 DSG erfasst (vgl. Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission [EDSK] vom 10. Juli 1997, VPB 62.56, E. III/b/3; Rosenthal/Jöhri, a.a.O., Rz. 39 zu Art. 2 DSG; Maurer-Lambrou/Kunz, a.a.O., Rz. 31 zu Art. 2 DSG; Botschaft zum DSG, BBl 1988 II, S. 443). Im vorliegenden Fall gilt dies umso mehr, als – wie sich die Beklagte in der Duplik vernehmen lässt – nicht in jedem Fall ein Prozess angestrengt werden soll, sondern die Daten teilweise bloss zu statistischen Zwecken gesammelt werden, damit die betroffenen Urheberrechtsinhaber Anhaltspunkte erlangen, ob und in welchem Ausmass ihre Werke illegal gehandelt werden. In einem solchen Fall, in dem es gar nie zu einem Verfahren kommt, kann erst recht nicht die Rede von einem hängigen Verfahren sein.

Die von der Beklagten gestützt auf Droese dargelegte Ansicht erscheint allenfalls vertretbar, wenn bereits bekannt ist, wer auf der Prozessgegenseite steht, und es lediglich darum geht, konkrete Beweise zu sammeln. Soll aber wie vorliegend überhaupt erst die anzuzeigende oder zu beklagende Person gefunden werden, ginge es zu weit, die Hängigkeit eines Verfahrens bereits auf diesen Zeitraum auszudehnen mit der Folge, dass das DSG nicht anwendbar wäre. Ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Gesetzes gestützt auf Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG rechtfertigt sich nur dann, wenn prozessrechtliche Normen zum

Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen Platz greifen (vgl. oben E. 3.2.2). Anders entscheiden hiesse, für Sachverhalte wie den vorliegenden eine nicht hinzunehmende Rechtsschutzlücke zu schaffen.

3.3 Die von der Beklagten vorgenommene Bearbeitung von Personendaten kann folglich nicht als Teil eines hängigen Verfahrens bezeichnet werden. Die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG kommt daher nicht zur Anwendung und der Geltungsbereich des DSG wird in sachlicher Hinsicht nicht ausgeschlossen. (...)

7. Nachfolgend ist die Rechtmässigkeit der Bearbeitung der Personendaten durch die Beklagte zu prüfen. Zunächst stellt sich die Frage, ob die von der Beklagten vorgenommene Datenbearbeitung eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSG darstellt.

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Insbesondere dürfen Personendaten nicht entgegen den Grundsätzen von Art. 4 DSG oder ohne Rechtfertigungsgrund gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person bearbeitet werden (Art. 12 Abs. 2 Bst. a und b DSG). In der Regel liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (Art. 12 Abs. 3 DSG).

Art. 4 DSG verlangt, dass Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen (Abs. 1), dass ihre Bearbeitung nach Treu und Glauben zu erfolgen hat und verhältnismässig sein muss (Abs. 2), dass Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3), und dass die Beschaffung der Daten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein muss (Abs. 4).

8.1 Der Kläger wirft der Beklagten vor, automatisiert und proaktiv Personendaten ohne Wissen der Betroffenen zu bearbeiten. In der Schweiz existiere derzeit keine spezifische gesetzliche Grundlage, welche die systematische Erhebung von Personendaten in P2P-Netzwerken durch Privatpersonen erlaube oder verbiete. Daher sei die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch die Beklagte grundsätzlich nach dem DSG zu beurteilen. Es sei indessen erforderlich, dass eine solche Datenbearbeitung gesetzlich geregelt werde, denn diese habe eine grosse Reichweite und tangiere die Persönlichkeitsrechte einer Vielzahl betroffener Personen. Es müssten Kriterien gefunden werden, welche die Zulässigkeit der erhobenen Daten als Beweismittel im Rahmen von rechtlichen Verfahren regeln würden, und es müsse gewährleistet sein, dass die überwachende Person kein Interesse an einer zu weitgehenden Überwachung habe und die Unabhängigkeit garantiert sei. Des Weiteren sei die Identifikation einer hinter einer IP-Adresse stehenden Person durch das Fernmeldegeheimnis gemäss Art. 43 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) untersagt. Im zivilrechtlichen Bereich bestehe zurzeit keine Möglichkeit, dieses zu durchbrechen. Einzig auf dem Weg der Strafverfolgung könne das Fernmeldegeheimnis durchbrochen werden. Zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Rahmen

von P2P-Netzwerken müsse daher eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um die Möglichkeit der Identifikation der betroffenen Personen zu regeln.

8.2 Die Beklagte bestreitet, systematisch und proaktiv Verbindungsdaten im Internet zu sammeln. Sie sammle lediglich auf konkreten Auftrag eines Urheberrechtsinhabers hin, der um Urheberrechtsverletzungen bei seinen Werken wisse oder solche vermute, technische Informationen und gebe diese anschliessend an den Auftraggeber weiter. Gesetzliche Grundlage zur Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses bilde vorliegend das jeweilige Strafverfahren bzw. das entsprechende Strafprozessrecht. Art. 14 BÜPF regle detailliert, welche Auskünfte über Fernmeldeanschlüsse die Anbieterinnen von Fernmeldediensten dem Dienst liefern müssten (Abs. 1) und an wen der Dienst die Auskünfte ausschliesslich erteilen dürfe (Abs. 2). Art. 14 Abs. 4 BÜPF regle ausdrücklich, dass die Internetanbieterin im Falle einer Straftat über das Internet verpflichtet sei, der zuständigen Behörde alle Angaben zu machen, die eine Identifikation des Urhebers oder der Urheberin ermöglichen würden. Damit könne nur gemeint sein, dass die Anbieterin mitteilen müsse, wer ihre IP-Adresse zur fraglichen Zeit benützt habe, und sie die zugehörigen Eckdaten liefern müsse. Diese Auskunftspflicht gelte unabhängig davon, ob die Daten überhaupt unter das Fernmeldegeheimnis fielen. Es sei das gute Recht der Urheberrechtsinhaber, bei Verdacht auf Urheberrechtsverletzungen strafrechtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen. Die Strafverfolgungsbehörden würden im Ermittlungsverfahren zunächst abklären, ob genügend Anhaltspunkte für die Durchführung eines Verfahrens gegeben seien. Diese Anhaltspunkte oder Indizien stelle die Beklagte für die Urheberrechtsinhaber bereit, indem sie entsprechende, frei zugängliche und von den P2P-Netzwerkteilnehmern freiwillig offenbarte technische Informationen sammle. Zur Geltendmachung von Zivilansprüchen, die gegen einen mutmasslichen Verletzer einer Straftat entstünden, stehe es dem Geschädigten denn auch offen, einen Adhäsionsprozess zu führen.

8.3

8.3.1 Art. 4 Abs. 1 DSGVO enthält die an und für sich selbstverständliche Aussage, dass Personendaten nur rechtmässig beschafft werden dürfen. Obwohl der Wortlaut nur von «beschaffen» spricht, gilt der Grundsatz für jede Bearbeitung von Daten. Eine Datenerhebung ist immer dann rechtswidrig, wenn ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm vorliegt. Des Weiteren ist sie rechtswidrig, wenn eine Verwendung der Daten durch den Betroffenen generell bzw. zu einem bestimmten Zweck untersagt wurde oder der eigentliche Zweck bewusst wahrheitswidrig hinter anderen scheinbar seriösen Zwecken versteckt wird (Urs Maurer-Lambrou/Andrea Steiner, in: Maurer-Lambrou/Vogt [Hrsg.], a.a.O., Rz. 5 f. zu Art. 4 DSGVO).

8.3.2 In der Schweiz besteht zurzeit keine gesetzliche Grundlage, die das Erfassen und Weiterleiten von Personendaten in P2P-Netzwerken regelt. Die Datenerfassung ist demnach nicht ausdrücklich verboten. Die Regelung von Art. 14 BÜPF, auf die sich die Beklagte stützt, begründet zwar in Abweichung vom Fernmeldegeheimnis gemäss Art. 43 FMG eine Auskunftspflicht über IP-Adressen, wenn eine Straftat über das Internet begangen wurde. Sie betrifft aber nicht den vorliegend zu be-

urteilenden Fall, sondern würde allenfalls in einem weiteren Schritt, im Rahmen einer durch die Behörde erfolgenden Datenbearbeitung, zur Anwendung gelangen. Dagegen ist für das Vorgehen der Beklagten keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich, da sich diese im privatrechtlichen Umfeld betätigt und ihr Handeln nicht etwa als staatliches zu qualifizieren ist. Das Rechtmässigkeitsprinzip gemäss Art. 4 Abs. 1 DSGVO wird durch das Vorgehen der Beklagten somit nicht verletzt.

9.1 Im Weiteren macht der Kläger geltend, das Vorgehen der Beklagten, das Fernmeldegeheimnis mittels Strafverfahren zu umgehen, widerspreche dem Prinzip von Treu und Glauben und sei rechtsmissbräuchlich. Einerseits liege dabei ein Institutionenmissbrauch vor, da die Urheberrechtsinhaber meist nicht einmal das Ende der Strafuntersuchung abwarten würden, um ihre Zivilansprüche anzubringen. Andererseits würden diese in keiner Weise den Beweis erbringen, dass ihnen durch das Anbieten eines urheberrechtlich geschützten Werks ein Schaden entstanden sei. Ein solcher könne denn auch nicht beziffert werden. Die Urheberrechtsinhaber würden einfach einen hypothetischen Schaden von mehreren Tausend Euro annehmen. Zum Zeitpunkt der Strafanzeige sowie der Akteneinsichtnahme sei zudem noch nicht klar, ob überhaupt eine relevante strafbare Handlung vorliege. Für den mutmasslichen Urheberrechtsverletzer sei während des Download-Prozesses nämlich nicht erkennbar, dass Teile des Werks im P2P-Netzwerk angeboten würden. Daher könne nicht grundsätzlich von einer vorsätzlichen Urheberrechtsverletzung ausgegangen werden. Schliesslich würden sich das Zivilverfahren sowie die von den Urheberrechtsinhabern vorgenommenen Massnahmen nicht notwendigerweise gegen den Urheberrechtsverletzer, sondern gegen den gutgläubigen Inhaber des Internetanschlusses richten. Zusammengefasst verstosse die von den Urheberrechtsinhabern durchgeführte Datenbearbeitung gegen das Prinzip von Treu und Glauben, solange keine gesetzliche Grundlage existiere, welche eine Weitergabe von personenbezogenen Verkehrsdaten und deren Verwendung zur zivilrechtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen legitimiere.

9.2 Die Beklagte hebt demgegenüber hervor, vorliegend bilde das jeweilige Fernmelde- und Strafprozessrecht in den fraglichen Ländern die entsprechende gesetzliche Grundlage. Die Identifikation von IP-Adressen erfolge ausnahmslos im Rahmen von Strafverfahren gemäss gesetzlicher Grundlage. Dabei finde keine Umgehung statt, sondern die Urheberrechtsinhaber würden lediglich ihre Parteirechte im Strafverfahren ausüben. Ihr Vorgehen sei vergleichbar mit demjenigen des geschädigten Strassenverkehrsteilnehmers, der über die amtliche Kontrollschildnummer gegen den Halter eines unfallverursachenden Fahrzeugs strafrechtlich vorgehe. Im Zivilprozess sei die Verwendung von den Untersuchungsakten entnommenen Beweisen grundsätzlich zulässig. Als absolutes Recht könne das Urheberrecht wie auch das Eigentumsrecht jederzeit gegenüber jedem Dritten durchgesetzt werden. Ausserdem sei es bei ausservertraglichen Schädigungen keine Seltenheit, dass im Zeitpunkt der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche Ausmass und Höhe des eingetretenen Schadens noch nicht feststünden. Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden werde nach richterlichem Ermessen geschätzt. Zudem würden

zivilrechtliche Forderungen keine strafrechtliche Verurteilung voraussetzen. Schliesslich könnten die IP-Adressinhaber nicht als gutgläubig bezeichnet werden. Um an einem P2P-Netzwerk teilnehmen zu können, müsse nämlich auf dem fraglichen Rechner die entsprechende Spezialsoftware installiert sein.

9.3.1 Das DSG unterstellt die Bearbeitung von Personendaten dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG). Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) erhebt in Art. 5 Abs. 3 den Grundsatz von Treu und Glauben zum Verfassungsprinzip, das auch unter Privaten unmittelbar anwendbar ist. Dieser Grundsatz gilt im Privatrechtsbereich (Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) wie auch in verwaltungsrechtlichen Verhältnissen. Er gebietet ein loyales und vertrauenswürdigen Verhalten im Rechtsverkehr. Die Beteiligten dürfen sich nicht widersprüchlich und auch sonst nicht missbräuchlich verhalten (Yvo Hangartner, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, a.a.O., N. 41–43 zu Art. 5 BV). Im Geschäftsverkehr hat das Gebot von Treu und Glauben eine herausragende Bedeutung; es gehört zum Kreis der universell anerkannten Rechtsgüter, zu deren Schutz der positive «Ordre public» dient (BGE 128 III 201 E. 1.c).

Dem Prinzip von Treu und Glauben kommt gerade bei der Datenbeschaffung besondere Wichtigkeit zu. Daten sollen nicht in einer Art erhoben werden, mit der die betroffene Person nicht rechnen musste und mit der sie nicht einverstanden gewesen wäre. Wider Treu und Glauben handelt namentlich, wer Daten durch absichtliche Täuschung beschafft, weil er beispielsweise die betroffene Person über seine Identität oder den Zweck seiner Bearbeitung falsch informiert, oder wer heimlich Daten beschafft, ohne dabei eine Rechtsnorm zu verletzen (vgl. Botschaft zum DSG, BBl 1988 II, S. 449). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ist auch die Anforderung abzuleiten, dass eine Datenbearbeitung transparent erfolgen muss, das heisst grundsätzlich für die betroffene Person erkennbar sein muss (Maurer-Lambrou/Steiner, a.a.O., Rz. 7 f. zu Art. 4 DSG).

9.3.2 Im Zusammenhang mit der Prüfung einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist daher auch die vom Kläger gerügte Verletzung des Erkennbarkeitsprinzips zu behandeln. Der Kläger macht geltend, dieses sei verletzt, weil die von der Beklagten durchgeführte Datenbearbeitung heimlich stattfinde und weder für den Urheberrechtsverletzer noch für den Inhaber des Internetanschlusses erkennbar sei. Würden die Daten als besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG qualifiziert, käme der Beklagten sogar eine gesteigerte Informationspflicht zu, wonach die Einwilligung der betroffenen Person nach angemessener Information ausdrücklich zu erfolgen habe (Art. 4 Abs. 5 DSG).

9.3.3 Die Beklagte weist darauf hin, dass P2P-Netzwerkteilnehmer im Programm ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht würden, dass sie sich in einem öffentlichen Bereich befänden. Nicht nur P2P-Netzwerke, sondern das Internet allgemein gälten als öffentlicher Bereich. Zudem zeichne sie, die Beklagte, lediglich ihre eigenen technischen Informationen auf. Dies geschehe nicht heimlich. Es handle sich vielmehr um ein übliches Sicherungs- resp. Backup-Prinzip.

9.3.4 Vor dem Hintergrund des Vertrauensprinzips erscheint das Vorgehen der Beklagten in der Tat diskutabel. So

sammelt diese Daten über P2P-Netzwerkteilnehmer, die sie an ihre Auftraggeber weitergibt. Die Datenbeschaffung geschieht hierbei im Regelfall ohne Wissen der betroffenen Personen, das heisst auch, dass sie für diese nicht erkennbar ist. Es dürfte daher regelmässig eine Verletzung des Erkennbarkeitsprinzips vorliegen.

Zugleich ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte lediglich Daten von P2P-Netzwerkteilnehmern erfasst, die sich vermutungsweise urheberrechtlich strafbar gemacht haben. Die erhobenen Daten werden sodann verwendet, um gegen die vermuteten Verletzer rechtlich vorzugehen. Angesichts der heutigen gesetzlichen Lage bleibt den Urheberrechtlich Inhabern kaum eine andere rechtliche Möglichkeit, gegen Urheberrechtsverletzungen vorzugehen. Es kann daher nicht erwartet werden, dass Urheberrechtsverletzungen stillschweigend hingenommen werden und die Verletzer unbescholten davon kommen, wenn – im rechtlich zulässigen Rahmen – Massnahmen dagegen ergriffen werden können. Darauf wird bei der Prüfung des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen vertieft einzugehen sein (vgl. unten E. 12). Das Vorgehen der Beklagten als Reaktion auf vorangegangene oder zumindest vermutete Rechtsverletzungen erscheint daher als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar.

9.3.5 Die Beklagte bezeichnet P2P-Netzwerke wie auch das Internet im Allgemeinen als öffentlichen Bereich. Sollte sie sich damit auf Art. 12 Abs. 3 DSG berufen wollen, wonach in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn eine Person ihre Daten mit Wissen und Willen allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (vgl. Rosenthal, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 12 DSG), ist Folgendes entgegenzuhalten: Selbst wenn das Internet bis zu einem gewissen Grad als öffentlicher Bereich qualifiziert werden könnte, was an dieser Stelle indessen nicht abschliessend beurteilt werden muss, bedeutet die Nutzung des Internets nicht, dass damit ohne Weiteres eigene Daten sämtlichen Internetnutzern zugänglich gemacht werden sollen. Nur solange sich eine Bearbeitung allgemein zugänglicher Personendaten im Rahmen des aus den Umständen ersichtlichen Veröffentlichungszwecks bewegt, ist sie nicht persönlichkeitsverletzend (Corrado Rampini, in: Maurer-Lambrou/Vogt [Hrsg.], a.a.O., Rz. 18 zu Art. 12 DSG). Die IP-Adresse wird im Normalfall nicht willentlich bekannt gegeben und schon gar nicht zum Zweck der Einsicht oder gar Bearbeitung durch Dritte. Vielmehr steckt ein technischer Prozess dahinter. Es dürften sich zudem auch nicht sämtliche Internetnutzer bewusst sein, überhaupt über eine für Dritte erkennbare IP-Adresse zu verfügen resp. deren Spuren im Internet zu hinterlassen. Von allgemein zugänglich gemachten Daten kann daher nicht ausgegangen werden.

9.3.6 Zusammengefasst dürfte bei der Datenbearbeitung durch die Beklagte regelmässig das Erkennbarkeitsprinzip verletzt sein. Angesichts der Umstände, die die Beklagte erst zur Datensammlung bewegen, hält diese aber vor dem Grundsatz von Treu und Glauben stand. Da es sich nicht um eine Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten handelt (vgl. oben E. 2.2.5), bedarf es entgegen dem Vorbringen des Klägers keiner ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen.

10.1 Der Kläger beanstandet des Weiteren eine Verletzung des Zweckmässigkeitsprinzips. Die von der Beklagten durchge-

fürte Datenbearbeitung zum Zweck der Feststellung, Identifikation und rechtlichen Verfolgung der betroffenen Person erfolge heimlich, das heisst ohne Wissen dieser Person. Der verfolgte Zweck der Datenbearbeitung sei für diese auch nicht aus den Umständen ersichtlich. Somit bearbeite die Beklagte die Daten ohne Einwilligung des Anbieters des Werkes und zu einem Zweck, der weder bei der Beschaffung angegeben worden bzw. aus den Umständen ersichtlich noch gesetzlich vorgesehen sei. Zudem biete die Software, welche in der Regel in P2P-Netzwerken zum Download von Dateien verwendet werde, regelmässig während des Download-Prozesses die heruntergeladenen Teile des Werkes automatisch wieder auf dem P2P-Netzwerk an. Dies erfolge ohne Zutun und in vielen Fällen sogar ohne Wissen des jeweiligen Nutzers.

10.2 Die Beklagte weist darauf hin, lediglich im Auftrag der Urheberrechtsinhaber auf bereits bestehende widerrechtliche Angebote geschützter Werke in P2P-Netzwerken zu reagieren. Die vorliegend umstrittene Datenbearbeitung betreffe nur denjenigen P2P-Netzwerkteilnehmer, der die konkreten urheberrechtlich geschützten Werke anbieten würde. Dazu müsse eine Spezialsoftware auf dem entsprechenden Rechner installiert sein. Die Frage einer strafrechtlich relevanten Beteiligung des IP-Adressinhabers, der allenfalls nicht mit dem Urheberrechtsverletzer identisch sei, müsse von der zuständigen Strafuntersuchungsbehörde im ordentlichen Strafverfahren abgeklärt werden.

10.3.1 Das in Art. 4 Abs. 3 DSG enthaltene Zweckmässigkeitsprinzip besagt, dass Personendaten nur für den Zweck bearbeitet werden dürfen, welcher bei der Beschaffung angegeben worden ist oder der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Der Verwendungszweck der Daten muss bereits bei der Datenbeschaffung angegeben worden sein oder sonst feststehen. Die betroffene Person muss nicht hinnehmen, dass über sie Daten ohne nähere Zweckbestimmung auf Vorrat erhoben werden (Rosenthal, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 4 DSG; Maurer-Lambrou/Steiner, a.a.O., Rz. 13 f. zu Art. 4 DSG).

10.3.2 Die Beklagte spürt in P2P-Netzwerken systematisch Werke von Urheberrechtsinhabern auf, die sie, die Beklagte, hiermit beauftragt haben. Findet sie ein solches Werk, zeichnet sie die Daten, insbesondere die IP-Adresse, des Anbieters auf und leitet diese an den Auftraggeber weiter. Die Suche nach den urheberrechtlich geschützten Werken und die Aufzeichnung der entsprechenden Daten geschieht ohne Wissen der betroffenen Adressinhaber. Selbst wenn, wie die Beklagte behauptet, vereinzelt darauf aufmerksam gemacht werden sollte, dass «Anti-P2P-Firmen Daten loggen», kann dabei keineswegs von einer Angabe des Datenbeschaffungszwecks durch die Bearbeiterin gesprochen werden. Das Vorgehen der Beklagten schliesst aus, dass dem IP-Adressinhaber im Moment der Beschaffung angegeben wird, wozu seine Daten gespeichert werden.

Der Bearbeitungszweck ist auch aus den Umständen der Datensammlung nicht ersichtlich. Im Gegenteil beruht das Vorgehen der Beklagten gerade darauf, dass die Benutzer des P2P-Netzwerks ihre Absichten nicht frühzeitig erkennen, würde doch sonst die Ermittlung der betreffenden Adressen regelmässig verunmöglicht. Die Beklagte verletzt das Zweckmässigkeitsprinzip daher regelmässig.

11.1 Schliesslich wird die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit vorgebracht. Der Kläger unterscheidet zwischen der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen und der strafrechtlichen Verfolgung der Urheberrechtsverletzer. Zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen sei es notwendig, den Schädiger zu identifizieren und den entstandenen Schaden zu beziffern. Wenn allerdings im zivilrechtlichen Bereich keine Möglichkeit bestehe, das Fernmeldegeheimnis zu durchbrechen, sei eine Identifizierung des Schädigers nicht möglich und die Datensammlung folglich nicht notwendig resp. geeignet. Sollte eine zivilrechtliche Grundlage zur Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses bestehen, wäre die Datensammlung dennoch keine geeignete Massnahme, da der erlittene Schaden regelmässig nicht ermittelt werden könne, was für ein erfolgreiches Zivilverfahren aber erforderlich wäre. Im Hinblick auf ein Strafverfahren könne die von der Beklagten durchgeführte Datenbearbeitung zwar als geeignet bezeichnet werden, jedoch genüge das Interesse an der Bekämpfung der Piraterie in P2P-Netzwerken nicht, um das Vorgehen der Beklagten zu rechtfertigen. Für eine systematische, vollständige und dauerhafte Überwachung von P2P-Netzwerken müsse eine gesetzliche Grundlage existieren, die einen Eingriff in die durch das Fernmeldegeheimnis geschützte Persönlichkeit der Betroffenen rechtfertige.

11.2 Die Beklagte führt aus, neben privaten würden auch öffentliche Interessen, unter anderem das Urheberrecht als zivil- und strafrechtlich geschütztes Rechtsgut, ihr Sammeln technischer Informationen rechtfertigen. Die Urheberrechtsinhaber wollten nicht nur ihren Schaden ersetzt erhalten und die Bestrafung der Urheberrechtsverletzer erwirken, sondern beispielsweise auch vorsorgliche zivilprozessuale Massnahmen bei drohenden Verletzungen durchsetzen. Die Sammlung technischer Informationen sei die einzige Möglichkeit der Urheberrechtsinhaber, zivilrechtliche Forderungen überhaupt geltend machen zu können. Die Einleitung eines Zivilverfahrens betreffend Unterlassung und Schadenersatz sei ohne Kenntnis des Namens des tatsächlichen oder mutmasslichen Verletzers nicht möglich, weshalb die Urheberrechtsinhaber gezwungen seien, zunächst ein Strafverfahren gegen unbekannt einzuleiten. Die Datensammlung durch die Beklagte sei daher sowohl geeignet als auch verhältnismässig. Die Parteirechte des Opfers im Strafverfahren seien gerade um der Durchsetzung seiner Zivilansprüche willen festgesetzt worden. Die Persönlichkeit der betroffenen Personen nach Massgabe der anwendbaren gesetzlichen Grundlagen zu schützen, sei Sache der zuständigen Untersuchungsbehörden.

11.3 Auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit kommt Verfassungsrang zu (Art. 5 Abs. 2 BV). Ein Verhalten entspricht dann dem Verhältnismässigkeitsprinzip, wenn die Massnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen (Zwecktauglichkeit), und sie diejenige ist, welche die privaten Interessen am meisten schon (geringst möglicher Eingriff). Schliesslich muss sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahren (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581 ff.). Aus dem allgemein geltenden Verhältnismässigkeitsgrundsatz lässt sich für die Datenbear-

beitung ableiten, dass ein Datenbearbeiter nur diejenigen Daten beschaffen und bearbeiten darf, die er für einen bestimmten Zweck objektiv tatsächlich benötigt und die mit Blick auf den Bearbeitungszweck und die Persönlichkeitsbeeinträchtigung in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Rosenthal, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 4 DSG; Maurer-Lambrou/Steiner, a.a.O., Rz. 9 ff. zu Art. 4 DSG).

11.4 Ob die Datenbearbeitung der Beklagten vor dem Verhältnismässigkeitsprinzips standhält, braucht an dieser Stelle nicht überprüft zu werden. Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Beklagte durch das Sammeln von Daten in P2P-Netzwerken sowohl das Zweckmässigkeitsprinzip gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG als auch das Erkennbarkeitsprinzip gemäss Art. 4 Abs. 4 DSG verletzt, mithin eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Fraglich ist aber, ob das Vorgehen der Beklagten im Sinne von Art. 13 DSG gerechtfertigt ist. Bei der Überprüfung der Rechtfertigungsgründe ist unter anderem auch das Vorliegen überwiegender privater oder öffentlicher Interessen abzuklären. Da in diese Erwägungen dieselben Überlegungen einfließen wie bei der Verhältnismässigkeitsprüfung, ist hierauf im Folgenden einzugehen.

12. Die Datenbearbeitung durch die Beklagte könnte folglich aufgrund eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 13 DSG zulässig sein. Danach ist eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

12.1 Die Einwilligung erfordert, dass die betroffene Person in den Grundzügen über Gegenstand, Zweck und Umfang der beabsichtigten Datenbearbeitung aufgeklärt sein muss, damit sie die Konsequenzen der Einwilligung abschätzen kann. Eine stillschweigende Zustimmung darf nur angenommen werden, wenn und soweit beispielsweise ein Vertrag die Bearbeitung von Personendaten zwingend mit sich bringt und mit Vertragsschluss stillschweigend die Zustimmung zur erforderlichen Datenbearbeitung erteilt wurde. Grosse Zurückhaltung ist bei einer mutmasslichen, hypothetischen Einwilligung geboten. Eine solche wird in der Lehre nur in Notsituationen, etwa bei einem bewusstlosen Patienten, als zulässig erachtet (vgl. Rampini, a.a.O., Rz. 1 ff. zu Art. 13 DSG). Von einer Einwilligung der betroffenen Person kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, zumal die Datenbearbeitung in der Regel ohne deren Wissen erfolgt, eine Einwilligung daher von vornherein ausgeschlossen ist. Für eine mutmassliche Einwilligung ist bei der vorliegenden Ausgangslage kein Raum.

12.2 Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die Bearbeitungsrechte oder -pflichten festlegen würde, ist zurzeit nicht vorhanden.

12.3 Zu prüfen bleibt daher einzig, ob ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse die Datenbearbeitung zu rechtfertigen vermag.

12.3.1 Als überwiegende private Bearbeitungsinteressen kommen in erster Linie die Interessen der bearbeitenden Per-

son, aber auch solche von Dritten in Frage. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Daten im Auftrag von Urheberrechtsinhabern sammelt. Sie gilt daher als Dritte im Sinne von Art. 10a DSG und kann dieselben Rechtfertigungsgründe geltend machen wie die Auftraggeber (Art. 10a Abs. 3 DSG; vgl. Rosenthal, a.a.O., Rz. 133 zu Art. 10a DSG). Bei der Interessenabwägung können grundsätzlich alle schützenswerten Interessen an der Datenbearbeitung berücksichtigt werden, das heisst alle Interessen von allgemein anerkanntem Wert. Ob das Interesse schützenswert ist, hängt vom Zweck der Bearbeitung ab (Rosenthal, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 13 DSG; Rampini, a.a.O., Rz. 20 ff. zu Art. 13 DSG). Art. 13 Abs. 2 DSG nennt beispielhaft verschiedene Rechtfertigungsgründe; die Aufzählung ist nicht abschliessend. Neben privaten können auch öffentliche Interessen eine Datenbearbeitung rechtfertigen.

12.3.2 Das Urheberrecht ist als absolutes Herrschaftsrecht über einen immateriellen Gegenstand ein Teil der privatrechtlich organisierten Eigentumsordnung und steht als solches unter dem Schutz der Bundesverfassung (vgl. Art. 26 BV). Das Urheberrecht schützt die Nutzung des immateriellen Produkts durch Unberechtigte. Zugleich dient der Schutz auch der Verkehrsfähigkeit des Urheberrechts (Manfred Rehinder/Adriano Vigano, Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Rz. 3 f. zu Art. 1).

Die Beklagte beruft sich sowohl auf private wie auch auf öffentliche Interessen (vgl. oben E. 11.2). Als wesentliches Interesse wird dasjenige der Urheberrechtsinhaber an der Durchsetzung der ihnen gegen die Urheberrechtsverletzer zustehenden Ansprüche geltend gemacht. Auf diese Interessen kann sich auch die Beklagte als Beauftragte der Urheberrechtsinhaber berufen. Die Urheberrechtsinhaber werden in ihren Rechten verletzt, wogegen sie sich wehren. Hierzu müssen sie wissen, wer ihre Rechte verletzt hat, damit sie die ihnen gegen diese Personen zustehenden Ansprüche geltend machen können. Die Datenbearbeitung der Beklagten ist geeignet, der Durchsetzung der Rechte und Ansprüche von Urheberrechtsinhabern zu verhelfen. Ohne die Sammlung der technischen Daten, wie insbesondere der IP-Adresse, wäre es für die in ihren Rechten verletzten Urheberrechtsinhaber nicht möglich, die Verletzer zu identifizieren und gegen diese Schadenersatz- wie auch Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Ein anderes, milderes Vorgehen, das zum selben Ziel führen würde, ist nicht ersichtlich. Vielmehr sind die Daten gerade objektiv notwendig, um die vermuteten Urheberrechtsverletzer identifizieren und anschliessend gegen diese vorgehen zu können. Demgegenüber erscheint der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen nicht ausgesprochen schwerwiegend. Sollten sich die Beweise nicht erhärten, würde ein Strafverfahren – dessen Einleitung als solche zwar zu Unannehmlichkeiten führen kann – eingestellt werden und entsprechende Zivilansprüche würden sich als nicht gerechtfertigt erweisen. Es erscheint bei dieser Ausgangslage weder missbräuchlich noch unverhältnismässig, technische Daten zu sammeln, um mit diesen die Verletzer zu identifizieren. Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass es in der Regel der IP-Adressinhaber ist, der zumindest vermutungsweise gegen das Urheberrecht verstossen hat. Gleichzeitig liegt auch die Durchsetzung bestehenden Rechts – des Urheberrechts wie des Strafrechts – im öffentlichen Interesse. Die Interessen der Urheberrechtsinhaber resp. der Beklagten, aber auch das

öffentliche Interesse überwiegen daher insgesamt die Interessen der von der Datenbearbeitung betroffenen Personen.

Somit lässt sich festhalten, dass die Beklagte mit ihrem Vorgehen zwar die Persönlichkeit der von der Datenbearbeitung betroffenen Personen verletzt, die Verletzung aber durch überwiegende private und öffentliche Interessen gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich ist. Die Begehren des Klägers sind daher abzuweisen. (...)

14. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Sammeln und Weitergeben von technischen Daten durch die Beklagte eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des DSG darstellt. Das DSG ist daher auf den vorliegenden Fall anwendbar und der EDÖB war zur Abgabe der umstrittenen Empfehlung zuständig. Die Überprüfung der Datenbearbeitung hat gezeigt, dass diese die Persönlichkeit der betroffenen Personen verletzt, da weder das Zweckmässigkeits- noch das Erkennbarkeitsprinzip eingehalten werden. Da indes überwiegende private wie auch öffentliche Interessen die Verletzung rechtfertigen, erweist sich die Persönlichkeitsverletzung nicht als widerrechtlich. Die Klage ist demnach entsprechend dem Eventualbegehren der Beklagten abzuweisen und die Empfehlung vom 9. Januar 2008 aufzuheben. Das Hauptbegehren der Beklagten um Rückweisung der Klageschrift an den Kläger ist dagegen abzuweisen, auf das Begehren der Beklagten, den Kläger zur Orientierung der Öffentlichkeit über die vorliegende Angelegenheit zu verpflichten, ist nicht einzutreten. (...)

Anmerkungen Aus urheberrechtlicher Sicht ist der vorliegende Entscheid vor allem in einem Punkt bemerkenswert: Er anerkennt ein Interesse der Berechtigten an Urheberrechten, Verletzerinnen und Verletzer dieser Rechte zu identifizieren, und qualifiziert dieses im Verhältnis zu den Interessen der Nutzerinnen und Nutzer der Werke als überwiegend. Es begründet damit – über die explizit normierten Ansprüche des Art. 62 URG hinaus – einen impliziten Anspruch auf Identifikation der Verletzerinnen und Verletzer von Immaterialgüterrechten. Das Gericht versteht diesen Anspruch einerseits als notwendige Voraussetzung, um die vom Gesetz explizit statuierten zivilrechtlichen Ansprüche durchsetzen zu können, andererseits aber auch als Ausfluss eines öffentlichen Interesses an der Durchsetzung geltenden Rechts. Dieses manifestiert sich sowohl in der verfassungsrechtlichen Verankerung des Urheberrechts als Teil der Eigentumsordnung als auch in der Tatsache, dass Verletzungen des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte mit Strafsanktionen bedroht sind. Angesichts einer doch recht verbreiteten Mode, die Verletzung geistigen Eigentums als Bagatelle abzutun und die Geltendmachung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten als egoistische Anmassung zu diffamieren, ist das Urteil eine durchaus erfreuliche Klarstellung.

Die Ausführungen des Gerichts lassen offen, gegen wen sich dieser Anspruch auf Identifikation richtet. Sind es nur die Inhaberinnen und Inhaber von IP-Adressen, von denen unzulässige Nutzungen ausgehen? Oder sind es auch Provider, über deren Dienste diese Nutzungen abgewickelt werden? Im konkreten Fall stellte sich diese Frage nicht, weshalb das Gericht sie auch nicht beantworten musste.

Dr. Willi Egloff, Rechtsanwalt, Bern

Commentaire Si, comme on vient de le voir, le présent jugement a ceci de réjouissant qu'il contribue au respect d'une législation sur le droit d'auteur aujourd'hui malmenée sur les réseaux, il porte néanmoins le flanc à la critique sous l'angle de la protection des données. La raison en est bien simple : lorsque le Tribunal administratif fédéral a procédé, au considérant 12.3.2, à la pesée des intérêts en présence, il a sous-pondéré la protection de la vie privée (ou surpondéré le droit d'auteur, c'est selon...). En effet, bien que l'on ne saurait nier l'intérêt légitime des titulaires de droit d'auteur à s'en prendre à ceux, toujours plus nombreux, qui mettent à disposition des œuvres protégées dans les bourses d'échanges « peer to peer », la fin ne justifie pas les moyens. Tout balayage, clandestin et débridé, d'internet doit être banni.

Le Préposé à la protection des données, dans sa recommandation à l'origine du litige, avait à juste titre souligné que les investigations de personnes privées sur internet (déjà douteuses en soi) devaient à tout le moins faire l'objet d'une habilitation légale qui en pose clairement les limites. En particulier, il serait judicieux que le législateur, si tant est qu'il soit disposé à autoriser la traque privée en ligne, définisse l'objectif de l'opération, les personnes autorisées à l'entreprendre, les mesures à prendre pour en garantir la transparence, et surtout qu'il circoncrive les données collectées (adresse IP, identifiants indirects tels que des pseudonymes, date et heure des téléchargements, etc.). Ces données sont en effet protégées par l'un des secrets les plus robustes de notre ordre juridique: le secret des télécommunications. Hors du cadre strict des procédures pénales, des interceptions n'ont été admises par notre Parlement que pour retrouver des personnes disparues (art. 3a de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, RS 780.1).

On ose espérer que le Tribunal fédéral – le Préposé a annoncé son intention de recourir contre la décision du Tribunal administratif fédéral – corrigera le tir, contraignant, par une décision avalisant la recommandation en cause, le législateur à se prononcer. Et tout porte à croire que telle sera l'issue du présent litige.

On sait en effet que le Tribunal fédéral est devenu très pointilleux en matière de protection de la vie privée à l'encontre des investigations clandestines. Fin juin, il refusait (jugement 6B_211/2009) de poursuivre un pédophile avéré au motif qu'il avait été piégé par un agent infiltré du Service fédéral de coordination de la lutte contre la criminalité sur internet qui n'était pas au bénéfice de la désignation judiciaire exigée par la loi fédérale sur l'investigation secrète (RS 312.8). Il serait pour le moins paradoxal que les juges lausannois fassent preuve de sévérité à l'encontre des investigations secrètes menées par des représentants d'autorités publiques, pour ensuite baisser les bras devant les opérations du même genre entreprises par de simples privés !

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

09-108

Zulässiger Wort- und Bildbericht über Johnny Hallydays Finanzgebaren

Medienfreiheit; Persönlichkeitsschutz; bekannter Sänger; Recht am eigenen Bild; Werbefotos im redaktionellen Teil; fehlende Einwilligung; Entschädigung

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (5. Kammer) vom 23. Juli 2009 (N° 12268/03 «Hachette Filipacchi Associés [Ici Paris] c. Frankreich»)

Im November 1996 publizierte die Wochenzeitschrift «Ici Paris» auf den Seiten 14 und 15 einen Artikel über den populären Sänger Johnny Hallyday. Der Bericht befasste sich mit Hallydays bevorstehendem Konzert in Las Vegas und trug den Titel «Et s'il faisait un «bide» à Las Vegas? Johnny l'angoisse!» Im Zentrum des Texts standen Hallydays finanzielle Probleme. Der 53-jährige Sänger habe trotz 100 Millionen verkaufter Tonträger keinerlei Ersparnisse angehäuft. «Tout est parti en voyages (de noces et autres), en motos, en fêtes somptueuses, bref, en folies et en fumée! Alors, pour se renflouer, Johnny a trouvé la solution: il vend son image et son nom.» Um seine Villa La Lorada zu retten, vermarkte er sich wahllos als Werbeträger: «Blousons, canapés, t-shirts, parfums, bouteilles de vin et chocolat ... Il s'affiche sur n'importe quoi pour sauver La Lorada ...»

Der Artikel war mit vier Fotografien illustriert. Ein Bild zeigte Hallyday auf der Bühne, die anderen drei zeigten ihn als Werbeträger für verschiedene Produkte.

Der Sänger verklagte die Herausgeberin der Zeitschrift auf Schadenersatz in der Höhe von 6,5 Millionen Francs und auf Veröffentlichung des Urteils. Er machte geltend, der Abdruck der Fotografien sei ohne sein Einverständnis erfolgt. Die (falsche) Behauptung, er stehe am Rand des Ruins und betreibe einen verschwenderischen Lebensstil, missachte zudem den Schutz seines Privatlebens.

Die oberen Instanzen der französischen Ziviljustiz folgten Hallydays Argumentation weitgehend und sprachen ihm 2004 eine Schadenersatzsumme von 20000 Euro zu.

In ihrem einstimmigen Urteil bezeichnete die 5. Kammer des EGMR die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als unverhältnismässig bzw. in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Zunächst verwarf die Kammer den Einwand der französischen Regierung, es handle sich um eine (ökonomische) Auseinandersetzung zwischen zwei privaten Parteien, die sich staatlicher Kontrolle und Verantwortung entziehe. Fraglos sei das französische Gerichtsurteil ein Eingriff in die freie Kommunikation – mit dem legitimen Ziel, die Ach-

tung von Hallydays Privatleben zu schützen. Keine dieser beiden kollidierenden Rechtspositionen (Meinungsfreiheit – Privatleben) genieße a priori Vorrang. In der vorliegenden Konstellation wog die journalistische Freiheit aber schwerer.

Zwar verdienten Erzeugnisse der Sensations- oder Regenbogenpresse keinen besonderen Schutz, wenn sie bloss der Befriedigung der Neugier ihres Publikums an Einzelheiten aus dem Privatleben einer bestimmten Person dienen. «Quelle que soit la notoriété de la personne visée, lesdites publications ne peuvent généralement passer pour contribuer à un débat d'intérêt public pour la société dans son ensemble, avec pour conséquence que la liberté d'expression appelle dans ces conditions une interprétation moins large (voir Société Prisma Presse, précitée; voir également, Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique, no 64772/01, § 77, 9 novembre 2006).»

Die Berichterstattung über Hallydays Finanzgebaren leiste keinen Beitrag zur Debatte einer Frage allgemeinen Interesses:

43. «(...) bien que la requérante tente de rattacher le sujet traité à une question d'intérêt général – la vie culturelle française – l'article litigieux et les photos l'accompagnant, qui se concentrent sur les difficultés financières supposées du chanteur et sur la façon dont il exploitait son nom et son image, ne peuvent être considérés comme ayant participé ou contribué à un «débat d'intérêt général» pour la collectivité, au sens donné par la jurisprudence de la Cour. Dans ces conditions, la marge d'appréciation de l'Etat défendeur est plus large.»

Der französische Eingriff sprengte aber auch den Rahmen eines weiten staatlichen Ermessensspielraums. Dies galt zum einen für die umstrittene Publikation der Bilder. Dass die Fotos ohne Hallydays Einverständnis für einen anderen als den ursprünglichen (kommerziellen) Zweck eingesetzt wurden, vermöge für sich allein keine Beschränkung der freien Kommunikation zu rechtfertigen. Vielmehr war für den EGMR wesentlich, dass es sich um blosser Werbeaufnahmen handelte, die mit Hallydays Wissen erstellt worden waren und keine Intimitäten enthüllten.

«47. Aux yeux de la Cour, il convient d'attacher une importance particulière à la nature des clichés publiés, qui étaient de caractère exclusivement publicitaire. Elle relève que la présente requête se distingue des affaires qu'elle a précédemment examinées dans lesquelles les photographies litigieuses procédaient de manœuvres frauduleuses ou clandestines (voir, en ce qui concerne des photographies prises au téléobjectif à l'insu des victimes, Von Hannover, précité, § 68, et Société Prisma Presse, précitée), ou bien révélaient des détails de la vie privée des personnes en s'immisçant dans leur intimité (voir, s'agissant de la publication de photos sur une prétendue relation adultère, Campmany et Lopez Galiacho Perona c. Espagne (déc.), no 54224/00, CEDH 2000 XII).

48. La Cour considère surtout que ces clichés n'étaient ni dénaturés, ni détournés de leur finalité commerciale, puisqu'ils illustraient, de manière certes critique, l'information du journal selon lequel le chanteur, pour satisfaire ses besoins financiers, vendait son image au profit de produits de consommation divers et variés – produits dont les lieux de vente étaient au demeurant indiqués par le magazine lui-même.»

Was die schriftlichen Informationen betraf, so verneinte der Gerichtshof, dass eine Kritik am Finanzgebaren einer Person unter die Intimsphäre fällt.

«51. La Cour note d'abord que les éléments d'information concernant la manière dont l'intéressé gérait et dépensait généreusement son argent, ne relevaient pas du cercle intime de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention.»

Darüber hinaus wurde Hallydays Schutzwürdigkeit dadurch reduziert, dass ein Grossteil der von «Ici Paris» behaupteten Fakten auf der eigenen Darstellung in Hallydays Autobiografie beruhte.

«53. De l'avis de la Cour, c'est pourtant là un critère déterminant dans l'appréciation de l'équilibre à ménager entre le droit de la requérante à la liberté d'expression et celui du chanteur au respect de sa vie privée. Dans la mesure où la requérante a repris, sans les déformer, une partie des informations librement divulguées et rendues publiques par le chanteur, notamment dans son autobiographie, sur ses biens et sur la façon dont il employait son argent, la Cour est d'avis que celui-ci ne conservait plus une «espérance légitime» de voir sa vie privée effectivement protégée (Von Hannover, précité, § 51; voir également, mutatis mutandis, Halford c. Royaume-Uni, arrêt du 25 juin 1997, Recueil 1997-III, § 45).»

Als letztes Argument führte der Gerichtshof ins Feld, dass der Bericht den Sänger zwar in ein ungünstiges Licht stelle. Die Publikation verzichte aber auf beleidigende Formulierungen und lasse keine Schädigungsabsicht erkennen.

Anmerkungen Ein halbes Jahrzehnt nach dem bahnbrechenden Urteil zu den Paparazzi-Bildern aus dem Alltagsleben der Prinzessin Caroline (Urteil des EGMR vom 24. Juni 2004 N° 59320/00 «Von Hannover c. Deutschland») hat der Gerichtshof einen weiteren Pflock in Sachen Prominentenberichterstattung eingeschlagen.

In einem (umstrittenen) Punkt untermauert der Gerichtshof das viel besprochene Caroline-Urteil: Er spricht der Sensations- und People-Berichterstattung ziemlich pauschal ab, der Debatte von Fragen öffentlichen Interesses zu dienen. Diese Sichtweise des Gerichtshofs ist weder überraschend noch ist sie besonders überzeugend begründet. Gerade Hallydays Verhalten zeigt (wenn auch zu einem späteren Zeitpunkt), dass das vordergründig private Gebaren eines Prominenten sogar für die politische Debatte im engsten Sinne des Wortes relevant werden kann: Hallydays Ansinnen eines (schweizerischen) Steuerdomizils – und seine Unterstützung des Kandidaten Sarkozy – waren 2007 durchaus dazu angehtan, den Kampf um die Präsidentenwahl zu beeinflussen. Die Sichtweise der EGMR-Mehrheit ist auch in Strassburg nicht unangefochten, wie das Minderheitsvotum im unten dargestellten Fall N° 21277/05 «Standard Verlags GmbH. c. Österreich (N° 2)» zeigt.

Auf der anderen Seite stützt der Gerichtshof die freie Medienberichterstattung in nicht weniger als drei Aspekten:

1. Der Gerichtshof verweigert Prominenten ein allgemeines Vetorecht gegen die Publikation unerwünschter Aufnahmen. Für die Zulässigkeit spielt es eine wesentliche Rolle, wie eine Aufnahme zustande kam (heimlich oder mit lauten Mitteln) und in welchem Zusammenhang der abgebildete Prominente zu sehen ist. Diese Differenzierungen waren bereits in der Caroline-Urteilsbegründung angedeutet.

Dass sie der Gerichtshof nun ausdrücklich hervorstreicht, ist wichtig und nützlich.

2. Eine weitere Differenzierung betrifft die Berichterstattung über das Finanzgebaren einer Privatperson. Der Gerichtshof platziert solche ökonomischen Aspekte ohne weitere Begründung ausserhalb die besonders geschützte, intime Sphäre des Privatlebens. Dieses mag naheliegen, ist aber schon angesichts der Vorwürfe (Leben am Rande des Ruins, Verschwendungssucht) keine Banalität. Man kann darin zumindest ansatzweise die Haltung des Gerichtshofs ablesen, sich auch in wirtschaftlichen Belangen gegen die Verengung der öffentlichen Debatte aus Gründen des Persönlichkeits- oder Datenschutzes zu stemmen (vgl. für die politische Diskussion das in medialex 2/2009, S. 100 f. als 09-70 erwähnte Urteil des EGMR «Társaság a Szabadságjogokért c. Ungarn»). In der Sache gibt der EGMR Gegensteuer zu einer Tendenz, welche selbst die Abschirmung der Geschäftszahlen von Grossunternehmen zur datenschutzrechtlichen Problematik emporstilisiert und sie in menschenrechtliche Sphären entrückt.

3. In dieser Form neu – wenn auch wenig verblüffend – ist die dritte Kernaussage des Gerichtshofs. Wer aus eigenem Antrieb (brisante) Einzelheiten aus seiner Privatsphäre in der Öffentlichkeit ausbreitet, hat schlechte Karten beim Versuch, deren kritische Erörterung in einem anderen, weniger vorteilhaften Zusammenhang einzudämmen. Eine öffentliche Person kann dann nicht legitimerweise darauf vertrauen, dass die Berichterstattung unterbleibt. Dies muss jedenfalls so lange gelten, als die Medien die fraglichen Aussagen nicht in völlig verzerrter oder extrem verletzender Weise wiedergeben.

Gesamt gesehen relativiert der Gerichtshof in verschiedener Hinsicht die (übertriebenen) Befürchtungen, die im Nachgang des Caroline-Urteils aus Medienkreisen zu hören und lesen waren.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-109

Unzulässige Kolportage von Gerüchten über präsidiales Eheleben

Medienfreiheit; Persönlichkeitsschutz; Gerüchte; Eheleben; Präsidentenpaar; Intimsphäre; public figures; Satire

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 4. Juni 2009 (N° 21277/05 «Standard Verlags GmbH. c. Österreich [N° 2]»)

Die österreichische Tageszeitung «Der Standard» publizierte im Mai 2004 unter der Rubrik «Kolportiert» einen Artikel mit dem Titel «Ein bürgerliches Gerücht». In der sogenannten besseren Wiener Gesellschaft gebe es momentan nur ein Thema: Die Ehe des kurz vor dem Ende seiner Amtszeit stehenden österreichischen Bundespräsidenten Thomas Klestil. Gemäss den Gerüchten stehe seine Gattin Margot kurz davor, ihn zu verlassen. Die bürgerliche Gesellschaft tue nichts lieber, als sich über ihresgleichen zu empören. Zudem gebe es wiederhol-

tes Getuschel über «angeblich enge Kontakte» der First Lady zu anderen Politikern, u.a. zum damaligen FPÖ-Klubobmann Herbert Scheibner. Als Reaktion auf die Trennungsspekulationen habe der nie um die Ausbreitung seiner Gefühle verlegene Klestil in der Wochenzeitschrift «News» erklärt, die Scheidungsgerüchte entsprängen irgendeiner Sudelküche. «Wir beginnen nach dem 8. Juli gemeinsam einen ganz neuen Lebensabschnitt. Alles andere ist unwahr.» Wie dem auch sei, die Bevölkerung sorge sich um das Wohlergehen des Präsidenten. Nie habe seine Informationsabteilung mehr Anfragen nach dem Zustand seiner Ehe erhalten.

Gestützt auf Art. 6 und 7 des österreichischen Mediengesetzes klagten die Eheleute Klestil gegen den «Standard», der ihren höchstpersönlichen Lebensbereich missachtet habe. Die österreichische Justiz hiess die Klagen gut und sprach der Gattin 7000 Euro und dem Präsidenten 5000 Euro Entschädigung zu. FPÖ-Politiker Scheibner erhielt in einem separaten Verfahren 4000 Euro Entschädigung für die Vorwürfe in der «Standard»-Printausgabe (plus 2000 Euro für die Veröffentlichung auf der «Standard»-Website).

Nach Auffassung der österreichischen Gerichte war die Berichterstattung geeignet, die Beteiligten in der Öffentlichkeit blosszustellen. In der auflagenstarken Publikation erscheine die Ehefrau als doppelte Ehebrecherin und der Präsident als hintergangener Gatte. Der Zustand der Ehe habe keine Auswirkung auf die Ausübung seines Amtes und keinerlei Bezug zum öffentlichen Leben – dies etwa im Unterschied zum Gesundheitszustand eines Politikers, der die Amtsführung beeinträchtigen könnte. Der vom «Standard» angebotene Wahrheitsbeweis (über die Existenz der Gerüchte, nicht über deren inhaltliche Korrektheit) wurde daher nicht zugelassen.

In seiner Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) brachte der Standard-Verlag u.a. vor, die österreichische Justiz habe den satirisch-humorvollen Charakter des Textes (und der Rubrik «Kolportiert») verkannt. Sein Hauptzweck sei die Kritik an der Wiener High Society gewesen, die nichts Besseres zu tun habe, als absurde Gerüchte über das Privatleben des Präsidenten zu verbreiten.

Mit 5 gegen 2 Stimmen verwarf die 1. EGMR-Kammer diese Einwände. Die Gerichtsmehrheit betrachtete die Beschränkung der Medienfreiheit als rechtmässig. Die österreichische Justiz habe die auf dem Spiel stehenden Interessen sorgfältig abgewogen. Die Betroffenen seien zwar öffentliche Figuren. Die Berichterstattung habe aber ihre höchst persönliche Sphäre tangiert und keinen Bezug zur Funktion der Presse als «public watchdog» gehabt. Es sei bloss darum gegangen, die Neugier eines bestimmten Publikums zu befriedigen. Gerüchte über das Eheleben oder angebliche aussereheliche Verhältnisse leisteten keinerlei Beitrag zur Erörterung von Fragen allgemeinen Interesses.

«The Court notes that at no time did the applicant company allege that the rumours were true. However, even public figures may legitimately expect to be protected against the propagation of unfounded rumours relating to intimate aspects of their private life.»

In ihrer abweichenden Meinung kritisierten der norwegische Richter Jøbens und sein Luxemburger Kollege Spielmann u.a. die Auffassung der Mehrheit, das Eheleben eines Bundespräsidenten sei ein Thema, an dem keinerlei legitimes öffent-

liches Interesse bestehe. Die Bevölkerung sei aus unterschiedlichen Gründen – von echter Besorgnis bis zu blosser Neugier – am Wohlergehen eines Staatsoberhauptes interessiert. Es gehe hier um etwas ganz anderes als etwa um das Alltagsleben einer Prinzessin, welche die Öffentlichkeit zu meiden suche.

«Moreover, the fact that the presidential couple had kept the public informed about the first applicant's divorce and his remarriage to the second applicant indicates that the claimants themselves were aware of the public interest in such matters. In these circumstances it is important that the Court does not take a paternalistic view, and try to decide for people what the true meaning of public interest is. In my view, there can be no doubt that the impugned article concerned a matter which was of legitimate interest among many people, and notably not the everyday life of a person who has not sought publicity (see, a contrario, Von Hannover, cited above, §§ 62 and 64).»

Dass der humoristische Text, der keine beleidigenden Formulierungen enthielt, einen Ehebruch der Gattin behauptete, war nach Ansicht der Gerichtsminderheit eine weit hergeholte Interpretation. Zumindest stehe der Text verschiedenen Interpretationen offen – und die österreichische Justiz habe ohne überzeugende Gründe die negativste Lesart gewählt.

Anmerkungen Welche Themen sind in der heutigen demokratischen Gesellschaft von (legitimem) allgemeinem Interesse? Welche Aspekte ihres Lebens sollen öffentliche Personen vor der Ausbreitung in den Medien abschirmen können? Redaktionen beantworten diese Fragen oft anders als Gerichte. Doch auch innerhalb der Rechtswelt ist – und bleibt – die Grenzziehung umstritten. Das vorliegende Urteil dokumentiert den Graben, der sich durch Europa zieht: Auf der einen Seite die Gerichtsmehrheit aus Griechenland, Österreich, Kroatien, Russland und Aserbaidshan, die ein eher restriktives Verständnis zeigt und dadurch auch jene public figures abschirmt, die sich in für sie schmeichelhafterem Zusammenhang gerne ins öffentliche Rampenlicht stellen. Auf der anderen Seite die Gerichtsminderheit aus Norwegen und Luxemburg, welche die Justiz davor warnt, der Bevölkerung blosser Neugier zu unterstellen und ihr paternalistisch zu diktieren, welche Fragen sie legitimerweise zu interessieren haben.

Es bleibt Ansichtssache, wessen Sichtweise als überzeugender eingestuft wird. Verdienstvoll wäre es jedenfalls, wenn sich der Gerichtshof einmal in der Besetzung von 17 (statt lediglich von 7) Richtern über das Thema beugen würde. Haben öffentliche Personen, die ihr Eheleben aus Imagegründen gerne in den Medien ausbreiten, tatsächlich die berechnete Erwartung, vor der Publikation ungünstiger Gerüchte über ihre Partnerschaft verschont zu bleiben – und dies selbst dann, wenn sie bereits öffentlich zu diesen Gerüchten Stellung genommen haben? Diese Frage könnte die Grosse Kammer des Gerichtshofs vielleicht fundierter beleuchten als es die Mehrheit der 1. Kammer getan hat.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-110

Unbegründete Strafe für Kritik an nachlässiger Exbeamtin

Medienfreiheit; Ansehensschutz; Entschädigung; Kritik an Beamten; Korruptionsvorwurf; Satire

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 9. Juni 2009 (N° 17095/03 «Cihan Öztürk c. Türkei»)

In einem offenen Brief kritisierte der Manager der Poststelle Beyoglu die ehemalige Direktorin der PTT Istanbul. Der in ironischem Ton verfasste Text warf ihr Nachlässigkeit bei der verschlammten Renovation des – schliesslich teilweise eingestürzten – Beyoglu-Postgebäudes vor. Er erschien im Mai im «Pos-Tel-Magazin» der PTT, das sich an die rund 28 000 Angestellten richtet.

Die Exdirektorin erwirkte bei der türkischen Justiz zunächst die Veröffentlichung einer Entgegnung. In einer weiteren Klage verlangte sie von Autor Cihan Öztürk (sowie vom Chefredaktor) wegen der ehrenrührigen Publikation die Bezahlung einer Entschädigung. Nach Auffassung des zuständigen türkischen Gerichts überschritt der Text die Grenzen zulässiger Kritik durch den impliziten Vorwurf der Entgegennahme von Schmiergeldern. Es sprach der Klägerin je 500 Euro Entschädigung zu.

Der Gerichtshof bezeichnete die Beschränkung der Meinungsfreiheit einstimmig als unverhältnismässig. Die Leserschaft habe den satirischen Text nicht als ernsthaften Vorwurf der Bestechlichkeit verstanden. Der Autor habe lediglich seine Wertung bereits allgemein bekannter Fakten publiziert. Der EGMR mahnte allgemein zur Zurückhaltung bei einer Bestrafung für Korruptionsvorwürfe gegen Amtsträger:

«A right to sue in defamation for the reputation of officials could easily be abused and might prevent free and open debate on matters of public interest or scrutiny of the spending of public money.»

09-111

Zulässige Zeitungskritik an bekanntem Historiker

Medienfreiheit; Ansehensschutz; Bestrafung; Faschismusvorwurf; journalistische Reaktion auf Provokation

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 23. Juni 2009 (N° 32550/05 «Bodrozic c. Serbien» und N° 38435/05 «Bodrozic and Vujin c. Serbien»)

Im Oktober 2003 kritisierten zwei serbische Journalisten im Wochenblatt Kikindske den bekannten Historiker und Ju-

risten J.P. In einem ersten Artikel – der die Beschneidung der Meinungsfreiheit durch die serbische Justiz anprangerte – wurde der Anwalt mit einer Blondine verglichen. In einem zweiten Beitrag wurde er als Idiot und als Faschist bezeichnet. Die beiden Angeschuldigten wurden wegen Ehrverletzung gebüsst.

Nach einstimmiger Ansicht des EGMR war der erste Text nicht als grundlose Beleidigung des Anwalts einzustufen. Unhaltbar war insbesondere die Auffassung der serbischen Justiz, der Vergleich eines erwachsenen Mannes mit einer blonden Frau sei ein Angriff auf die Integrität und Würde des Mannes. Die harsche Wortwahl des zweiten Beitrages war eine Reaktion auf ein provokatives Fernsehinterview des Anwalts, der mit heftiger Kritik rechnen musste. Die Busse (die bei Nichtbezahlung in eine Freiheitsstrafe von 75 Tagen umgewandelt werden konnte) war deshalb in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

09-112

Weite Grenzen der Kritik unter Akademikern

Meinungsfreiheit; Wissenschaftsfreiheit; Ansehensschutz; Zivilurteil; Entlastungsbeweis

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 19. Juni 2009 (N° 17089/03 «Sorguç c. Türkei»)

In einem 1997 an einer wissenschaftlichen Konferenz verteilten Papier hatte Universitätsprofessor Doğan Sorguç das Auswahlverfahren für Assistenzprofessoren kritisiert, die zur Wahl ungeeigneter Personen geführt hatte (die im Papier nicht namentlich genannt wurden). Ein Assistenzprofessor reichte Zivilklage ein, da ihm unterstellt worden sei, er hätte das Examen bei anderen Prüfenden nicht bestanden. In zweiter Instanz wurde Sorguç zur Bezahlung einer Entschädigung von umgerechnet 1600 Euro verurteilt.

In seinem einstimmigen Urteil unterstrich der Gerichtshof die Wichtigkeit akademischer Freiheit. Die türkische Justiz habe dem Professor zu Unrecht die Möglichkeit verwehrt, seine Behauptungen zu untermauern.

09-113

**Strafbare Publikation des zugespielten
Polizeibildes eines Verdächtigen**

Medienpublikation; Recht am eigenen Bild; Unschuldsvermutung; Publikation der Fotografie eines Tatverdächtigen; Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses; Quellenschutz

Art. 6 Abs. 2, 8 und 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (5. Kammer) vom
30. Juni 2009 (N° 17215/06 «Eric Hacquemand c. Frankreich»)

Im April 2000 publizierte die Tageszeitung «Le Parisien» in ihrer Lokalausgabe «Seine-et-Marne Matin» einen Bericht von Eric Hacquemand über den verhafteten E.C. Unter dem Titel «Champs-sur-Marne: le «rat d'hôtel» avait fait 70 victimes» wurde auch die Fotografie von E.C. abgedruckt. Die Bildlegende präziserte, E.C. sei einer Anzahl von Straftaten verdächtig (vol de véhicule, de chèques, de cartes bancaires, de grivèlerie d'hôtel et enfin de travail clandestin).

Es stellte sich heraus, dass die abgedruckte Fotografie des Festgenommenen eine Reproduktion der durch die Ermittlungsbehörden erstellten digitalen Aufnahme war. In den anschließenden Befragungen gab Journalist Hacquemand zu Protokoll, er habe die Fotografie persönlich erhalten. Unter Berufung auf den Schutz journalistischer Informationsquellen verweigerte er aber die Auskunft, wer ihm die Fotografie zugespielt hatte.

Das gegen den Journalisten geführte Strafverfahren wegen Beteiligung an der Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses («recel de violation du secret de l'enquête») führte zu einem Schuldspruch. Hacquemand wurde zur Bezahlung einer Busse (1000 Euro) und einer Entschädigung (1500 Euro) verurteilt. Die französische Justiz argumentierte, das fragliche Bild könne nur von einem der befragenden Polizeibeamten stammen.

Hacquemand's Beschwerde wegen Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) bezeichnete die 5. Kammer des EGMR einstimmig als offensichtlich unbegründet. Der Tatverdächtige stehe unter dem Schutz der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), der durch diese Veröffentlichung beeinträchtigt werden konnte. Abhängig von der zur Diskussion stehenden Straftat gebe es gute Gründe, die Publikation des Bildes eines Tatverdächtigen zu untersagen, erklärte der Gerichtshof unter Hinweis auf das Urteil News Verlags GmbH & Co.KG c. Österreich, no 31457/96, § 56. Im vorliegenden Fall diene die Bildveröffentlichung nicht der Diskussion eines allgemein interessierenden Themas. Es ging weder um eine aussergewöhnliche Straftat noch um einen bekannten Tatverdächtigen.

Der Gerichtshof verneinte auch eine Beeinträchtigung des journalistischen Quellenschutzes:

«Par ailleurs, la Cour relève que ne se pose pas en l'espèce un problème relatif au droit du requérant de taire ses sources (voir, a contrario, Tillack c. Belgique, no 20477/05, §§ 60-68, CEDH 2007-...), lequel constitue un «véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection» (Tillack, précité, § 65).»

Anmerkungen Die Beschwerde des gebüssten französischen Journalisten nahm in Strassburg nicht einmal die Zulässigkeitschürde. Einstimmig wurde sie als offensichtlich unbegründet eingestuft. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Fall keine weitere Beachtung verdient. Dies dokumentierte der Gerichtshof dadurch, dass er für diese Angelegenheit eine Medienmitteilung verfasste, welche er auf seiner Website prominent platzierte. Ein Grund dafür dürfte nicht zuletzt die (wachsende) Sensibilität des Gerichtshofs für den Schutz von Tatverdächtigen vor öffentlicher Entblössung sein.

In seiner allgemeinen Stossrichtung ist dem Zulässigkeitsentscheid zuzustimmen. Die Publikation des Polizeibildes eines Tatverdächtigen ist keine journalistische Glanzeleistung. Wird sie unterbunden, so ist dies der Beachtung der Unschuldsvermutung und dem Persönlichkeitsschutz des Tatverdächtigen (und seiner Angehörigen) zuträglich und der Qualität der öffentlichen Debatte nicht abträglich. Weniger befriedigend ist allerdings der Umstand, dass der (strafende) Arm des Gesetzes offenbar lediglich bis zum Journalisten reichte und nicht bis zur Quelle des Übels, dem Geheimnisverletzer aus Polizeikreisen. Und etwas kurz greift die Urteilsbegründung in der Frage des Quellenschutzes, die kurzerhand als unproblematisch abgetan wird. Das Zeugnisverweigerungsrecht kann faktisch sehr wohl beeinträchtigt werden, wenn der publizierende Journalist durch ein gegen ihn geführtes Strafverfahren dem Druck ausgesetzt wird, seine Quelle zu enthüllen. Man mag höchstens einwenden, dass dieser Druck hier kaum bestand, weil die Preisgabe der Quelle den Journalisten (vermutlich) nicht entlastet hätte.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-114

**Vorverurteilende Behördenäusserung gegen-
über den Medien**

Unschuldsvermutung; Behördenäusserung; Vorverurteilung

Art. 6 Abs. 2 EMRK

Urteil des EGMR (4. Kammer) vom 2. Juni 2009 (N° 24528/02 «Borovsky c. Slowakei»)

Gegenüber der Zeitschrift «Profit» äusserte sich der stellvertretende Direktor der Finanzpolizei im September 2000 zum Fall von Jan Borovsky, gegen den seit August 2000 wegen des Verdachts der Schädigung von Gläubigern ermittelt worden war. (Im Februar 2003 wurde Borovsky schliesslich von den Vorwürfen freigesprochen). «Profit» zitierte die behördliche Äusserung wie folgt: «While the action of the accused corresponds to the constitutive elements of the offence of causing prejudice to a creditor, if considered in its entirety, it is a premeditated fraudulent action aimed at transferring the property [of the company concerned] to its daughter companies and, subsequently, [to a different company].»

Das slowakische Verfassungsgericht verneinte ein Missachtung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Der

EGMR bejahte sie hingegen einstimmig. Das fragliche Statement beschränkte sich nicht auf die Beschreibung des hängigen Verfahrens und der Verdachtslage, sondern qualifizierte die Handlungen Borovskys als betrügerisch. Der EGMR verurteilte die Slowakei zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 1500 Franken.

09-115

Unbegründete Strafe wegen Aufwiegelung per SMS

Meinungsfreiheit; SMS; Propaganda für PKK; Gewaltaufruf; Hassrede

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 16. Juni 2009 (N° 33340/03 «Bahçeci» und «Turan» c. Türkei)

Die beiden 19-jährigen, Ömer Bahçeci und Fikret Turan, wurden 2001 wegen verbotener Propaganda für die kurdische Arbeiterpartei PKK verhaftet. In unaufgefordert verbreiteten Kurznachrichten (SMS) liessen sie Abdullah Öcalan, den Präsidenten und das kurdische Volk hoch leben. Sie wurden 2002 ursprünglich zu Gefängnisstrafen von 45 Monaten verurteilt.

Der Gerichtshof bejahte einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Er verwies auf seine umfangreiche Rechtsprechung zu ähnlich gelagerten Fällen. Im Zentrum stehe die Frage, ob die Verurteilten zu Gewalt, bewaffnetem Widerstand oder Aufstand aufgerufen oder Hass gesät hatten. Da dies nicht der Fall war, war die Beschränkung der freien Kommunikation menschenrechtswidrig.

Anmerkungen Nicht einmal der Gerichtshof selber wird die Zahl der Urteile kennen, in denen er Beschwerden gegen die Türkei mit analoger Begründung gutgeheissen hat (vgl. jüngst etwa das Urteil vom 30. Juni 2009 N° 22766/04 «Kara c. Türkei» betreffend die Verbreitung von Flugblättern). Erwähnung verdient dieser Dutzendfall wegen des gewählten Kommunikationsmittels: Erstmals hat sich der Gerichtshof mit SMS auseinandergesetzt, die massenmedial eingesetzt wurden. Der Sachverhalt taugt damit als Lehrbuchbeispiel für die immer durchlässigeren Grenzen zwischen Individual- und Massenkommunikation.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-116

Informationen durch kaufmännisch oder gewerblich unabhängigen Dritten ist auch Werbung

Werbung

Art. 86 der Richtlinie 2001/83

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 2. April 2009 (C-421/07)

Der EuGH hatte den Fall eines Journalisten zu beurteilen, der über seine Internetseite verbreitet hatte, dass ein in Dänemark zum Verkauf nicht zugelassenes Medikament Hagenbuterpulver enthalte, welches durch Gicht und Arthrose hervorgerufene Schmerzen lindern könne. Dabei wies er auch darauf hin, dass dieses Medikament in Schweden und Norwegen erhältlich sei. Zu seiner Verteidigung führte der Journalist aus, dass er nicht finanziell mit dem Unternehmen, welches das Medikament verkauft, verbunden sei, sondern nur als Journalist im Bereich alternative Gesundheitskost informiert habe. Ein nationales Gericht in Dänemark führte einen Prozess wegen Verletzung eines nationalen Werbeverbots für nicht zum Verkauf zugelassene Arzneimittel. Es setzte das Verfahren aus, um den EuGH beurteilen zu lassen, ob Art. 86 der Richtlinie 2001/83 dahin auszulegen sei, dass die Verbreitung von Informationen über ein verbotenes Arzneimittel auch dann als Werbung gelte, wenn der Dritte aus eigenem Antrieb in völliger rechtlicher und tatsächlicher Unabhängigkeit vom Hersteller handle.

Der EuGH führte zuerst aus, dass alle Rechts- und Verwaltungsverordnungen auf dem Gebiet der Herstellung, des Vertriebes oder der Verwendung von Arzneimitteln in erster Linie einen wirksamen Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten sollen. Dabei könne die öffentliche Verbreitung von Informationen über ein nicht zugelassenes Arzneimittel das Verhalten der Verbraucher beeinflussen und sie dazu verleiten, sich dieses zu beschaffen, was wiederum die öffentliche Gesundheit beeinträchtigen könne. Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83 definiere den Ausdruck «Werbung für Arzneimittel» als «alle Massnahmen und Informationen, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern». Es würden darin jedoch keine Angaben zu den Personen, die die entsprechenden Informationen verbreiten, gemacht. Somit schliesse der Wortlaut der Richtlinie nicht aus, dass eine von einem unabhängigen Dritten stammende Botschaft Werbecharakter haben könne und verlange auch nicht, dass die Botschaft im Rahmen einer kaufmännischen oder gewerblichen Tätigkeit verbreitet werde. Aufgrund dessen stellte der EuGH fest, «(...) dass die Werbung für Arzneimittel der öffentlichen Gesundheit, deren Schutz das wesentliche Ziel der Richtlinie 2001/83 ist, auch dann schaden kann, wenn sie von einem unabhängigen Dritten ausserhalb einer kaufmännischen oder gewerblichen Tätigkeit vorgenommen wird».

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

09-117

Unberechtigte Informationsverweigerung gegenüber Historiker

Informationsfreiheit; Zugang zu staatlichen Informationen; Geheimdienst Dokumente; Bedingungen der Einsicht

Art. 6 Abs. 1, 10 und 13 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 26. Mai 2009 (N° 31475/05 «Kenedi c. Ungarn»)

Im Rahmen seiner Forschungen über den ungarischen Sicherheitsdienst bemühte sich der Historiker János Kenedi während Jahren um Zugang zu Informationen des Innenministeriums. Zwar erwirkte er 1999 ein Urteil des Bezirksgerichts Budapest, welches den Anspruch auf Einsicht in die Dokumente bejahte. Das Innenministerium betrieb aber fortgesetzte Obstruktion und knüpfte die Einsicht an immer neue Bedingungen. Im November 1999 verlangte es von Kenedi die Abgabe einer Vertraulichkeitserklärung und im Oktober 2002 verbot es ihm die Publikation eines Teils der Informationen.

Die über zehnjährige Dauer des ungarischen Gerichts- und Vollstreckungsverfahrens missachtete zum einen den menschenrechtlichen Anspruch auf ein Urteil innert angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Verletzt war auch das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK).

Zudem verletzte die Obstruktion des Innenministeriums den Anspruch auf Zugang zu Informationen (Art. 10 Abs. 1 EMRK). Für die Informationsverweigerung durch das Ministerium gab es im ungarischen Recht keine Grundlage. Der EGMR bezeichnet sie als willkürlich.

Anmerkungen Nach jahrelangem Stillstand hat der Gerichtshof einen weiteren Schritt in Richtung Transparenz behördlichen Handelns getan. Einige Wochen nach dem Ausbau des menschenrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu amtlichen Akten im Urteil des EGMR N° 37374/05 «Társaság a Szabadságjogokért c. Ungarn» vom 14. April 2009 (Entscheidung 09-70 in medialex 2/09, S. 100 f.) entschied der Gerichtshof erneut gegen die zu diskreten ungarischen Behörden.

Der Schritt des EGMR geht zwar nicht so weit, dass er nun generell einen (einschränkbaren) menschenrechtlichen Anspruch auf Zugang zu behördlichen Dokumenten bejahen würde. Immerhin macht der Gerichtshof klar, dass das Menschenrecht auf Zugang zu Informationen tangiert ist, sobald auf staatlicher Ebene das Einsichtsrecht bejaht worden ist (wie im vorliegenden Fall durch die Justiz). In dieser Konstellation hat die zuständige Behörde die Einsicht innert nützlicher Frist und ohne Mätzchen zu gewähren.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-118

Délai pour se prononcer sur une demande de médiation

Demande d'accès à des documents officiels; procédure; médiation; recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT); déni de justice

Art. 10 LTrans

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 avril 2009

A. a déposé un recours auprès du TAF contre le fait que le PF PDT n'avait pas rendu de recommandation dans les 30 jours dès le dépôt de sa demande en médiation, faisant preuve de retard injustifié.

L'intéressé doit introduire une demande d'accès auprès de l'autorité qui détient les documents (art. 10 al. 1 LTrans); celle-ci doit prendre position sur la demande d'accès (art. 12 LTrans). Lorsque celle-ci est limitée, différée ou refusée, le requérant peut déposer une demande en médiation auprès du Préposé (art. 13 LTrans). Lorsque la médiation n'aboutit pas, le Préposé établit une recommandation dans les 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans). Au cas où aucune solution au litige n'est trouvée par la voie de la médiation, le requérant peut demander que l'autorité compétente rende, dans les 10 jours, une décision au sens de l'art. 5 PA qui sera sujette à recours (art. 15 et 16 LTrans).

En ne procédant pas à la médiation et en n'établissant pas sa recommandation à temps, le PF PDT vide de sens la procédure mise en place par les art. 10 ss LTrans.

Dans le cas d'espèce, bien que la recommandation prévue à l'art. 14 LTrans ne soit pas une décision au sens de l'art. 5 PA mais un acte matériel, le TAF a admis le recours et invité le PF PDT à procéder à la médiation et à établir sa recommandation sous trentaine.

09-119

Déni de justice en raison du retard du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) à faire une médiation ou une recommandation

Droit d'accès aux documents officiels; principe de transparence de l'administration fédérale; procédure de médiation

Art. 29 Cst., 14 LTrans

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 avril 09 (A-75/2009)

Dans le cadre d'un travail académique destiné à promouvoir la transparence de l'information médicale, A., chercheuse dans une université suisse, a requis de Swissmedic l'accès à des documents traitant de la mise sur le marché et de la sur-

veillance de médicaments. Entre décembre 2007 et octobre 2008, A. et Swissmedic ont échangé plusieurs courriers, sans que toutefois la position de Swissmedic ne satisfasse A. Se conformant à l'art. 14 LTrans, A. a demandé à deux reprises la médiation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PPFDT), les 3 juillet et 3 octobre 2008, et a finalement saisi le Tribunal administratif fédéral, en janvier 2009, d'un recours pour retard injustifié dans le traitement des demandes de médiation.

Dans un arrêt du 16 avril 2009, le Tribunal administratif fédéral constate qu'un recours dirigé contre le retard injustifié à rendre une recommandation est recevable. Celle-ci constitue en effet un acte matériel qui, s'il n'est pas accompli, empêche l'autorité compétente de statuer (consid. 1 à 4). Appliquant ensuite la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral retient que ni des ressources insuffisantes ni une surcharge de travail ne justifient que le PFPDT ne se conforme pas au délai légal de 30 jours (art. 14 LTrans) pour faire aboutir la médiation ou rendre une recommandation (consid. 6). Aussi admet-il le recours sur le fond et invite-t-il le PFPDT à procéder à la médiation ou à établir sa recommandation jusqu'au 15 mai 2009, soit dans les 30 jours qui suivent sa décision.

Commentaire 1. La loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans) contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels. Elle vise à instaurer une inversion de paradigme, l'administration fédérale étant censée passer d'un régime de secret tempéré au principe de la transparence, qui devient la règle (assortie d'un certain nombre d'exceptions justifiées par des intérêts publics ou privés).

2. Telle qu'elle est conçue par le législateur, la procédure d'accès aux documents officiels est simple et rapide. Simple : si l'autorité refuse totalement ou partiellement l'accès à un document officiel, le requérant peut saisir le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PPFDT) d'une demande de médiation (art. 13, al. 1) ; si cette dernière n'aboutit pas, le PFPDT fait une recommandation (art. 14) ; si l'autorité refuse de la suivre, elle rend une décision susceptible de recours (art. 15). Rapide : 20 jours de la demande d'accès à la prise de position (art. 12, al. 1) ; 20 jours pour demander la médiation (art. 13, al. 2) ; 30 jours entre la demande de médiation et la recommandation à l'autorité (art. 14) ; 10 jours pour demander une décision (art. 15, al. 1) et 20 jours pour la rendre (art. 15, al. 3). Soit, selon la loi, 100 jours entre la demande d'accès et la décision, sous réserve d'une prolongation exceptionnelle pour permettre à l'autorité de prendre position dans les cas complexes (art. 12, al. 2) ou de protéger les données personnelles de tiers (art. 12, al. 3) et sans compter les délais usuels de recours.

3. La procédure de médiation qui précède la décision a une grande importance (art. 13 et 14 LTrans). Etape obligatoire de la procédure, elle permet au citoyen d'exercer sur les affaires publiques un véritable droit de regard sans engendrer pour lui de frais (art. 17, al. 2, let. b LTrans). On attend d'elle qu'elle liquide un grand nombre de cas litigieux en évitant de longues et coûteuses procédures de recours.

4. 30 jours à partir de la demande de médiation, c'est le délai dont dispose le PFPDT pour procéder à la médiation, et,

en cas d'échec, faire une recommandation à l'autorité. C'est précisément parce que le PFPDT n'a ni fait aboutir la médiation ni établi de recommandation dans ce délai que le Tribunal administratif fédéral a admis un recours pour retard injustifié et a invité le PFPDT à procéder à la médiation et à établir sa recommandation dans un délai de 30 jours dès la date de l'arrêt. Cet arrêt respecte scrupuleusement la lettre de l'art. 14 LTrans. Le problème est que l'exercice est impossible. Faire aboutir une médiation et rédiger une recommandation requiert en effet, dans un dossier aussi complexe que celui tranché par le Tribunal administratif fédéral, les opérations suivantes :

- Parcourir le dossier pour s'assurer que la demande entre effectivement dans le champ d'application de la LTrans et donc dans celui de la médiation (champ d'application personnel et à raison de la matière ; caractère officiel du document).
 - Contacter les parties et, le cas échéant, leurs mandataires, pour agender une séance de médiation dont la date convienne à chacun.
 - Se rendre, sur rendez-vous préalable, dans les locaux de l'autorité requise – qui aura parfois besoin de temps pour préparer et trier de volumineux dossiers – pour faire une première évaluation des intérêts publics et privés en jeu.
 - Engager le processus de médiation, de préférence en mettant les parties en présence. L'expérience démontre en effet que cela leur permet non seulement de mieux comprendre leurs motivations respectives et de construire, ensemble et avec l'aide du médiateur, une solution respectant les intérêts publics et privés, mais également d'éviter de perdre du temps en échanges successifs d'écritures. Plusieurs séances peuvent s'avérer nécessaires dans un cas comme celui de Swissmedic.
 - En cas d'échec de la médiation, rendre une recommandation motivée, c'est-à-dire se prononcer sur le bien-fondé de la demande de consultation. Le PFPDT effectue là un travail équivalent à la motivation d'une décision, même s'il ne s'agit que d'une recommandation. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un dossier scientifiquement complexe, concernant des documents traitant de la mise sur le marché et de la surveillance de médicaments et mettant en jeu des secrets d'affaires et de fabrication (art. 7, al. 1, let. g LTrans), avec la conséquence que le médiateur engage sa responsabilité pénale (art. 320 CP), dès lors qu'il est astreint au secret de fonction (art. 22 de la loi sur le personnel de la Confédération et art. 94 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération).
5. Dans son arrêt (cons. 6), le Tribunal administratif fédéral, se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de déni de justice, relève sans surprise que « ni un effectif insuffisant, ni une surcharge de travail de l'autorité ne constituent un critère propre à apprécier le caractère de la durée de la procédure ». En l'occurrence, un seul poste de travail est actuellement attribué à l'unité 3 du secrétariat du PFPDT qui s'occupe de l'ensemble des questions de transparence, soit seulement 4 % des effectifs totaux du secrétariat, ce qui ne couvre effectivement que le temps consacré aux médiations (rapport d'activité 2007-2008, pp. 101 et 107 ; Martial Pasquier/Philomène Meilland, *Evaluation de la loi sur la transparence*, Chavannes-près-Renens 2009, p. 34). Or, les charges liées à la transparence comprennent aussi la lourde tâche de conseiller les particuliers et les autorités et de

former ces dernières, sans oublier l'évaluation de la mise en œuvre de la loi (art. 18 et 19 LTrans).

6. La brièveté des délais légaux répond au besoin des intéressés (et plus particulièrement de la presse) de disposer de l'information à très court terme («information delayed, information denied»). Cette exigence entre en tension avec l'intérêt d'une solution négociée en médiation, qui, bien qu'elle vise aussi à raccourcir la procédure en évitant des recours, nécessite néanmoins un laps de temps raisonnable et constitue de surcroît le premier levier du changement de paradigme visé par la LTrans. Pour en améliorer la mise en œuvre, il conviendrait de tirer deux conséquences de la jurisprudence précitée. Premièrement – et parce que cela est possible à court terme –, renforcer les effectifs de l'unité 3 du secrétariat du PFPDT. Cela ne suppose pas nécessairement la création de nouveaux postes, mais à tout le moins une répartition plus équilibrée des tâches de protection des données et de transparence au sein du secrétariat. La décision prise par le Conseil fédéral, le 5 décembre 2008, d'étoffer de trois postes le secrétariat du PFPDT pourrait d'ailleurs y contribuer à condition que les nouvelles ressources ne soient pas seulement affectées à la surveillance de la protection des données dans l'espace Schengen. Deuxièmement, il conviendrait de prolonger le temps disponible pour la phase de médiation et de préparation de la recommandation, donc de modifier l'art. 14 LTrans. Un bon compromis entre les intérêts susmentionnés consisterait à distinguer (sur le modèle de l'art. 12, al. 2 LTrans), les cas simples des cas complexes. Pour les premiers, le temps de la médiation devrait être d'au moins 60 jours et pour les seconds, de 90 jours supplémentaires, ce qui correspond à la moyenne de durée de la médiation en comparaison internationale (Pasquier/Meilland, p. 38).

Christine Guy-Ecabert,
prof. associée, Université de Neuchâtel

09-120

Drei Berichte von armasuisse müssen veröffentlicht werden

Vertraulichkeitszusicherung; fertiggestelltes Dokument; Beeinträchtigung von aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen; Anonymisierung; wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung; noch nicht gefällter politischer oder administrativer Entscheidung; Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen

Art. 5 Abs. 3 Bst. b, 7 Abs. 1 Bst. a, b, d und h, 8 Abs. 2, 9 Abs. 1 BGÖ; Art. 1 Abs. 2 VBGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 19. Februar 2009 (GS VBS und armasuisse/Berichte «Benchmarking», «armasuisse der Zukunft», «Helvetisierung»)

Der EDÖB hatte den Schlichtungsantrag eines Journalisten zu beurteilen, welcher sich gegen die Zugangsverweigerung von drei Berichten von armasuisse (VBS) richtete. Dabei beurteilte er die einzelnen Berichte getrennt.

Im ersten Bericht ging es um einen Vergleich von armasuisse mit ausländischen Beschaffungsstellen. Dabei brachte armasuisse verschiedene Gründe vor, weshalb das Dokument nicht zugänglich gemacht werden dürfe. Der EDÖB teilte die Ansicht von armasuisse nicht. Er war der Ansicht, dass die Klassifizierung des Dokuments als «INTERN» keinen eigenständigen Verweigerungsgrund darstellt und vorliegend nicht relevant sei, da alleine die Tatsache entscheide, ob der Bericht ein Anwendungsfall von Art. 7 oder 8 BGÖ sei und aus diesem Grund nicht zugänglich gemacht werden müsse. Auch die Argumentation, dass der Bericht noch nicht fertig gestellt sei, vermochte den EDÖB nicht zu überzeugen. Zwar müsse der Bericht, um als amtliches Dokument zu gelten, fertiggestellt sein (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ), jedoch seien die in Art. 1 Abs. 2 VBGÖ enthaltenen Kriterien nur Anhaltspunkte, dass es sich um ein fertiggestelltes Dokument handle und müssten für das einzelne Dokument konkret überprüft werden. Bei dieser Prüfung kam er zum Schluss, dass es sich um ein fertig gestelltes Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes handle. Da die im Bericht enthaltenen Informationen von diversen Staaten und nicht von Privatpersonen stammen, sei auch der Ausnahmegrund der Vertraulichkeitszusicherung (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ) vorliegend nicht erfüllt. Weiter sei der grösste Teil der enthaltenen Informationen nicht vertraulich oder allgemein zugänglich, weswegen sich die armasuisse nicht auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ (Beeinträchtigung von aussenpolitischen Interessen oder internationalen Beziehungen) berufen könne. Bei den wirklich vertraulichen Informationen müsse sie die internationalen Organisationen oder Staaten anfragen, ob sie Einwände gegen die Zugänglichmachung des Dokuments haben und diese Passagen gegebenenfalls anonymisieren.

Das zweite Dokument handelte von der Zukunft der armasuisse und auch hier brachte diese diverse Ausnahmebegründungen vor, weshalb das Dokument nicht öffentlich zugänglich sein sollte, die jedoch vom EDÖB ebenfalls nicht anerkannt wurden. Er beurteilte auch diesen Bericht als fertiggestelltes Dokument, da der Departementsvorsteher davon Kenntnis genommen habe, der Bericht die Nummer eines Dokumentenregisters trage und den Eindruck eines durchstrukturierten und abgeschlossenen Textes mache. Auch den Einwand, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ) vorliege, wurde abgelehnt, da der verwaltungsinterne Entscheidungsprozess bereits abgeschlossen und nicht von wesentlicher Natur gewesen sei. Für eine Geltendmachung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ (noch nicht gefällter politischer oder administrativer Entscheidung) mangle es am verlangten «direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten Entscheid». Auch eine Berufung auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) lehnte der EDÖB ab, da armasuisse nicht darlegen könne, inwiefern die Zugänglichmachung des Berichts die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen tatsächlich beeinträchtigen könnte. Er war weiter der Ansicht, dass eine Anonymisierung der abgebildeten Mitarbeiter nicht nötig sei, da die Fotos kein Risiko einer Persönlichkeitsverletzung darstellen würden, hingegen seien die Personendaten anderer Dritter zu anonymisieren (Art. 9 Abs. 1 BGÖ).

Der dritte Bericht mit dem Titel «Schlussbericht Revisionsprojekt Nr. 243 Helvetisierung» wurde vom EDÖB ebenfalls als fertiggestelltes Dokument beurteilt, da er eine elektronisch eingefügte Unterschrift des Erstellers trug, lückenlos abgefasst war und den Eindruck eines durchstrukturierten und abgeschlossenen Textes machte. Die GS VBS kam zum Schluss, dass der Bericht aus aktualisierter Sicht grundsätzlich herausgegeben werden könne, jedoch dürften die Ziffern 3.5.3, Ziffer 9.2 und Ziffer 9.3 nicht publik gemacht werden. Bezüglich Ziffer 3.5.3 war der EDÖB der Meinung, dass darin zwar persönliche Wertungen des Verfassers enthalten seien, diese jedoch zu allgemein seien und sich nicht auf eine konkrete Person beziehen, um den Schutz der Privatsphäre geltend zu machen. Betreffend Ziffer 9.2 verfügte der EDÖB, dass sowohl die Firmen- als auch die Produkt- und Systembezeichnungen abgedeckt werden müssen (Art. 9 Abs. 1 BGÖ). Schliesslich sei bei Ziffer 9.3 für die in der Liste der Interviewpartner aufgeführten Personen keine entsprechenden konkreten nachteiligen Folgen erkennbar, weswegen auf die Abdeckung von Namen und Funktionsbezeichnungen verzichtet werden könne (Art. 9 Abs. 1 BGÖ).

09-121

Zugänglichmachung von internem Berichts- und Steuerungssystem der ESTV

Dokumente zum persönlichen Gebrauch; amtliche Dokumente; Arbeitshilfsmittel

Art. 5 Abs. 3 Bst. c, 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ; Art. 1 Abs. 3, 3 Abs. 1, 7 Abs. 3 und 4, 16 Abs. 2 VBGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 3. April 2009 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings)

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) sah sich mit dem Antrag konfrontiert, die Unterlagen eines internen Berichts- und Steuerungssystems (Cockpits) sowie die dazugehörigen Amtsreportings für die Jahre 2006–2008 dem Antragsteller zugänglich zu machen. Die ESTV verweigerte dies mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, worauf der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim EDÖB einreichte.

Der EDÖB hatte zuerst zu prüfen, ob die besagten Cockpits und Amtsreportings tatsächlich zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ sind, wie dies die ESTV geltend machte, und deswegen keine amtlichen Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes darstellen. Nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ gelte als zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument jede Information, die dienstlichen Zwecken dient, jedoch nur dem Autoren oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten sei. Vorliegend handle es sich um ein Dokument, das nur einem eng begrenzten Personenkreis zur Verfügung stehe, was jedoch nicht einziges Kriterium sein könne. Vielmehr entscheidend sei das Kriterium Arbeitshilfsmittel. Dabei werde der Akzent auf Hilfsmittel gelegt, also seien Dokumente gemeint, die im Rahmen eines Arbeits- oder Entwicklungsprozesses un-

terstützend verwendet werden. Bei den vorliegenden Dokumenten handle es sich jedoch um Informationen, die definitive Positionen, Entscheide und Einschätzungen der einzelnen Fachbereiche wiedergeben würden, und nicht um blosses Arbeitshilfsmittel, weswegen sie als amtliche Dokumente zu qualifizieren seien. Deshalb seien die Berichte mit der Bezeichnung «Cockpits» sowie «Amtsreporting» grundsätzlich zugänglich zu machen, ausser es würde ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 7, 8 oder 9 BGÖ vorliegen. Da es sich bei den angeforderten Dokumenten um 2000–3000 Seiten handelte, prüfte der EDÖB noch die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit eines Dokuments und die Gebührenkomponente. Dabei kam er zum Schluss, dass die ESTV dem Antragsteller eine Auflistung mit allen Cockpits und Amtsreportings der Jahre 2006 bis 2008 zukommen lassen und ihn gleichzeitig auffordern soll, sein Zugangsgesuch zu präzisieren (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ i.V.m. Art. 7 Abs. 3 und 4 VBGÖ). Auch soll er, falls bereits möglich, mitteilen, welche Kosten dafür anfallen werden (Art. 16 Abs. 2 VBGÖ).

09-122

Zugänglichmachung von Voranschlag und Rechnung des UVEK

Zugänglichmachung; Spezialbestimmung

Art. 4 BGÖ; Art. 47 ParlG

Empfehlung des EDÖB vom 19. Juni 2009 (UVEK/Zusatzdokument Staatsrechnung)

Der Antragsteller (Journalist) verlangte vom Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (GS UVEK) Zugang zur Zusatzdokumentation «Voranschlag 2008» und zur Zusatzdokumentation «Rechnung 2008». Dies verweigerte ihm die GS UVEK mit der Begründung, dass die beantragten Dokumente von der Verwaltung im Auftrag einer parlamentarischen Kommission erstellt wurden und aus diesem Grund unter Art. 47 ParlG fallen, die eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ darstelle. Daraufhin erhob der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim EDÖB.

Zuerst hielt der EDÖB fest, dass unter die Vertraulichkeit, wie sie in Art. 47 ParlG statuiert wird, nicht bloss die Beratungen der parlamentarischen Kommissionen und Delegationen fallen, sondern auch ihre Sitzungsunterlagen. Jedoch stelle sich die Frage, in welchem Umfang Sitzungsunterlagen bzw. Dokumente, die von der Bundesverwaltung erstellt wurden, von diesem Vorbehalt umfasst sind. Bei seiner anschliessenden Abwägung kam er zum Schluss, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten, welche von einer Bundesbehörde erstellt worden sind, nur dann gestützt auf Art. 47 ParlG als Spezialbestimmung verweigert werden könne, «(...) wenn die Behörde diese Dokumente aufgrund eines unmittelbaren oder besonderen Auftrages einer parlamentarischen Kommission oder Delegation erstellen muss». Jedoch gelte es selbst in diesen Fällen noch,

zu prüfen, «(...) ob nach Kenntnisnahme der Unterlagen respektive spätestens nachdem der politische Entscheid, für den die Dokumente eine Grundlage darstellen, gefällt ist, nicht wiederum das Öffentlichkeitsprinzip zum Tragen kommen muss». In Bezug auf die hier zu beurteilenden Dokumentationen zur Staatsrechnung kam der EDÖB zum Schluss, dass «(...) es sich um eine Zusammenstellung von Informationen handelt, über die jedes Departement ohnehin verfügt und die routinemässig – also nicht im unmittelbaren und besonderen Auftrag – den Finanzkommissionen für deren Beratung zur Verfügung gestellt werden». Deswegen unterstützen die Zusatzdokumentationen «Voranschlag 2008» und «Rechnung 2008» dem Öffentlichkeitsgesetz und müssen dem Antragsteller zugänglich gemacht werden.

09-123

Principe de transparence et accès aux dossiers de fonctionnaires

Dossiers personnels; droit d'accès; pesée des intérêts; voies de droit

Art. 6, 7 et 13 OTrans

Recommandation du PFPDP du 9 février 2009

Un journaliste a déposé une demande d'accès aux conventions de départ des anciens secrétaire général et secrétaire général adjoint (Y et Z) du DFJP; celui-ci a refusé l'accès aux documents au nom de la protection des données.

En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais.

Le principe de la transparence doit permettre aux citoyens de contrôler les décisions prises par l'administration.

Chaque demande d'accès à un document faisant partie d'un dossier personnel doit être jugée au cas par cas, et conformément à la LTrans, notamment l'art. 7, al. 1.

L'autorité doit être arrivée à la conclusion, après la pesée des intérêts en présence, que l'intérêt public à l'accès au document est prépondérant par rapport au droit d'un tiers à la protection de sa sphère privée (art. 6, al. 2, let. a OTrans). L'exercice du droit d'accès ne présuppose en rien l'invocation d'un intérêt quelconque (la simple curiosité suffit), ni que le dossier requis soit obligatoirement lié à des faits importants.

Pour évaluer la gravité de l'atteinte à la sphère privée dans un cas concret, il faut tenir compte, d'une part, de la nature des données en question et des conséquences qu'entraînerait leur publication. En l'espèce, l'octroi de l'accès aux conventions de départ n'entraîne qu'une atteinte peu importante à la sphère privée de Y et de Z. D'autre part, les concernés doivent s'accommoder d'atteintes plus étendues à leur sphère privée que le personnel administratif subordonné.

Le Préposé communique la présente recommandation à Y et à Z, reconnus comme tiers au sens de l'art. 7, al. 2 LTrans. Ils ont, de même que le demandeur, la possibilité d'exiger du DFJP qu'il leur notifie une décision contre laquelle ils pourront recourir auprès du Tribunal administratif fédéral.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

09-124

Nécessité d'exposer les différents points de vue lors d'un reportage télévisuel

Principe de la présentation fidèle des événements; obligation de transparence et d'impartialité; devoir d'objectivité et de véracité; diligence journalistique

Art. 4, al. 2 LRTV

Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} mai 2009 (2C_862/2008; TSR c. X)

En 2007, la TSR a diffusé un reportage intitulé «Le juge, le psy et l'accusé». En début d'émission, il était fait référence à l'affaire française d'Outreau. Puis, le reportage comportait cinq séquences consacrées chacune à une affaire pénale; la cinquième concernait le cas d'une fillette qui avait accusé son père et ses oncles de lui avoir fait subir des actes d'ordre sexuel. X., psychiatre, avait conclu à la crédibilité des propos de la fillette au terme d'une expertise. Par la suite, l'enfant s'était rétractée et le procès avait finalement abouti à un acquittement.

X. a déposé plainte auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, qui l'a admise.

La SSR interjette un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, lequel l'a admis et a annulé la décision attaquée, retenant que l'émission litigieuse n'avait pas violé l'art. 4, al. 2 LRTV.

La séquence contestée faisait intervenir le père et la belle-mère de la fillette, ainsi que l'avocat du père accusé, qui critiquait violemment X. Le reportage précisait que X. avait décliné l'offre de participer à l'émission en raison du secret médical et de fonction.

L'art. 4, al. 2 LRTV soumet les programmes à une obligation d'objectivité. Le téléspectateur doit être informé des points controversés pour pouvoir se faire son idée. Ce qui n'exclut ni les prises de position ni les critiques, pour autant que la transparence soit garantie. Les exigences à satisfaire doivent être établies dans le cas d'espèce eu égard aux circonstances, au caractère et aux particularités de l'émission ainsi qu'aux connaissances préalables du public. Elles sont d'autant plus élevées que le sujet traité est délicat, respectivement que les critiques sont importantes.

Si l'intéressé refuse de collaborer à l'émission dans laquelle il est mis en cause, le réalisateur doit néanmoins veiller

à ce que le point de vue de l'absent soit exposé de manière suffisante.

Certes, le point de vue de l'accusé est le seul qui soit exposé, du fait du refus de la juge d'instruction comme du psychiatre X. d'être interviewés. Cependant, les avis des juges et des psychiatres sont exposés dans d'autres séquences. L'expertise de X. a été décrite de façon objective; le jury de la Cour correctionnelle a déclaré que celle-ci «souffr[ait] de critiques», ce qui a été indiqué dans l'émission. Ces critiques étaient telles que les journalistes n'étaient pas obligés d'atténuer la portée de ladite expertise par leurs propres commentaires ou grâce à d'autres personnes, ni de la montrer sous un meilleur jour.

L'émission litigieuse ayant pour objet le risque de jugements erronés en cas de collaboration entre justice pénale et psychiatrie, la comparaison avec le cas d'Outreau était compréhensible et non critiquable.

Anmerkungen Das bundesgerichtliche Urteil muss auf die UBI wie eine kalte Dusche wirken. Die UBI war seinerzeit einstimmig (mit 8:0 Stimmen) zum Schluss gekommen, dass die Sendung Temps présent (Télévision Suisse Romande) mit dem Beitrag «Le juge, le psy et l'accusé» das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt hatte. So eindeutig, wie die schriftliche Begründung erscheinen lässt, war die Sache für das Bundesgericht jedoch nicht. In dem in öffentlicher Verhandlung entschiedenen Fall war der Ausgang lange offen, und schliesslich war es die Stimme des Präsidenten, welche den Ausschlag gab, den Entscheid der UBI aufzuheben und zu entscheiden, dass keine Programmrechtsverletzung vorliegt.

Das Bundesgericht hat den UBI-Entscheid aufgehoben, weil die Beschwerdeinstanz ausschliesslich die letzte von fünf Sequenzen des etwas mehr als eine Stunde dauernden Beitrags beurteilt hat, statt die Sendung als Ganzes zu würdigen. Es ist zwar richtig, dass dem Gesamteindruck, den eine Sendung beim Publikum hinterlässt, eine grosse Bedeutung zukommt. So sind nach ständiger Rechtsprechung Mängel in Nebenpunkten dann noch in Kauf zu nehmen, wenn sie den Gesamteindruck einer Sendung nicht massgeblich beeinflussen. Die Frage, die sich im vorliegenden Fall stellt, ist jedoch, ob die fünfte Sequenz ein in sich geschlossenes Ereignis darstellt, das unabhängig vom Rest der Sendung beurteilt werden kann. Das Bundesgericht äussert sich dazu nicht. Es ist zutreffend, dass die Sendung als Ganzes Problemen der Zusammenarbeit zwischen Strafjustiz und Psychiatrie gewidmet war. Für die UBI spricht jedoch, dass aus der Sicht des Publikums jeder einzelne der fünf diskutierten Fälle ein selbstständiges historisches Ereignis darstellt, das in der französischen Schweiz seinerzeit teilweise grossen Medienwirbel erzeugt hatte. Mit Blick auf die freie Meinungsbildung des Publikums ist bei der fünften Sequenz die Art und Weise zu kritisieren, wie der Anwalt des Angeklagten in Szene gesetzt wird. Dieser beherrscht die Sequenz von Anfang bis Ende – sei es, dass er in seinem Büro aus Akten vorliest oder als «Erzähler» die Fakten des Falles vermittelt, sei es, dass die Kamera ihn in seiner Privatwohnung und gar beim Pianospielen zeigt. Alles wird mit musikalischem Pathos unterlegt. Die Sendung ist damit derart nahe bei diesem Anwalt, dass sich gar die Frage der Voreingenommenheit stellt. Für das Publikum jedenfalls ist es kaum noch möglich, bei der massiven Kritik, die der Anwalt am Gutachten des Psychiaters äussert, zwischen Tatsachen und Meinungen zu unterscheiden.

den. Das sind Mängel, die nicht bloss Nebenpunkte betreffen und die das Bundesgericht – auch bei einer Gesamtwürdigung – stärker hätte gewichten müssen.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

09-125

Billag: Gebührenbefreiung

Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Mai 2009 (A-7643/2008)

In diesem Entscheid hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit einem Gesuch um Gebührenbefreiung zu beschäftigen und dabei vor allem verwaltungs- und beweisrechtliche Fragen zu beantworten.

09-126

TV-Uhren verletzen Sponsoringrichtlinien

Praxisänderung; Dauereinblendung des Sponsors; Sponsorenwidmung, Sponsorendeckelung; werbender Auftritt des Sponsors; Sponsoringverbot von Politik- und Nachrichtensendungen

Art. 12 Abs. 2, 3 und 5 RTVG; Art. 20 Abs. 1–3 RTVV

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 11. Juni 2009 (nicht rechtskräftig)

Das BAKOM prüfte anlässlich einer Praxisänderung seiner Werbe- und Sponsoringrichtlinien die Zeitinformationen vor Nachrichtensendungen, wobei einige Verletzungen gegen das RTVG und die RTVV festgestellt wurden.

Das BAKOM publizierte seine erneuerten Werbe- und Sponsoringrichtlinien, woraufhin es ein rundfunkrechtliches Untersuchungsverfahren gegen die SRG eröffnete, da es vermutete, dass durch die Ausgestaltung des Sponsorings in den Sendungen «Zeitinformation» auf SF 1, TSR 1 und TSI 1 gegen mehrere Bestimmungen des RTVG und des RTVV verstossen wurde. Diese gesponserten TV-Uhren werden vor Informationssendungen («Tagesschau», «10vor10», «Schweiz Aktuell») gesendet und dienen als Puffer, um die zeitlichen Fixpunkte des TV-Programmes – in der Regel Nachrichtensendungen – einzuhalten. Darin werden Sponsoring-Billboard und redaktionelle Sendung (Uhrzeit) gleichzeitig ausgestrahlt, wobei die Uhr und das Logo des Sponsors ca. 1/6 des Bildschirms bedecken und der Rest durch bewegte Bilder gefüllt wird, welche der Sponsor zur (Selbst-)Inszenierung benutzt. Oben links im Bild findet sich ein Einblender-«TV-Sponsoring» und die Sponsoring-Uhren dauern zehn Sekunden, wobei sie nach Bedarf zu einem Loop zusammengefügt werden können.

In einem ersten Teil prüfte das BAKOM, ob seine Praxisänderung zulässig war. Für eine rechtmässige Praxisänderung brauche es ernsthafte und sachliche Gründe, die Praxisänderung müsse in grundsätzlicher Weise erfolgen, und das Interesse an der neuen Praxis müsse jenes an der Rechtssicherheit überwiegen. Das BAKOM führte aus, dass ernsthafte und sachliche Gründe bestünden, da bei Kürzestsendungen unter einer Minute die Grundidee des Sponsoring zunehmend pervertiert und die Grenze zwischen Werbung und Sponsoring verwässert werde. Gerade bei Kürzestsendungen lasse sich ein Image-transfer von der Sendung zum Sponsor kaum begründen, sondern dieser erfolge über die nachfolgende Informationssendung. Es habe deshalb auf dem Weg einer Praxisänderung dieses Sponsoring von Kürzestsendungen wieder in geordnete Bahnen lenken wollen und verlange nun nur eine Sponsoren-nennung, die in einem untergeordneten Verhältnis zur gespon-serten Sendung stehe. Auch erfolge die Praxisänderung in grundsätzlicher Weise mit Einführung der neuen Sponsoring-richtlinien. Bezüglich des Punkts neue Erkenntnisse/veränderte Verhältnisse stellte das BAKOM dar, dass die Begrenzung auf eine einmalige Sponsoren-nennung bei Sendungen unter einer Minute auf Art. 12 Abs. 2 RTVG basiere, der mindestens eine Nennung verlange. In Bezug auf den zulässigen Inhalt hätten sich die Verhältnisse geändert, da Art. 20 Abs. 2 RTVV expli-zit festhalte, dass die Sponsoren-nennung nur Elemente beinhalten dürfe, die zur Identifizierung des Sponsors dienen. Da auch der Vertrauensschutz mit einer Übergangsfrist bis zu ei-nem halben Jahr erfüllt sei, kam das BAKOM zum Schluss, dass die Anforderungen an eine Praxisänderung erfüllt seien.

Im zweiten Teil prüfte das BAKOM die einzelnen zu beanstandenden Punkte. Zuerst betonte es, dass es sich bei der TV-Uhr um eine redaktionelle Sendung handle, welche beim Sponsoring die Vorgaben von Art. 12 RTVG und Art. 20 RTVV zu beachten habe. Danach zog es in Erwägung, dass die Dau-erpräsenz des Sponsorenlogos gegen Art. 12 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 RTVV verstosse, welcher eine Sponsoren-nennung am Anfang oder Ende einer Sendung fordert. Auch die Spon-sorenwidmung nach Art. 12 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 RTVV, welche einen direkten Bezug zum Sponsor der Sendung schaffe und dabei den Namen des Sponsors, den Titel der Sen-dung und den Hinweis auf den Sponsorensachverhalt beinhal-ten sollte, wurde überprüft. Da die gesponserte Uhrzeit unmit-telbar angrenzend an eine nachfolgende Informationssendung ausgestrahlt werde, welche nach Art. 12 Abs. 5 RTVG nicht ge-sponsert werden dürfe, müsse die Uhrzeit klar als eigenstän-dige Sendung gekennzeichnet sein und mit einer expliziten Be-zugnahme von Sponsor zur Uhrsendung versehen werden, da ansonsten die Gefahr einer Umgehung des Sponsoringverbots für Informationssendungen bestehe. Da der Sendung ein solch eindeutiger Bezug zwischen Sponsor und gesponserter Sendung fehle – wobei eine dauerhafte Einblendung «Sponsoring» nicht genüge –, sah das BAKOM eine Verletzung von Art. 12 Abs. 2 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 RTVV als gegeben an. Weiter hatte das BAKOM eine Verletzung von Art. 12 Abs. 3 RTVG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 RTVV (unzulässiger Werbeauftritt des Sponsors) sowie eine Verletzung von Art. 20 Abs. 2 RTVV (zu viele Spon-sorenelemente wegen Loop) zu beurteilen. Dabei hielt es fest, dass die Problematik in der Gleichzeitigkeit von redaktioneller Sendung und Sponsoring-Billboard liege, wobei der redaktio-

nelle Inhalt von der räumlichen und inhaltlichen Dominanz des Sponsoren-auftritts verdrängt werde. Dadurch werde die Grenze zur Werblichkeit überschritten. Diese werde zudem durch die wiederholten Sponsoren-nennungen beim sogenann-ten Loop überschritten, weswegen die oben genannten Bestim-mungen verletzt worden seien. Zum Schluss prüfte das BAKOM noch eine Verletzung des Sponsoringverbots von Nachrichten- und Politiksendungen (Art. 12 Abs. 5 RTVG) und kam zum Re-sultat, dass mit der in Zukunft neuen Ausgestaltung des Uh-rensponsoring und einer korrekten Sponsoren-widmung auch der naheliegende Eindruck eines solchen Sponsoring vermieden werde.

Commentaire La décision de l'OFCOM est aussi longue (21 pages publiées) que l'émission en cause est courte (quelques secondes). L'abondance des considérants n'aura pas empêché la SSR de former un recours contre la décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Une première question se posait: doit-on réserver un traitement spécial à l'horloge télévisée, cette émission qui s'intercale dans la grille des programmes juste avant le téléjournal? Cela pouvait se justifier au vu de la durée imprévisible et variable de l'émission (qui rend difficile le respect de la durée de la mention du parrain) ou au regard de sa proximité avec l'émission phare d'actualité et sa fonction de transition (qui peut créer la confusion). Dans son message relatif à la révision de la LRTV, le Conseil fédéral s'était penché spécifiquement sur le problème. Bien que considérée comme une émission rédactionnelle en soi, l'horloge télévisée est nécessairement assimilée ou, du moins, associée au journal télévisé qu'elle précède, ce qui en fait un canal idéal pour atteindre à moindres coûts des téléspectateurs nombreux et attentifs, contrairement à la publicité au cours de laquelle – comme chacun le sait – le téléspectateur a tendance à faire autre chose.

Considérant que la question de la qualification particulière de l'horloge télévisée était hors sujet, l'OFCOM a choisi de la traiter comme toute émission rédactionnelle et a examiné sa conformité au regard des exigences en matière de parrainage des émissions rédactionnelles telles qu'elles ressortent de ses Directives 2009. Il a conclu que l'émission violait l'art. 12 al. 5 LRTV, en particulier parce qu'elle maintenait les téléspectateurs dans l'incertitude quant à la question du parrain et de l'émission parrainée (émission d'information sur l'heure ou émission d'actualité subséquente?). Seule une claire dédicace du parrain, se référant de manière univoque à l'émission «information sur l'heure», est, selon l'OFCOM, de nature à éviter la confusion dans l'esprit des téléspectateurs.

On ne peut pas reprocher à l'OFCOM d'avoir mal appliqué ses Directives 2009. Reste à savoir si lesdites directives sont conformes à la LRTV et à l'ORTV dans leurs teneurs révisées. Dans son esprit, le nouveau droit devait assouplir la réglementation en matière de publicité et de parrainage pour les diffuseurs privés et, sous réserve de cas particuliers, ne pas rendre plus contraignante ladite réglementation en ce qu'elle visait la SSR. Or, l'application des Directives 2009 aboutit à un résultat plus restrictif que celui retenu sous l'empire de l'ancienne législation dont se prévaut la SSR (décision n° 519.1/43 du 8 décembre 1998).

Lors de la révision de la LRTV et de l'ORTV, le problème du dérapage des émissions courtes parrainées vers une plate-

forme publicitaire offrant par ailleurs l'intérêt majeur d'être placée à des moments clés des programmes avait été expressément abordé, mais aucune règle spécifique n'avait pourtant été adoptée. En opérant un changement de pratique s'agissant du parrainage des émissions de ce type, l'OFCOM a-t-il voulu les faire entrer dans un cadre plus rigide que celui voulu par le législateur? Il appartiendra au Tribunal administratif fédéral d'en juger.

Manuel Bianchi della Porta,
Docteur en droit, LL.M., Genève

09-127

Berichterstattung von Tele Züri zur Konzessionsvergabe verletzte Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot nicht

Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot; Menschenwürde; Programmautonomie

Art. 4 Abs. 1, 2 und 4, 6 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 17. Oktober 2008 (b.587)

Bei der Prüfung von Beiträgen des Senders Tele Züri zur Vergabe der Regionalfernsehkonzessionen kam die UBI zum Schluss, dass durch die Berichterstattung das Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot und die Menschenwürde nicht verletzt wurden.

Die UBI hatte eine Beschwerde von T zu prüfen, welche sich gegen verschiedene Beiträge von «Züri News» und «SonnTalk» des Senders Tele Züri im Zusammenhang mit der Vergabe der UKW-Radio- und Regionalfernsehkonzessionen in der Region Zürich-Nordostschweiz richtete. Dabei wurde eine Verletzung des Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebots (Art. 4 Abs. 2 und 4 RTVG) sowie eine Verletzung der Menschenwürde des T-Geschäftsführers (Art. 4 Abs. 1 RTVG) gerügt.

Zuerst prüfte die UBI die Einhaltung des Sachgerechtigkeitsgebots in den verschiedenen beanstandeten Beiträgen. Bezüglich einer Äusserung in der Sendung «Züri News», in Rapperswil drohe ein «schwarzes Bild», kam sie zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden sei. Zwar gebe die beanstandete Aussage den Sachverhalt verkürzt und wenig differenziert wieder, jedoch werde die Meinungsbildung des Publikums nicht in wesentlicher Weise beeinträchtigt oder verfälscht. Das eigentliche Thema des Beitrages sei die Übergabe von Unterschriften einer Initiative für Tele Züri, weswegen es sich um Mängel in Nebenpunkten handle. Gleich entschied die UBI in Zusammenhang mit einem weiteren Beitrag von «Züri News», welcher die wesentlichen Fakten zu den Empfehlungen des Zürcher Regierungsrates korrekt wiedergegeben habe und auch Vertreter von Betroffenen – unter anderem den T-Geschäftsführer – zu Wort kommen liess. Das Publikum habe bei diesem Beitrag ohne Weiteres zwischen Fakten und Meinungen unterscheiden können (Art. 4 Abs. 2 zweiter Satz RTVG). Auch bezüglich einer Ausgabe der Sendung «SonnTalk» ver-

neinte die UBI eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, da die von grosser Enttäuschung über den Entscheid des Zürcher Regierungsrates bezüglich Konzessionsvergabe geprägten Äusserungen klar als persönliche Ansichten erkennbar gewesen seien (Art. 4 Abs. 2 zweiter Satz RTVG). Eine pointierte Kommentierung von Ereignissen durch die Redaktion sei zulässig, solange dadurch die Meinungsbildung des Publikums nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt werde, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei, da das Publikum aufgrund der umfassenden Medienberichterstattung über ein erhebliches Vorwissen bezüglich der Entscheide des Zürcher Regierungsrates und dessen Beweggründe verfügte. Auch die Rubrik «Lust und Frust» der betreffenden Sendung «SonnTalk», in der drei Gäste über persönliche Befindlichkeiten der vergangenen Woche sprechen, habe das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt. Das Sendekonzept, nach dem sich die anwesenden Personen zu unterschiedlichen Themen, welche durch politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aktualität vorgegeben sind, äussern, werde durch die Programmautonomie nach Art. 6 Abs. 2 RTVG geschützt. Obwohl die Position von T in dieser Diskussion von niemandem vertreten wurde, sei das Sendekonzept für das Publikum klar erkennbar gewesen. Jedoch wäre es in einem solchen Sendekonzept Aufgabe des Moderators, allenfalls zu intervenieren und auf Gegenpositionen aufmerksam zu machen, was dieser unterliess und im Gegenteil seine persönliche Meinung offenbarte. Es sei jedoch nach Meinung der UBI nicht zu beanstanden, wenn sich Mitarbeitende in transparenter Weise für das eigene Fernsehen einsetzen. Zwar habe diese Diskussion einen tendenziösen Charakter gehabt, jedoch sei dieser für das Publikum jederzeit deutlich erkennbar gewesen. In Bezug auf die Frage, ob durch die Berichterstattung von Tele Züri zur Konzessionsvergabe das Vielfaltsgebot nach Art. 4 Abs. 4 RTVG missachtet wurde, kam die UBI zum Schluss, dass keine Verletzung vorliege. Dabei wird ebenfalls argumentiert, dass die Sendungen zwar teilweise einen tendenziösen Charakter aufweisen würden, das Entstehen für die Position von Tele Züri jedoch in transparenter und für das Publikum erkennbarer Weise erfolgt sei. Ebenso werde im für die Meinungsbildung zentralen Beitrag der Züri News das Thema vergleichsweise umfassend dargestellt, die wesentlichen Aspekte und wichtigsten Meinungen seien dabei zum Zug gekommen. Auch eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 4 Abs. 1 zweiter Satz RTVG) wurde von der UBI abgelehnt, da der beanstandete Vergleich nicht auf die Person des T-Geschäftsführers abzielte, sondern primär gegen den Zürcher Regierungsrat gerichtet gewesen sei. Zudem werde durch Gestik und Tonfall deutlich, dass die emotionale und undifferenzierte Äusserung eine Folge der grossen Enttäuschung über den regierungsrätlichen Entscheid gewesen sei.

09-128

Barack Obama durfte als «Neger» bezeichnet werden

Diskriminierung, Menschenwürde, Rassenhass, Programmautonomie, Satire

Art. 4 Abs. 1 RTVG (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 16 BV, Art. 21 BV), Art. 6 Abs. 2 RTVG (Art. 93 Abs. 3 BV)

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio- und Fernsehen (UBI) vom 5. Dezember 2008 (b.592)

Der US-Präsident, Barack Obama, durfte in der Satiresendung «Zweierleier» von Radio DRS 1 als «Neger» bezeichnet werden. Die Verwendung des Begriffs «Neger» in einer Radio- oder Fernsehsendung sei nicht automatisch menschenunwürdig, diskriminierend oder rassistisch und verletze daher Art. 4 Abs. 1 RTVG nicht zwingend. Entscheidend sei eine Abwägung der sich entgegenstehenden Grundrechtspositionen: im vorliegenden Fall die Meinungs- und Kunstfreiheit einerseits und das Diskriminierungsverbot sowie der Schutz der Menschenwürde andererseits.

Die UBI hatte den im Rahmen der Sendung «Zweierleier» ausgestrahlten Beitrag «Camping Paradiso» zu beurteilen. Im Beitrag spielt die Schauspielerin und Kabarettistin Birgit Steingger die Rollen zweier Schweizer Touristinnen. Diese treffen sich auf einem Campingplatz in Italien und ziehen über alles her, was ihnen fremd ist. Die Italiener seien etwas schwer von Begriff und die Deutschen, welche sie als «Schwobe» bezeichnen, seien überheblich und frech. Auch Barack Obama sei ein «Schwob», er habe nämlich deutsche Vorfahren. In ihrem offensichtlich dümmlichen und selbstgefälligen Geschwätz bezeichnet eine der beiden Touristinnen den US-Präsidenten schliesslich als «Neger».

Die UBI stellte fest, der Begriff «Neger» sei nicht in seinem eigentlichen menschenverachtenden, diskriminierenden und rassistischen Sinne verwendet worden. Die von den Beschwerdeführern beanstandete Äusserung sei Teil eines satirischen Beitrags. Programmrechtlich entscheidend sei, dass der Begriff «Neger» nicht grundlos in den «Windschatten» der Satire gestellt worden sei. Vielmehr stehe die Verwendung des Begriffs in einem formalen und inhaltlichen Zusammenhang mit der Satire. Als besondere Form der Meinungsäusserung übersteigere die Form der Satire die Wirklichkeit, verfremde sie, stelle sie um, kehre wieder zu ihr zurück, banalisieren sie, karikiere sie und mache sie lächerlich. Die UBI merkte an, die Verwendung des Begriffs «Neger» sei im Rahmen der vorliegenden Darstellung zweier Schweizer Touristinnen mit einem beschränkten Weltbild und einer entsprechend kleinkarierten, stereotypen, widersprüchlichen und latent rassistischen Geisteshaltung «fast zwingend erforderlich» gewesen. Dürften im Rahmen einer Satiresendung nur politisch korrekte Ausdrücke verwendet werden, würde nicht nur die in solchen Fällen besonders ausgeprägte Programmautonomie eingeschränkt, auch würde die Satire als Kunstform viel an Schärfe verlieren.

Anmerkungen Die Zeitschrift «The Economist» berichtete jüngst darüber, wie schwer sich Satiriker noch immer tun, Barack Obama zu karikieren. Selbst scharfzüngige Entertainer wie der amerikanische Fernsehsatiriker David Letterman bekundeten Mühe: Obama sei weder dick oder dumm, noch betrüge er seine Frau. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüssen, wenn die UBI besonnen urteilt und Satiriker nicht in die Rassistenecke stellt, wenn sie Obama karikieren. Es muss in einer demokratischen Gesellschaft möglich sein, einen Präsidenten schwarzer Hautfarbe aufs Korn zu nehmen und sein Wirken satirisch aufzuarbeiten. Schliesslich gelingt guter Satire häufig das, was in anderer Weise nicht oder nicht so treffend hätte gesagt werden können. Satirische Äusserungen, die auch in den Schutzbereich der Meinungs- und Kunstfreiheit fallen, geniessen denn auch einen besonderen Stellenwert innerhalb der Programmautonomie.

Barack Obama selbst betonte jüngst in einer flammenden Rede, Bürgerrechtler hätten zwar davon geträumt, die meisten Amerikaner hätten es aber bis vor kurzem nicht für möglich gehalten, dass je ein Schwarzer Präsident der USA werden würde. Gerade weil die Hautfarbe Obamas für viele eine zentrale – durchaus positive – symbolische Bedeutung hat, muss es zulässig sein, diese in einer Radio- oder Fernsehsendung zu thematisieren und satirisch aufzuarbeiten. Der Ausdruck «Neger» ist gewiss politisch unkorrekt. Doch wie die UBI in ihrem Entscheid treffend anmerkt, würde die Satire viel von ihrer Schärfe verlieren, wenn sie grundsätzlich nur politisch korrekte Wörter und Bezeichnungen verwenden dürfte. Bezogen auf das Schweizer Publikum gilt es, anzumerken, dass der Begriff «Neger» in der Bevölkerung gerade im mündlichen Sprachgebrauch nach wie vor Anwendung findet, sei es in ironischer Weise oder auch aus einer selbstgefälligen oder latent rassistischen Haltung. Wo es in einer Sendung, wie der vorliegend zu beurteilenden, gerade nicht primär um die Person eines «Negers», sondern um das beschränkte Weltbild jener geht, die den Begriff aus einer selbstgefälligen oder latent rassistischen Haltung heraus verwenden, ist die Verwendung dieses Begriffs in der Tat «fast zwingend erforderlich». So zu Recht auch das Urteil der UBI.

Thomas Steiner, MLaw, Luzern

09-129

Nichteintreten auf Beschwerde des VgT

Vielfaltsgebot; Programmbeschwerde; Zeitraumbeschwerde; Zugangsverweigerungsbeschwerde

Art. 4 Abs. 4, 92 Abs. 1 Satz 3, 95 Abs. 3 Bst. a, 97 Abs. 2 Bst. b RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 20. Februar 2009 (b.593)

Die UBI trat nicht auf eine Beschwerde ein, welche vom Verein gegen Tierfabriken gegen das Programm des Schweizer Fernsehens erhoben wurde, weil die Anforderungen an die Beschwerde nicht erfüllt waren.

Der Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT erhob Beschwerde gegen das Programm des Schweizer Fernsehens mit der Beanstandung, er werde systematisch und seit Jahren durch das Schweizer Fernsehen boykottiert, was eine Verletzung von Art. 4 Abs. 4 RTVG (Vielfaltsgebot) darstelle.

Die UBI wog zuerst ab, ob es sich vorliegend um eine Programmbeschwerde (Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG) oder um eine Zugangsverweigerungsbeschwerde (Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG) handle. Eine Zugangsverweigerungsbeschwerde sah die UBI nicht als gegeben an, da es an einem genügenden Anfechtungsobjekt mangle. Aus diesem Grund handle es sich bei der vorliegenden Beschwerde um eine Programmbeschwerde. Bei dieser müsse gemäss Art. 95 Abs. 3 Bst. a RTVG hervorgehen, welche Sendungen beanstandet werden, und die einzelnen beanstandeten Sendungen sollten dabei zumindest bestimmbar sein. Weiter sei für die Verletzung des Vielfaltsgebots eine Zeitraumbeschwerde notwendig, bei der gemäss Art. 92 Abs. 1 Satz 3 RTVG Sendungen gerügt werden können, die weniger als drei Monate vor der letzten beanstandeten Sendung zurücklägen und in einem thematischen Zusammenhang stünden. Die UBI sah diese Anforderungen bei der vorliegenden Beschwerde nicht als gegeben an und trat nicht darauf ein: «Die Beschwerde ist zu allgemein gehalten und nimmt nicht Bezug auf den Inhalt einzelner Sendungen des Schweizer Fernsehens, welche in den letzten drei Monaten seit Einreichung der Beanstandung vor der Ombudsstelle ausgestrahlt wurden. Die beanstandeten Sendungen sind auch nicht bestimmbar.»

09-130

«Der Hundeprofi» verletzte Sachgerechtigkeitsgebot nicht

Sachgerechtigkeitsgebot; Programmautonomie

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

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) vom 5. Dezember 2008 (b.588)

Eine Beschwerde gegen die Rubrik «Der Hundeprofi» der Sendung «Leben Live» wegen Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots wurde von der UBI abgewiesen, da sich das Publikum eine eigene Meinung bilden konnte und nicht über wesentliche Tatsachen getäuscht wurde.

Die UBI hatte eine Beschwerde zu beurteilen, die sich auf die Rubrik «Der Hundecoach» der Sendung «Leben Live» auf SF 1 bezog. Darin wurde über die Bemühungen des Hundecoaches Heini Meier berichtet, der Hunde zu therapieren versuchte, welche ihre Halter vor scheinbar unüberwindbare Probleme stellten. Gegen die fünf Sendungen von «Leben Live», in welchen die Rubrik «Der Hundecoach» ausgestrahlt wurde, erhob H Beschwerde und beanstandete die Auswahl von Heini Meier, da dieser keine anerkannte Ausbildung besitze und mit veralteten Methoden operiere, welche dem neusten Forschungsstand widersprechen würden. Er machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nach Art. 4 Abs. 2 RTVG geltend.

Nach der Analyse der einzelnen Folgen von «Der Hundecoach» kam die UBI zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde, da in jeder Folge für das Publikum ersichtlich gewesen sei, dass die Therapiemethoden von Heini Meier vorgestellt wurden und nicht allgemeinverbindliche Methoden zur Therapie von Problemhunden. Ebenso sei un schwer zu erkennen gewesen, dass diese Methoden auf den Prinzipien Wahrung der Hierarchie und Autorität beruhen. Auch über seine Karriere und seinen beruflichen Ausweis sei das Publikum nicht getäuscht worden. In drei Folgen habe zudem der Moderator darauf hingewiesen, dass zumindest gewisse von Heini Meier angewendeten Methoden in Fachkreisen umstritten seien und als veraltet angesehen würden, was die sehr einseitig positive Darstellung der ersten Sendung wieder relativiere. Nach Meinung der UBI wäre es wünschenswert gewesen, dass die Moderatorin im Interesse der Meinungsbildung des Publikums gegenüber Heini Meier kritischer aufgetreten wäre. Dabei handle es sich jedoch um Mängel in Nebenpunkten bzw. redaktionelle Unvollkommenheiten, welche keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots zu begründen vermögen. Weiter sei zu beachten, dass es sich bei «Leben Live» nicht um ein Informationsmagazin oder eine Tiersendung, sondern um eine Unterhaltungssendung mit Informationsgehalt handle, was durch die Programmautonomie (Art. 6 Abs. 2 RTVG) geschützt sei.

09-131

Quote für spanischsprachige Filme gutgeheissen

Diskriminierungsverbot; freier Dienstverkehr; Niederlassungsfreiheit; freier Kapitalverkehr; Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 12, 87 EG; Art. 3 der Richtlinie 89/552/EWG

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 5. März 2009 (C-222/07)

Der EuGH beurteilte eine Regelung für Fernsehveranstalter in Spanien, einen gewissen Prozentsatz der Einnahmen für Filme in einer Amtssprache zu verwenden, als mit den EG-Grundfreiheiten vereinbar.

Die UTECA (Unión de Televisiónes Comerciales Asociadas) klagte vor einem nationalen Gericht gegen ein königliches Dekret, das die Fernsehveranstalter zwingt, zum einen 5% ihrer Betriebseinnahmen für die Finanzierung von europäischen Spiel-, Kurz- oder Fernsehfilmen aufzuwenden und zum anderen 60% dieser Gelder auf Produktionen, deren Originalsprache eine Amtssprache von Spanien ist, zu verwenden. Dabei rügte die UTECA, dass jenes Dekret nicht nur gegen Bestimmungen der spanischen Verfassung, sondern auch gegen verschiedene Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verstosse. Der spanische Tribunal Supremo beschloss, das Verfahren auszusetzen, um folgende Vorfragen zu klären. Als Erstes, ob Art. 3 der Richtlinie 89/552/EWG den Mitgliedsstaaten erlaube, Fern-

sehveranstalter die Verpflichtung aufzuerlegen, einen prozentualen Anteil ihres Betriebsergebnisses auf die Vorfinanzierung von europäischen Spiel- und Fernsehfilmen zu verwenden. Als zweite Frage war zu klären, ob es mit Art. 12 EG zu vereinbaren sei, dass 60% dieser Pflichtfinanzierung Werke in einer spanischen Originalsprache vorbehalten sein sollen. Als Drittes war noch zu beurteilen, ob es sich bei diesen Verpflichtungen um staatliche Beihilfe zugunsten einer Industrie im Sinne des Art. 86 EG handle.

Zuerst behandelte der EuGH die beiden ersten beiden Fragen und hielt fest, dass Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG Fernsehveranstalter verpflichten können, strengere oder ausführlichere Bestimmungen in den von der Richtlinie erfassten Bereichen zu befolgen. Dabei seien jedoch die durch den EG-Vertrag garantierten Grundrechte zu beachten. Bezüglich der Regelung, 5% der Betriebseinnahmen für die Produktion von europäischen Filmen zu verwenden, sah der EuGH keine Anhaltspunkte, dass dadurch irgendwelche Grundfreiheiten eingeschränkt würden. Jedoch sah er bei der Bestimmung, dass 60% davon für Filme in einer Amtssprache verwendet werden müssen, mehrere Grundfreiheiten verletzt, nämlich den freien Dienstverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Kapitalverkehr und die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Eine Beschränkung dieser EG-Grundfreiheiten könne jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspreche, geeignet sei, das geforderte Ziel zu erreichen und nicht darüber hinausgehe, was für die Erreichung des Ziels erforderlich sei. Das von der spanischen Regierung geltend gemachte Ziel, die spanische Vielsprachigkeit zu schützen, wurde vom Gerichtshof als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt. Weiter hielt der EuGH fest, dass die Massnahme auch geeignet sei, die Erreichung eines solchen Ziels sicherzustellen. Ebenso schiesse sie nicht über das Ziel hinaus. Es handle sich letztlich um 3% der Betriebseinnahmen einer Fernsehanstalt, was nicht übermässig sei. Ebenso sei die Massnahme nicht zum vornherein unverhältnismässig, weil keine Kriterien für die Einstufung als «Kulturerzeugnisse» vorgesehen werden. Zudem schiesse die Massnahme nicht allein deshalb über das Ziel hinaus, weil die Empfänger der betreffenden Finanzierungen überwiegend Filmproduktionsunternehmen aus Spanien seien, da diese Bevorteilung in einem inneren Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel stehe. Auch eine Verletzung von Art. 12 EG (Diskriminierungsverbot) wurde vom EuGH verneint, da dieses nur dort als eigenständige Grundlage verwendet werden könne, wo der EG-Vertrag keine speziellen Diskriminierungsverbote vorsehe. Da vorliegend jedoch solche vorlägen (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, freier Kapitalverkehr), käme eine Anwendung von Art. 12 EG nicht in Frage. Der EuGH beurteilte somit die erlassenen Massnahmen als zulässig im Sinne der EG-Richtlinien. Bei der Beantwortung der dritten Vorfrage beurteilte der EuGH die vorliegenden Massnahmen nicht als staatliche Beihilfe nach Art. 87 EG, da es sich nicht um einen Vorteil handle, der unmittelbar vom Staat oder über eine von ihm benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werde.

1.5 Kunstrecht

09-132

Projektion von Comic-Strip an Hauswand nicht pornographisch

Pornographie, kultureller Wert, gesteigerter Gemeingebrauch

Art. 197 StGB; Art. 2 VBöGS (Vorschriften über die vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken der Stadt Zürich); Art. 37 APV (Allgemeine Polizeiverordnung)

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichteramt, vom 27. Mai 2009 (Prozess Nr. GU090029/U) – rechtskräftig



Eine Galeristin, die im Zürcher Langstrassen-Quartier seit sechs Jahren regelmässig ausstellt, hatte während zehn Nächten eine Reihe von Schwarz-Weiss-Bildern im Comic-Stil an eine nahe Hauswand projiziert. Diese Wand steht im rechten Winkel zur Langstrasse. Der tschechisch-amerikanische Künstler Petr Motycka, Gast der Kulturstiftung Pro Helvetia, hatte diese Arbeit im Kontext der gleichzeitig stattfindenden Euro 08 (Juni 2008) gezeichnet; er wollte sich als Kulturschaffender eher indirekt zu Sexmarkt («Baby-Strich» in diesem Strassenstück), Doppelmoral und Schweiz äussern. Von den 13 Bildern zeigen fünf die Annäherung einer sitzenden nackten Frau (Prostituierte) an den Torso eines stehenden bekleideten Manns (Freier), wobei die Frau zuletzt den erigierten Penis des Manns in der Hand hält. Während der Finissage erschien die Polizei und forderte die Galeristin auf, die Projektion abzustellen. – Hernach büsste das Stadtrichteramt die Galeristin mit 150 Franken nebst Kosten wegen Pornografie und Verletzung der Vorschriften über vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes. – Der Einzelrichter gab der Einsprache der Galeristin statt, erklärte sie für nicht schuldig, sprach ihr eine Entschädigung zu und begründete den Freispruch ausführlich.

Die Analyse der ganzen Sequenz ergab, dass nur die fünf letzten der 13 Bilder eine Nähe zum Tatbestand haben – die Frau greift dem Mann an den Gurt und öffnet ihn allmählich –; im letzten hält sie den Penis, reibt ihn aber nicht. Letzteres sei vorstellbar, nicht aber sichtbar (Einzelrichter). Wichtig: Bei jedem Bild steht eine Sprechblase in englischer Sprache über Helvetica, die dem Künstler während seines Aufenthalts eingefallen waren – mit der erotischen Suggestion des Comics aber nichts zu tun haben.

Pornografie ergibt sich aus Darstellungen sexuellen Inhalts, die sich auf den Genitalbereich konzentrieren, sexuelles Verhalten vergrößern und darauf angelegt sind, den Rezipienten sexuell aufzureizen (BGE 128 IV 260). Es gehe um krass primitive Darstellungen von auf sich selber reduzierter Sexualität (Stratenwerth/Jenny, BT/1, § 10 N 5).

Art. 197 StGB verbietet nur «harte» Pornografie vollständig, also Darstellungen von Sex mit Kindern, Tieren, Exkrementen oder mit Gewaltbeimischung (Art. 197 StGB Ziff. 3). «Weiche» Pornografie soll Kindern unter 16 Jahren erspart bleiben und Erwachsenen dann, wenn ihnen Darstellungen sexuellen Inhalts «unaufgefordert» zugeführt werden (Art. 197 Ziff. 2).

Der Einzelrichter befand, es gelte, den «weiteren Bezug» auch der letzten Bilder einzubeziehen. Die abwechselnden Aussagen der beiden Personen in den Sprechblasen bezögen sich auf die Fussball-Euro, das Image der Schweiz und ihrer trefflichen Bürgerschaft, das Problem der Ausländer und Muslime. Durch diesen Dialog, «der inhaltlich selbst keinen sexuellen Bezug hat, verliert die sexuelle Handlung der Schlussbilder – welche [wegen der statischen Darstellung] schon für sich nur beschränkt aufreizend wirkt – im Gesamtkontext zusätzlich an Bedeutung (...) Aufgrund des Gesamteindrucks» könne nicht von Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 [und 2] StGB gesprochen werden.

Zudem müsse der Bildreihe ein «schützenswerter kultureller Wert zuerkannt werden» (Art 197 Ziff. 5 StGB), der Pornografie ohnehin ausschliessen würde. Massgebend für diese Zuerkennung sei «das Verständnis des künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters». Denn auch Art. 197 StGB sei im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen (Art. 21 BV, 10 EMRK). Die Voraussetzung sei gegeben, wenn der «künstlerische Wert gegenüber dem [möglicherweise] pornografischen Element überwiege» (Donatsch et al. Hrsg., Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch 2006, S. 322; BGE 131 IV 64, E 10.3). Der Einzelrichter sieht die Bedingung erfüllt: Der Künstler werfe «in witziger und provokanter Weise sozial- und gesellschaftskritische Fragen auf». So rege er zum Nachdenken an. Das Bild der den schweizerischen Freier in Kauerstellung bedienenden muslimischen Prostituierten verstärke diesen Eindruck.

Anders als das Stadtrichteramt sah der Einzelrichter auch keinen bewilligungspflichtigen gesteigerten Gemeingebrauch. Die Bilder seien aus Galerieräumen hoch über der Strasse im 2. Stock auf eine abgewinkelte Wand projiziert worden, ohne direkt öffentlichen Grund [Boden] zu benutzen. Von «gesteigertem» Gemeingebrauch könnte man nur reden, wenn die Projektion grosse, verkehrsbehindernde Menschenansammlungen auf der Langstrasse angezogen hätte. Das wurde nicht behauptet.

nahme von «unzüchtigen» Bildern mit stilisierten homosexuellen und tiersexuellen Akten in der Fribourger «FriArt»-Halle erdulden (nichtpubl. BGE vom 26. Januar 83, geschützt vom EGMR, EuGRZ 1988, S. 543). Im Verwaltungsbereich gab 1995 der Entscheid des Zürcher Stadtpräsidenten Josef Estermann zu reden, der eine Ausstellung der renommierten amerikanischen Malerin Ellen Cantor im städtischen Zürcher Helmhaus schloss; Cantor hatte anekdotischen Anspielungen auf Lesbisches und Masochistisches an die Wand gepinselt. Kuratoren mit Credentials in Gegenwartskunst unterstützten Estermann; ihr vages Argument: Cantor habe gegen die Menschenwürde verstossen (Glaus/Studer, Kunstrecht 2003, S. 74). Das Berner Kunstmuseum verlangte noch 2009, Minderjährige dürften die Ausstellung der sehr freizügigen Tracey Emin nicht allein besuchen. Die dort zeichnenden Mittelschüler schmunzelten.

Umso dankbarer ist man für das luzide Urteil des Zürcher Einzelrichters. Er hielt sich ziemlich genau an die neuere bundesgerichtliche Praxis (im Leitentscheid BGE 131 IV 64), ohne freilich preiszugeben, welche «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachter» seine Sicht mit geprägt hatten (Vielleicht waren es die Galeristin und ihr Anwalt gewesen). In einem Punkt entschied der Einzelrichter «liberaler» als Lausanne, wo bereits ein erigierter Penis als pornografisch beurteilt worden war (BGE 6S.26/2005, zu Recht kritisiert von Schwaibold/Meng in BSK 2. Aufl. 2007, Rz. 18 zu Art. 197 StGB). Aber eben, der Einzelrichter hatte den «Gesamtzusammenhang» eruiert – was Mosimann/Uhlmann in Kultur/Kunst/Recht, Kap. 2 Rz. 32, seltsamerweise ablehnen – und so den Pornografievorwurf überzeugend vom Tisch gefegt.

«Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen, ... so ist der Autor alleinverantwortlich» (Art. 28 StGB). Weder das Stadtrichteramt noch der Einzelrichter mochten diskutieren, ob – wie geschehen – nur die Galeristin oder gemäss Art. 28 StGB auch, allenfalls zuerst, der Künstler hätten eingeklagt werden müssen. Als «Medien» gelten nämlich alle Kommunikationsmittel, also auch die visuelle Projektion (Donatsch et al., zu Art. 28 StGB). «Alleinverantwortlicher», mindestens mitverantwortlicher, «Autor» ist zunächst einmal der signierende Künstler Petr Motycka. Am Freispruch auf der ganzen Linie hätte das freilich nichts geändert.

RA Dr. iur. Peter Studer, Rüschnikon

Anmerkungen Gerichtsurteile und behördliche Massnahmen zur Einschränkung der Kunstfreiheit durch das Sexualstrafrecht (Art. 187–200) sind hierzulande eher selten. Zu erinnern wäre an das 1960 öffentlich gezeigte Bild des Malers Kurt Fahrner mit nackter, ans Kreuz geschlagener Frau: Das Bundesgericht sprach den Maler zwar vom Vorwurf der «unzüchtigen Veröffentlichung» – Vorgängerartikel des heutigen Pornografieverbots – frei, weil «jeder Hinweis auf Geschlechtliches» fehle; es sah darin aber einen Verstoss gegen die Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 261 StGB; BGE 86 IV 19). Der Maler Josef Felix Müller musste die Beschlag-

1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation

09-133

Ungenügende Warnhinweise als Zugangsbeschränkung für verschreibungspflichtige Medikamente

Publikumsverbot; Verhältnismässigkeit; Zugangsbeschränkung; gesetzliche Grundlage; öffentliches Interesse

Art. 31, 32 Abs. 2 Bst. a, 66 Abs. 2 Bst. f HMG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2009 (C-4173/2007)

Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinem Urteil zum Schluss, dass ein blosser Warnhinweis als Zugangsbeschränkung zur Werbung für verschreibungspflichtige Medikamente im Internet ungenügend und somit ein Passwortschutz erforderlich sei, um nur Fachpersonen den Zugang zu den fraglichen Internetseiten zu erlauben.

Das Schweizerische Heilmittelinstitut veröffentlichte Richtlinien für Arzneimittelwerbung im Internet, die vermitteln sollten, wie Internetauftritte von Pharmaunternehmen in Übereinstimmung mit den heilmittelrechtlichen Bestimmungen gestaltet sein müssen. Darin wurde unter anderem festgehalten, dass Fachwerbung, also Werbung für verschreibungspflichtige Medikamente, die sich nur an Fachpersonen richten dürfe, so ausgestaltet werden müsse, dass sie auch nur für jene zugänglich sei (Publikumsverbot). Dies soll mithilfe eines Passworts geschehen, wobei sichergestellt werden müsse, dass dieses ausschliesslich an Fachpersonen erteilt werde. Dagegen reichte die A. AG beim Institut das Gesuch ein, es sei festzustellen, dass ihr Internetauftritt, der durch drei Warnhinweise gesichert sei, keine heilmittelrechtlichen Bestimmungen verletze. Dieses Gesuch wurde abgewiesen, worauf die A. AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob.

Zuerst stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich mit der Frage zu beschäftigen habe, welche Massnahmen zur Verhinderung von Verletzungen des Publikumsverbot zu verlangen und verhältnismässig seien. In einem ersten Schritt erläuterte es allgemein, dass Werbung für Arzneimittel grundsätzlich erlaubt (Art. 31 HMG), jedoch Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Medikamente unzulässig sei (Art. 32 Abs. 2 Bst. a HMG). Erlaubt sei nur jene Fachwerbung, die sich ausschliesslich an Personen richte, welche dieses Arzneimittel verschreiben dürfen (Art. 31 Abs. 1 Bst. a HMG). Gründe für eine solche Regelung gebe es mehrere: Einerseits soll der Arzt nicht als Folge der Werbung irgendeinem Druck der Patienten ausgesetzt sein, ein gewisses Medikament zu verschreiben. Andererseits soll vermieden werden, dass Laien aufgrund von Werbeaussagen Krankheiten, die eine ärztliche Diagnose benötigen, mit rezeptpflichtigen Medikamenten selber behandeln. Dazu erhalte Fachwerbung oft Aussagen und Informationen, zu deren Verständnis dem medizinischen Laien das Fachwissen fehle. Danach führte das Bundesverwaltungs-

gericht aus, dass es völlig unbestritten sei, dass sich sämtliche frei zugängliche Werbung im Internet an das Publikum richte und deswegen dem Verbot der Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Medikamente unterstehe. Dazu sei sich der Gesetzgeber bewusst gewesen, dass durch ein schweizerisches Werbeverbot trotzdem auf ausländische Websites zugegriffen werden könne und habe sich trotzdem gegen eine gesetzliche Ausnahme für Werbung im Internet entschieden, woraus klar hervorgehe, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Art. 32 Abs. 2 HMG auch im Internet zu gelten habe.

In einem zweiten Schritt ging das Bundesverwaltungsgericht zur Prüfung über, welche Zugangsbeschränkungen durch das Heilmittelinstitut angeordnet werden können, um das Publikumsverbot durchzusetzen. Die Rekurskommission Heilmittelgesetz (REKO) habe entschieden, dass Websites als Werbemittel zu betrachten seien und deswegen unter Art. 66 Abs. 2 Bst. f HMG fallen würden, der eine Beschlagnahmung, Verwahrung, und Vernichtung sowie ein Verbot unzulässiger Werbemittel erlaube. Damit besteht nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Zugangsbeschränkungen im Internet. Weiter prüfte es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Das öffentliche Interesse bestehe in erster Linie aus gesundheitspolizeilichen Interessen. Dabei müsse keine konkrete Gefahrensituation für die Anordnung von verwaltungsrechtlichen Massnahmen vorliegen, sondern es genüge, wenn – wie hier – der begründete Verdacht bestehe, dass von der Werbung für Arzneimittel eine potenzielle Gesundheitsgefahr für die öffentliche Gesundheit ausgehe. Bei der Prüfung der Geeignetheit der Zugangsbeschränkung kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass es durch die drei Zugangsbeschränkungen ins Ermessen des Internetbenutzers gestellt werde, ob er die Warnhinweise befolgen wolle oder eben nicht. Der Internetbenutzer erwarte angesichts des Wortlauts einzig, dass er die Inhalte der Seiten nicht oder nur teilweise verstehe. Diese Schranke wurde deswegen als ausserordentlich niedrig und nicht geeignet befunden, die Laien vom Besuch der Internetseite abzuhalten, zumal blosser Hinweise auf Internetseiten kaum beachtet würden und durch einige Klicks die Seite jedermann offenstehe. Deswegen befand das Bundesverwaltungsgericht, dass solche Warnhinweise nicht geeignet seien, das Verbot der Publikumswerbung in ausreichender Weise durchzusetzen. Weiter prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob der Zugang zur Werbung für verschreibungspflichtige Medikamente im Internet durch einen Passwortschutz zu beschränken sei. Dabei bezeichnete es die Zugangsbeschränkung durch ein Passwort als geeignete Massnahme, da sie eine personenbezogene Auswahl der zugangsberechtigten Personen erlaube und gegenüber dem redlichen Internetbenutzer durchaus wirksam und zwecktauglich sei. Zudem sei der Passwortschutz das mildeste geeignete Mittel, da ein Verbot von Internetwerbung viel weiter gehen würde und mildere Mittel nicht ersichtlich seien. Dazu gehe das öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Gesundheit den wirtschaftlichen Interessen der A. AG ohne Zweifel vor, womit die Massnahme auch zumutbar sei. Somit beurteilte das Bundesverwaltungsgericht die Massnahme als verhältnismässig und wies die Beschwerde ab.

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

09-134

Tirage d'une publication et notion de presse régionale ou locale

Aide indirecte à la presse; octroi de rabais postaux; notion de presse régionale et locale; notion de presse spécialisée

Art. 15 LPO

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 juin 2009 (A-5427/2008)

L'Agefi, société de l'agence économique et financière S.A., dont le but statutaire est l'« édition et la publication du journal financier *Agefi* et [la] publication d'autres périodiques économiques », s'est vu refuser par La Poste Suisse l'octroi de l'aide indirecte à la presse. Le litige a fait l'objet d'un recours au TAF.

A teneur de l'art. 15, al. 2 LPO, afin de maintenir une presse régionale et locale diversifiée, la Poste octroie des rabais aux quotidiens et aux hebdomadaires en abonnement dont elle assure la distribution régulière et qui, notamment, ne font pas partie (...) de la presse spécialisée (lettre e) et ont un tirage compris entre 1000 et 40000 exemplaires par édition (lettre h).

Le titre *Agefi* est tiré à 10000 exemplaires; le TAF a retenu que le tirage ne suffit pas à définir la notion de presse régionale ou locale, notion qui devait être établie au cas par cas, selon le champ de diffusion et le contenu du titre concerné. Dans le cas d'espèce, le TAF a laissé cette question ouverte, du fait que l'Agefi a une orientation économique et financière marquée (son en-tête indique « Le quotidien suisse de l'économie »), et fait dès lors partie de la presse spécialisée.

Le recours de l'association est rejeté.

09-135

Abonnement à la publication d'une association et qualité de membre

Aide indirecte à la presse; octroi de rabais postaux; notion de publications d'organisations à but non lucratif et de presse associative; égalité de traitement

Art. 15 LPO

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 2 juillet 2009 (A-6527/2008), Association du journal *La Nation* contre La Poste Suisse

L'association du journal *La Nation* (bimensuel de la Ligue vaudoise, « mouvement politique hors partis voué au bien commun du Pays de Vaud ») s'est vu refuser par La Poste Suisse

l'octroi de l'aide indirecte à la presse. Le litige a fait l'objet d'un recours au TAF.

Selon l'art. 15, al. 3 LPO, la Poste octroie des rabais aux journaux et périodiques d'organisations à but non lucratif (presse associative).

Pour tomber sous le coup de cette disposition, le TAF a retenu que les conditions suivantes doivent nécessairement être satisfaites: il doit exister un devoir statutaire de publier le titre, un rapport corporatif entre son destinataire et la corporation résultant d'une déclaration d'entrée valable en la forme, et, enfin, la volonté de le recevoir régulièrement doit ressortir de la déclaration d'entrée; en outre les associations ne doivent pas avoir un but lucratif. Néanmoins, le fait de devoir payer une somme d'argent pour recevoir un journal ne s'oppose pas au fait que l'association qui le distribue puisse profiter de l'aide indirecte à la presse.

En l'espèce, l'organisation du journal *La Nation* revêt la forme juridique de l'association au sens des art. 60 ss CC. Le titre est distribué en vertu d'un devoir contenu dans les statuts de l'association. Cependant, le lien associatif ne se déduit pas du formulaire d'abonnement; la personne manifeste certes sa volonté de recevoir la publication, mais cela n'implique pas nécessairement qu'elle désire être membre de l'association concernée.

Le TAF a dès lors retenu que le titre *La Nation* n'appartenait pas à la « presse associative » au sens de l'art. 15, al. 3 LPO.

L'association fait encore grief d'une inégalité de traitement, la Poste ayant octroyé des rabais à des associations qu'elle estime totalement similaires.

Selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité de traitement, lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle l'aurait été fausement, voire pas appliquée du tout dans d'autres cas; il ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi, ce qui n'a pas été retenu en l'espèce.

Le recours de l'association est rejeté.

09-136

Anspruch auf ermässigten Posttarif

Vertrauensschutz; Rechtsgleichheitsgebot; Rechtsmissbrauch; Untersuchungspflicht

Art. 8 Abs. 1, Art. 9 BV; Art. 15 Abs. 2 und 3 PG; Art. 12 VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Mai 2009 (A-6523/2008)

Die Schweizerische Post hat eine gesetzliche Verpflichtung, bestimmte Zeitungen und Zeitschriften zu einem ermässigten Tarif (Vorzugspreis) zu transportieren. Die Konsumenten

teninfo AG (Beschwerdeführer 1), Herausgeberin der Zeitschriften «Ktipp», «K-Geld», «saldo», «Gesundheitstipp», «Haus & Garten» und «radiomagazin» erhob Anspruch auf einen solchen Vorzugspreis, welcher jedoch von der Post nicht gewährt wurde, da die Publikationen nicht als sogenannte Mitgliedschaftspresse qualifiziert werden könne. Auch die Vereine Associazione Scelgo io, Associazione L'inchiesta und Associazione Spendere Meglio (Beschwerdeführer 2–4), welche bis Ende 2008 von der Consumedia sagl herausgegeben wurden, beantragten für ihre Zeitschriften «Scelgo io», «L'inchiesta» und «Spendere Meglio» den ermässigten Posttarif. Auch bei ihnen wurde dieser mit der Begründung verweigert, sie könnten nicht der Mitgliedschaftspresse zugerechnet werden. Diese vier Herausgeber erhoben gegen den Entscheid der Post Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten die Gewährung ermässigter Beförderungstarife.

Da es unbestritten war, dass keine der Zeitschriften unter Art. 15 Abs. 2 PG fällt, wurde bloss Art. 15 Abs. 3 PG geprüft, der ermässigte Tarife für abonnierte Zeitungen und Zeitschriften von nicht gewinnorientierten Organisationen (Mitgliedschaftspresse) gewährt. Zuerst hatte das Bundesverwaltungsgericht auszulegen, was unter diesem Begriffen zu verstehen ist. Dabei kam es nach ausführlicher Auslegung zum Schluss, «(...) dass Art. 15 Abs. 3 PG an ein – entgeltliches oder unentgeltlich begründetes – mitgliedschaftliches Verhältnis zwischen einem eine bestimmte Publikation herausgebenden Verein oder einer entsprechenden Genossenschaft und den Empfängerinnen und Empfängern anknüpft. Die betreffenden Vereine oder Genossenschaften dürfen zudem nicht gewinnorientiert sein (...)» Dabei schliesse «nicht gewinnorientiert» jedoch die Verfolgung eigener Interessen nicht aus. Als Konsequenz dieses Auslegungsergebnisses verneinte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin 1 einen Anspruch auf Verbilligung nach Art. 15 Abs. 3 PG, da es sich bei ihr um eine AG (Art. 620 OR) handle. Auch ihre Berufung auf den Vertrauensschutz (Art. 9 BV) hatte keinen Erfolg, da die Voraussetzungen für einen verbilligten Tarif schon vor der Gesetzesrevision nicht erfüllt gewesen sei und die angeblichen «Zusicherungen» der Vorinstanz nicht bewiesen werden konnten. Ebenso wurde eine Berufung auf das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verweigert, da keine gesetzeswidrige Praxis vorliege, die Anspruch auf eine Gleichbehandlung im Unrecht geben könnte. Aus den oben genannten Gründen wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ab.

Bei den Beschwerdeführerinnen 2–4 handle es sich hingegen um Vereine (Art. 60 ZGB), welche grundsätzlich vom Geltungsbereich von Art. 15 Abs. 3 PG erfasst seien. Jedoch war die Vorinstanz überzeugt, dass die Umwandlung von einer GmbH in drei Vereine hauptsächlich oder sogar einzig deshalb erfolgt sei, um über diese Konstruktion weiterhin von der Presseförderung zu profitieren. Sie bezeichnete die Vereine nur als vorgeschobene Konstruktionen, als leere Hüllen, die keine eigenständige Funktion oder Aufgabe hätten und verweigerte den Beschwerdeführerinnen 2–4 die ermässigten Tarife wegen Rechtsmissbrauch. Das Bundesverwaltungsgericht teilte diese Ansicht jedoch nicht, fand es vielmehr naheliegend, dass eine entsprechende Anpassung der Strukturen angestrebt wurde, um vom Geltungsbereich des neuen Art. 15 Abs. 3 PG erfasst

zu werden. Die Vereine könnten nicht einfach als vorgeschobene Konstruktionen bezeichnet werden, da sie eigene Strukturen hätten und sich auf ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit und rechtliche Selbständigkeit von der Consumedia sagl berufen könnten. Weiter war die Vorinstanz der Meinung, dass im vorliegenden Fall der Hauptzweck des Vereins in der Herausgabe einer Zeitschrift liege und ein eigentlicher Hauptzweck – über den per Mitgliedschaftsblatt informiert werde – fehle. Jedoch müsse bei Mitgliedschaftsblättern als Nebenzweck die Information über den Hauptzweck des Vereins erfolgen, weswegen die vorliegenden Zeitschriften nicht als Mitgliedschaftsblätter zu betrachten seien. Auch dies beurteilte das Bundesverwaltungsgericht anders, indem es ausführte, dass das Gesetz lediglich vorschreibe, dass die Publikation nicht überwiegend Geschäftszwecken oder Bewerbung von Produkten und Dienstleistungen dienen dürfe (Art. 15 Abs. 3 Bst. c PG) und einen redaktionellen Anteil von durchschnittlich min. 50% aufweisen müsse (Art. 15 Abs. 3 Bst. d PG). Weiter gehende inhaltliche Anforderungen würden nicht gestellt, weswegen es keine Rolle spiele, ob in einem Vereinsblatt über die Aktivitäten des betreffenden Vereins selbst informiert werde oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Vorinstanz im Fall der Beschwerdeführerinnen 2–4 zu Unrecht nicht sämtliche Voraussetzungen nach Art. 15 Abs. 3 PG geprüft habe und dadurch seine Untersuchungspflicht nach Art. 12 VwVG verletzt habe. Deswegen sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 2–4 gutzuheissen, die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, nach Vornahme der nötigen Abklärungen in der Sache neu zu entscheiden.

3. Strafrecht

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG)

09-137

Auskunftsperson kann sich bei Ehrverletzungen im Rahmen von Aussage auf Art. 14 StGB berufen

Ehrverletzung; Einheit der Rechtsordnung; Aussageverweigerung

Art. 14 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2009 (6B_68/2009)

A. wurde in einem Strafverfahren als polizeiliche Auskunftsperson befragt. Daraufhin erhob X. gegen A. Klage wegen übler Nachrede, da dieser ihn gegenüber der Polizei beschuldigt habe, sich als Buchhalter einer Bank ausgegeben zu haben, um an die Kontoauszüge von A. zu gelangen. Nachdem die Klage vor dem Bezirks- und Obergericht abgelehnt wurde, gelangte X. ans Bundesgericht.

Dieses führte aus, dass sich gemäss Art. 14 StGB rechtmässig verhalte, wer handle, wie das Gesetz es gebiete oder erlaube, auch wenn die Tat nach StGB oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht sei. Darauf könnten sich z.B. Richter und Beamte bei der Begründung von Urteilen und Verfügungen, Prozessparteien bei Äusserungen aufgrund ihrer prozessualen Darlegungspflicht oder auch Zeugen bei ihren Aussagen berufen. Auch eine als Auskunftsperson einvernommene Verfahrensbeteiligte könne sich nach Meinung des Bundesgerichts auf den Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB berufen, obwohl sie keine Auskunftspflicht treffe. Dies sei nicht das einzige Abgrenzungskriterium, denn es handle nicht nur rechtmässig, wer handle, wie es das Gesetz gebiete, sondern auch wer handle, wie es das Gesetz erlaube. Da die Bereitschaft zur Auskunftserteilung vor den Strafverfolgungsorganen rechtlich erwünscht sei, «(...) wäre es nicht sachgerecht, die aussagewillige Auskunftsperson durch die Ausschaltung von Art. 14 StGB einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko auszusetzen und ihr dadurch die Auskunftsverweigerung grundsätzlich als empfehlenswert erscheinen zu lassen». Es sei deshalb unter dem Blickwinkel der gesetzlichen Erlaubnis gerechtfertigt, auch Auskunftspersonen im Fall ehrverletzender Äusserungen im Rahmen einer Befragung den Schutz von Art. 14 StGB zuzubilligen.

3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter

09-138

Beweiswürdigung des Obergerichts nicht willkürlich

Missbrauch einer Fernmeldeanlage; Beweiswürdigung; Willkür

Art. 179^{septies} StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 1. Mai 2009 (6B_264/2009)

Der vom Bezirks- und Obergericht unter anderem wegen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage (Art. 179^{septies} StGB) verurteilte X. erhob Beschwerde am Bundesgericht. Dabei war vor Bundesgericht rechtskräftig erstellt, dass X. seinen Versicherungsberater mit anonymen Telefonanrufen belästigt hatte, weil er sich von diesem mangelhaft beraten fühlte. Als willkürlich rügte X. jedoch die Feststellung des Obergerichts, X. habe seinen Versicherungsberater mit insgesamt sechs anonymen Telefonaten und SMS-Nachrichten bedroht und nach seiner Verhaftung habe er X. mit insgesamt 18 weiteren anonymen Telefonanrufen und SMS-Nachrichten belästigt. Das Obergericht sah dies als erwiesen an, weil sich aus der technischen Überwachung des Fahrzeugs von X. ergeben habe, dass sich dieser jeweils genau zur Anruf- bzw. Sendezeit an jenem Ort aufgehalten habe, von dem der Anruf getätigt bzw. die SMS verschickt wurde.

Das Bundesgericht bestätigte den Tathergang des Obergerichts und hielt fest, dass die Rügen des Beschwerdeführers zum vornherein nicht geeignet seien, die obergerichtliche Beweiswürdigung als willkürlich nachzuweisen, weshalb nicht darauf einzutreten sei.

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

09-139

Echte Konkurrenz zwischen Art. 179^{septies} StGB und Art. 198 Abs. 2 StGB

Echte Konkurrenz; sexuelle Belästigung; Missbrauch einer Fernmeldeanlage

Art. 179^{septies}, 198 Abs. 2 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2009 (6B_75/2009)

Das Bundesgericht hatte den Fall eines Angeschuldigten zu beurteilen, der drei 14-jährige Jugendliche unaufgefordert zahlreiche Male angerufen und in direkt auf sie bezogene Gespräche sexuellen Inhalts verwickelt hatte, indem er ihnen Fragen über ihr Sexualleben stellte und sie auf grob unanständige Weise zum Geschlechtsverkehr und anderen sexuellen Handlungen mit ihm aufforderte. Er wurde von der Vorinstanz nach Art. 197 Abs. 1 StGB der Pornografie, nach Art. 198 Abs. 2 StGB der mehrfachen sexuellen Belästigung und nach Art. 179^{septies} StGB des mehrfachen Missbrauchs einer Fernmeldeanlage schuldig gesprochen.

Bei der Beurteilung dieses Falles äusserte sich das Bundesgericht zur Konkurrenz zwischen Art. 179^{septies} StGB und Art. 198 Abs. 2 StGB. Dabei hielt es fest, dass der Tatbestand von Art. 179^{septies} StGB erfüllt sei, wenn jemand aus Bosheit oder Mutwillen eine Fernmeldeanlage zur Beunruhigung oder Belästigung missbrauche. Damit werde das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person vor bestimmten Beeinträchtigungen durch das Telefon geschützt, weswegen eine echte Konkurrenz zu Art. 198 Abs. 2 StGB (sexuelle Belästigung durch Worte), dessen Schutzzweck in der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers bestehe, auftreten könne. Durch die häufigen Anrufe in kurzen Abständen, in denen der Angeschuldigte gegenüber den Geschädigten grob obszöne, belästigende Aussagen machte, habe er in objektiver Hinsicht qualitativ und quantitativ die Grenze zum Telefonmissbrauch überschritten. Ebenso habe er mutwillig gehandelt und somit den Tatbestand von Art. 179^{septies} StGB erfüllt. Der Angeschuldigte habe die Möglichkeit des Fernmeldeverkehrs bewusst genutzt, um mit den jugendlichen Geschädigten anonym in Kontakt zu treten und sie zu belästigen, was ihm ohne Missbrauch des Telefons nicht möglich gewesen wäre, weswegen sich der Unrechtsgehalt nicht in der Verletzung der sexuellen Integrität erschöpfe, sondern Art. 179^{septies} StGB in echter Konkurrenz zu Art. 198 Abs. 2 StGB zur Anwendung gelange.

09-140

Ausstandspflicht nach unglücklicher Äusserung gegenüber Nachrichtenagentur

Behördenäusserung gegenüber Nachrichtenagentur; hängiges Verwaltungsstrafverfahren; Befangenheit; Anschein vor gefasster Meinung

Art. 29 Abs. 1 Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Urteil des Bundesstrafgerichts (I. Beschwerdekammer) vom 20. Mai 2009 (BV 2009.25 u.a. «A., B., C. und D. gegen Eidg. Finanzdepartement»)

Nach Abschluss einer verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung wegen Verdachts der Verletzung börsengesetzlicher Meldepflichten gab die Leiterin des Rechtsdienstes des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) der Schweizerischen Depeschagentur Auskunft. Die SDA-Meldung vom 10. März 2009 zitierte sie wie folgt: «Die Verantwortlichen können jetzt dazu (gemeint: zum Schlussprotokoll) Stellung nehmen und Beweisanträge stellen. Das EFD werde nach Abschluss des Verfahrens einen Strafbescheid erlassen, der vor Bundesstrafgericht angefochten werden könne.»

Das Bundesstrafgericht bejahte eine Ausstandspflicht der Leiterin des Rechtsdienstes. Durch ihre Aussage gegenüber der SDA habe sie den Anschein der Befangenheit erweckt. Das zitierte Statement nehme «den Abschluss des Verfahrens (Schuld spruch bzw. Bestrafung der Angeschuldigten) eindeutig vorweg». Es handle sich nicht bloss «um allgemeine Erklärungen zum Verfahrensstand ohne Ausführungen bezüglich der Unschuld oder Schuld der einzelnen Angeschuldigten». Auch wenn der Inhalt der Äusserung «möglicherweise nicht vollständig korrekt wiedergegeben sein oder es sich bei der Äusserung selber eher um eine unglückliche Formulierung denn um eine Vorverurteilung handeln mag, so genügt dies, um im vorliegenden Fall den Anschein einer Befangenheit der Leiterin des Rechtsdienstes der Beschwerdegegnerin zu erwecken».

Anmerkungen Vorverurteilende Statements von Behördenvertretern (gegenüber den Medien) bedeuten eine Gefahr für den ordentlichen Verfahrensverlauf und die Persönlichkeitsrechte der Tatverdächtigen. Im oben zusammengefassten Urteil «Borovsky c. Slowakei» vom 2. Juni 2009 unterstreicht der EGMR einmal mehr, dass die Unschuldsvermutung zu respektieren ist. Das Urteil überzeugt, denn die Aussage des slowakischen Behördenvertreters war eine gravierende Vorverurteilung. Ähnliches lässt sich von der Wortwahl der EFD-Rechtsdienstleiterin mit Sicherheit nicht sagen. Das Bundesstrafgericht räumt denn auch ein, es gehe wohl bloss um eine ungeschickte Formulierung. In der Sache geht der Vorwurf dahin, dass die Leiterin nicht auf die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung hingewiesen hatte (oder zumindest nicht so zitiert wurde). Ob dies in der Wahrnehmung der (nicht juristisch geschulten) Mehrheit der Leserschaft einen entscheidenden Unterschied gemacht hätte, ist zweifelhaft. Sicherlich muss die Schwelle für eine Ausstandspflicht wegen des Anscheins der Befangenheit niedriger sein als jene

für eine behördliche Missachtung der Unschuldsvermutung. Dennoch scheint der vom Bundesstrafgericht angewandte Massstab sehr streng. Macht er Schule und werden die Ausführungen von Behördenvertretern künftig derart auf die formaljuristische Goldwaage gelegt, so droht übervorsichtige amtliche Kommunikation oder gar Auskunftsverweigerung. Der Qualität zeitgerechter Medienberichterstattung über rechtliche Angelegenheiten wäre dies nicht förderlich.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-141

Etablissement des faits et mesures de surveillance du domaine privé

Mesures officielles de surveillance; domaine privé; approbation de l'autorité judiciaire

Art. 103a à 103e CPP VS

Décision du juge de l'Office du juge d'instruction cantonal du 21 janvier 2009, Ministère public du canton du Valais c. inconnus (approuvée par le président de l'autorité de plainte du Tribunal cantonal VS)

Par domaine privé, il faut entendre tous les lieux où les individus se croient à l'abri des regards indiscrets.

En l'espèce, l'accès immédiat, situé à l'intérieur d'un bâtiment privé, du local dans lequel est effectuée la culture de chanvre incriminée relève donc du domaine privé, si bien que la prolongation de sa surveillance par caméra avec enregistrement des prises de vue doit être autorisée par l'autorité judiciaire (art. 103c et 103d CPP), aux conditions cumulatives prévues par l'article 103a, let. a à c CPP.

Les faits indiquent qu'une importante culture de chanvre destiné à être consommé sous la forme de stupéfiants est exploitée dans les locaux en question. Il existe un soupçon de cas grave selon l'art. 19, ch. 2 LStup. Le démantèlement du réseau et l'établissement des faits seraient excessivement difficiles en l'absence de la mesure de surveillance ordonnée.

Les conditions de l'art. 103a, let. a à c CPP sont donc réalisées.

Commentaire La présente décision concerne un problème d'une actualité brûlante, celui de la vidéosurveillance. En effet, ce type de technologie invasive et intrusive, tendant notamment à rassurer la population en luttant contre la criminalité et l'incivilité, est en plein essor, dans notre pays comme à l'étranger. Le droit pénal intervient en la matière, lorsqu'il s'agit de surveiller secrètement un individu suspecté de s'adonner à une activité délictuelle. A cet égard, la vidéosurveillance ne constitue pas un mode de preuve prohibé en soi. Toutefois, dès lors qu'elle touche inmanquablement certains droits fondamentaux, particulièrement le droit au respect de la sphère privée (art. 13 Cst, 8 CEDH et 19 Pacte II), le principe constitutionnel de la légalité prescrit l'obligation d'une

base légale adoptée par le Parlement en cas d'atteinte grave. En outre, la vidéosurveillance doit également être proportionnée au but poursuivi.

Le code de procédure pénale valaisan exige qu'une surveillance officielle d'un suspect ne peut avoir lieu que si la poursuite pénale a pour objet un crime ou un délit grave, si des faits déterminés rendent la personne à surveiller suspecte d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé et si, sans la surveillance, les investigations nécessaires seraient notablement plus difficiles à mener (art. 103a CPP). Ces conditions sont réalisées in casu. En effet, il s'agissait d'une culture de chanvre dans un local situé à l'intérieur d'un bâtiment privé dont le bénéfice escompté pouvait dépasser les CHF 10 000.– et dont l'absence de surveillance aurait rendu l'identification des auteurs et le démantèlement du réseau excessivement difficiles.

Par ailleurs, l'approbation de la surveillance officielle revient à une autorité judiciaire, en l'occurrence le président de l'autorité de plainte (art. 103d CPP). Cependant, il sied ici de rappeler que, malgré certains avis doctrinaux, le Tribunal fédéral estime qu'une pesée d'intérêts peut conduire à l'admissibilité de l'utilisation de preuves recueillies de manière illicite (RDAF 2006 I p. 588 ss., ATF 109 Ia 244, 246; ATF 130 I 126, 132). Une vidéosurveillance effectuée sans autorisation peut donc constituer un moyen de preuve valable. Selon notre Haute Cour, il convient de mettre en balance l'intérêt de l'Etat à ce que le soupçon concret soit confirmé ou infirmé et l'intérêt légitime de l'individu concerné à la sauvegarde de ses droits personnels. L'intérêt public à prendre en considération présente un poids qui s'accroît en fonction de la gravité de l'acte délictueux commis. Enfin, il est nécessaire que les preuves enregistrées portent sur des actes ou des propos que le condamné a accomplis ou tenus de son propre mouvement et sans influence extérieure.

La mise en œuvre d'une surveillance optique par une caméra vidéo relève, pour quelque temps encore, du droit cantonal. Le futur code de procédure pénale suisse prévoit expressément, à côté de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, la possibilité d'utiliser d'« autres mesures techniques de surveillance » à l'encontre du prévenu. Ces dernières devront toutefois répondre aux conditions posées aux art. 269 ss.

D^r Stéphane Werly, Genève

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

09-142

Propos critiques tenus par un avocat en audience et devoir de plaider la cause

Protection de la personnalité; atteinte à l'honneur; critères d'appréciation; intérêt à l'action; propos tenus par un avocat en audience

Art. 28 CC

Arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2008 (5A_605/2007)

Lors d'un procès dans lequel son client, D, a été reconnu coupable de faux dans les titres, M^e Y. a déclaré que celui-ci « (était) tombé dans le piège des facilités données par X. (banquier), qui avait sacrifié la gestion des intérêts publics à la réalisation de ses ambitions personnelles ».

Cette déclaration a notamment été rapportée dans l'édition du journal *Le Temps* en 2005; l'article peut toujours être consulté en ligne.

X. a ouvert action en protection de la personnalité contre Y. Il a été débouté en 1^{re} instance et en appel; il exerce un recours en matière civile au TF, également rejeté.

L'art. 28 CC, visant les atteintes illicites à la personnalité, protège le sentiment qu'une personne a de sa propre dignité (« honneur interne »), ainsi que toutes les qualités nécessaires à une personne pour être respectée dans son milieu social (« honneur externe »).

Pour juger si une déclaration est propre à entacher une réputation, il faut utiliser des critères objectifs et se placer du point de vue du citoyen moyen, en tenant compte des circonstances, en particulier du contexte dans lequel la déclaration a été émise. Il suffit qu'aux yeux d'un observateur moyen la considération dont jouit une personne soit diminuée. Les opinions, commentaires et jugements de valeur sont admissibles, autant qu'ils apparaissent soutenables au regard de l'état de fait auquel ils se réfèrent, à moins que leur forme ne rabaisse inutilement la personne visée.

L'action en constatation est en l'espèce ouverte au recourant, du fait que l'allégation porte atteinte à sa personnalité et lui cause encore, ou pourrait lui causer à nouveau un trouble, l'article litigieux demeurant disponible sur internet. Qui plus est, l'assertion critiquée est propre, en soi, à diminuer la considération dont peut bénéficier l'intéressé aux yeux d'un citoyen moyen, en tant que banquier et en tant qu'individu.

Cependant, le TF a admis, à titre de motifs justificatifs, que les allégations attentatoires à l'honneur émanant d'un avocat sont justifiées par le devoir de plaider la cause, dès lors qu'elles sont pertinentes, ne vont pas au-delà du nécessaire, ne sont pas inutilement blessantes ni propagées de mauvaise foi, et que de simples suppositions sont présentées comme telles.

09-143

Anspruch auf Belegexemplar bei Gegendarstellung verweigert

Gegendarstellung; Belegexemplar

Art. 28g-1 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2009
(5A_693/2008)

Mit Urteil vom 14./21. Februar 2008 hiess der Einzelrichter am Bezirksgericht Münchwilen die Klage des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) teilweise gut und verpflichtete die 20 Minuten AG, eine Gegendarstellung in der nächstmöglichen Ausgabe der Zeitschrift «20minuten» (Ausgabe St. Gallen) zu veröffentlichen. Das Begehren des VgT, es sei ihm ein Belegexemplar der Gegendarstellung zuzustellen, wurde unter Hinweis auf eine fehlende gesetzliche Grundlage für einen solchen Anspruch abgewiesen. Das Obergericht des Kantons Thurgau bestätigte am 11. September 2008 dieses Urteil. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass kein Anspruch besteht, ein Belegexemplar zu erhalten.

Die Bestimmungen über die Gegendarstellung äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob der Gegendarstellungspetent Anspruch auf ein Belegexemplar hat. Es lässt sich nicht behaupten, dass der Gesetzgeber die Frage, ob ein Anspruch auf ein Belegexemplar bestehe, ausdrücklich hätte regeln müssen. «Das Ziel der Gegendarstellung, nämlich im Bereich der öffentlichen Medien in einem gewissen Umfang gleich lange Spiesse zu schaffen, ist erreicht, wenn die Gegendarstellung publiziert wurde und damit an das gleiche Publikum gelangt ist wie der ursprüngliche Artikel. Die Zustellung eines Belegexemplars schützt die Persönlichkeit des Betroffenen nicht zusätzlich. Der Betroffene wird sie allerdings häufig als eine Art Genugtuung empfinden. Einen Anspruch auf eine solche hat er aber nicht. [...] Die Zustellung eines Belegexemplars könnte [...] nur die Funktion haben, der betroffenen Person anzuzeigen, dass das Urteil tatsächlich befolgt worden ist. Das an sich verständliche Bedürfnis, den Vollzug gemeldet zu bekommen, besteht indessen bei jedem Rechtsstreit, bei dem der Anspruch nicht in einer Sach- oder Geldleistung an den Kläger besteht. In allen jenen Fällen, in denen der Beklagte zu einer Leistung an einen Dritten oder zu einem bestimmten Verhalten – namentlich zu einem Unterlassen – verurteilt worden ist, erfährt der Kläger nicht ohne weiteres vom Vollzug des Urteils. Daraus ergibt sich aber kein genereller Anspruch auf Mitteilung des Vollzuges. Inwiefern im Zusammenhang mit der Gegendarstellung ein besonderes Bedürfnis nach einer solchen Mitteilung bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Überdies wäre dafür die Zustellung eines Belegexemplars auch gar nicht erforderlich. Vielmehr könnte die Meldung des Vollzuges auch auf andere Weise, namentlich durch die Veröffentlichung erfolgen. (...) Die betroffene Person muss nun wissen, ob das Medienunternehmen die Gegendarstellung abdruckt oder nicht. Sonst kann sie nicht entscheiden, ob sie an das Gericht gelangen muss. Die Notwendigkeit, diese Information zu erhalten, hat sich durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch verstärkt. Diese hat näm-

lich in Analogie zu Art. 28i Abs. 1 ZGB festgehalten, dass der Gesuchsteller innert 20 Tagen seit Kenntnis der ablehnenden Stellungnahme des Medienunternehmens an das Gericht gelangen muss (BGE 116 II 1), ansonsten an der Gegendarstellung kein schützenswertes Interesse mehr besteht. Eine solche Frist setzt zwingend voraus, dass das Medienunternehmen dem Gesuchsteller seine Stellungnahme zur Gegendarstellung mitteilt, zumal andernfalls die Frist gar nicht zu laufen beginnt. Diese Mitteilung kann sehr wohl durch die Zustellung eines Belegexemplars erfolgen. Es ist aber auch möglich, dass das Medienunternehmen dem Gesuchsteller nur mitteilt, dass es die Gegendarstellung publizieren wird. Sehr häufig wird es mit dem Gesuchsteller schon deshalb Kontakt aufnehmen, weil es eine Kürzung oder Änderung der Formulierung vorschlägt und sich dann über den genauen Wortlaut mit der betroffenen Person einigt.» Das Bundesgericht erachtet es als ein Gebot des Anstandes, ein Belegexemplar zuzustellen, wenn das Medienunternehmen das Gesuch um Gegendarstellung stillschweigend annimmt. «Der Gesuchsteller muss schnell entscheiden, ob er an das Gericht zu gelangen hat. Dafür muss er aber wissen, ob seinem Gesuch entsprochen worden ist. Nach der gerichtlichen Anordnung der Gegendarstellung ist die Situation eine andere. Kommt das Medienunternehmen der gerichtlichen Anordnung nicht nach, stehen der betroffenen Person die üblichen Mittel zur Vollstreckung des Urteils zur Verfügung, ohne dass sie an kurze Fristen gebunden wäre. Von daher besteht auch kein Grund eine Mitteilungspflicht oder gar die Verpflichtung vorzusehen, ein Belegexemplar zuzustellen.»

Anmerkungen Es ist zutreffend, dass es für den Gegendarstellungspetent unter Umständen mit einem erheblichen zeitlichen und/oder finanziellen Aufwand verbunden sein kann, über einen längeren Zeitraum das betreffende Medium zu beobachten (z. B. jeden Tag die betreffende Tageszeitung durchzublättern, sich jede Woche ein Exemplar des betreffenden Magazins zu beschaffen etc.). Die Frage, ob dem Gegendarstellungsrecht ein Anspruch auf ein Belegexemplar entnommen werden kann, ist daher prima vista durchaus von praktischer Bedeutung.

Wird die Gegendarstellung rechtskonform veröffentlicht, so ist damit der Zweck des Gegendarstellungsrechts erfüllt. Dazu trägt ein Belegexemplar nichts Zusätzliches bei, wie das Bundesgericht (E. 2.2 a. A.) zutreffend festhält. Ein Belegexemplar könnte allerdings für die Urteilsvollstreckung – und somit für die Zweckerreichung relevant sein. Eine solche Urteilsvollstreckung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den Regeln des Zivilprozessrechts. Um gegebenenfalls auf Vollstreckung klagen zu können, muss die betroffene Person von der Publikation der Gegendarstellung bzw. deren Verzögerung Kenntnis haben. Daher fragt sich, ob das Fehlen einer Bestimmung betreffend ein Belegexemplar gewissermassen eine technische Lücke darstellt, weil sie den Betroffenen zur permanenten, unter Umständen aufwendigen Observation des betreffenden Mediums zwingt. Dem ist entgegenzuhalten, dass weder eine permanente Observation noch die Zustellung eines Belegexemplars erforderlich ist. Es genügt, wenn das Medienunternehmen der betroffenen Person die Ausgabe und die Seite, in welcher die Gegendarstellung publiziert wird, mitteilt. Der Betroffene kann anschliessend gezielt überprüfen, ob die Gegendarstellung urteilskonform abge-

druckt wurde. Aus der Tatsache, dass das ZGB keinen Anspruch auf ein Belegexemplar vorsieht, darf somit nicht vor schnell auf das Vorliegen einer Gesetzeslücke geschlossen werden. Es fragt sich höchstens noch, ob eine Mitteilungspflicht, wie sie Art. 28i Abs. 2 ZGB für das aussergerichtliche Verfahren vorsieht, auch für die Veröffentlichung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren gelten sollte.

Die Publikation der Gegendarstellung ist eine unvertretbare Handlung, was bedeutet, dass die persönliche Mitwirkung des Leistungsschuldners unverzichtbar ist. Eine Ersatzvornahme ist nicht möglich. Kommt das Medienunternehmen seiner Verpflichtung, eine Gegendarstellung zu veröffentlichen, nicht oder nicht gehörig nach, kann die betroffene Person ein Vollstreckungsverfahren einleiten und verlangen, dass das Medienunternehmen unter Androhung einer Ordnungsbusse oder einer Strafe wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) zur (erneuten) korrekten Publikation der Gegendarstellung angehalten wird (vgl. § 261 ZPO [TG]; Art. 343 ZPO [eidg.]; ferner BGE 119 II 104/109 E. 5b). Enthält die Gegendarstellungsklage ein entsprechendes Rechtsbegehren, so kann bereits das erkennende Gericht im Urteil über den materiellen Anspruch auf Gegendarstellung eine Strafe oder Ordnungsbusse androhen (§ 260 Abs. 1 ZPO [TG]; Art. 236 Abs. 3 ZPO [eidg.]), was in den meisten Fällen effizienter ist. Die Strafverfolgung erfolgt beim Ungehorsamstatbestand in der Regel von Amtes wegen, da grundsätzlich ein Officialdelikt vorliegt (Riedo/Boner, BSK StGB II, 2. Aufl., Basel 2007, StGB 292 N 103), wobei in der Praxis davon ausgegangen werden kann, dass Untersuchungsrichter und Staatsanwälte nicht von sich aus prüfen, ob Gegendarstellungen korrekt publiziert wurden, sondern erst auf Anzeige hin tätig werden.

Verbleibt die betroffene Person darüber im Ungewissen, ob und wann die Gegendarstellung veröffentlicht wird, kann sie sich veranlasst sehen, das gerichtliche Vollstreckungsverfahren einzuleiten. Grundsätzlich ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) eine Aufklärungs- und Auskunftspflicht des Medienunternehmens im Rahmen der Verwirklichung des Gegendarstellungsanspruchs (vgl. Casanova, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg 1982, S. 119 f.). Dies gilt insbesondere auch bei der Urteilsvollstreckung. Verweigert das Medienunternehmen auf Anfrage der betroffenen Person hin die Auskunft darüber, wann die Gegendarstellung veröffentlicht wird, und erweist sich das in der Folge eingeleitete Vollstreckungsverfahren infolge bereits erfolgter, aber nicht mitgeteilter Publikation als gegenstandslos, so können die durch die Informationsverweigerung seitens des Medienunternehmens unnötigerweise verursachten Prozesskosten ebendiesem auferlegt werden (vgl. § 75 Abs. 2 ZPO [TG]; Art. 108 ZPO [eidg.]). Erleidet die betroffene Person über die Prozesskosten hinaus einen Schaden, so wäre zudem eine Haftung nach Art. 41 OR denkbar (culpa in procedendo; siehe dazu Casanova, a.a.O., S. 120).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass etwa auch nach deutschem Recht kein Anspruch auf ein kostenloses Belegexemplar besteht (Seitz/Schmidt/Schoener, Der Gegendarstellungsanspruch, 3. Aufl., München 1998, Rz. 443). Zur Vermeidung unnötiger Vollstreckungsklagen – und damit verbundener Kostenfolgen – empfiehlt sich aber für das Medienunternehmen, die betroffene Person unabhängig von einer Nachfrage rechtzeitig über die Veröffentlichung der Gegendarstellung zu orientieren.

MLaw Michel Verde, Luzern

09-144

Rekurs von Tierschutzverein gegen vorsorgliche Massnahme abgewiesen

Vorsorgliche Massnahme; Willkür; Dispositionsmaxime; rechtliches Gehör; Verhältnismässigkeit; Medienfreiheit; Begründungspflicht

Art. 6 Abs. 1, 10 EMRK; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 292 StGB; Art. 28c Abs. 3 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juni 2009 (5A_268/2009)

Die Beschwerde eines Tierschutzvereins, welche gegen eine vorsorgliche Massnahme gerichtet war, die ihm auferlegte, seine Vorwürfe gegen eine Tagesschaumoderatorin (Billigung der Tierquälerei und Botox-Gebrauch) vom Internet zu nehmen, wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Eine Tagesschaumoderatorin moderierte einen Beitrag über den Silvester in St. Moritz, wobei auch eine Sequenz über Foie gras (Stopfleber) und Hummer ausgestrahlt wurde. Dies nahm X., Präsident eines Tierschutzvereins, zum Anlass, um auf seiner Website einen Bericht aufzuschalten. Im bebilderten Beitrag beschwerte er sich über den Bericht und die Moderatorin. Er fragte daraufhin die Moderatorin an, ob sie sich Botox spritze, da ihre Haut auffällig gestrafft scheine, worauf diese keine Antwort gab, sondern X. stattdessen aufforderte, die betreffende Publikation von der Homepage zu entfernen. X. leistete nicht Folge, sondern platzierte einen weiteren Beitrag, in dem er ausführte, dass die betreffende Moderatorin eine Botox-Verwendung nicht dementiert habe. Daraufhin klagte die Moderatorin vor Bezirksgericht, die betreffende Publikation sei unter Strafandrohung (Art. 292 StGB) aus dem Internet zu entfernen und es seien weitere solche Äusserungen durch X. zu verbieten. Die Klage wurde gutgeheissen und eine vorsorgliche Massnahme angeordnet, wogegen X. beim Obergericht Rekurs einlegte, jedoch erneut unterlag, worauf dieser beim Bundesgericht vorstellig wurde.

Zuerst hatte das Bundesgericht wenig substantiierten Rügen von Art. 6 Abs. 1 EMRK, der Dispositionsmaxime und des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) zu beurteilen, welche allesamt abgewiesen wurden. Der Beschwerdeführer beanstandete weiter Willkür in der Sachverhaltsfeststellung, da ihm vom Obergericht vorgeworfen werde, er stütze seine Tierquälereivorwürfe gegen die Moderatorin nur auf die Anmoderation und das Ausbleiben der Stellungnahme gegen die Verwendung von Botox. Das Bundesgericht sah jedoch in den Vorbringungen des Beschwerdeführers gerade eine Bestätigung dessen, dass sich seine Äusserungen zur Tagesschaumoderatorin ausschliesslich auf den Beitrag und die fehlende Stellungnahme stützen, weswegen auf die Vorwürfe der willkürlichen Beweiswürdigung nicht einzutreten sei. Den Vorwurf des Beschwerdeführers, das Obergericht habe massgebliche Umstände (öffentliche Billigung des Konsums von Hummer und Foie gras sowie Anschein der Botox-Verwendung durch Moderatorin) nicht beachtet, wies das Bundesgericht ebenfalls zurück, da das Obergericht dies geprüft und abgewiesen habe. Weiter rügte der Beschwerdeführer das Verbot, über die Beschwerdegegne-

rin im Zusammenhang mit Tierquälerei und/oder Botox zu berichten, sei unverhältnismässig und mit der Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) nicht vereinbar. Auch diese Rüge wies das Bundesgericht mit der Begründung ab, dass das Obergericht in seinem Urteil ausgeführt habe, weshalb im Verhalten des Beschwerdeführers eine Persönlichkeitsverletzung zu sehen sei, weshalb es an einem Rechtfertigungsgrund fehle und weshalb es einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil als gegeben erachte. Da das Obergericht ausdrücklich offenliess, ob es sich bei der vorliegenden Publikation um ein periodisch erscheinendes Medium nach Art. 28c Abs. 3 ZGB handle, lief auch die letzte Rüge des Beschwerdeführers, dies sei ein Verstoß gegen das Willkürverbot und die Begründungspflicht, ins Leere.

4.2 Arbeitsrecht

09-145

Incitation d'un travailleur à démissionner

Licenciement abusif; Circonstances dans lesquelles intervient le congé

Art. 336 CO

Tribunal fédéral, délibérations dans la cause 4A_564/2008

Devant le fait accompli d'une restructuration et de la diminution de son temps de travail, le journaliste a sombré dans la dépression. Il a été licencié au terme de la période de protection contre les congés en période de maladie.

Le Tribunal fédéral a considéré que le fait de démotiver un travailleur, le traiter sans ménagement de manière à le faire partir, puis le licencier, justifie une indemnité pour renvoi abusif. Il a en revanche laissée ouverte la question de l'indemnisation pour perte de gain future.

5. Urheberrecht

5.2 Verwertungsrechte

09-146

«Tarif AS Radio» aufgrund mangelnder Mitwirkung nicht genehmigt

Mitwirkungspflicht; rechtliches Gehör

Art. 35 Abs. 1, 45 Abs. 4, 51, 59 Abs. 1 URG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Juni 2009 (B-2152/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte einen Entscheid bezüglich einer Aufspaltung von «Tarif A Radio» und «Tarif AS Radio», die von der ESchK nicht genehmigt wurde, da beide Parteien ihre Mitwirkungspflichten vernachlässigt hätten.

Die ESchK (Vorinstanz) genehmigte 2001 den «Tarif A Radio», der die SRG verpflichtet, an Swissperform für die Nutzung im Handel erhältlicher Tonträger in Radiosendungen eine Vergütung von 3% der Einnahmen von jeder Sendekette zu zahlen der ausübenden Künstler zu bezahlen. Im Jahre 2007 unterbreitete die Swissperform der ESchK einen neuen «Tarif AS Radio», der eine Ablieferung von 3% der Einnahmen von der SRG fordert, jedoch beschränkt auf Aufnahmen, die vom «Tarif A Radio» nicht erfasst sind, nämlich Programme, die ins Internet eingespeist werden. Dabei wird zwischen Simulcasting, das zeitgleiche Einspeisen gesendeter Programme ins Internet und Webradio, das kontinuierliche Einspeisen ins Internet ohne einen parallelen Sendevorgang unterschieden. Die ESchK trat bezüglich Webradio nicht auf das Tarifgenehmigungsgesuch ein und verweigerte eine Genehmigung in Bezug auf das Simulcasting. Die Ablehnung des Gesuchs für das Simulcasting wurde damit begründet, dass der SRG schon eine Aufspaltung in Tarif A Fernsehen und Tarif A Radio zugemutet worden sei und ohne ihr Einverständnis keine weitere Aufteilung angemessen wäre. Die Swissperform erhob Beschwerde gegen die Ablehnung des Gesuchs bezüglich Simulcasting beim Bundesverwaltungsgericht und machte eine Verletzung von Art. 35 Abs. 1, Art. 45 Abs. 4 und Art. 59 Abs. 1 URG geltend, da die Verweigerung der Aufspaltung sich nicht auf ausreichende Gründe stütze.

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in einem ersten Schritt die materiellen Beschwerdepunkte, da die Angelegenheit im Gutheissungsfall ohnehin an die Vorinstanz (ESchK) zurückzuweisen sei. Zuerst betonte es, dass aus der Tarifautonomie nicht folge, dass formale Fragen wie die Aufspaltung in mehrere Tarife von der Angemessenheitsprüfung ausgenommen seien. Es bestätigte die Vorinstanz, dass im Interesse der Nutzer zu verlangen sei, wirtschaftlich zusammenhängende Nutzungsformen umso eher im gleichen Tarifierlass und nach gleichen Kriterien zu regeln, je ähnlicher sie sich als Nutzungsangebot und mit Bezug auf ihre Nachfragekreise wirtschaftlich seien. Die Vorinstanz habe nicht abschliessend festzustellen vermocht, dass eine konventionelle Sendetätigkeit einerseits und Simulcasting andererseits derart deckungsgleiche Distributionszweige darstellen würden, dass eine Aufspaltung in zwei Tarife partout unangemessen sei. Stattdessen habe sie die Frage offengelassen und sich mit der Feststellung begnügt, dass die SRG im Rahmen der Verhandlungen keine Nutzungszahlen vorgelegt habe, wozu sie nach Art. 51 URG verpflichtet gewesen wäre, und versagte dem Tarif AS Radio aufgrund dessen die Genehmigung. Dies wird vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt, da auch die Swissperform weiteres Tatsachenmaterial, das für die rechtliche Einordnung des Simulcasting erforderlich gewesen wäre, hätte beibringen müssen. Die ESchK habe sich darauf beschränken können, die spärlich ausgewiesenen Tatbestandselemente zu würdigen, und habe keine eigenen Sachverhaltserhebungen durchführen müssen. Jedoch stehe dieser Entscheid der Lösung, dass die Swissperform in der neuen Fassung des Ende 2009 auslaufenden Tarifs A Radio Bestimmungen zum Simulcasting aufnehmen könne, nicht entgegen,

da er in einem künftigen Genehmigungsverfahren keine materielle Rechtskraftwirkung entfalte. Auch die weiteren Einwände von Swisssperform wurden vom Bundesverwaltungsgericht abgelehnt, da sie einerseits nicht nachvollziehbar seien und andererseits die Behauptungen nicht durch Beweise und Belege untermauert wurden.

In einem zweiten Schritt war eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen. Dabei wurde vom Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass sich die Rügen einerseits auf Punkte bezögen, die von der Vorinstanz offengelassen wurden und sich deswegen eine Prüfung des rechtlichen Gehörs erübrige, wogegen die weiteren Rügen nicht das rechtliche Gehör beschlügen würden, sondern bloss Kritik an der materiellen Würdigung seien.

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

09-147

Identifizierende Berichterstattung/Entstehung von Tatsachen

Respektierung der Privatsphäre; Namensnennung; Tatsachenentstellung

Ziffer 7 der Erklärung; Richtlinie 7.6 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 2. April 2009 (19/2009; J. c. «Blick»)

Der Presserat hatte eine Beschwerde zu beurteilen, die sich auf drei Artikel des «Blicks» bezog. Der erste mit dem Titel «Bekennender Pädophiler hat jetzt Kirchenamt» berichtete über «Martin J.», den Betreiber einer «Pädophilen-Website», der gleichzeitig Kirchenverwaltungsrat der katholischen Kirche von M. sei. Der Artikel wurde mit einem Foto von «Martin J.» illustriert, wobei die Augenpartie mit einem schwarzen Balken abgedeckt war. Zwei Tage später erschien der zweite Artikel mit dem Titel «Pädophiler Kirchenmann: Sex mit Bub», in dem der Kirchenverwaltungsrat mit vollem Namen genannt wurde. Darin wurde ein Interview in einem deutschen Magazin erwähnt, in welchem er gestanden haben soll, mit einem 15-jährigen Buben geschlafen zu haben, wovon die Kirchenleitung Kenntnis gehabt habe. Dazu wurde ein Foto publiziert, welches das Gesicht des Betroffenen unverhüllt zeigte. In einem dritten Artikel, rund einen Monat später, wurde über ein «Pädophilen-Forum» berichtet, welches eine Verlinkung zur Homepage von Martin J. aufweise.

Bezüglich der Beanstandung des Beschwerdeführers, die Artikel würden Ziffer 7 der «Erklärung» (Respektierung der Privatsphäre) und dabei vor allem Richtlinie 7.6 zur «Erklärung» (Namensnennung) verletzen, hielt der Presserat fest, dass auch bei der Berichterstattung über einen Amtsträger sorgfältig zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Berichterstattung

und der Wahrung der Privatsphäre abzuwägen und vor allem dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen sei. Im konkreten Fall sei die Berichterstattung durch den Umstand gerechtfertigt gewesen, dass dem Wahlorgan der Kirchengemeinde (die Bürgerschaft) bei der Wahl des Beschwerdeführers ein für die Wahl wesentliches Element vorenthalten worden sei, nämlich dass der Beschwerdeführer pädophil sei und eine Website zu diesem Thema betreibe. Da sich die Website an die Allgemeinheit richte, bewege er sich dabei im öffentlichen Raum. Ebenso sei es unter Verweis auf eine vergangene Stellungnahme des Presserates unbestrittenermassen von öffentlichem Interesse, wie eine moralische Institution wie die katholische Kirche mit pädophilen Mitarbeitern umgehe. Die Verhältnismässigkeit analysierte der Presserat für die ersten beiden Artikel getrennt. Bezüglich des ersten Artikels konstatierte er, dass zwar die Nennung des richtigen Vornamens und des Initials des Nachnamens sowie das Foto mit Balken und die Erwähnung, dass der Beschwerdeführer «Dorf-Goldschmied» gewesen sei, wenig Wesentliches zur Information der Leserschaft beigetragen hätten, jedoch die berufsethischen Mindestvorgaben nicht verletzt worden seien, da diese zusätzlichen Elemente nicht geeignet waren, «(..) den Kreis der Personen wesentlich zu vergrössern, für die der Beschwerdeführer aufgrund der Angaben über Kirchengemeinde und Amt ohnehin erkennbar war». In Bezug auf den zweiten Artikel sah der Presserat zwei neue Elemente, welche für die Interessenabwägung von Bedeutung waren. Einerseits, dass der Beschwerdeführer trotz öffentlichem Druck an seinem Amt festhielt, und andererseits, dass er sich in einem Interview mit einer Zeitung und in einem Fernsehbericht ohne jede Anonymisierung zur öffentlichen Diskussion über seine Person äusserte. Unter diesen veränderten Umständen verneinte der Presserat eine Verletzung von Ziffer 7 zur «Erklärung» in Bezug auf die Namensnennung und die Bildveröffentlichung. Die weiteren Rügen des Beschwerdeführers, dass er das im dritten Artikel erwähnte Interview nie autorisiert habe, hielt der Presserat für wenig glaubhaft. Ebenso lehnte er die Rüge bezüglich der Verlinkung mit dem «Pädophilen-Forum» ab, da aus der Formulierung klar ersichtlich geworden sei, dass die Verlinkung vom Forum auf die Homepage des Beschwerdeführers geführt habe und nicht umgekehrt.

09-148

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Wahrheitspflicht; Berichtigungspflicht

Ziffern 1 und 5 der Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 2. April 2009 (20/2009; X./Y. c. «Cash daily»)

Die Gratiszeitung «Cash daily» berichtete in einem Artikel darüber, dass immer mehr biologisch und fair produzierte Kleider verkauft würden. Dabei wurde Coop mit seinem Label «Naturaline» und das Label «Eco» von der Migros erwähnt und deren prozentuale Anteile am Textilsortiment aufgeführt. Ge-

gen diesen Artikel erhoben X. und Y. Beschwerde mit der Begründung, im Artikel würden in unzulässiger Weise diese beiden Labels miteinander verglichen, da das Eco-Label der Migros viel weniger strenge Kriterien habe als das Coop-Label. Diese Falschinformation würde eine Bevorteilung der Migros gegenüber den anderen Marktteilnehmern verursachen, weswegen die Wahrheitspflicht (Ziff. 1 der «Erklärung») verletzt sei. Ebenso hätte eine Berichtigung erfolgen müssen (Ziff. 5 der «Erklärung»).

Der Presserat verneinte eine Verletzung der Wahrheitspflicht, da zwar bei einem Vergleich dieser beiden Labels tatsächlich «Äpfel mit Birnen» verglichen würden, im beanstandeten Bericht jedoch nicht das Thema sei, welche Produktionsanforderungen an «Bio-Mode» gestellt werden, sondern einzig der offenbar zunehmende wirtschaftliche Erfolg von Mode, die unter dem Label «Ökologie» verkauft werde. Es sei berufsethisch nicht erforderlich, «(...) in jedem Medienbericht auf sämtliche Teilaspekte eines Themas einzugehen». Ebenso sei den meisten Lesern wohl bekannt, dass jedes Label nach eigenen Kriterien definiert werde und «bio» nicht gleich «bio» sei. Weiter bestehe zum vornherein keine Berichtigungspflicht, da es sich nicht um eine relevante Unwahrheit handle.

09-149

Anhörung bei schweren Vorwürfen/Unterschlagung wichtiger Informationen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Unterschlagung wichtiger Informationen

Ziff. 3 der Erklärung; Richtlinie 3.8 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. April 2009 (21/2009; Schweizer Fernsehen c. «SonntagsBlick»)

Der «SonntagsBlick» veröffentlichte zum «Reporter» – Dokumentarfilm über Gerhard Blocher, den Bruder von alt Bundesrat Christoph Blocher, einen Artikel. Darin wurde unter anderem ausgeführt, der Chefredaktor des Schweizer Fernsehens, Ueli Haldimann, habe persönlich den Sendetermin sieben Tage vor der Bundesratswahl kurzfristig festgelegt. Dagegen erhob Haldimann Beschwerde beim Presserat und bestritt die Behauptung. Dabei handle es sich um einen schweren Vorwurf im Sinne der Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» (Anhörung bei schweren Vorwürfen) und er hätte deswegen zu diesem zentralen Vorwurf vorher angehört werden müssen. Weiter seien die Dementis dieses Vorwurfs vom Redaktionsleiter «Reporter» sowie vom Autor des Films unterschlagen worden, was einen Verstoss gegen Ziffer 3 der «Erklärung» (Unterschlagung wichtiger Informationen) darstelle.

Der Presserat verneinte eine Verletzung von Richtlinie 3.8 zur «Erklärung», da die Festlegung des Ausstrahlungszeitpunkts kein schwerer Vorwurf im Sinne dieser Richtlinie sei, auch wenn sie kurzfristig erfolgt wäre. Damit werde auch keineswegs der Vorwurf eines intrigierenden, hinterlistigen Ver-

haltens verbunden, wie dies der Beschwerdeführer behauptete. Vielmehr lasse der Artikel die Frage offen, ob der Entscheid, den Film vor der Bundesratswahl auszustrahlen, richtig war. Der Presserat bejahte dagegen eine Verletzung von Ziff. 3 der «Erklärung», da es zur Information der Leserschaft angezeigt gewesen wäre, diese im Bericht nicht erwähnte anderslautende Version mit ihren Quellen aufzunehmen, wonach die Umstände bei der Festlegung des Sendetermins nicht merkwürdig gewesen seien, sondern den üblichen Gepflogenheiten entsprochen hätten. «Nur so wären die Leserinnen und Leser in der Lage gewesen, die Information angemessen einzuordnen und sich eine eigene Meinung zu bilden.»

09-150

Compétences investigatoires du Conseil suisse de la presse

Ethique professionnelle; compétences investigatoires du Conseil suisse de la presse

Chiffre 4 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», loyauté de la recherche

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 24 avril 2009 (22/2009, L'Agefi c. Roulet)

L'Agefi a déposé plainte auprès du Conseil suisse de la presse «pour usurpation d'identité et atteinte à l'image à l'encontre de C.R., ancien rédacteur en chef de L'Agefi», au motif que celui-ci s'était présenté à une conférence de presse en affirmant travailler pour L'Agefi.

C.R. a conclu au rejet de la plainte. Il déclare s'être présenté comme journaliste indépendant collaborant à diverses revues. Selon lui, c'est son ancienne collaboration avec L'Agefi qui avait dû induire les participants de la conférence en erreur.»

Le Conseil de la presse constate que la présentation des faits par les parties est totalement contradictoire. Il ne relève pas de sa compétence de procéder à une enquête, au sens d'une instruction judiciaire, afin d'établir l'exactitude des faits. De plus, il n'a pas l'autorité pour convoquer des témoins. Sur la base des documents disponibles, il n'est pas établi que C.R. a violé le chiffre 4 ou une autre norme de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste».

La plainte est rejetée.

09-151

Respektierung der Privatsphäre/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Wahrheitssuche; Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung von Falschmeldungen; Namensnennung

Ziff. 1 und 5 der Erklärung; Richtlinien 1.1, 3.8, 5.1 und 7.6 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. April 2009 (23/2009; X. c. «Blick»)

In der Zeitung «Blick» erschien ein Artikel über eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahmung von Drogenhanf durch die Polizei. Dabei wurde berichtet, dass die Polizei schon einmal bei der «erfahrenen Marihuana-Züchterin» gewesen sei und der Tierschutz ebenfalls dort erschienen sei, um mehrere Katzen aus der Zucht der Frau abzuholen. Im Text wurde neben dem Namen des Ortes auch die Firma (ein Grossverteiler) genannt, bei der die Frau arbeitet. Daraufhin erhob die betroffene X. Beschwerde beim Presserat, und rügte einen Verstoss gegen Richtlinie 1.1 (Wahrheitssuche), 3.8 (Anhörung bei schweren Vorwürfen), 5.1 (Berichtigung von Falschmeldungen) und 7.6 (Namensnennung) zur «Erklärung».

Bezüglich der Namensnennung befand der Presserat, dass bei der Nennung des Wohnortes mit mehreren Tausend Einwohnern eine Identifizierung ohne zusätzliche Angaben unwahrscheinlich sei, für die Erwähnung des Arbeitgebers der Frau jedoch kein öffentliches Interesse bestehe. Für die Information der Leserschaft hätte die Angabe des Berufs genügt, da so die Gefahr bestehe, dass der Arbeitgeber mit den zusätzlichen Angaben im Bericht X. identifizieren könne. Somit sei Richtlinie 7.6 zur «Erklärung» verletzt worden. Ebenso erwog der Presserat, dass eine Anhörung nach Richtlinie 3.8 zur «Erklärung» hätte stattfinden müssen, da die vorliegenden Vorwürfe, X. habe schon einmal wegen Drogenhanf Kontakt mit der Polizei gehabt und der Tierschutz habe Katzen aus der Zucht abgeholt, schwer wögen. Ob jedoch die Wahrheits- und Berichtigungspflicht (Ziff. 1 und 5 der «Erklärung») verletzt seien, vermochte der Presserat anhand der ihm vorliegenden Unterlagen nicht zu beurteilen, da dazu die Sachverhaltsdarstellung der Parteien auseinandergehe. Es sei nicht Aufgabe des Presserates, ein Beweisverfahren über bestrittene Sachverhalte durchzuführen.

09-152

Fehlende Beschwerdebegründung/Identifizierende Berichterstattung/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Unterschlagung von wichtigen Informationen

Fehlende Beschwerdebegründung; offensichtliche Unbegründetheit der Beschwerde

Art. 8, 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. Mai 2009 (24/2009; X. c. «Berner Zeitung»/«Bieler Tagblatt»)

Die «Berner Zeitung» und das «Bieler Tagblatt» veröffentlichten einen Artikel, der sich um die Einziehung von Schusswaffen bei einem Mann drehte, der seit Jahren mit Flugblättern und Anzeigen die Behörden und Verwaltungen auf Trab halte.

Die vom Betroffenen X. erhobene Beschwerde wurde nach Art. 8 des Geschäftsreglements vom Presserat als ungenügend begründet erachtet, da der Beschwerdeführer trotz mehrfacher Aufforderung seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Auch wenn der Presserat sich auf die rudimentären Angaben des Beschwerdeführers abstützen würde, sei gestützt auf Art. 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements nicht auf die Beschwerde einzutreten, da sie offensichtlich unbegründet sei. Dies, weil keine Pflicht zur objektiven Berichterstattung bestehe, der Beschwerdeführer angemessen zu Wort komme, um sich gegen die schweren Vorwürfe zu verteidigen, er sich mit seinen Flugblättern mehrmals selber an die Öffentlichkeit gewagt habe und der komplizierte Sachverhalt differenziert und verständlich dargestellt sei.

09-153

Plainte tardive

Plainte tardive

Art. 10 Règlement du Conseil suisse la presse ; prescription

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 1^{er} mai 2009 (n° 25/2009, Stop suicide c. *Le Matin*)

Par courrier du 20 novembre 2008, l'association Stop suicide s'est plainte au Conseil de la presse d'une violation, par un journaliste du *Matin*, de devoirs découlant de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», dans le cadre de l'édition du 22 avril 2008.

Selon l'art 10 alinéa 1^{er}, le Conseil suisse de la presse n'entre pas en matière sur une plainte lorsque la publication date de plus de six mois.

09-154

**Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigung/
Menschenwürde**

Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigung; Menschenwürde

Ziff. 7 und 8 der Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 1. Mai 2009 (26/2009; X. c. «Basler Zeitung»)

Die «Basler Zeitung» publizierte einen Artikel mit dem Titel «Knecht Blochers auf Zweierticket: SVP schickt den Zürcher Ueli Maurer mit Christoph Blocher ins Bundesratsrennen.»

Auf die daraufhin erhobene Beschwerde trat der Presserat nicht ein, da der Ausdruck «Knecht Blochers» im Kontext als kommentierende Wertung erkennbar sei und die langjährige politische Seilschaft der Leserschaft bekannt sei. Weiter sei «(...) die Bezeichnung «Knecht» weder generell noch im konkreten Zusammenhang geeignet, den Ruf des so Bezeichneten zu beeinträchtigen oder dessen Menschenwürde zu verletzen».

09-155

**Unlautere Recherche/Respektierung der
Privatsphäre**

Unlautere Recherche; Respektierung der Privatsphäre

Ziff. 3, 4 und 7 der Erklärung; Richtlinie 7.6 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009 (27/2009; X. c. «SonntagsBlick»)

Der «SonntagsBlick» publizierte einen Artikel über Kinder aus Samenspenden. Dieser erzählte die Geschichte von «Manuela», welche ihrer Homepage über diese Problematik entnommen war, worauf im Artikel hingewiesen wurde. Der Bericht wurde mit einem Passbild von «Manuela» illustriert, welches ebenso von ihrer Website stammte. Im Vorfeld der Publikation wurde «Manuela» vom «SonntagsBlick» angefragt, ob sie ihre Erfahrungen zu diesem Thema beisteuern wolle. Nach anfänglichem Interesse lehnte «Manuela» dies ab, vor allem auch die Veröffentlichung ihres Namens und eines Fotos. Gegen den daraufhin veröffentlichten Artikel des «SonntagsBlick» ergriff sie Beschwerde beim Presserat.

Zuerst prüfte der Presserat, ob nach Ziff. 4 der «Erklärung» Text und Bild von der Website der Beschwerdeführerin in unlauterer Weise beschafft wurden. Dies verneinte er mit der Begründung, dass Informationen, die auf einer ungeschützten Website veröffentlicht werden, für jedermann zugänglich seien, auch für die Medien. Auch bezüglich Ziff. 3 der «Erklärung» (Unterschlagung von wichtigen Informationen) war er der Meinung, dass der «SonntagsBlick» nicht verpflichtet war, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin

mit der Übernahme von Informationen von der Homepage nicht einverstanden war. Danach prüfte der Presserat, ob durch die ungefragte Veröffentlichung des Bildes Ziff. 7 der «Erklärung» (Privatsphäre) verletzt worden sei. Dabei führte er aus, dass der Begriff der Öffentlichkeit in Bezug auf das Internet nicht ohne Weiteres mit der «Medienöffentlichkeit» gleichzusetzen sei. Eine auflagestarke Zeitung habe ein wesentlich grösseres und ganz anderes Publikum als eine private Website, weswegen auch bei Veröffentlichungen von Informationen mit privatem Charakter aus dem Internet die Grundsätze der Richtlinie 7.6 und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden müsse. Selbst wenn man bejahe, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Website zu einer öffentlichen Person geworden sei, müsse vor der Publikation des Bildes die Verhältnismässigkeit geprüft werden. Bei dieser Abwägung fiel für den Presserat ins Gewicht, dass sie sich ausdrücklich gegen eine Veröffentlichung ausgesprochen habe, vor allem aus Rücksicht auf ihre sozialen Eltern. Somit wäre es unter diesen Umständen dem «SonntagsBlick» zuzumuten gewesen, auf die Publikation des Bildes zu verzichten oder dieses zumindest so zu verfremden, dass die Beschwerdeführerin für Dritte ausserhalb des engsten Kreises nicht mehr identifizierbar gewesen wäre.

Anmerkungen Aus zivilrechtlicher Sicht, d.h. insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 28 ff. ZGB, stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn personenbezogene Informationen von einer privaten, aber öffentlich zugänglichen Homepage abgedruckt werden.

Je nach Terminologie geht es hierbei um den Schutz vor Eingriffen in die informationelle Privatheit bzw. um den Schutz der Privatsphäre oder der informationellen Selbstbestimmung (ausführlich zu diesen Begrifflichkeiten Aebi-Müller, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, passim). Im Zentrum dieses Schutzes steht das Bedürfnis des Individuums, die Verbreitung personenbezogener Informationen (mindestens in gewissem Umfang) steuern und begrenzen zu können. Letztlich dient diese Möglichkeit des selbstbestimmten Umgangs mit persönlichen Daten der Autonomie der eigenen Lebensgestaltung und der Gestaltung persönlicher Beziehungen. Die Funktion des Persönlichkeitsschutzes erschöpft sich daher nicht im Schutz gegen unzutreffende Informationen: Selbst wenn diese wahr, ja sogar von der betroffenen Person selber verfasst sind, kann die Mitteilung an Dritte eine Persönlichkeitsverletzung zur Folge haben. Keine Persönlichkeitsverletzung – oder jedenfalls keine Verletzung der informationellen Privatheit – liegt allerdings in der Regel dann vor, wenn die Berichterstattung derart anonymisiert erfolgt, dass die Betroffene nicht erkennbar ist.

Der Bericht des «SonntagsBlicks» hat die persönliche Lebensgeschichte von «Manuela» samt Bild abgedruckt. Eine solche Verbreitung durch ein Printmedium ist mit einer Publikation im Internet keinesfalls gleichzusetzen. Denn während die Informationen im Internet nur für spezifisch interessierte Personen, die gezielte Recherche betreiben («Pull-Technik»), zugänglich sind, bedient das Printmedium (gewissermassen mittels «Push-Technik») eine zusätzliche Leserschaft, die von sich aus die entsprechende Information nicht gesucht und damit auch nicht erhalten hätte. Der Einzelne hat insofern auch einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch darauf, trotz

Internetauftritt der Öffentlichkeit nicht gewissermassen «vorgeführt» zu werden und damit möglicherweise Gegenstand öffentlicher Diskussion zu werden. Angesichts der diskreten Gestaltung der fraglichen Homepage bedeutet die mediale Aufmerksamkeit durch das Boulevardblatt für die Betroffene eine erhebliche Verletzung der informationellen Privatheit. Kommt dazu, dass die Darstellung der persönlichen Lebensgeschichte offenbar durch Hervorhebungen usw. verfälscht wurde. Damit wurde der Leserschaft ein unzutreffender Eindruck der Betroffenen und von deren Anliegen vermittelt.

Diese Feststellung leitet zur weiteren Frage über, ob die Persönlichkeitsverletzung durch eine Einwilligung der Betroffenen gerechtfertigt war. Eine solche Einwilligung könnte sich an sich bereits aus der Tatsache eines Internetauftritts ergeben. Dient dieses Forum im Einzelfall offenkundig dem Zweck, die eigene Geschichte, unter Einschluss der eigenen Identität, einem möglichst breiten Personenkreis zugänglich zu machen, so wäre damit allenfalls auch eine konkludente Einwilligung zur Weiterverbreitung mittels anderer Medien verbunden. Dies mag bei gewissen Websites (z.B. von Politikern) ohne Weiteres zutreffen. Im konkreten Fall verhält es sich aber anders. Weder Website noch Bild sind mit dem Namen der Betroffenen verlinkt, nur auf der Kontaktseite erfährt man den (in der Schweiz häufigen, möglicherweise auch als Pseudonym verwendeten) Vornamen «Manuela». Mittels Personensuche ist die Seite somit nicht aufzufinden. Nur wer gezielt nach Informationen über heterologe Insemination sucht, wird fündig – und kann, wenn er das Bild erkennt, die Betroffene identifizieren. Diese diskrete Art der Gestaltung lässt offenkundig nicht auf eine konkludente Einwilligung zur printmedialen Weiterverbreitung schliessen – ganz abgesehen davon, dass die Betroffene eine identifizierende Berichterstattung gegenüber dem «SonntagsBlick» ausdrücklich und klar abgelehnt hat.

Auch der andere, von Medien gerne angerufene Rechtfertigungsgrund, nämlich das öffentliche Informationsinteresse, lässt die identifizierende Berichterstattung nicht als zulässig erscheinen. Denn selbst wenn man ein Informationsbedürfnis hinsichtlich des Themenkreises der anonymen Samenspende bejaht und überdies anerkennt, dass sich die Problematik mit einer wahren Geschichte eindrücklich illustrieren lässt, hätte es völlig ausgereicht, (mit dem Einverständnis der Betroffenen) die Geschichte wiederzugeben. Eine Identifikation wäre diesfalls höchstens im engsten Bekanntenkreis möglich gewesen. Zum Schluss sei kurz auf die Argumentation des «SonntagsBlicks» eingegangen, wonach die Publikation auf der Homepage als Verzicht auf das Recht am eigenen Bild und auf die Privatsphäre zu verstehen sei. Zunächst ist klarzustellen, dass die schweizerische Rechtsordnung kein eigentliches «Recht am eigenen Bild» mit bestimmten Konturen kennt. Vielmehr wird der Schutz des eigenen Bildes aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz abgeleitet (dazu u.a. Aebi-Müller, a.a.O., S. 406 ff.). Auch diesbezüglich ist daher zu fragen, ob die Publikation in einem Printmedium eine Verletzung der Persönlichkeit darstellt. Auf diese Persönlichkeit oder auf deren Teilaspekte kann mit Blick auf Art. 27 ZGB nicht gültig verzichtet werden. Zulässig ist einzig die Einwilligung zur Persönlichkeitsverletzung, wobei bei weit gefassten bzw. pauschalen Einwilligungen generell Vorsicht angebracht ist. Dass keine gültige Einwilligung vorlag, wurde bereits dargelegt.

Aus zivilrechtlicher Perspektive bleibt somit festzuhalten, dass die identifizierende Berichterstattung des «SonntagsBlicks» als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung unzulässig war.

Prof. Regina E. Aebi-Müller, Luzern

09-156

Redaktionelle Prüfung von externen Beiträgen/Trennung von redaktionellen Texten und Anzeigen

Redaktionelle Prüfung von externen Beiträgen; Trennung von redaktionellem Teil und Werbung, Entstellung von Tatsachen; Berichtigungspflicht

Ziff. 3, 5 und 10 der Erklärung; Art. 4 Abs. 4 des Geschäftsreglements

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009 (28/2009; Mieterinnen- und Mieterverband Basel-Stadt c. «Baslerstab»)

Der «Baslerstab» veröffentlichte unter dem Balkentitel «Spektrum der Parteien» einen Artikel von den Grünliberalen Basel-Stadt, der sich mit der Mietwohnschutzinitiative des Mieterinnen- und Mieterverbands Basel-Stadt auseinandersetzte. Der Mieterverband verlangte daraufhin eine Gegendarstellung, da einige der im Artikel getätigten Äusserungen objektiv falsch seien. Dies verweigerte die Redaktion des «Baslerstabs», worauf der Mieterverband mittels Beschwerde eine Verletzung von Ziff. 3 (Entstellung von Tatsachen) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» beim Presserat geltend machte. Im weiteren E-Mailverkehr mit der Redaktion erfuhr der Mieterverband, dass es sich bei den unter dem Titel «Spektrum der Parteien» veröffentlichten Texten um bezahlte politische Inserate handle, die im Anzeigenteil erschienen. Daraufhin ergänzte der Mieterverband seine Beschwerde um eine Verletzung von Ziff. 10 der Erklärung (Trennung von redaktionellem Teil und Werbung).

In einem ersten Schritt führte der Presserat aus, dass er gemäss Art. 4 Abs. 4 Geschäftsreglement nur redaktionelle Beiträge und keine Inserate auf ihre Übereinstimmung mit den berufsethischen Normen der Erklärung prüfe. Dabei liege es im Ermessen des Verlages, was im redaktionellen und was im Inseratenteil veröffentlicht werde, weswegen der vorliegende Artikel als Inserat zu behandeln sei. Aus diesem Grund trat der Presserat nicht auf die Beanstandungen von Ziff. 3 (Entstellung von Tatsachen) und Ziff. 5 (Berichtigung) ein. Ergänzend wies er darauf hin, dass es sich ansonsten um eine im redaktionellen Teil veröffentlichte Kolumne eines Gastautors gehandelt hätte, welche – wie alle Beiträge von externen Autoren – von der Redaktion nur auf offensichtliche Verstösse gegen berufsethische Normen hätte geprüft werden müssen. Ein solcher liege hier nicht vor, da keine offensichtliche Entstellung von Tatsachen zu erkennen sei, welche über die im politischen Meinungskampf übliche plakative Darstellungsweise hinausgehe. Jedoch bejahte der Presserat eine Verletzung von Richtlinie 10.1 zur «Erklärung», da es aufgrund der optischen Gestaltung für den nicht besonders aufmerksamen Leser nicht auf Anheb ersichtlich gewesen sei, dass es sich beim betreffenden Text um ein politisches Inserat handle. Ebenso seien die regelmässige Verwendung des gleichen Rubrikittels sowie der Bezug zu aktuellen politischen Inhalten geeignet, beim Leser die irriige Annahme zu erwecken, es handle sich um eine von der Redaktion betreute Kolumne. Angesichts dieser Unklarheiten wäre die Redaktion verpflichtet gewesen, den betreffenden Text begrifflich unzweideutig als Inserat zu deklarieren.

09-157

Critique par voie de presse d'un agent de la force publique

Recherche de la vérité; protection de la vie privée; liberté d'interprétation du journaliste

Directives 1.1, 7.1 et 7.3 relatives à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 13 mai 2009 (29/2009, Police genevoise c. *L'Hebdo*).

En 2008 et 2009, *L'Hebdo* publie trois articles mettant en cause l'attitude de la police et des autorités genevoises en relation avec l'arrestation de Hannibal Khadafi. Le chef de l'opération, Jacques Pahud, est nommé cité.

La police du canton de Genève a déposé plainte contre *L'Hebdo* au Conseil suisse de la presse pour contravention à la directive 1.1 (recherche de la vérité) relative à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», et aux directives 7.1 (protection de la vie privée) et 7.3 (personnalités).

L'Hebdo rejette en bloc les accusations de la plaignante. Il relève que le premier article a été soumis à la cheffe de la police cantonale qui a indiqué qu'elle n'avait pas de commentaire à formuler. Les passages mis en cause, selon *L'Hebdo*, demeurent dans la sphère de la liberté d'interprétation du journaliste.

Le Conseil a rejeté la plainte aux motifs suivants:

L'auteur des articles livre des appréciations en termes forts, mais étayés par les faits rapportés. Au vu de la précision des détails, il semble évident qu'il avait des sources, donc qu'il a «cherché la vérité».

Rien, dans les articles de *L'Hebdo*, ne met en cause la vie privée du policier en question. Ils se focalisent au contraire sur sa responsabilité comme agent de la force publique. La mention du nom d'un fonctionnaire de police et de son grade dans le cadre de sa profession fait partie du droit du public à l'information.

09-158

Veröffentlichung von Bild und Namen eines Tatverdächtigen im Rahmen eines polizeilichen Zeugenaufrufs

Privatsphäre; Namensnennung; identifizierende Berichterstattung; überwiegendes öffentliches Interesse; allgemeine Bekanntheit; Verhältnismässigkeit

Ziff. 7 der Erklärung; Richtlinie 7.6 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. Mai 2009 (30/2009)

In dieser Stellungnahme äusserte sich der Presserat von sich aus zum Verhalten der Presse anlässlich der Tötung eines

16-jährigen Au-pair-Mädchens. Im Rahmen dieser Vorkommnisse wurde an der vom Schweizer Fernsehen direkt übertragenen Medienkonferenz über den Stand der Ermittlungen informiert und dabei der volle Name und das Foto des mutmasslichen Täters veröffentlicht mit der Begründung, die Polizei suche weitere Mädchen, die mit dem Täter Kontakt hatten. Daraufhin wurde das Foto und der Name vom überwiegenden Teil der Schweizer Medien publiziert, von den einen im Kontext der polizeilichen Suche, von anderen hingegen als grosser Aufmacher (z.B. «Das ist er, der Mörder von Lucie»).

Zuerst wies der Presserat darauf hin, dass die Redaktionen nicht reflexartig publizieren sollten, wenn Namen und Bild eines Tatverdächtigen von den Behörden freigegeben werden, sondern zuerst eigene berufsethische Überlegungen anzustellen hätten. Für seine folgenden Erwägungen verwies der Presserat auf Ziff. 7 der Erklärung (Privatsphäre) und die dazugehörige Richtlinie 7.6 (Namensnennung), die hier von Relevanz seien. Zur Grundregel, dass keine identifizierende Berichterstattung stattfinden sollte, gebe es mehrere Ausnahmen, wovon im vorliegenden Fall das «überwiegende öffentliche Interesse» und die «allgemeine Bekanntheit» relevant seien. Eine mögliche Aufklärung weiterer Delikte und die möglichst genaue Ermittlung der Tatumstände würden zwar im öffentlichen Interesse liegen, jedoch sei eine Veröffentlichung von Namen und Bild nur gerechtfertigt, wenn unmittelbare Gefahr im Verzug sei, was hier nicht der Fall gewesen sei, da der mutmassliche Täter bereits gefasst und geständig war und bereits vor der Veröffentlichung sich zahlreiche mögliche Zeuginnen bei den Behörden gemeldet hatten. Ebenso mache die einmalige Veröffentlichung von Namen und Bild des Tatverdächtigen – hier durch das Schweizer Fernsehen – diesen nicht in jedem Fall derart bekannt, dass danach eine anonymisierende Berichterstattung sinn- und zwecklos werde. Nach Meinung des Presserates sollten zudem die Verantwortlichen von Radio- und Fernsehveranstaltern sowie Onlinemedien, welche Medienkonferenzen und ähnliche Veranstaltungen übertragen, sich darüber Gedanken machen, was für geeignete technische und redaktionelle Vorkehrungen sie treffen sollten, um in einer Situation wie der hier behandelten angemessen reagieren zu können. Zum Schluss führte der Presserat noch aus, dass selbst wenn ein Medium nach sorgfältiger Interessenabwägung zum Schluss komme, dass eine Veröffentlichung eines Zeugenaufrufs mit Namensnennung und Foto angebracht sei, die Art und Weise der Berichterstattung verhältnismässig bleiben müsse. Es sei berufsethisch nicht tolerierbar, die Freigabe von Namen und Foto durch die Behörden dazu zu missbrauchen, den mutmasslichen Mörder (und seine Angehörigen) an den Medienpranger zu stellen.

Commentaire Donner l'identité d'un suspect? Pourquoi et à quelles conditions? Une nouvelle fois, ces questions se sont posées aux journalistes et les ont divisés à l'occasion de la disparition, puis de la révélation du meurtre d'une jeune fille, dramatique événement intensément couvert par les médias en mars dernier.

Le Conseil suisse de la presse s'est saisi lui-même de l'affaire, et il a eu pleinement raison de le faire compte tenu de l'écho de ce cruel fait divers, de l'émotion qu'il a soulevée, et de l'importance des problèmes éthiques posés par sa re-

lation dans les médias. Il faut prévoir néanmoins que ces mêmes questions se poseront encore à de nombreuses reprises, tant les attitudes, les sensibilités aussi, sont diverses sur ce point au sein de la profession.

Sur le principe, le consensus règne, ou presque : en règle générale, la déontologie considère qu'il n'y a pas d'intérêt général suffisant pour que le nom des particuliers impliqués dans des procédures pénales, que ce soit comme auteur ou comme victime, soit rendu public. Les exceptions au principe, en revanche, laissent une bonne marge d'interprétation, pour ne pas dire d'incertitude. Elles sont plus difficiles à caractériser, le Conseil de la presse s'étant en général montré restrictif.

Ce qui retient le plus l'attention dans la présente prise de position, c'est bien sûr ce qu'elle dit de la prudence à observer dans la publication de données personnelles divulguées par la police à des fins d'enquête. La diffusion par les médias d'un avis de recherche ou d'un appel à témoin peut se justifier, selon le Conseil de la presse, «s'il y a péril en la demeure». Mais cette justification cesse dès lors que le suspect a été arrêté, qu'il a passé des aveux et qu'au surplus un grand nombre de témoins potentiels se sont annoncés aux autorités avant même que celles-ci ne procèdent à un appel public. Au reste, ce n'est pas parce que le nom et la photo du suspect ont été rendus publics dans ce cadre qu'on peut considérer que ses données personnelles sont tombées dans le domaine public et que le prévenu a ainsi acquis une notoriété justifiant la publication de son identité.

Cette position prudente et nuancée est dans le droit fil de la «jurisprudence» du Conseil de la presse rendue jusqu'ici. Elle est précisée par un avertissement adressé aux médias électroniques, internet compris : la retransmission intégrale, le cas échéant en direct, des conférences de presse des autorités doit être accompagnée des mesures de filtrage nécessaires pour assurer le respect de la déontologie.

Dans l'ensemble, le Conseil de la presse fait preuve d'un souci louable. On peut craindre cependant qu'une nouvelle fois sur la question délicate de la publication des noms, la hiérarchie des intérêts sur laquelle il s'appuie ne soit trop ambivalente pour ne pas être floue. Les arguments développés nous semblent butter sur une série de questions fondamentales qui mériteraient une réflexion plus large : où finit le travail proprement journalistique, et où commence la simple transmission de messages pour le compte de tiers ? Comment marquer la séparation de manière reconnaissable pour le lecteur, l'auditeur ou le téléspectateur ? Dans quel registre situer la diffusion d'un avis de recherche ou d'un appel à témoins émanant de la police ? Comment utiliser journalistiquement les informations qu'ils contiennent ? Ces interrogations sont appelées à prendre une importance d'autant plus grande que les autorités ont pris conscience, et on ne saurait le leur reprocher, du potentiel que recèlent les technologies de communication pour leurs propres besoins et ceux de la population – on peut songer au plan dit «alerte enlèvement».

Denis Masméjan, journaliste, chargé de cours, Genève

09-159

Behauptete Einmaligkeit des Begriffs «fair fish»

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009
(247/08)

Die Lauterkeitskommission führt in diesem Entscheid aus, dass die beiden Zeichen «fair fish» und «Fairer fischen» nur verwechselbar seien, sofern für das Wortzeichen «fair fish» eine Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen werden könne, was vorliegend nicht der Fall sei.

09-160

Fugen-Radierer für das Badezimmer

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009
(303/08)

Der Beschwerdeführer beanstandete einen Entscheid der Vorinstanz, welcher die Kommunikation für einen Fugen-Radierer als genügend klar erachtete. Die Lauterkeitskommission fand keine Anhaltspunkte dafür, weshalb die Auslegung der Vorinstanz willkürlich sein sollte, und lehnte den Rekurs ab.

09-161

Unerwünschtes Werbemagazin trotz «Stopp Werbekleber» am Briefkasten

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009
(323/08)

Die Lauterkeitskommission bestätigte bezüglich der Frage, ob ein Printprodukt mit redaktionellem Inhalt oder eine Werbebroschüre vorliege, einen Entscheid der Vorinstanz, welche sich zur Beurteilung auf die Richtlinien der Post abstützte.

09-162

Formular «Anzeigenauftrag»

Beschluss der Lauterkeitskommission vom 13. Mai 2009
(350/08)

Die Ansicht der Vorinstanz, welche bezüglich der Gestaltung eines Formulars die Anforderungen an die Klarheit nicht als erfüllt ansah, wurde von der Lauterkeitskommission bestätigt, da keine willkürliche Würdigung vorliege.

Bücher/Livres

Drusc Martin/Meier Marco, Musik- und Filmpiraterie im Internet, in: Produktpiraterie, Zürich 2009, S. 165–181

Epiney Astrid/Hobi Patrick (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes – La révision de la Loi sur la protection des données, Zürich 2009

Faeh Andrea, Arzneimittelwerbung im europäischen und schweizerischen Recht: Konvergenzen und Divergenzen der Rechtslage, Fribourg 2009

Hettich Peter/Keller Claudia/Rechsteiner Stefan (et al.), Telekommunikationsrecht – Recht der audiovisuellen Medien – Stromversorgungsrecht: Entwicklungen 2008, Bern 2009

IRIS (Hrsg.), Der neue öffentlich-rechtliche Auftrag, Strassburg 2009

Krämer Achim, Kunstfreiheit versus Persönlichkeitsrecht: Nachlese zum Fall «ESRA»/Achim, in: Kulturgüterschutz – Künstlerschutz, Zürich 2009, S. 165–167

Mahon Pascal/Fanny Matthey, La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, in: Droit public de l'organisation, responsabilité des collectivités publiques, fonction publique, 2008, p. 205–240

Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F. G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht: schweizerisches und internationales Recht, Basel 2009

Nänni Matthias, Märkte virtueller Welten: Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter, Zürich 2009

Rubli Dominik P., Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, Bern 2009

Schönenberger Beat, Restitution von Kulturgut: Anspruchsgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung, Bern 2009

Siegert Gabriele/Nathan Thomas/Mellmann Ulrike (Hrsg.), Entwicklung der Werbung im internationalen Vergleich, Zürich 2007

Weller Matthias/Kemle Nicolai/Lynen Peter Michael (Hrsg.), Kulturgüterschutz – Künstlerschutz: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008 in Heidelberg, 2009

Zeitschriften/Revues

Abo Youssef Omar, Versteckte Aufnahmen vs. freie Kommunikation in der Privatsphäre, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 7. Oktober 2008 (6B_225/2008), ZBJV 6/2009, S. 482–488

Blonski Dominika, Datenschutz – Kundendaten nutzen und schützen, Tagung des Europa Instituts an der Universität Zürich vom 28. Januar 2009, recht 3/2009, S. 109–114

Bürgi Ruedi/Carbonara Antonio, Qualifizierte Anforderungen an die Sorgfalt bei sogenannt anwaltschaftlichem Journalismus, in: Justice – Justiz – Giustizia 2009/2

Degenhart Christoph, Staatspresse in der Informationsgesellschaft, AfP 3/2009, S. 207 ff.

Döpfkens Harm-Randolf, Europäische Film- und Fernsehförderung im Spiegel der WTO: zur welthandelsrechtlichen Beurteilung von Quotenregelungen und finanziellen Fördermassnahmen für Film und Fernsehen, in: UFITA – Archiv für Urheber- und Medienrecht, 2009, H. 2, S. 403–442

Fehlbaum Pascal/Lattmann Stephanie S., Schranken und anwendbares Recht bei Urheberrechtsverletzungen auf dem Internet, sic! 5/2009, S. 370–378

Hegemann Jan/Heine Robert, Für ein Leistungsschutzrecht der Presseverleger, AfP 3/2009, S. 201 ff.

Lieber Viktor, Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2008 i.S. Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT c. Präsidium des Bezirksgerichts Arbon (1C_332/2008), DIE PRAXIS 5/2009, S. 340

Luther Christoph, Postmortaler Persönlichkeitsschutz als Grenze der Kommunikationsgrundrechte, AfP 3/09, S. 215 ff.

Peduzzi Roberto, Die elektronische Veröffentlichung von Verfügungen im Bundesverwaltungsverfahren, Anwaltsrevue 4/2009, S. 187–190

Ramsauer Matthias, Die Verbreitung von Rundfunkprogrammen nach dem revidierten Radio- und Fernsehgesetz, in: Jusletter 11. Mai 2009

Spitzer Giselher, Verantwortliche beim Namen nennen – Täter haben ein Gesicht – Namensnennung von Tätern zwischen Aufarbeitungsinteresse und Persönlichkeitsrecht

Schmidt-Gabain Florian, Künstler und Galerie: Eine rechtliche Beurteilung ihrer Zusammenarbeit, AJP 5/2009, S. 609–629

Zwicky Laura, Nr. 24 EGMR du 27. November 2007, Zagaria c. Italie: audition par vidéoconférence, droit du prévenu de communiquer librement avec son défenseur, forum-poenale 3/2009, S. 136–139

ERSCHIENEN IM STÄMPFLI VERLAG

Prof. Dr. Peter Hettich
 Claudia Keller
 Dr. Stefan Rechsteiner

Telekommunikationsrecht – Recht der audiovisuellen Medien – Stromversorgungsrecht

unter Mitarbeit von Daniela Frenkel,
 Fabienne Ochsner, Daniel Zemp

njus.ch, Entwicklungen 2008,
 180 Seiten, broschiert, CHF 58.–
 ISBN 978-3-7272-8022-1
 Mai 2009



Im Rahmen von njus.ch werden alljährlich in einzelnen, separaten Bänden die Entwicklungen des vergangenen Jahres in der Rechtsetzung, der Rechtsprechung und der Literatur eines bestimmten Praxisgebiets aufgezeigt.

Das gesamte Angebot ist auch online unter www.njus.ch verfügbar.

Im Bereich der Rechtsetzung werden bereits beschlossene Änderungen sowie Rechtsetzungsprojekte dargelegt. Im Teil über die Rechtsprechung wird insbesondere eine Darstellung auf der Basis aller amtlich und nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheidungen geboten. Und bezüglich der Literatur wird nicht nur umfassend auf Neuerscheinungen hingewiesen, sondern es werden von ausgewählten Publikationen auch deren Hauptausagen dargestellt.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
 Wölflistrasse 1
 Postfach 5662
 3001 Bern
 Telefon 031 300 66 77
 Fax 031 300 66 88
order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG

Dr. Dominik P. Rubli

Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote

Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht
SMI, Heft 88
482 Seiten, broschiert,
CHF 108.–
ISBN 978-3-7272-1887-3
April 2009



Seit Mitte 2008 verbietet das schweizerische Urheberrechtsgesetz (URG) die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen zum Schutz von Werken und anderen Schutzobjekten sowie vorbereitende Handlungen dazu. Die Arbeit untersucht den bestehenden Schutz auch nach UWG und vergleicht die Modalitäten der neu geschaffenen flankierenden Regelung mit der Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, mit Art. 143, Art. 143bis, Art. 144bis, Art. 147, Art. 150 und Art. 150bis StGB sowie mit den WIPO-Internetabkommen WCT/WPPT, der EU-Richtlinie 2001/29/EG und deren Umsetzung im deutschen Urheberrechtsgesetz (UrhG). Betrachtet werden dabei typische Sachverhaltsgruppen technischer Massnahmen, welche die Erstoder weitere Nutzung digitaler Datenangebote unter Kontrolle halten, die Konkurrenzverhältnisse der Regelungen untereinander sowie die Eingriffe in die Freiheit der Anwendung technischer Massnahmen zur Wahrung von Allgemeininteressen durch Art. 39b URG und § 95b UrhG.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern
Telefon 031 300 66 77
Fax 031 300 66 88
order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

Herausgeber/Directeurs de la publication:

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

Redaktionsleiter/Chef de rédaction:

Dr. Oliver Sidler, Rechtsanwalt
 Baarerstrasse 10, Postfach 4545, CH-6304 Zug
 Tel. 041 726 90 00, Fax 041 726 90 05
 redaktion@medialex.ch

Ressortleiter/Responsables de ressorts:

Grund- und Verfassungsrecht/Droit fondamental et constitutionnel:
 Prof. Andreas Kley (andreas.kley@rwi.uzh.ch)

Informationsrecht/Droit de l'information:

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

Zivilrecht/Droit civil:

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

Strafrecht/Droit pénal:

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

Urheberrecht/Droit d'auteur:

Dr. Willi Egloff (info@advocomplex.ch)

Recht der neuen Technologien/Droit des nouvelles technologies:

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

Medienethik, Selbstregulierung/Ethique des médias, autorégulation:

Dr. Denis Masmejan (denis.masmejan@letemps.ch)

Druck/Impression:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Verlag/Editeur:

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern
 Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren
 Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung,

Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen
 jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.

Zitierweise:

medialex Jahr, Seite; z. B. medialex 2009, 52

Citation suggérée:

medialex année, page; p. ex. : medialex 2009, 52

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 143.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 151.– inkl. Versandkosten

Onlinezugang CHF 114.–

Abonnemente/Abonnements:

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

Inserate/Annonces:

Stämpfli Publikationen AG, Inseratenabteilung, Postfach, 3001 Bern,
 Tel. 031 300 63 84, Fax 031 300 63 90

medialex

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

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

www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009

ISSN 1420-3723

Gliederung für Entscheide

- | | | |
|--|--|---|
| <p>1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht</p> <p>1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit</p> <p>1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit</p> <p>1.3 Radio- und Fernsehrecht</p> <p>1.4 Filmrecht</p> <p>1.5 Kunstrecht</p> <p>1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation</p> <p>1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen</p> <p>2. Recht der Onlinemedien</p> | <p>3. Strafrecht</p> <p>3.1 Ehrenschaft (StGB/UWG)</p> <p>3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter</p> <p>3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit</p> <p>3.4 Redaktionsgeheimnis</p> <p>3.5 Weitere strafrechtliche Fragen</p> <p>4. Privatrecht</p> <p>4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz</p> <p>4.2 Arbeitsrecht</p> <p>4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen</p> <p>5. Urheberrecht</p> <p>5.1 Rechtsschutz</p> | <p>5.2 Verwertungsrecht</p> <p>5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen</p> <p>6. Wettbewerbsrecht</p> <p>6.1 Kartellrecht</p> <p>6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen</p> <p>7. Weitere Rechtsgebiete</p> <p>8. Ethik/Selbstregulierung</p> <p>8.1 Ethik des Journalismus</p> <p>8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation</p> <p>8.3 Weitere Fragen der Ethik/Selbstregulierung</p> |
|--|--|---|

Index des décisions

- | | | |
|---|--|--|
| <p>1. Droits constitutionnel et administratif</p> <p>1.1 Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias</p> <p>1.2 Accès général à l'information</p> <p>1.3 Droit de la radiodiffusion</p> <p>1.4 Droit du cinéma</p> <p>1.5 Droit de l'art</p> <p>1.6 Droit de la communication commerciale</p> <p>1.7 Autres questions constitutionnelles ou administratives</p> <p>2. Droit des médias en ligne</p> | <p>3. Droit pénal</p> <p>3.1 Atteintes à l'honneur (CP/LCD)</p> <p>3.2 Autres biens individuels</p> <p>3.3 Biens juridiques de la collectivité</p> <p>3.4 Secret rédactionnel</p> <p>3.5 Autres questions de droit pénal</p> <p>4. Droit privé</p> <p>4.1 Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données</p> <p>4.2 Droit du travail</p> <p>4.3 Autres questions de droit privé</p> <p>5. Droit d'auteur</p> <p>5.1 Protection juridique</p> | <p>5.2 Gestion des œuvres</p> <p>5.3 Autres questions de droit d'auteur</p> <p>6. Droit de la concurrence</p> <p>6.1 Droit des cartels</p> <p>6.2 Autres questions de droit de la concurrence</p> <p>7. Domaines juridiques divers</p> <p>8. Ethique/autorégulation</p> <p>8.1 Ethique du journalisme</p> <p>8.2 Ethique de la communication commerciale</p> <p>8.3 Autres questions d'éthique</p> |
|---|--|--|

Prof. Dr. Peter Nobel
Unter Mitarbeit von Claudia Siebeneck

Unternehmenskommunikation Die rechtlichen Aspekte

Kompodium für Juristen, Unternehmer, Manager
404 Seiten, gebunden, CHF 128.–
ISBN 978-3-7272-9801-1
August 2009

Die Publikation erläutert die verschiedenen rechtlichen Kommunikationsbeziehungen eines Unternehmens,

- die gesetzlich vorgeschriebenen Offenlegungspflichten,
- die freiwillige Kommunikation (z.B. Werbung),
- die privilegierten Informationen,
- die durch das Recht besonders geschützt werden und nicht offenbart werden müssen (z.B. Bankgeheimnis)
- und schliesslich alle Tatbestände, bei denen eine Auskunftsgabe rechtlich verboten ist (z.B. Datenschutz).

Die Bedeutung der Unternehmenskommunikation hat deutlich zugenommen. Jedes Unternehmen ist daher gut beraten, bei der Planung seiner Kommunikationspolitik diese rechtlichen Aspekte zu berücksichtigen, um seinen Informationspflichten korrekt nachzukommen. Das vorliegende Werk gibt einen umfassenden «Querblick» über alle Aspekte der Unternehmenskommunikation. Es richtet sich sowohl an Juristen wie auch an Unternehmer und Manager, welche mit Unternehmenskommunikation befasst sind.



Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern
Telefon 031 300 66 77
Fax 031 300 66 88
order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

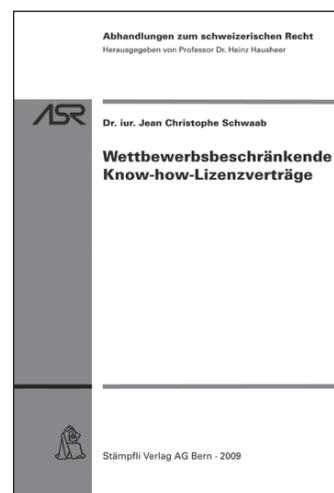
Datum/Unterschrift _____


NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG

Dr. Jean Christophe Schwaab

Wettbewerbsbeschränkende Know-how-Lizenzverträge

Abhandlungen zum schweizerischen Recht
 ASR, Heft 763
 ca. 312 Seiten, broschiert,
 ca. CHF 82.–
 ISBN 978-3-7272-0025-0
 September 2009



Stehen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterschutz im Zielkonflikt? Wettbewerbsrecht will Monopole abbauen, Immaterialgüterschutz gewährt Monopole. Beide Rechtsinstitute verfolgen aber dasselbe Ziel, die Förderung der Innovation und somit die Stärkung des Wettbewerbs. Sie sind also vielmehr komplementär. In vielen Fällen wird der Wettbewerb dennoch durch Immaterialgüterlizenzverträge eingeschränkt. Dies kann auch der Fall bei Know-how-Lizenzverträgen sein. Obwohl es kein Immaterialgüterrecht ist, hat geheimes Know-how vergleichbare Auswirkungen auf den Wettbewerb und soll im Kartellrecht gleich behandelt werden. Diese Dissertation untersucht, inwieweit Know-how-Lizenzverträge dem europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht unterstellt sind, insbesondere ob sie verbotene bzw. missbräuchliche Wettbewerbsbeschränkungen (i.S.v. Art. 81 EGV bzw. Art. 5 KG) darstellen. Sie analysiert, wie gängige Know-how-Lizenzvertragsklauseln kartellrechtlich zu beurteilen sind. Insbesondere wird die neue europäische Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Verträge (GFVO-TT, Verordnung 772/2004) berücksichtigt.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
 Wölflistrasse 1
 Postfach 5662
 3001 Bern
 Telefon 031 300 66 77
 Fax 031 300 66 88
 order@buchstaempfli.com
 www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
 www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG

Dr. Annette Althaus Stämpfli

Kundendaten von Banken und Finanzdienstleistern

Datenschutz und Bankgeheimnis versus Offenlegungspflichten und Outsourcing

2. Auflage des 2004 erschienenen Werks
«Personendaten von Bankkunden und ihre Weiterleitung
im Finanzkonzern und an dritte Dienstleister»
ca. 260 Seiten, broschiert, ca. CHF 88.–
ISBN 978-3-7272-8728-2
September 2009



Um gesetzlichen und standesrechtlichen Vorschriften zu genügen und um Kunden bestmöglich beraten zu können, erheben Banken und Finanzdienstleister Kundendaten in erheblichem Umfang. Solche Daten werden immer häufiger konzernintern offen gelegt oder an dritte Dienstleister weitergegeben. Kundendaten unterliegen aber Geheimhaltungsbestimmungen, wie dem Bankgeheimnis, aber auch den Bestimmungen des Datenschutzes. Kundenprofile sind datenschutzrechtliche Persönlichkeitsprofile. Dieser Befund und die datenschutzrechtlichen Konsequenzen werden in Theorie und Praxis zu wenig erkannt. Das revidierte Datenschutzgesetz bezweckt erhöhte Transparenz und setzt den Akzent auf die Kundeninformation. Es interessiert, in welchen Fällen Kunden auf welche Arten informiert werden müssen und können. Genügend konkret ausgestaltete AGB können Grundlage für Outsourcing-Sachverhalte sein. Die Publikation versteht sich als Orientierungshilfe für Praktiker im Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Bankgeheimnis einerseits und Offenlegung und Outsourcing von Bankdienstleistungen andererseits.

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern
Telefon 031 300 66 77
Fax 031 300 66 88
order@buchstaempfli.com
www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG
www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____