



Willi Egloff, Dr. iur., Rechtsanwalt Bern, ist Mitglied des Vorstands der Verwertungsgesellschaft Swisssperform, Gesellschaft für Leistungsschutzrechte, sowie Mitglied der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

willi.egloff@advocomplex.ch

Ein Leistungsschutzrecht für Verlage? Eine Klarstellung

Résumé Un complément à la loi sur le droit d'auteur comprenant une protection des prestations pour les éditeurs de presse est actuellement en discussion en Allemagne. Dans la foulée, l'association Médias Suisses requiert également la création d'un tel droit en Suisse. Cette requête méconnaît pourtant le rôle de protection des droits voisins ancrés dans la LDA. Elle crée une protection des investissements qui n'existe nulle part ailleurs dans le domaine des droits d'auteur. Elle génère par ailleurs un monopole du contenu qui est également étranger à la notion de droit d'auteur.

Im deutschen Bundestag wird ein Gesetzesvorschlag diskutiert, der für Verlage von Presseerzeugnissen ein Leistungsschutzrecht einführen will. Dem Entwurf wird vom Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, dem wichtigsten deutschen Kompetenzzentrum für Urheberrechtsfragen, in einer von zahlreichen Fachleuten unterstützten Stellungnahme vom 27. November 2012 öffentlich attestiert, er sei «nicht durchdacht» und lasse sich «durch kein sachliches Argument rechtfertigen». Trotzdem fordern nun auch schweizerische Verlagshäuser ein solches Leistungsschutzrecht: In einer Medienmitteilung vom 7. Dezember 2012 teilt der Interessenverband Schweizer Medien mit, dass er dieses Anliegen in die politische Diskussion in der Schweiz einbringen werde.

Ziel dieses Leistungsschutzrechtes nach deutschem Vorbild soll es laut Medienmitteilung sein, «die unlautere digitale Verwertung/Nutzung der publizistischen Gesamtleistungen der Verlage zu verhindern». Was den Sendeunternehmen und den Herstellerfirmen von Tonträgern schon seit geraumer Zeit zustehe, müsse auch den Medienunternehmen eingeräumt werden. Der Schutz solle «aussagekräftige Ausschnitte von journalistischen Artikeln umfassen, welche durch das Urheber- und Lauterkeitsrecht bis anhin nicht ausreichend geschützt» seien. Dadurch könnten «gewerbliche News-Aggregatoren» gezwungen werden, «für die Verwendung von News-Ausschnitten mit den Verlagen Nutzungsvereinbarungen» zu schliessen. Nur so könnten Bezahlmodelle für die digitalen Angebote von Verlagen etabliert werden.

Eine wirklich seltsame Begründung! Sie ruft nach einer ganzen Reihe von Klarstellungen.

Was sind unlautere Verwendungen?

Zunächst ist schon nicht einzusehen, was an der Tätigkeit «gewerblicher News-Aggregatoren», worunter wohl in erster Linie Internetsuchdienste zu verstehen sind, unlauter sein soll. Suchdienste bilden keine Konkurrenz zu publizistischen Dienstleistungen, sie substituieren solche Dienste nicht, sondern ermöglichen es neben vielem andern, diese Dienstleistungen aufzufinden. Sie tun dies unter Einsatz gewaltiger technischer und finanzieller Mittel, übernehmen also keineswegs eine fremde Leistung ohne eigene Investition. Was soll an dieser Tätigkeit unlauter sein?

Hinzu kommt, dass sich die Leistungen von Verlagen und diejenigen von Suchdiensten offensichtlich ergänzen: «Ohne Inhalte würden die Suchmaschinen nichts finden – und ohne Suchmaschine würde in der unübersehbaren Informationsfülle des Internets nichts gefunden», heisst es im Paperboy-Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs. Es ist keineswegs so, dass die Verlage produzieren und die Suchdienste verwerten. Vielmehr besteht ein für beide Seiten und auch für die Konsumentinnen und Konsumenten nützlich zusammenwirken. Ein Verlag, der sich daran nicht beteiligen will und aus irgendeinem Grund nicht wünscht, dass seine Inhalte von Suchdiensten nachgewiesen werden, kann diese vom Internet nehmen oder dort auf einfachste Art gegen Suchzugriffe sperren. Den Gesetzgeber braucht er dafür nicht zu bemühen. Unlautere Verwendungen? Wohl kaum!

Leistungsschutzrecht als Schutz des Inhalts?

Schutzgegenstand des geforderten Rechts sollen «aussagekräftige Ausschnitte von journalistischen Artikeln» sein, die durch das Urheber- und Lauterkeitsrecht bisher nicht ausreichend geschützt seien. Bekanntlich schützt das Urheberrecht (URG)

jeden Text, der individuellen Charakter hat, und das Lauterkeitsrecht verbietet die parasitäre Verwertung fremder Arbeitsergebnisse. Ein zusätzlicher Schutz könnte also nur Sinn ergeben für Texte, die keinen individuellen Charakter haben und auch sonst nicht das Ergebnis eines relevanten Arbeitseinsatzes sind. Warum aber sollten solche banale Texte gesetzlich geschützt werden?

Und was soll das Leistungsschutzrecht damit zu tun haben? Die verwandten Schutzrechte des URG sind doch kein Urheberrechtsschutz für Texte minderen Ranges, denen kein Werkcharakter zukommt, auch kein Schutz für die Vermittlung von solchen Nichtwerken, sondern ein Schutzsystem für künstlerische Darbietungen und für die Vermittlung von künstlerischen Darbietungen. Leistungsschutzrecht setzt voraus, dass etwas interpretiert wird. Solange Presseerzeugnisse nicht vorgelesen oder gesungen werden, können sie nicht Gegenstand eines urheberrechtlichen Leistungsschutzes sein.

Die Medienmitteilung des Verbandes Schweizer Medien lässt unschwer erkennen, dass den Presseverlagen etwas ganz anderes vorschwebt: ein Schutz der von ihnen publizierten Inhalte. Es muss daher wohl wieder einmal daran erinnert werden, dass das Urheberrecht keine Inhalte schützt, sondern Darstellungsformen. Der in geschützten Werken publizierte Inhalt darf jederzeit in anderer Form neu dargestellt und publiziert werden. Urheberrecht soll die Verwertung geistiger Schöpfungen ermöglichen, nicht aber Inhalte monopolisieren. Erst recht schützen verwandte Schutzrechte keine Inhalte: Der Schutz einer Darbietung hindert niemanden daran, das gleiche Werk nochmals zu interpretieren. Wer den Schutz von Inhalten anstrebt, sollte daher die Finger vom Urheberrecht und von den verwandten Schutzrechten lassen!

Leistungsschutzrecht als Investitionsschutz?

Referenzpunkt des geforderten Leistungsschutzes sind offenbar die Rechte der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie von Sendeunternehmen, wie sie in den Art. 36 und 37 URG verankert sind. Diese verwandten Schutzrechte werden von den Presseverlagen explizit als ein gesetzlicher Investitionsschutz verstanden, der auch ihnen gewährt werden müsse. Aber schon der Ausgangspunkt dieser Überlegung trifft nur sehr beschränkt zu.

Der Schutz von Tonträger- und Filmproduzenten knüpft nämlich nicht an eine Investition an, sondern an die erstmalige Aufnahme einer Darbietung oder eines andern akustischen oder visuellen Ereignisses. Wesentliche Voraussetzung des Rechtsschutzes ist die Festlegung und die dadurch ermöglichte Vermittlung eines Liveacts. Keinen Rechtsschutz erfährt dagegen die Vermittlung bereits bestehender Aufnahmen. Ebenso wird ein Sendeunternehmen lediglich für die Herstellung eines eigenständigen Sendesignals geschützt, nicht aber für die Weiterverbreitung von Sendungen Dritter. Ob und in welchem Umfang für diese Leistung Investitionen erforderlich waren, ist irrelevant. Es besteht also für Filmproduzenten, die einen No-Budget-Film herstellen, der gleiche Schutz wie für die Produktionsfirma eines Blockbuster-Films. Umgekehrt werden Ton- und Tonbildträger von Musik- oder Filmproduktionsfirmen, die keine Originalaufnahmen enthalten, nicht geschützt, unab-

hängig davon, wie viel Geld in diese Lizenzproduktionen investiert wurde. Diesen nachbarrechtlichen Schutz einfach als Investitionsschutz zu qualifizieren, wird dem Wesen des Rechtsinstituts offensichtlich nicht gerecht.

Die von den Presseverlagen behauptete Parallele zur Musik- oder Filmproduktion besteht daher gar nicht. Die Investition in immaterialgüterrechtlich geschützte Inhalte begründet auch in diesen Bereichen für sich allein keinen nachbarrechtlichen Schutz. Der geforderte Investitionsschutz für Medienunternehmen wäre daher ein gesetzgeberisches Novum und würde einfach einen einzelnen Wirtschaftszweig privilegieren, ohne dass dafür irgendeine sachliche Begründung ersichtlich wäre.

Wer hat Angst vor der Kollektivverwertung?

Der von den Presseverlagen angekündigte Vorstoss erscheint, abgesehen von der behaupteten Anknüpfung an die Leistungsschutzrechte der Musikproduzenten und der Sendeunternehmen, inhaltlich noch als wenig greifbar. Es ist weithin unklar, wer genau für welche Leistungen gegen wen geschützt werden soll. Es ist in der heutigen digitalen Medienlandschaft ja keineswegs klar, wer einerseits ein geschütztes Medienunternehmen sein müsste und wer andererseits Adressat des Benutzungsverbotesein sollte. Ebenso wenig ist klar, was unter «ausagekräftigen Ausschnitten von journalistischen Artikeln» zu verstehen sein soll, an welche der Schutz anknüpfen soll. Klar ist laut Medienmitteilung allerdings schon heute, dass eine kollektive Verwertung dieses geforderten Rechts nicht infrage komme. Das ist durchaus bemerkenswert.

In den letzten Jahren hat sich immer mehr herausgestellt, dass gerade Nutzungen urheberrechtlicher Werke und Leistungen im Internet nur noch kollektivrechtlich erfasst werden können. Die Vielzahl von Berechtigten auf der einen Seite, die Vielzahl von Nutzerinnen und Nutzern auf der andern Seite machen eine individuelle Verwertung unpraktikabel. Wenn daher ein Interessenverband ein neues, auf das Internet bezogenes Recht fordert und gleichzeitig eine Kollektivverwertung von vorneherein ausschliesst, so wäre eigentlich zu erwarten, dass eine solche Einschränkung irgendwie begründet würde. Diese Begründung sucht man in der Medienmitteilung des Verbandes Schweizer Medien aber vergebens.

Das legt die Vermutung nahe, dass der Grund dafür nicht genannt werden soll: Dass nämlich die Presseverlage nicht wollen, dass an den allenfalls erzielten Einnahmen auch die ursprünglichen Berechtigten, im vorliegenden Fall also die Journalistinnen und Journalisten der publizierten Texte und Bilder, beteiligt werden. Bei einer kollektiven Verwertung wäre dies tatsächlich zwingend der Fall (Art. 49 Abs. 3 URG). Dass den Presseverlagen solche Beteiligungsansprüche von Autorinnen und Autoren nicht behagen, ist aus den Verhandlungen über Gesamtarbeitsverträge im Pressebereich hinlänglich bekannt. Wer aber den Urheberinnen und Urhebern nichts gönnt, der sollte wohl besser seine politischen Forderungen nicht ausgerechnet im Bereich des Urheberrechts ansiedeln.

Fazit

Das geforderte Leistungsschutzrecht für Verlage ist eine juristische Fehlkonstruktion. Sie verkennt in gravierender Weise Bedeutung und Funktion des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Die Einführung eines solchen Rechts lässt sich, um nochmals die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zu zitieren, «durch kein sachliches Argument rechtfertigen».

Zusammenfassung In Deutschland steht eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes zur Debatte, welche ein Leistungsschutzrecht für Verlage von Presseerzeugnissen einführen will. Im Anschluss daran fordert auch der Verband Schweizer Medien die Schaffung eines solchen Rechts. Diese Forderung verkennt in gravierender Weise die Funktion der im URG verankerten verwandten Schutzrechte. Sie fordert einen voraussetzungslosen Investitionsschutz, den es im Bereich des Urheberrechts nirgendwo sonst gibt. Sie zielt darüber hinaus auf eine Monopolisierung von Inhalten, die dem Urheberrecht fremd ist.



Roger Blum, Prof. Dr. phil., Journalist, D-50678 Köln, Mitglied der Chefredaktion des «Tages-Anzeigers» 1985–1989, Professor für Medienwissenschaft an der Universität Bern 1989–2010, Präsident des Schweizer Presserates 1991–2001, Präsident der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) seit 2008.

mail@roger-blum.ch

Die unvollkommenen Medienwächter

Résumé Il faut contrôler le pouvoir des médias. Le rôle des «gardiens des médias» est tenu tant par la critique externe, les conseils des lecteurs, les conseils du public, les conseils de l'audiovisuel et les médiateurs, qui conseillent et servent d'intermédiaire, que par les conseils de la presse et les autorités de régulation officielles, qui rendent des décisions. Ces «gardiens des médias» sont importants, mais imparfaits. Les conseils des lecteurs, conseils du public et conseils de l'audiovisuel manquent de transparence, tandis qu'une partie des médiateurs n'est pas indépendante des rédactions. Les conseils de la presse sont par ailleurs composés de manière insatisfaisante et ne débattent pas en public. Enfin, l'Office fédéral de la communication devrait être indépendant de l'Administration, et l'AIEP devrait avoir la compétence pour agir d'office.

Jede Macht bedarf der Kontrolle, auch die Medienmacht. Es gibt allerdings gute Gründe dafür, die Kontrolle der Medien nicht einfach dem Staat zu übertragen, sondern sie unabhängigen Stellen zu übertragen, die entweder in der Medienbranche selber angesiedelt sind oder zumindest den Medien dank Kenntnissen und Erfahrungen nahe sind. Denn die reine Staatskontrolle über die Medien würde die Pressefreiheit unterlaufen; sie käme einer heimlichen Wiedereinführung der Zensur gleich. Darum ist es richtig, dass die Medienwächter entweder Organe der Selbstregulierung oder zumindest solche der von staatlichen Direktiven befreiten Fremdregulierung sind.

Es gibt zwei Grundtypen von Medienwächtern – einerseits beratende und vermittelnde, andererseits urteilende. Zu den beratenden und vermittelnden gehören die Blattkritiker, Leserbeiräte, Publikumsräte, Rundfunkräte und Ombudsleute, zu den urteilenden die Presseräte und die gesetzlichen Aufsichtsinstanzen. Worin unterscheiden sie sich?

1. Blattkritiker, Leserräte, Publikumsräte und Rundfunkräte: Verschiedene Medien lassen sich von Aussenstehenden beraten und kritisieren. So haben einzelne Zeitungen Leserbeiräte oder Leserräte eingerichtet, die sich regelmässig auf der Redaktion treffen, um sich über das Blatt

auszutauschen. Teilweise stellen sie eigenständige Untersuchungen über die Berichterstattung an. Solche Leserbeiräte kennen beispielsweise die «Thurgauer Zeitung», der «Sonntagsblick», die «Vorarlberger Nachrichten» in Bregenz, die «Oberösterreichischen Nachrichten» in Linz, die «Westdeutsche Allgemeine Zeitung» in Essen oder die «Neue Presse» in Coburg. Eine Zeit lang hielten sich auch die «Neue Luzerner Zeitung» und der «Bund» ein solches Gremium. Die Leserbeiräte sind mit Panelgruppen in Publikumsbefragungen vergleichbar. Sie bestehen mehrheitlich aus publizistischen Laien, können aber die Bedürfnisse der Nutzer formulieren. Eine eigentliche Kontrollinstanz stellen sie nicht dar. Das «St. Galler Tagblatt» beauftragt jeweils zwei Aussenstehende, meist Journalisten, als «Merker» das Blatt zu beobachten und in Kolumnen über Aufgefallenes zu berichten. Eine ähnliche Funktion hatten die externen Blattkritiker, alles Journalisten, der Gratiszeitung «Punkt.ch».

Ebenfalls mit den Medieninhalten befassen sich die sprachregional organisierten Publikumsräte der SRG, die einen regen Austausch mit den Senderredaktionen pflegen, sowie der Publikumsrat des ORF, der Fernsehrat des ZDF und die Rundfunkräte der ARD. Die von verschiedenen gesellschaftlichen und politischen Gruppierungen beschickten Rundfunkräte, die bis zu 77 Mitglieder zählen, kümmern sich allerdings nicht nur um die Programminhalte. Ihre Aufgabe ist es auch, den Intendanten zu wählen und das Budget zu verabschieden. Sie beraten nicht nur, sie verfügen auch über abschliessende Entscheidungskompetenzen. Geht es indessen um das Programm, können sie nur Hinweise geben. Der ORF-Publikumsrat kennt zudem einen Beschwerdeausschuss.

2. Ombudsleute: Zahlreiche Medienhäuser in der ganzen Welt, vor allem aber in den USA und in Europa, haben Ombudsstellen eingerichtet, die Beschwerden des Publikums behandeln und dann zwischen Redaktion und Beschwerdeführer vermitteln. In den USA ist der Ombudsmann bei wichtigen Zeitungen geradezu Standard, es gibt ihn aber auch bei einzelnen Radio- und Fernsehsendern. Ombudsleute im Printbereich finden wir ferner in Grossbritannien, Spanien, Frankreich, Belgien, den Niederlanden, Dänemark, Schweden, Österreich und

bei neun Verlagen in Deutschland. In der Schweiz kennen die Tamedia, Edipresse (Tamedia romande), die AZ-Medien, Springer-Schweiz sowie die «Neue Luzerner Zeitung» diese Einrichtung. Ombudsleute im Radio- und Fernsbereich entdecken wir unter anderem in Grossbritannien, Frankreich, Dänemark, Schweden, Estland und Slowenien. In der Schweiz sind sie obligatorisch im Radio- und Fernsehgesetz vorgesehen. Es gibt deren acht: vier sprachregional sortierte Ombudsstellen für die SRG, dazu eine für Swissinfo, drei sprachregional differenzierte Ombudsstellen für die Privaten. Die Ombudsleute werden ganz unterschiedlich rekrutiert. Die einen stammen aus dem Medienbereich, sitzen teilweise sogar weiterhin in der Redaktion, die anderen kommen aus dem Anwalts-, Justiz-, Hochschul- oder Bildungsbereich. Sie agieren ziemlich unterschiedlich. Die einen arrangieren oft Treffen zwischen den unzufriedenen Mediennutzern und der Redaktion; die andern geben einfach eine schriftliche Beurteilung des Falls ab. Dies ist auch abhängig von der Zahl der Beanstandungen. Es gibt solche, die alle ihre Befunde veröffentlichen, sich in Kolumnen über signifikante Erkenntnisse äussern und regelmässig mit der Redaktion reden. Es gibt auch solche, die sich auf ihre jährlichen Tätigkeitsberichte beschränken.

3. Presseräte: Presseräte sind in der Regel nationale, manchmal regionale Gremien, die von der Medienbranche eingesetzt werden und darüber wachen, ob medienethische Regeln eingehalten werden. Es gibt staatsunabhängige und staatsnahe Presseräte. Die europäischen Presseräte sind fast alle staatsunabhängig. In der Regel bestehen sie aus Journalisten und Verlegern, in einigen Fällen gehören ihnen auch Publikumsvertreter an. Sie verfügen über keine oder höchstens über ganz schwache Sanktionsmöglichkeiten. Ihre Macht besteht im Wesentlichen darin, dass sie über ihre Entscheide Öffentlichkeit herstellen. In Europa kennen alle Länder einen Presserat ausser Frankreich, Italien, Spanien – wo es allerdings einen regionalen Presserat in Katalonien gibt –, Griechenland, Albanien, Serbien, Montenegro, Kroatien, Ungarn, Tschechien, Polen, Lettland und Weissrussland. Belgien kennt zwei – einen flämischen und einen wallonisch-deutschbelgischen. Es gibt weltweit 71 nationale und 13 regionale Presseräte, schwerwichtig in Europa, Asien, Afrika, Ozeanien und Nordamerika, aber überhaupt nicht im arabischen Raum und kaum in Lateinamerika. Der Schweizer Presserat besteht aus Journalisten und Publikumsvertretern und kann Fälle aus eigenem Antrieb aufgreifen. Der Deutsche Presserat ist paritätisch aus Journalisten und Verlegern zusammengesetzt. Der Österreichische Presserat verfügt über zwei Senate, in denen je ein Jurist und sonst Journalisten sitzen. Alle drei Presseräte tagen nicht öffentlich.

4. Gesetzliche Aufsichtsinstanzen: In den europäischen Ländern existieren in der Regel unabhängige Medienaufsichtsbehörden, so beispielsweise der Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) in Frankreich, die Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) in Italien, die KommAustria innerhalb der Rundfunk und Telekom Regulierungs GmbH (RTR) in Österreich sowie die 14 Landesmedienanstalten in den deutschen Bundesländern. Diese Behörden entscheiden über Senderzulassungen und üben die Rechtsaufsicht aus. Sie schreiben ein, wenn Werbe-, Vielfalts-, Jugendschutz- oder Sprachenregeln verletzt werden, auch auf Beschwerde hin. Die deutschen

Landesmedienanstalten überwachen ausschliesslich die privaten Sender. In der Schweiz ist die Aufsicht geteilt: Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Teil der staatlichen Verwaltung, mithin formal keine unabhängige Behörde wie in den anderen europäischen Ländern, übt jene Aufsicht aus, die die Konzessionen, die Qualitätsanforderungen und die Werbung betrifft. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI), eine nebenamtliche unabhängige Behörde, überprüft hingegen auf Beschwerde hin, ob Anforderungen an das Programm verletzt worden sind (wie Vielfalt, Sachgerechtigkeit, Jugendschutz, keine Gewaltverherrlichung). Sie fällt ihre Entscheide in öffentlicher Beratung. Eine gleichartige Aufgabe wie das BAKOM erfüllt das Amt für Kommunikation des Fürstentums Liechtenstein.

Welche Rolle spielen die Medienwächter per saldo? Sie sind wertvoll und wichtig, denn sie zeigen innerhalb der Pressefreiheit die roten Linien auf. Aber sie sind unvollkommen. Die Leserbeiräte, Publikumsräte und Rundfunkräte sind zu intransparent. Es wird zu wenig öffentlich, was sie verhandeln. Gerade in Deutschland existiert kein geordnetes Beschwerdeverfahren für das Publikum. Die Ombudsleute sollten sich noch stärker an medienethischen Reflexionen orientieren (soweit sie nicht gehalten sind, medienrechtliche Vorschriften anzuwenden). Sie müssten von den Redaktionen unabhängig sein; es schadet ihrer Rolle, wenn sie gleichzeitig Leserbriefredaktor oder Vizechefredaktor sind. Die Zusammensetzung vieler Presseräte ist unbefriedigend. Verleger und Intendanten haben darin nichts zu suchen, dafür gehören Publikumsvertreter rein. Presseräte müssten öffentlich tagen. Auch die Schweiz müsste eine Medienregulierungsbehörde haben, die von der Verwaltung unabhängig ist. Die UBI sollte Fälle von sich aus aufgreifen können. Es gibt noch viel zu tun, damit demokratische Länder über vollkommene Medienwächter verfügen.

Zusammenfassung Auch Medienmacht muss kontrolliert werden. Als Medienwächter fungieren die beratenden und vermittelnden Blattkritiker, Leserbeiräte, Publikumsräte und Ombudsleute sowie die urteilenden Presseräte und gesetzlichen Aufsichtsinstanzen. Die Medienwächter sind wichtig, aber unvollkommen. Die Leserbeiräte, Publikumsräte und Rundfunkräte sind intransparent. Die Ombudsleute sind teilweise zu wenig unabhängig von der Redaktion. Die Presseräte sind unbefriedigend zusammengesetzt und tagen nicht öffentlich. Das Bundesamt für Kommunikation müsste verwaltungsunabhängig sein. Die UBI müsste Fälle selber aufgreifen können.

Ernst Brem, PD Dr. iur, Rechtsanwalt in Richterswil und Zürich*

Der WIPO-Vertrag von Peking zum Schutz audiovisueller Darbietungen vom 24. Juni 2012 (BTAP) und die Schweiz**

Résumé La Suisse fait partie des Etats signataires du Traité de Beijing de l'OMPI sur les interprétations et exécutions audiovisuelles (BTAP), qui, après plus d'une décennie de négociations, a été conclu le 24 juin 2012 à Pékin. La présente contribution vise à éclairer le contenu de ce Traité, en particulier au regard de ses différences avec le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Les conditions pour la ratification du Traité par la Suisse ainsi que les ajustements nécessaires au droit suisse seront également expliqués, tant du point de vue de leur importance que de leur côté attrayant pour les titulaires de droits en Suisse.

I. Ausgangslage¹

Sowohl das Rom-Abkommen (RA) als auch der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) beschränken den Schutz der ausübenden Künstlerinnen und Künstler an einer audiovisuellen Darbietung auf das Recht, das ungenehmigte Aufzeichnen und Senden der Darbietung zu verbieten (Art. 7 RA sowie Art. 5 WPPT). Dagegen war ihnen mit Ausnahme des rudimentären Vervielfältigungsrechts nach Art. 7 lit. c (i) RA ein klar umrissener konventionsrechtlicher Schutz an einer – allenfalls gegen ihren Willen – erfolgten Festlegung verwehrt. Hatten sie der audiovisuellen Aufzeichnung ihrer Darbietung zugestimmt, verloren sie darüber hinaus nach Art. 19 RA jeden konventionsrechtlichen Schutz an der aufzeichneten Darbietung.

Zwei Versuche, die konventionsrechtliche Situation der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Bereich der Audiovision zu verbessern, scheiterten. In der diplomatischen Konferenz vom Dezember 1996, die zur Unterzeichnung des WPPT führte, forderten die ausübenden Künstlerinnen und Künstler zwar einen Schutz ihrer audiovisuellen Darbietungen, jedoch konnten sich die Teilnehmer der Konferenz in diesem Punkt

nicht einigen.² Dies führte dazu, dass zwar der bereits im Rom-Abkommen gewährte Schutz nach Art. 7 lit. c (i) RA wiederholt wurde, jedoch die festgelegten audiovisuellen Darbietungen auch im WPPT weiterhin schutzlos blieben. Immerhin einigte man sich darauf, den Schutz der audiovisuellen Darbietungen in einem späteren Zusatzprotokoll anzustreben.

In einer weiteren diplomatischen Konferenz im Dezember 2000 scheiterte jedoch der Versuch, den audiovisuellen Darbietungen einen mit dem WPPT vergleichbaren internationalen Schutz zu gewähren. Die Konferenz konnte sich zwar auf 19 der insgesamt 20 materiellen Bestimmungen eines Vertrages einigen. Die Bestimmung, die schliesslich zum Scheitern der Konferenz führte, war die Regelung über den Rechtsübergang der in der Konvention gewährten Rechte auf den Produzenten. Die amerikanische Filmindustrie versuchte, unterstützt durch die US-Regierung, eine weltweite Anerkennung und Verbindlichkeit ihrer «work made for hire»-Doktrin zu erlangen. Dagegen setzten sich insbesondere die Künstlerverbände, welche in diesem Punkt von der EU unterstützt wurden, zur Wehr. Die Konferenz endete mit einem Protokoll, welches die erzielte Einigung in den 19 Artikeln festhielt, jedoch einen Vertrag einer weiteren Konferenz vorbehält.³

Nach dem Scheitern der Konferenz von 2000 blieb zwar das Thema des Schutzes der audiovisuellen Darbietungen auf der Tagesordnung der WIPO, jedoch wurden über Jahre keine Fortschritte erzielt, da die Parteien auf ihren Positionen beharrten.

Ab 2008 intensivierten sich die Kontakte zwischen den Künstlerverbänden und den US-Produzenten, um doch noch einen Kompromiss zu erzielen. Angesichts der sich weltweit intensivierenden Piraterie im Audiovisionsbereich wurde auch von Produzentenseite die Notwendigkeit erkannt, eine bessere Zusammenarbeit mit den Künstlerverbänden zu suchen. Als die US-Produzentinnen und -Produzenten ihre Bereitschaft signalisierten, auf die Idee einer weltweiten Verbindlichkeit der «work made for hire»-Doktrin zu verzichten und andere nationale Lösungen zuzulassen, konnte relativ schnell eine Einigung erzielt werden. Dass die gefundenen Kompromisse im Wortlaut des Art. 12 BTAP einen grossen Auslegungsspielraum zulassen, liegt in der Natur der Sache und wurde auch im Rahmen der diplomatischen Konferenz in Peking von verschiedenen Delegationen hervorgehoben. Der Wortlaut des Kompromisses wurde zwischen der US-Regierung, der Vertretung der EU sowie

* Der Verfasser nahm als Mitglied der Delegation des internationalen Schauspielerverbandes FIA an der diplomatischen Konferenz teil. Der Artikel enthält jedoch ausschliesslich persönliche Auffassungen des Verfassers.

** Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP), http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/text.jsp?file_id=266105 (20.1.2013) Eine deutsche Übersetzung findet sich in BIPMZ Nr. 11/2012, S. 373–378.

1 Vgl. v. Lewinski Silke, Ein Happy End nach vielen Anläufen: der Vertrag von Peking zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen, GRUR Int. 2013, 12 ff.

2 Vgl. dazu v. Lewinski Silke, Die diplomatische Konferenz der WIPO 2000 zum Schutz der audiovisuellen Darbietungen, GRUR Int. 2001, 529 ff.

3 Vgl. dazu v. Lewinski, a. a. O. (Fn. 2), GRUR Int. 2001, 529 ff., 540 f.

weiteren Regierungen ausgearbeitet, die alle ihrerseits Rücksprache mit den internationalen Künstler- und Produzentenverbänden hielten. Im Frühjahr 2011 konnte über eine entsprechende Bestimmung der für weitere Schritte notwendige Kompromiss gefunden werden.

Der Weg zu einer diplomatischen Konferenz wurde durch einen Beschluss des SCCR vom 15. bis 24. Juni 2011⁴ sowie einen Beschluss der Generalversammlung der WIPO vom 26. September bis 5. Oktober 2011⁵ geebnet. Darin wurde beschlossen, eine weitere diplomatische Konferenz einzuberufen mit der Empfehlung, den Vertrag auf der Basis der bereits 2000 verabschiedeten 19 Artikel sowie des im SCCR vom Juni verabschiedeten Textes des Art. 12 abzuschliessen.

Obwohl die Empfehlung der Generalversammlung der WIPO für die diplomatische Konferenz nicht direkt als bindend zu betrachten ist, wurde ihr doch in den Verhandlungen insofern nachgelebt, als ein vor der Konferenz gestarteter Versuch von Brasilien, auf einzelne der materiellen Bestimmungen des Abkommens zurückzukommen, keinerlei Gehör fand. Für die Konferenz blieben deshalb einzig die von der Generalversammlung noch offen gelassenen Punkte zu diskutieren: die Formulierung der Präambel, die vorgesehenen agreed statements zu den Artikeln 1, 2 und 15 der vorgesehenen materiellen Bestimmungen sowie die Bereinigung des Textes der formellen Bestimmungen des Vertrages, welche im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessieren.

II. Verlauf der Konferenz

Die Konferenz fand zwischen dem 20. und 26. Juni 2012 auf Einladung des chinesischen Copyright Office sowie der Stadt Peking als erste WIPO-Konferenz überhaupt in China statt. Die Gastgeber waren ausserordentlich grosszügig und trugen viel zum Gelingen der Konferenz bei. Im Gegensatz zu anderen Konferenzen wurden die Vorsitzenden und Mitglieder der einzelnen Gremien und Ausschüsse der Konferenz zügig gewählt, sodass sich die Konferenz bereits nach einem halben Tag den materiellen Themen zuwenden konnte.

Trotz den relativ wenigen offenen Punkten erstreckten sich die Diskussionen doch über mehrere Tage. Dabei fanden im Plenum und im Main Committee I praktisch keine Debatten statt. Deren Funktion beschränkte sich darauf, die in den regionalen Gruppen sowie den Einigungskonferenzen der Gruppen (regional speakers+3) erzielten Kompromisse abzusegnen.⁶

Die Formulierung der Präambel war in erster Linie eine politische Sache. Die Entwicklungsländer wollten mit einem Verweis auf die in der WIPO-Generalversammlung von 2007 verabschiedete Development Agenda⁷ klar machen, dass die nach Art. 13 des Konventionstextes möglichen Ausnahmen von den garantierten Konventionsrechten auch im Lichte der Entwicklungssituation der einzelnen Staaten auszulegen sind.

Durch den konkreten Hinweis auf das Papier von 2007 wurde jedoch verhindert, dass die Konvention durch spätere Ergänzungen dieser Agenda weiter relativiert werden könnte.

Relativ wenig zu reden gab auch das agreed statement zum Verhältnis des neuen Vertrages mit dem WPPT. Aus dem verabschiedeten Text ergibt sich klar die völlige Unabhängigkeit der Verträge. Insbesondere wurde festgehalten, dass der neue Vertrag auch für Staaten offenstünde, die dem WPPT nicht beitreten wollten.

Am schwierigsten gestaltete sich die Bestimmung des Verhältnisses der Konvention zum TRIPS. Von vornherein klar war, dass der Rechtebestand des neuen Vertrages in seinen wesentlichen Teilen über den garantierten Rechtebestand des TRIPS hinausreichte und demnach nicht über die WTO-Regeln eingefordert werden konnte. Der Streit entzündete sich vielmehr daran, dass ein Teil der Delegationen einen Text eines agreed statement zu Art. 1 (3) des Vertrages vorschlug (the principles and objectives), der einzig auf Art. I Ziff. 7 und 8 TRIPS hätte bezogen werden können und damit eher die im TRIPS enthaltenen Schutz ausnahmen und Missbrauchsbestimmungen als den garantierten Rechtebestand in den Vordergrund gestellt hätte. Unter Mithilfe der schweizerischen Delegation wurde ein Text gefunden, welcher einer entsprechenden Auslegung entgegenwirkt und allen Schutzzwecken des TRIPS die gleiche Bedeutung einräumt (all principles and objectives).

Relativ wenig Diskussion wurde durch einen Vorschlag Indiens zu einem agreed statement zur Definition der ausübenden Künstlerin und des ausübenden Künstlers (Art. 2 [a] BTAP) ausgelöst. Nachdem klar wurde, dass damit lediglich der Einbezug der Improvisationskünstlerinnen und Improvisationskünstler in den Schutzbereich des Abkommens bezweckt und keinesfalls die im Jahr 2000 entfachte Diskussion über den Schutz der Statisten und Statistinnen (ancillary performers) und Sambatänzer und Sambatänzerinnen neu entfacht werden sollte, wurde rasch eine Einigung gefunden.

Zeitweise umstritten war das agreed statement zu Art. 15 BTAP, welches das Verhältnis der technischen Schutzmassnahmen zu den in Art. 13 des Vertrages vorgesehenen Schutz ausnahmen klären sollte. Einigkeit herrschte über den Grundsatz, dass die technischen Schutzmassnahmen nicht weiter geschützt werden sollten als die Rechte, zu deren Schutz sie dienen sollten. Dagegen war unklar, in welcher Form die Mitgliedstaaten allenfalls Zugang zu technisch geschützten Inhalten verleihen sollten, damit die Nutzerinnen und Nutzer tatsächlich von gesetzlichen Schutz ausnahmen Gebrauch machen können. Dieses Problem wurde nicht im lediglich den Grundsatz festhaltenden agreed statement zu Art. 15 gelöst, sondern durch protokollierte Erläuterungen einzelner Delegationen, in denen ohne Widerspruch festgehalten wurde, dass den Mitgliedstaaten kein bestimmtes Vorgehen oder Verfahren zur Sicherung des Zugangs zu erlaubten Inhalten vorgeschrieben sei. Trotz der im agreed statement zu Art. 1(3) BTAP festgehaltenen Unabhängigkeit vom WPPT versuchten verschiedene Delegationen, in ihren Schlusserklärungen aus dem agreed statement zu Art. 15 Rückschlüsse auf die korrekte Auslegung der entsprechenden Bestimmungen im WPPT abzuleiten. Solche drängen sich aus sachlichen Gründen ohne Weiteres auf.

4 SCCR/22/18.

5 WO/GA/40/11.

6 Vgl. dazu die Kritik von Silke v. Lewinski, a. a. O. (Fn. 1), GRUR Int. I/2013, 12 ff., 13.

7 <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html> (28.1.2013).

III. Zum wesentlichen Inhalt des BTAP

1. Übereinstimmung mit dem WPPT in Bezug auf den Grundbestand an Exklusivrechten

Die im Abkommen in Art. 6–10 den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern garantierten Vermögensrechte an einer audiovisuellen Festlegung ihrer Darbietung entsprechen mit Ausnahme des Vermietrechts in Art. 9 dem Rechtebestand der Art. 6–10 WPPT für den Schutz im Audibereich.

Art. 6 des Abkommens schützt die Vermögensrechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler an der nicht festgelegten Darbietung in Bezug auf die nicht genehmigte Sendung, Übertragung und Festlegung der Darbietung. Ausgeschlossen ist wie bereits im WPPT die Weiterverwertung genehmigter Sendungen durch Weitersendung und Wahrnehmbarmachen der gesendeten Darbietungen. Die Bestimmung entspricht wörtlich Art. 6 WPPT. Sie wird deshalb eine materielle Bedeutung nur in Ländern entfalten, welche weder dem Rom-Abkommen noch dem WPPT angehören.

2. Übereinstimmungen bzw. Analogien zum WPPT in den Definitionen

Die Definitionen des ausübenden Künstlers und der ausübenden Künstlerin in Art. 2 (a) sowie der Nutzungsformen der Sendung und den Tatbeständen der öffentlichen Wiedergabe in Art. 2 (c) stimmen wörtlich mit den entsprechenden Bestimmungen nach Art. 2 WPPT überein.

Analog zum Begriff des «phonogram» im WPPT wurde im BTAP in Ziff. 2 (b) der Begriff der audiovisuellen Festlegung (audiovisual fixation) gebildet. Er beinhaltet jede Festlegung von sich bewegenden Bildern, unabhängig davon, ob diese von Tönen begleitet werden. Das agreed statement dazu hält fest, dass diese Definition die Auslegung des Begriffs «phonogram» nach Art. 2 (c) WPPT nicht präjudizieren soll. Der Vertrag nimmt damit zur Streitfrage, ob eine Tonaufnahme, welche in einen audiovisuellen Träger integriert wird, den Charakter und spezifischen Rechtsschutz als Tonträger verliere, nicht ausdrücklich Stellung, sondern belässt die Lösung im Rahmen der Auslegung des WPPT (wo m. E. der Wortlaut von Art. 2 [c] WPPT nahelegt, dass das in einen Tonbildträger integrierte «phonogram» kein solches mehr sein kann)⁸.

3. Abweichungen vom WPPT: Art. 5–11 BTAP – Rechtebestand

Das durch das BTAP in Art. 5 gewährte Künstlerpersönlichkeitsrecht ist gegenüber Art. 5 WPPT insofern eingeschränkt, als das Recht, Zerstörungen und Verstümmelungen des Werks entgegenzutreten, dadurch relativiert wird, dass der besonderen Situation von audiovisuellen Werken im Verwertungsprozess angemessene Rechnung zu tragen ist. Im agreed statement zu dieser Bestimmung wird präzisiert, dass sich die

Künstlerinnen und Künstler nicht gestützt auf ihr Persönlichkeitsrecht gegen eine übliche Auswertung des Werkes in den Medien und die dabei üblichen Umformatierungen und Technologieanpassungen wehren können und dabei ein objektiver Massstab zur Anwendung gelangt. Diese Einschränkung entspricht dem, was nach schweizerischer Auffassung für alle persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche ausserhalb der Intim- und Privatsphäre gilt.

Eine ebenfalls nicht sehr gewichtige Abweichung vom WPPT besteht bezüglich des Vermietrechts in Art. 9 BTAP. Wie im WPPT ist zwar grundsätzlich ein Exklusivrecht der ausübenden Künstlerinnen und Künstler an der gewerblichen Vermietung vorgesehen. Dieses kann nach Art. 9 Abs. 2 WPPT von einem Mitgliedsland dann auf ein blosses Vergütungsrecht reduziert werden, wenn das Land am 15. April 1994 bereits über ein entsprechendes Vergütungsrecht verfügte und die Vermietung nicht ein solches Ausmass annimmt, dass die Verwertung des Vervielfältigungsrechtes gefährdet ist. Im BTAP wird diese Ausnahme insoweit erweitert, als jedes Mitgliedsland auf die Gewährung eines Vermietrechtes überhaupt verzichten kann, wenn die letztgenannte Bedingung erfüllt ist.

In der Regelung der Rechte an der Sendung und der öffentlichen Wiedergabe weicht das BTAP vom Rom-Abkommen sowie vom WPPT ab. Art. 11 Absatz 1 BTAP gewährt den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern ein umfassendes Verbot an jeder Sendung und öffentlichen Wiedergabe einer audiovisuellen Festlegung ihrer Darbietungen. Art. 11 Abs. 2 BTAP gibt den Mitgliedsländern jedoch die Möglichkeit, das Verbot in einen blossen Vergütungsanspruch umzuwandeln. Art. 11 Abs. 3 BTAP sieht darüber hinaus das Recht der Mitgliedsländer vor, die Anwendung der Bestimmung auf bestimmte Nutzungen einzuschränken oder auf die Gewährung eines Rechts überhaupt zu verzichten. Die entsprechenden Einschränkungen sind entweder beim Beitritt zum Vertrag oder später zu erklären.

4. Abweichungen vom WPPT: Art. 3 BTAP – points of attachment

Im Unterschied zur komplexen Regelung des Rom-Abkommens, welche auch in Art. 3 WPPT übernommen wurde, sieht das BTAP in Art. 3 einzig die Nationalität und alternativ dazu den Wohnsitz der Künstlerinnen und Künstler in einem anderen Vertragsstaat als Anknüpfungspunkt des Schutzes vor. Dies dürfte die Anwendung des Abkommens erleichtern. Insbesondere werden die komplexen und länderspezifischen Dokumentationsanforderungen zum Nachweis der Schutzberechtigung in den einzelnen Vertragsstaaten erheblich reduziert. Es gilt lediglich, die schutzberechtigten Künstlerinnen und Künstler zu identifizieren. Die Schwierigkeit dieser Lösung liegt darin, dass im Unterschied zum Anknüpfungspunkt des Produktionslandes weder Nationalität noch Wohnsitz stabile Kriterien sind und nachträglich ändern können.

⁸ Vgl. zur Rechtsfrage BVerwG, 3.1.2012, B-1769/2010, E. 7.3.

5. Abweichungen vom WPPT: Art. 4 des Vertrages – Inländerbehandlung

Art. 4 BTAP schränkt den Grundsatz der Inländerbehandlung auf die im Abkommen ausdrücklich genannten Exklusivrechte sowie auf allenfalls im Rahmen von Art. 11 Abs. 2 BTAP anstelle eines Exklusivrechts gewährte Vergütungsansprüche ein. Die Bestimmung entspricht inhaltlich weitgehend Art. 4 WPPT. In Art. 4 Abs. 2 BTAP wird jedoch bei den Tatbeständen der Sendung und der öffentlichen Wiedergabe der Grundsatz der Inländerbehandlung durch das Erfordernis der Gegenseitigkeit weiter beschränkt. Im Unterschied zu Art. 4 Abs. 2 WPPT wird hervorgehoben, dass der Grundsatz der Gegenseitigkeit nicht nur im Rahmen der erklärten Vorbehalte, sondern allgemein gelte und insbesondere – im Gegensatz zum WPPT – auch in Bezug auf die Schutzdauer zu beachten ist.

Nicht dem Gebot der Inländerbehandlung unterliegen die zusätzlich zu den Exklusivrechten in den nationalen Regelungen enthaltenen vertraglichen Regelungen und Vergütungsansprüche zugunsten der ausübenden Künstler nach Art. 12 Abs. 3 BTAP, wozu insbesondere auch die Vergütungsansprüche für das private Kopieren gehören.⁹

6. Abweichungen vom WPPT: Art. 12 BTAP – transfer of rights

Der Hauptgrund für die jahrelange Verzögerung eines Abkommens zum Schutz der audiovisuellen Darbietung war die Forderung der amerikanischen Filmproduzentinnen und Filmproduzenten auf eine weltweite Anerkennung der sog. «work made for hire»-Doktrin. Nach dieser gehen die Rechte der Künstlerinnen und Künstler auf die Produzentinnen und Produzenten über, wenn die Künstlerinnen und Künstler ihre Darbietungen in einem abhängigen Verhältnis gegen Bezahlung erbracht und ihrer Aufnahme zugestimmt haben. Die amerikanische Delegation beharrte an der diplomatischen Konferenz von 2000 und in den folgenden Jahren auf einer Formulierung, die diesen Rechtsübergang auf den Produzenten für alle Länder verbindlich erklärt hätte. Der schliesslich gefundene Kompromiss enthält die folgenden Elemente:

Art. 12 Abs. 1 BTAP räumt den Mitgliedsländern die Möglichkeit ein, einen Rechtsübergang auf die Produzentin oder den Produzenten entsprechend der «work made for hire»-Doktrin vorzusehen. Allerdings darf ein solcher Rechtsübergang nicht zwingend ausgestaltet werden, d. h., abweichende Vereinbarungen zwischen den Parteien sind zulässig und zu beachten. Die Bestimmung regelt von ihrem Wortlaut her die Frage des anwendbaren Rechts nicht. Dieses ist demnach durch das internationale Privatrecht des Mitgliedstaates zu bestimmen. Damit ist fraglich, ob die amerikanischen Filmproduzentinnen und Filmproduzenten ihr Ziel einer weltweiten Anerkennung ihrer «work made for hire»-Doktrin selbst für den eingeschränkten Bereich der US-Produktionen wirklich erreicht haben. Um jeden offenen Dissens über diesen Punkt zu vermeiden, wurde bereits im SCCR ebenso wie an der WIPO-

Generalversammlung und in Peking jede Diskussion über den Inhalt dieser Bestimmung wie überhaupt über Art. 12 vermieden. Erst in den Schlusserklärungen nach Annahme des Vertrages betonten verschiedene Delegationen, dass Art. 12 des Vertrages die Regelung des Rechtsübergangs in die Kompetenz der Mitgliedsländer stelle und diesen in der Regelung weitgehend freie Hand lasse.

Die Regelung in Absatz 2 bezieht sich auf Absatz 1 und sieht die Möglichkeit der Mitgliedsländer vor, für Produktionen, die ihrem nationalen Recht unterstehen, für den Rechtsübergang eine schriftliche, von beiden Parteien unterzeichnete Vereinbarung zu verlangen. Wie bereits Absatz 1 enthält auch Absatz 2 keine Regelung des anwendbaren Rechts. Verlangt wird jedoch, dass die Rechtsanknüpfung einheitlich erfolgt und demnach das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht Produktionen auferlegt wird, die unter einer fremden Rechtsordnung stehen. Das schliesst allerdings nicht aus, dass das auf eine Produktion anwendbare Recht in einzelnen Mitgliedsländern verschieden angeknüpft wird. Vorsichtige Produzentinnen und Produzenten werden deshalb vernünftigerweise mit den Künstlerinnen und Künstlern schriftliche Verträge abschliessen, in welchen auch das anwendbare Recht festgelegt wird.

Die Regelung in Absatz 3 ermöglichte schliesslich einen Kompromiss, dem auch die EU und die Künstlerverbände zustimmen konnten. Er erlaubt den Mitgliedsländern, die Interessen der Künstlerinnen und Künstler mit zusätzlichen, auch nach dem Rechtsübergang wirksamen Vergütungsrechten direkt gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten zu wahren. In der EU bestehen solche zusätzlichen Vergütungsrechte sowohl auf Gemeinschaftsebene wie auf der Ebene der Mitgliedsländer. Neben Vergütungsrechten haben diese auch die Möglichkeit, die Vertragsrechte der Künstlerinnen und Künstler gegenüber den Produzentinnen und Produzenten durch zwingende Vergütungsansprüche oder die Regelung des kollektiven Arbeitsrechts zu stärken. Ein für die EU und ihre Mitgliedstaaten wichtiger Aspekt war, dass solche zusätzlichen Rechte nach Art. 12 Abs. 3 BTAP nicht der Pflicht der Inländerbehandlung nach Art. 4 Abs. 1 BTAP unterstellt wurden, sondern entweder auf die Staatsangehörigen eingeschränkt werden oder dem Prinzip der Reziprozität unterstellt werden können.

7. Abweichungen vom WPPT: Art. 19 BTAP – application in time

Art. 22 WPPT unterstellt die Darbietungen in einem Mitgliedsländern den Regeln des Art. 18 RBÜ über die zeitliche Anwendung des Vertrages beim Wirksamwerden des Vertrages in diesem Land. Demnach gilt der Vertrag für alle auf Audioträgern festgehaltenen Darbietungen, für welche die Schutzfrist im Ursprungsland und/oder im Schutzland noch nicht abgelaufen ist. Die Mitgliedsländer haben jedoch die Möglichkeit, urheberpersönlichkeitsrechtliche Ansprüche nur für Darbietungen anzuerkennen, die nach dem Wirksamwerden des Abkommens erbracht werden.

Art. 19 Abs. 1 BTAP verweist im Unterschied zum WPPT nicht auf die RBÜ. Es erklärt sich anwendbar auf alle Nutzungen festgelegter Darbietungen, die im Schutzland nach dem

⁹ Gl. M. v. Lewinski Silke, a. a. O. (Fn. 1), GRUR Int 2013, 15.

Wirksamwerden des Vertrages stattfinden und für welche im Schutzland die Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist. Im Unterschied zur RBÜ wird das Thema der unterschiedlichen Schutzfristen zwischen Ursprungsland und Schutzland nicht angesprochen. In Art. 11 BTAP ist sie dennoch kraft ausdrücklicher Vorschrift in Art. 4 Abs. 2 BTAP zu beachten, da diese Bestimmung für die Tatbestände der Sendung und der öffentlichen Wiedergabe die materielle Reziprozität auch für die Schutzfrist statuiert.

Art. 19 Abs. 2 BTAP gibt den Mitgliedsländern die Möglichkeit, durch eine Mitteilung an die Generaldirektion der WIPO die Anwendung der Rechte nach Art. 7–11 des Vertrages auf festgelegte Darbietungen zu beschränken, die erst nach dem Wirksamwerden des Vertrages im entsprechenden Mitgliedsland geschehen. Wird ein entsprechender Vorbehalt erklärt, können die anderen Mitgliedsländer nach dem Prinzip der materiellen Reziprozität vorgehen.

Art. 19 Abs. 4 BTAP erlaubt den Mitgliedsländern, in ihrer Gesetzgebung vorzusehen, dass bei Inkrafttreten des Vertrages rechtmässig begonnene Nutzungen vollendet werden können. Diese auch in Art. 80 Abs. 2 URG vorgesehene Übergangsbestimmung dürfte ohne ausdrückliche konventionsrechtliche Basis aufgrund der allgemeinen Ausnahmestimmungen in Art. 10 WCT und Art. 16 WPPT zulässig sein.

IV. Würdigung

Verschiedene Künstlerorganisationen bezeichnen das BTAP als ausgesprochen schwaches Abkommen, das in den meisten Ländern kaum zu einer Verbesserung des Schutzniveaus führen werde. Die brasilianischen Schauspielerverbände wandten sich offen gegen den Vertrag. Ihre Haltung ist dann verständlich, wenn man vom BTAP mehr erwartete als einen mit dem WPPT vergleichbaren Minimalschutz. Das Hauptargument gegen das Abkommen ist, dass dieses keine obligatorischen Schutzmechanismen für die Künstlerinnen und Künstler im Verhältnis zu ihren Produzentinnen und Produzenten vorsieht. Entsprechende Erwartungen waren aber von vornherein unrealistisch, konnte doch darüber bereits im Rahmen des WPPT keine Einigung erzielt werden. Immerhin sieht Art. 12 Abs. 3 BTAP erstmals in einer Konvention die entsprechende Möglichkeit der Mitgliedsländer für Schutzmassnahmen ausdrücklich vor.

Der Hauptgewinn des BTAP liegt darin, dass darin die Dispositionsbefugnis der Künstlerin und des Künstlers an der audiovisuellen Festlegung ihrer Darbietungen grundsätzlich anerkannt wird und das Abkommen die entsprechenden Verträge auch im internationalen Kontext schützt. Insofern folgt es der klassischen Idee des geistigen Eigentums. Nun liegt es an der Gesetzgebung der Mitgliedsländer und an den Künstlerinnen und Künstlern, selber dafür zu sorgen, dass das Abkommen auch tatsächlich zur Verbesserung der sozialen und beruflichen Situation der Künstlerinnen und Künstler beiträgt.

V. Erlaubt das schweizerische Urheberrecht die Ratifizierung des BTAP ohne Änderung des Urheberrechtsgesetzes?

Das schweizerische Urheberrechtsgesetz kann ohne Weiteres als mit dem BTAP vereinbar erachtet werden. Der Rechtebestand der Art. 6, 7, 8, 10 und 11 BTAP ist seit der Revision von 2007 vollständig in Art. 33 Abs. 2 URG abgebildet. Das Künstlerpersönlichkeitsrecht in Art. 5 BTAP ist ebenfalls vollständig in Art. 33a URG enthalten. Lediglich zwei Elemente bedürfen näherer Betrachtung.

Art. 9 BTAP gewährt den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern ein ausschliessliches Vermietrecht. Die Staaten können jedoch auf ein solches verzichten, wenn die Vermietung nicht ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass die Verwertung der übrigen Rechte durch die Vermietung gefährdet erscheint. Die Vermietung von audiovisuellen Trägern ist in der Schweiz seit Jahren rückläufig. Die Gewährung eines Vergütungsrechts nach Art. 13 in Verbindung mit Art. 38 URG kann deshalb als mit dem BTAP vereinbar angesehen werden. Das schweizerische Recht geht deshalb in diesem Punkt sogar über den Minimalschutz des Abkommens hinaus.

Art. 35 URG reduziert die ausschliesslichen Rechte der Künstlerinnen und Künstler an der Sendung und den anderen Tatbeständen der öffentlichen Wiedergabe auf einen blossen Vergütungsanspruch, sofern für diese Nutzungen im Handel erhältliche Tonbildträger verwendet werden. Diese Einschränkungsmöglichkeit ist in Art. 11 Abs. 2 BTAP vorgesehen. Sie bedarf jedoch einer entsprechenden Vorbehaltserklärung. Zu beachten ist, dass die Vergütungsansprüche im Bereich der Sendung und öffentlichen Wiedergabe der Pflicht der Inländerbehandlung nach Art. 4 Abs. 1 BTAP unterliegen, sofern diese Vergütungsansprüche anstelle eines Exklusivrechts (und nicht zusätzlich zu diesem) gewährt werden. Folglich sind ausländische Rechtsinhaber und Rechtsinhaberinnen an diesen ersatzweise gewährten Vergütungsrechten berechtigt, auch wenn ihr Staat den Künstlerinnen und Künstlern keine Vergütungsansprüche, sondern ein Exklusivrecht gewährt.

Zusammenfassend lässt sich deshalb feststellen, dass die Schweiz das BTAP ohne interne Rechtsanpassungen ratifizieren kann, jedoch einen Vorbehalt zur Beibehaltung der Ausnahmeregelung nach Art. 35 URG zu erklären hat.

VI. Werden die Interessen der schweizerischen ausübenden Künstlerinnen und Künstler sowie der schweizerischen Nutzer von Leistungsschutzrechten bei einer Ratifizierung des BTAP ohne Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung optimal geschützt?

Die Schweiz macht von den zahlreichen Möglichkeiten, welche die internationalen Abkommen im Bereich der Leistungsschutzrechte zur spezifischen Wahrung der Interessen der einheimischen Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber sowie Nutzerinnen und Nutzer offen lassen, keinen umfassenden Gebrauch. Bereits im Gesetzgebungsverfahren von 1992 hat man nicht beachtet, dass das Prinzip der Inländerbehandlung im Bereich der Leistungsschutzrechte im Gegensatz zum Urheber-

recht nur sehr eingeschränkt gilt und insbesondere bei den gesetzlichen Vergütungsansprüchen die Ausnahme und nicht die Regel darstellt. Nur in Art. 35 URG wurde in letzter Minute bezüglich der darin geregelten Tatbestände in Absatz 4 der Grundsatz der materiellen Reziprozität eingefügt. Übersehen hat man, dass in den europäischen Ländern auch beim Vermietrecht und bei den Entschädigungen für die Privatkopie der Grundsatz der materiellen Reziprozität weit verbreitet ist, soweit nicht – wie in Frankreich – die Berechtigung für nicht EEA-Angehörige an diesen Vergütungsansprüchen überhaupt verneint wird. Leidtragende dieser mangelnden Interessenwahrung durch den Gesetzgeber sind auch die schweizerischen Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber. Denn einerseits werden ihre Ansprüche durch Art. 60 Abs. 1 und 2 URG in finanzieller Hinsicht stark eingeschränkt, gleichzeitig müssen die geringen Vergütungen mit Personen geteilt werden, deren Heimatstaaten den schweizerischen Staatsangehörigen keine entsprechenden Rechte gewähren, sondern den ganzen Ertrag an ihre eigenen Staatsangehörigen fließen lassen.

Vor und nach Abschluss des WPPT im Jahre 1996 verstärkte sich die Tendenz in den nationalen Leistungsschutzrechten, den einheimischen Künstlerinnen und Künstlern Vorteile in jenen Bereichen des Konventionsrechts zu verschaffen, die nicht dem Gebot der Inländerbehandlung unterliegen. In den Verhandlungen zum WPPT war die EU erfolgreich in ihrem Bemühen, alle Vergütungsansprüche im Bereich der Privatkopie aus dem Bereich der Inländerbehandlung auszuschließen. In Art. 4 der inzwischen aufgehobenen Richtlinie 92/100/EWG¹⁰ wurde darüber hinaus erstmals das Rechtsinstitut eines zusätzlich zum übertragbaren Exklusivrecht tretenden Vergütungsanspruchs zugunsten der originären Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber geschaffen. Während das Exklusivrecht dem Gebot der Inländerbehandlung unterliegt, besteht für ein zusätzliches, erst nach der Übertragung des Exklusivrechts wirksames Vergütungsrecht keine konventionsrechtliche Regelung, welche eine Inländerbehandlung vorschreibt. Nach dem Wortlaut von Art. 4 WPPT bezieht sich der Grundsatz der Inländerbehandlung nur auf die im Abkommen genannten Exklusivrechte sowie die Vergütungsrechte nach Art. 15 WPPT, damit fallen ausserhalb von Art. 15 WPPT gewährte Vergütungsrechte nicht in den Schutzbereich des Abkommens.

Sollte die Schweiz das BTAP ohne Änderung des schweizerischen Rechts ratifizieren, würde sich die oben genannte Tendenz noch verstärken. Das BTAP beschränkt nämlich wie bereits das WPPT den Grundsatz der Inländerbehandlung auf die im Abkommen gewährten Exklusivrechte sowie die im Rahmen von Art. 11 Abs. 2 BTAP anstelle eines Exklusivrechtes gewährten Vergütungsansprüche für das Senden und andere Tatbestände der unkörperlichen Wiedergabe. Ausser vor bleiben die nach Vorbild der Richtlinie 92/100/EWG geschaffenen zusätzlichen Vergütungsansprüche, die in mehreren Ländern der EU bereits bestehen und auch EU-weit heftig diskutiert werden. So kennen z. B. Spanien und Italien zusätzlich zum Exklusivrecht tretende Vergütungsansprüche für das Sen-

den audiovisueller Festlegungen sowie weitere Nutzungstatbestände. Bevor man deshalb einer sofortigen Ratifikation das Wort reden sollte, wäre zu prüfen, ob man das schweizerische Recht durch eine Revision des Art. 60 Abs. 2 URG sowie durch die generelle gesetzliche Statuierung des Grundsatzes der materiellen Reziprozität im Bereich der Leistungsschutzrechte nicht besser den Bedürfnissen der nationalen Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber anpassen könnte, ohne dass durch eine solche Revision die Nutzerinnen und Nutzer stärker belastet werden müssten.

Zusammenfassung Die Schweiz gehört zu den Unterzeichnerstaaten des WIPO-Vertrages von Peking zum Schutz audiovisueller Darbietungen (BTAP), welcher nach über zehnjährigen Verhandlungen und mehreren Anläufen am 24. Juni 2012 in Peking unterzeichnet werden konnte. Der Beitrag beleuchtet den Inhalt dieses Abkommens insbesondere im Hinblick auf seine Unterschiede zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) von 1996. Ebenso werden die Voraussetzungen für die Ratifikation des Abkommens durch die Schweiz und die allfälligen Anpassungen des schweizerischen Rechts sowohl im Hinblick auf ihre Notwendigkeit als auch auf ihre Wünschbarkeit für die schweizerischen Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhaber erläutert.

Summary Switzerland is part of the signatory States to the WIPO Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP), which was concluded in Beijing on 24 June 2012, after more than a decade of negotiations. This article presents the content of the Treaty, in particular as regards its differences with the WIPO Performances and Phonograms Treaty of 1996 (WPPT). The conditions for the ratification of the Treaty by Switzerland and the necessary adjustments to Swiss Law will also be explained.

¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1992:346:0061:0066:DE:PDF> (20. 1. 2013)

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 13-1 **Strafantrag gegen die «Redaktion» einer Zeitung** 17
 Urteil des I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 26. Juni 2012
 (1B_164/2012)
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOF RIEDO, FREIBURG
- 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht –
 Droits constitutionnel et administratif**
- 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit –
 Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias**
- 13-2 **Zulässige Kritik an Nachfolger des verstorbenen Vaters** 20
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)
 «Constantinescu c. Rumänien» vom 11. Dezember 2012 (N° 32563/04)
- 13-3 **Homosexueller Priester: im Text, aber nicht im Bild** 20
 Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Verlagsgruppe
 News GmbH & Bobi c. Österreich» (N° 59631/09) und «Küchl c. Österreich» (N° 51151/06)
 vom 4. Dezember 2012
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 13-4 **Zulässige Kritik an Kommissionsmitgliedern** 21
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
 «Mengi c. Türkei» vom 27. November 2012 (N° 13471/05 und 38787/07)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 13-5 **Verbot der «Holocaust auf dem Teller»-Kampagne in Deutschland zulässig** 22
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
 «PETA Deutschland c. Deutschland» vom 8. November 2012 (N° 43481/09)
ANMERKUNGEN: PROF. MARKUS SCHEFER, BASEL
- 13-6 **Zulässige Kritik an rechtsbrechendem Stadtrat** 24
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)
 «Jucha & Zak c. Polen» vom 23. Oktober 2012 (N° 19127/06)
- 13-7 **Rechtswidrig: Publikation der Wohnadresse einer Schauspielerin** 24
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
 «Alkaya c. Türkei» vom 9. Oktober 2012 (N° 42811/06)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 13-8 **Zulässige Kritik an tatverdächtigen Expolizisten** 25
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)
 «Yordanova & Toshev c. Bulgarien» vom 2. Oktober 2012 (N° 5126/05)
- 13-9 **Inakzeptable Prügel für Demo-Berichterstatter** 26
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer)
 «Najaffi c. Aserbeidschan» vom 2. Oktober 2012 (N° 2594/07)
- 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit –
 Accès général à l'information**
- 13-10 **BGÖ: keine Gebührenbefreiung für Medienschaffende** 26
 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. November 2012 (A-1200/2012)
ANNOTATIONS: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE
- 13-11 **Zugang zu Dokumenten nach Abschluss eines Verfahrens** 28
 Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten
 vom 18. Dezember 2012 (BAZL/Dokumente eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen
 eine Fluggesellschaft)

| | | |
|-------|---|----|
| 13-12 | Gebühren können im Schlichtungsantrag zusammen mit Zugangsbeschränkung angefochten werden | 28 |
| | Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 12. November 2012 (EFK/Prüfbericht Immobilien) | |
| 13-13 | Zugang zu Beschaffungsdokumenten ist uneingeschränkt zu gewähren | 29 |
| | Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 19. Oktober 2012 (fedpol/dezentral getätigte Beschaffungen) | |
| | ANNOTATIONS: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE | |
| | | |
| | 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion | |
| 13-14 | La diffusion d'images choquantes lors du téléjournal peut enfreindre la protection des mineurs | 31 |
| | Arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2012, SRG SSR c. A et B. (2C_738/2012) | |
| 13-15 | Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde gegen die Verpflichtung zur Bezahlung von Radio- und Fernsehgebühren nicht ein | 31 |
| | Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 2012 (2C_939/2012) | |
| 13-16 | Bundesverwaltungsgericht lehnt rückwirkende Befreiung von Fernsehgebühren ab | 31 |
| | Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. November 2012 (A-2588/2012) | |
| 13-17 | Personalbestand von Radio «Energy Basel» knapp ausreichend, um Einhaltung der Konzession zu gewährleisten | 32 |
| | Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 17. Dezember 2012 (Erfüllung Leistungsauftrag Radio «Energy Basel») (nicht rechtskräftig) | |
| 13-18 | Beschwerde gegen Sendungen zu «Wahlbarometer» abgewiesen | 32 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.633, 638, 641, 648) | |
| 13-19 | Beitrag über Skandale im Schweizer Fussballjahr 2011 verstösst nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot | 33 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.653) | |
| 13-20 | «Puls»-Sondersendung über Botox verletzt Sachgerechtigkeitsgebot | 34 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.654) | |
| 13-21 | Kritischer Beitragsteil zum Schweizer Staatsschutz verletzte Sachgerechtigkeitsgebot nicht | 34 |
| | Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 22. Juni 2012 (b.652) | |
| 13-22 | Entlassung einer Radiojournalistin nach missachteter Weisung | 35 |
| | Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Nenkova-Lalova c. Bulgarien» vom 11. Dezember 2012 (N° 35745/05) | |
| | ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN | |
| | | |
| | 1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation – Droit de la communication commerciale | |
| 13-23 | Verbot der Onlinewerbung für öffentliches Glücksspiel respektiert EMRK | 37 |
| | Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Tipp 24 AG c. Deutschland» vom 27. November 2012 (N° 21252/09) | |
| | ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN | |

3. Strafrecht – Droit pénal

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

- 13-24 **La publicité des informations d'une enquête en cours doit être limitée notamment en cas d'infractions à l'intégrité sexuelle d'enfants** 38
Arrêt du Tribunal fédéral du 27 septembre 2012, X. contre Ministère public central du canton de Vaud (6B_256/2012)
ANNOTATIONS: PROF. STÉPHANE WERLY, GENÈVE/NEUCHÂTEL

- 13-25 **Bezeichnung als «Hochstaplerin»: Journalist wegen übler Nachrede verurteilt** 39
Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2012 (DG120201-L/U)
(nicht rechtskräftig)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter – Autres biens individuels

- 13-26 **Nichtermächtigung zur Strafverfolgung gegen Oberstaatsanwalt** 41
Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2012 (1C_344/2012)

- 13-27 **Un système de partage de code ne constitue pas une retransmission au sens de la loi sur le droit d'auteur** 42
Arrêts du Tribunal fédéral du 11 octobre 2012, Canal+ Distribution SAS et consorts (6B_584/2011, 6B_167/2012, 6B_156/2012)

- 13-28 **Bundesgericht bestätigt: Zürcher Obergericht hat zu Recht keine Ermächtigung für Strafverfolgung gegen Strafvollzugsbeamten erteilt** 43
Urteil des Bundesgerichts vom 30. August 2012 (1C_355/2012)

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

- 13-29 **Zuständigkeit zur Strafverfolgung bei Rassendiskriminierung** 43
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 25. September 2012 (BG.2012.26)

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

- 13-30 **Heimliche Überwachung von Journalisten bedarf unabhängiger Vorkontrolle** 44
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V c. Niederlande» vom 22. November 2012 (N° 39315/06)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

- 13-31 **Beschwerde vom Bundesgericht gutgeheissen: Üble Nachrede konnte aufgrund von Zeugenaussagen nicht bewiesen werden** 46
Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 2012 (6B_106/2012)

- 13-32 **Gerichtsstand bei Mediendelikten: Bundesstrafgericht orientiert sich an Zivilprozessrecht** 46
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 12. November 2012 (BG.2012.32)

4. Privatrecht – Droit privé

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

- 13-33 **Bundesgericht bejaht schutzwürdiges Interesse bei Feststellungsbegehren** 47
Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2012 (5A_286/2012)

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

- 13-34 **Bundesgericht tritt auf Beschwerde von Verwertungsgesellschaften gegen aufschiebende Wirkung nicht ein** 48
Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2012 (2C_598/2012)
- 13-35 **Keine rechtsgenügeliche Tarifgrundlage für den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen** 49
Urteil des Bundesgerichts vom 13. November 2012 (2C_580/2012)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. WILLI EGLOFF, BERN

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

- 13-36 **Kein schwerer Vorwurf: Beschwerde abgewiesen** 50
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. Dezember 2012 (75/2012; Schweizerische Rettungsflugwacht c. «Handelszeitung»)
- 13-37 **Unterscheidung zwischen Fakten und Kommentar war möglich** 50
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 16. November 2012 (69/2012; Graber c. «Weltwoche»)
- 13-38 **Berichterstattung über tödlichen Unfall: Beschwerde teilweise gutgeheissen** 51
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 16. November 2012 (70/2012; X. c. «Blick»/«Blick Online»)
- 13-39 **Le titre d'un article peut être hyperbolique mais pas trompeur** 51
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 9 novembre 2012 (71/2012, Ville de Genève c. «Tribune de Genève»)
- 13-40 **Un article ironique doit être clairement perceptible par le public et reposer sur des faits vrais** 51
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 9 novembre 2012 (72/2012, Kessler c. «Le Matin»)
- 13-41 **Carunfall Siders: unerlaubte Opferbilder – Angehörige müssen Publikation zustimmen** 51
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (73/2012; «Blick», «L'illustré», «Schweizer Illustrierte»)
- 13-42 **Identifizierende Berichterstattung war nicht gerechtfertigt** 52
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (63/2012; X. c. «SonntagsBlick»/«Blick Online»)
- 13-43 **Nennung von Namen und weiteren Merkmalen versties gegen «Erklärung»** 52
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (64/2012; X. c. «Das Magazin»)
- 13-44 **Nichteintreten wegen Strafverfahren** 52
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (65/2012; X. c. «Tages-Anzeiger»)
- 13-45 **Nennung der Nationalität war keine Diskriminierung** 52
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (66/2012; X. c. «Zürcher Oberländer»)
- 13-46 **Veröffentlichte SMS-Nachrichten waren nicht diskriminierend** 52
Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (67/2012; X. c. «Solothurner Zeitung»)

| | | |
|-------|---|----|
| 13-47 | Nichteintreten wegen wahrscheinlichem Gerichtsverfahren | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (68/2012; X. c. «Walliser Bote») | |
| 13-48 | Weitergabe von Daten-CD: Presserat tritt nicht auf Beschwerde ein | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 27. September 2012 (74/2012; Elmer c. Ringier-Verlag) | |
| 13-49 | Identifizierende Berichterstattung über Kondukteurin | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (50/2012; X. c. «Blick am Abend») | |
| 13-50 | Nichteintreten auf Beschwerde gegen Kolumne von Peter Bodemann | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (51/2012; X. c. «Weltwoche») | |
| 13-51 | Unterlassener Hinweis auf fehlende Rechtskraft. | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (52/2012; Kessler c. SDA) | |
| 13-52 | Börsenbrief: «K-Geld» darf Verlegernamen nennen | 53 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (58/2012; Bucher c. «K-Geld») | |
| 13-53 | «Weltwoche»-Titelseite mit Roma-Bub diskriminierte | 54 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (59/2012; X. und Co./Zentralrat Deutscher Sinti und Roma c. «Weltwoche») | |
| 13-54 | Finanzportal hört Bank nicht an | 54 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (60/2012; Hyposwiss Privatbank AG und St. Galler Kantonalbank c. «Inside Paradeplatz») | |
| 13-55 | Nicht konsequent zu schweren Vorwürfen angehört | 55 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (61/2012; X. c. «Aargauer Zeitung»/«Aargauer Zeitung Online») | |
| 13-56 | Keine Namen nennen – auch bei spektakulären Delikten | 55 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (62/2012; X. c. «Corriere del Ticino»/«Giornale del Popolo»/«Radiotelevisione Svizzera») | |
| 13-57 | Carunglück von Sierre: Beschwerden gegen Stämpfli-Polemik abgewiesen | 56 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (55/2012; X./Y. c. «News.ch») | |
| 13-58 | Berechtigtes Vertrauen enttäuscht | 56 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (56/2012; Kunsthaus Zürich c. «SonntagsZeitung») | |
| 13-59 | Früheres Dementi mitliefern, wenn Vorwurf nicht neu ist | 57 |
| | Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (57/2012; UBS c. «Handelszeitung») | |
| 13-60 | Une ambiguïté ne constitue pas nécessairement une dénaturation d'information | 57 |
| | Prise de position du Conseil suisse de la presse du 31 août 2012 (53/2012, Baur c. RTS/«Tango») | |
| 13-61 | Le Conseil ne peut imposer aux médias le retrait d'un article sur leur site Internet | 57 |
| | Prise de position du Conseil suisse de la presse du 31 août 2012 (54/2012, Barbier-Mueller c. «20 Minutes») | |

Strafantrag gegen die «Redaktion» einer Zeitung

Entscheidung der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts
vom 26. Juni 2012 (1B_164/2012)

13-001

Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen, ist gemäss Art. 28 Abs. 1 und 2 StGB nur der Autor strafbar, wenn er bekannt ist und in der Schweiz vor Gericht gestellt werden kann. Ist einem Antragsteller der Autor eines Artikels bekannt, so muss er den Strafantrag gegen diesen persönlich richten. Ein allgemeiner, gegen «die Redaktion» des Mediums gerichteter Strafantrag ist nach der Praxis des Bundesgerichts in einem solchen Fall ungültig. Dies gilt auch dann, wenn in der Begründung des Antrags der Name des Autors erwähnt wird.

En vertu de l'art. 28 al. 1 et 2 CP, lorsqu'une infraction est commise au moyen d'une publication dans un média, seul l'auteur est punissable, s'il est connu et qu'il peut être amené devant un tribunal en Suisse. Si l'auteur de l'article est connu du plaignant, la plainte doit impérativement être déposée à son encontre à titre personnel. Une plainte générale contre «la rédaction» du média n'est en effet pas valable selon la pratique du Tribunal fédéral. Ceci même lorsque le nom de l'auteur ressort de la motivation de la plainte.

Stichworte Beschleunigungsgebot; Ehrverletzung; Medien-delikt; Strafantrag
Art. 28, 30, 173, 174 StGB; Art. 55, 310 StPO

Sachverhalt

A. X. erhebt seit Jahren Vorwürfe gegen die Freiburger Behörden, unter anderem gegen den ehemaligen Generalsekretär der Justizdirektion, A. Hintergrund des Streits ist offenbar die Bewilligung einer Diskothek auf dem sogenannten B.-Areal in Freiburg. In einem am 12. Mai 2010 vor dem Zivilgericht abgeschlossenen Vergleich verpflichtete sich X., A. nicht mehr der Lüge zu bezichtigen.

In der Folge befestigte X. in der Stadt Freiburg Kleber mit dem Titel «Affaire Disco To See*: Wie lange noch, A.? *seit 11 Jahren illegal».

Am 7. Juli 2010 beantragte A. beim Bezirksgericht der Saane die Vollstreckung des gerichtlichen Vergleichs vom 12. Juni [recte: Mai] 2010.

Im Anschluss daran verteilte X. in der Stadt Freiburg Kleber mit folgendem Inhalt: «Affaire Disco To See: Comme il s'adresse de nouveau au juge, c'est finalement A. lui-même qui trouve qu'il est évident que l'on doit déduire des informations publiées qu'il n'a pas dit la vérité ... (...)»

B. Am 15. September 2010 erschien in der Tageszeitung «Freiburger Nachrichten» (FN) unter dem Titel «Kleberstreit

geht weiter» und dem Untertitel «Der Vergleich hat nichts gebracht: Wieder wird A. auf Klebern der Lüge bezichtigt» ein von C. unter ihrem Kürzel «xxx» geschriebener Artikel. Am 26. Oktober 2010 druckten die FN in Ausführung eines am 15. Oktober 2010 vor dem Bezirksgericht der Saane geschlossenen gerichtlichen Vergleichs eine Gegendarstellung von X. ab mit dem Vermerk, dass die Zeitung an ihrer Darstellung vom 15. September 2010 festhalte.

Am 14. Dezember 2010 stellte X. gegen die «Redaktion Freiburger Nachrichten» Strafantrag wegen übler Nachrede und Verleumdung und konstituierte sich als Privatkläger. Er sei durch die in den FN vom 15. September 2010 aufgestellte Behauptung, er habe A. der Lüge bezichtigt, in seiner Ehre verletzt worden.

Am 5. Dezember 2011 nahm die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht an die Hand mit der Begründung, es fehle offensichtlich an einem Anfangsverdacht.

Am 13. Februar 2012 wies das Kantonsgericht die Beschwerde von X. gegen diese Verfügung der Staatsanwaltschaft ab.

C. Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X., diesen kantonsgerichtlichen Entscheid aufzuheben und die Sache an die Staatsanwaltschaft zur Neuurteilung zurückzuweisen.

D. Das Kantonsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. Die FN reichen die Abschreibungsverfügung des Bezirksgerichts der Saane vom 15. Oktober 2010 betreffend der Klage von X. auf Gegendarstellung ein und beantragen sinngemäss, die Beschwerde abzuweisen.

X. hält in seiner Replik an der Beschwerde fest. Das Kantonsgericht verzichtet auf weitere Stellungnahme.

Erwägungen

1.

Der angefochtene Entscheid bestätigt, dass das vom Beschwerdeführer angestrebte Strafverfahren nicht an die Hand genommen wird. Er schliesst damit das Verfahren ab. Es handelt sich um den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer Strafsache, gegen den die Beschwerde in Strafsachen zulässig ist (Art. 78 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1, Art. 90 BGG). Der Beschwerdeführer hat am kantonalen Verfahren als Privatkläger mitgewirkt. Er hat zudem ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, weil sich dieser offenkundig auf die Beurteilung allfälliger Zivilansprüche auswirken kann (Art. 81 Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 5 BGG).

2.

Nach Art. 310 Abs. 1 lit. a und b StPO wird ein Strafverfahren u. a. nicht an die Hand genommen, wenn die fraglichen Straftatbestände eindeutig nicht erfüllt sind oder Verfahrenshindernisse bestehen. Das Kantonsgericht geht im angefochtenen Entscheid einerseits davon aus, dass kein gültiger Strafantrag vorliegt, und dass andererseits die fraglichen Straftatbestände klarerweise nicht erfüllt sind.

2.1 Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen und erschöpft sie sich in dieser Veröffentlichung, so ist allein der Autor strafbar, wenn er bekannt ist und in der Schweiz vor Gericht gestellt werden kann (Art. 28 Abs. 1 und 2 StGB). Dem Beschwerdeführer war die Autorin des von ihm als ehrverletzend empfundenen Artikels bekannt. Insofern wäre es ihm möglich und zumutbar gewesen, den Strafantrag gegen sie persönlich zu stellen. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist in dieser Konstellation ein Strafantrag ungültig, wenn er gegen «die Redaktion» des Mediums und nicht gegen die Autorin persönlich gerichtet ist (BGE 97 IV 153 E. 3 S. 158). Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer in der Begründung des Antrags den Namen der Autorin erwähnt. Das Kantonsgericht hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem es die Nichtanhandnahmeverfügung mangels gültigen Strafantrags im Ergebnis schützte.

2.2 Die Nichtanhandnahme wäre im Übrigen auch bei Vorliegen eines gültigen Strafantrags materiell nicht zu beanstanden. Eine Verurteilung wegen übler Nachrede oder Verleumdung setzt voraus, dass die behauptete ehrenrührige Tatsache objektiv unwahr ist (Art. 173 Ziff. 1 und 2 StGB, Art. 174 Ziff. 1 StGB). Das ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall.

Der Beschwerdeführer hat in seinem ersten Kleber in der Vorbemerkung ausgeführt, er werde, um einen Vergleich nicht zu unterlaufen, seinen Kontrahenten nicht mehr öffentlich der Lüge bezichtigen, sondern die Beurteilung dem Leser überlassen. Anschliessend konfrontierte er mehrere Tatsachenbehauptungen mit A. zugeschriebenen Aussagen, die den als wahr («Fakt») dargestellten Behauptungen widersprechen. So wird beispielsweise als «Fakt 1» die Behauptung aufgestellt, die «involvierte Baudirektion hat nie eine positive Stellungnahme zum Patentgesuch des ›To See‹ abgegeben». Unmittelbar darauf folgt in direkter Rede folgende, A. zugeschriebene Aussage:

«Alle involvierten städtischen und kantonalen Ämter haben positive Stellungnahmen zum Patentgesuch des ›To See‹ erteilt.» Diese Gegenüberstellung von Tatsachenbehauptungen und damit nicht vereinbaren Aussagen kann vom unbefangenen Leser kaum anders verstanden werden denn als Nachweis dafür, dass A. im Zusammenhang mit der Angelegenheit «To See» nicht immer die Wahrheit sagte bzw. verschiedene Male log. Es ist zudem offensichtlich, dass diese Beweisführung dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist. Sein Einwand, dass nicht er A. der Lüge bezichtige, sondern dass gleichsam die Fakten für sich selber sprächen, erscheint angesichts der von ihm selber vorgenommenen, tendenziösen Konfrontation von Fakten mit damit nicht vereinbaren Aussagen A.s scheinheilig. Als geradezu mutwillig erweist sich der zweite Kleber, in welchem der Beschwerdeführer folgert, A. habe aufgrund der im ersten Kleber publizierten Informationen selber eingesehen, nicht die

Wahrheit gesagt zu haben. Mit dieser ebenso perfiden wie durchsichtigen Unterstellung wollte der Beschwerdeführer offenkundig den bereits mit dem ersten Kleber erweckten Eindruck, A. habe in dieser Angelegenheit gelogen, noch verstärken. Die Aussage von C. im umstrittenen Zeitungsartikel vom 15. September 2010, der Beschwerdeführer bezichtige A. der Lüge, ist somit objektiv keineswegs unwahr, gleichgültig darum, ob sie sich darin auf den einen oder den anderen oder beide Kleber bezieht.

2.3 Der Beschwerdeführer rügt, die Staatsanwaltschaft habe für die Nichtanhandnahmeverfügung zu viel Zeit beansprucht und das Beschleunigungsgebot verletzt.

Nach dem strafprozessualen Beschleunigungsgebot von Art. 5 Abs. 1 StPO haben die Strafbehörden die Strafverfahren unverzüglich an die Hand zu nehmen und ohne unbegründete Verzögerungen zum Abschluss zu bringen. Der Zeitbedarf von rund einem Jahr für den Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung erweckt zwar gewisse Bedenken und liegt eher an der oberen Grenze des Zulässigen. Allerdings war die Angelegenheit in tatsächlicher Hinsicht nicht ganz einfach. Im Weiteren handelte es sich objektiv zwar nicht gerade um einen Bagatelldelikt, aber doch nicht um einen schweren Straffall, der eine prioritäre Behandlung geboten hätte. Insgesamt erscheint die Behandlung des Falles durch die Staatsanwaltschaft in zeitlicher Hinsicht als (gerade noch) vertretbar.

3.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Damit wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Anmerkungen 1. Das Bundesgericht (E. 2.1) schützt die Nichtanhandnahme vorab deshalb, weil es an einem gültigen Strafantrag gefehlt habe: Da dem Beschwerdeführer die Autorin des fraglichen Artikels bekannt gewesen sei, «wäre es ihm möglich und zumutbar gewesen, den Strafantrag gegen sie persönlich zu stellen». Der gegen «die Redaktion» des Mediums und nicht gegen die Autorin persönlich gerichtete Strafantrag sei ungültig.

Das scheint im Grundsatz unbestritten: Auch bei «Nichtmediendelikten» muss der Verletzte die Identität des präsumtiven Täters bekannt geben (Riedo, Der Strafantrag, Basel 2004, 401). Stutzig macht indes die bundesgerichtliche Ergänzung, an der Ungültigkeit des Strafantrages ändere nichts, «dass der Beschwerdeführer in der Begründung des Antrags den Namen der Autorin erwähnt».

Der Beschwerdeführer war so freundlich, dem Schreiben die damals eingereichte Rechtsschrift zur Verfügung zu stellen. Tatsächlich wurde der besagte Strafantrag unglücklicherweise als «Strafklage wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB) und Verleumdung (Art. 174 StGB) gegen [die] Redaktion [...]» bezeichnet. Im Zuge der Begründung wird freilich ohne Weiteres klar, wer als Verfasserin des fraglichen Artikels strafrechtlich verfolgt werden soll, dort steht nämlich (unter III./5.): «Die ›Freiburger Nachrichten‹ haben am 15. September 2010 einen Artikel publiziert, in dem sie tatsachenwidrig behaupten, der Kläger würde A. erneut als Lügner bezeichnen und hätte damit den am 12. Mai 2010 geschlossenen Vergleich gebrochen. Diese Behauptung entspricht dem Begehren A.s im Vollstreckungsgesuch. Die

Journalistin Y. hat den Artikel vom 15. September 2010 nach vorheriger Rücksprache mit A. verfasst. Der Kläger wurde von der Journalistin nicht befragt.»

Bei dieser Ausgangslage scheint es allzu formalistisch, den Strafantrag als ungültig zu qualifizieren: Rechtserhebliche Erklärungen sind nach Treu und Glauben auszulegen. Aus dem Text ergibt sich ohne Weiteres, wer als verantwortliche Autorin strafrechtlich zu verfolgen wäre. Der Strafantrag hätte als gültig betrachtet werden müssen. Das gilt umso mehr, als gerade bei Laieneingaben eine gewisse Grosszügigkeit walten muss (BGE 115 IV 1, 2 f.; Riedo, a. a. O., 399).

2. Das Bundesgericht scheint von seinen Erwägungen selbst nicht restlos überzeugt gewesen zu sein, jedenfalls sah es sich veranlasst, sich in einem längeren obiter dictum auch noch «materiell» zur Nichtanhandnahme zu äussern. Die fraglichen Ausführungen (E. 2.2) sind zu weiten Teilen nachvollziehbar, beschlagen aber interessanterweise nicht die Tatbestandsmässigkeit, sondern den sog. Wahrheitsbeweis

nach Art. 173 Ziff. 2 StGB. Die objektive Beweislast lag diesbezüglich bei der Beschuldigten, dennoch hat man ihr die Beweisführungslast abgenommen. Das ist zulässig, zumal hier eine eigentliche Beweiserhebung gar nicht erforderlich war – mit Blick auf den Grundsatz «in dubio pro duriore» hätte aber die Eröffnung einer Untersuchung kaum erstaunt.

3. Für einen Freiburger ist offenkundig, wer sich hinter «X.» verbirgt. X. protestiert und prozessiert regelmässig – mit berechtigten Anliegen (BGer, 12. I. 2011, 4A_594/2010), aber auch in Angelegenheiten, die einem Dritten nichtig scheinen mögen. Menschen wie X. machen es dem Staat und seinen Repräsentanten nicht immer einfach. Aber die Qualität eines Rechtsstaates bemisst sich nicht zuletzt daran, wie seine Behörden mit unbequemen Kritikern umgehen. In diesem Verfahren hat man es sich leicht gemacht. Das scheint verständlich – richtig ist es trotzdem nicht.

Prof. Christof Riedo, Freiburg

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

13-2

Zulässige Kritik an Nachfolger des verstorbenen Vaters

Akademiker; Ansehenschutz; Buch; Ehrverletzung; Geldbusse; Genugtuung; öffentliches Interesse; Urheberrechtskonflikt

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Constantinescu c. Rumänien» vom 11. Dezember 2012 (N° 32563/04)

In einem 2002 publizierten Buch über ihren verstorbenen Vater (einen bekannten Ökonomen) äusserte die Professorin Ileana Constantinescu u. a. Kritik an dessen Nachfolger I. E. Auf Strafklage wurde sie wegen Ehrverletzung zu einer Geldbusse und zur Bezahlung einer Genugtuung verurteilt.

Der Schuldspruch missachtete die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die im Buch erhobenen Vorwürfe seien zumindest von legitimem Interesse für die Öffentlichkeit gewesen. Dies gelte insbesondere für die Behauptung, I. E. habe ihren kranken Vater zur Abtretung seiner Urheberrechte an einem wissenschaftlichen Werk gedrängt. Der Schutz der Urheberrechte – gerade im akademischen Milieu – sei in der heutigen Gesellschaft von allgemeinem Interesse. Zwar konnte sie nicht belegen, dass ihre Vorwürfe auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhten. Die Autorin habe in gutem Glauben bemängelt, dass I. E. ein Problem mit der Berufsethik habe. Die ihr auferlegte Kombination von Geldbusse, Genugtuungssumme und Gerichtskosten sei unverhältnismässig.

13-3

Homosexueller Priester: im Text, aber nicht im Bild

Bildpublikation; Einwilligung; Foto; Genugtuung; Katholizismus; Namensnennung; Neugier; Persönlichkeitsschutz; Privatsphäre; sexuelle Orientierung; Voyeurismus; Wahrheitsbeweis; Wortbericht

Art. 8, 10 EMRK

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Verlagsgruppe News GmbH & Bobi c. Österreich» (N° 59631/09) und «Küchl c. Österreich» (N° 51151/06) vom 4. Dezember 2012

Die österreichischen Medien schilderten 2004 einen «Sexskandal» am Priesterseminar St. Pölten, wo sich Seminaristen kinderpornografisches Material aus dem Internet beschafft hatten. Die Wochenzeitschrift «Profil» berichtete am 5. Juli über Hausdurchsuchungen und eine Woche später unter dem Titel «Pornoaffäre: Trau dich doch» über «Fotobeweise von Sexspielen zwischen Priestern und deren Schülern». Auf den von Fahndern gefundenen Fotos seien «auch St. Pöltner Jungpriester in perversen Situationen, teils mit ihren Vorgesetzten, zu sehen».

Ein von «Profil» abgedrucktes Bild zeigte den in der Vorwoche zurückgetretenen Chef des Priesterseminars, Ulrich Küchl, an einer Geburtstagsfeier mit einem Seminaristen. Küchls linker Arm war um die Schulter des Schülers gelegt, während die rechte Hand im Genitalbereich seines Schülers zu ruhen schien. Gemäss dem «Profil»-Bericht bestreite Küchl, was auf dem Foto objektiv zu erkennen sei: «Wenn besagtes Organ auf dem Foto nicht zu sehen ist, dann ist das interpretierbar», ähnlich wie etwa das Verhalten von Fussballern miteinander.

Küchl ergriff sowohl gegen den Wortbericht als auch gegen die Fotopublikation verschiedene rechtliche Schritte. Das Wiener Oberlandesgericht bezeichnete die im «Profil»-Artikel geäusserten Vorwürfe im Mai 2006 als rechtmässig, da sie sich nach der Befragung verschiedener Zeugen im Wesentlichen als wahr erwiesen hätten und das Publikum fraglos das Recht auf Information über Vorfälle habe, die den von der katholischen Kirche verkündeten moralischen Standards widersprechen.

In einem separaten Gerichtsverfahren wurde «Profil» hingegen gestützt auf Art. 78 des österreichischen Urheberrechts die Bildpublikation untersagt. Das Foto berühre die Privatsphäre des Klägers. Dass Küchl die Vorwürfe homosexueller Annäherungen bestritten hatte und das Foto der Leserschaft erlaube, sich ein eigenes Bild darüber zu machen, vermöge die Publikation nicht zu rechtfertigen. Es handle sich allerdings um einen Grenzfall, bei dem die «Profil»-Verantwortlichen aus vertretbaren Gründen von der Rechtmässigkeit der Bildveröffentlichung ausgehen durften. Küchl wurde deshalb die beantragte finanzielle Entschädigung verweigert.

Sowohl der «Profil»-Verlag als auch Küchl beschwerten sich in Strassburg wegen einer Verletzung ihrer Menschenrechte. Der Gerichtshof schützt jedoch sowohl die Zulässigkeit des Wortberichts als auch das Verbot der Fotopublikation. Er erkennt keine ernsthaften Gründe, um von den Überlegungen

der österreichischen Justiz abzuweichen, und weist beide Beschwerden einstimmig ab. So teilt er die Auffassung der nationalen Gerichte, die Berichterstattung betreffe ein Thema von legitimen Interesse für die Allgemeinheit. Ein solches Interesse gebe es nicht nur bei der Berichterstattung über Politik und Verbrechen, sondern beispielsweise auch über Sportler oder Künstler. Kein Gehör findet der Einwand Küchls, die auf seine Person zugeschnittene Berichterstattung habe lediglich auf die Neugier und den Voyeurismus der Leserschaft abgezielt.

Zwar sei Küchl keine eigentliche Person des öffentlichen Lebens («public figure»), doch sei dies nur eines von verschiedenen Kriterien für die Zulässigkeit einer die Privatsphäre tangierenden Berichterstattung. Gegen die Namensnennung hat der EGMR nichts einzuwenden.

Es sei aber wichtig, zwischen der Wortberichterstattung und der Veröffentlichung des Bildes zu unterscheiden. Da sein Äusseres der breiten Öffentlichkeit vor der Publikation des Fotos nicht bekannt gewesen sei, tangiere sie sein Privatleben stärker als der Text des Artikels. Das Foto war von einem Seminaristen aufgenommen worden, nicht für Aussenstehende bestimmt und offensichtlich ohne Einwilligung Küchls publiziert worden. Hinzu kam, dass sich Küchl im Gegensatz zu Bischof Krenn, welcher die Homosexualität wiederholt in scharfen Worten geißelt hatte, nicht selber in die öffentliche Arena begeben hatte.

Dass dem unrechtmässig Abgebildeten keine Genugtuung zugesprochen worden war, wirft nach den Worten des Gerichtshofs schwierige Fragen auf. Es handle sich in der Tat um einen Grenzfall. Unter diesen Umständen habe der Staat durch die verweigerte Entschädigung seine Pflicht zum Schutz des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) nicht verletzt.

Anmerkungen Der Gerichtshof erinnert in seiner Urteilsbegründung mit gutem Grund an den Fall des Models Naomi Campbell, den er zwei Jahre zuvor entschieden hatte (Urteil «MGN Limited c. Grossbritannien» vom 18. 1. 2011, N° 39401/04; medialex 2011, 109 f. mit Anmerkungen von Regina Aebi-Müller). Auch dort wurde eine eigentlich in die Privatsphäre gehörende Wortberichterstattung der Presse (zum Thema des Alkoholismus) als rechtmässig eingestuft, zumal das Model entsprechende Vorwürfe vorher öffentlich abgestritten hatte.

Wie der Alkoholkonsum ist an sich auch die sexuelle Orientierung eines Menschen kein Thema für die gegen den Willen des Betroffenen erfolgende massenmediale Erörterung. Der Fall des Leiters eines katholischen Priesterseminars zeigt fast lehrbuchmässig, dass eine Ausnahme von der grundsätzlich nötigen Diskretion mitunter zulässig, ja im Interesse der öffentlichen Diskussion geradezu geboten sein kann – selbst wenn die Vorgesetzten im vorliegenden Fall ihre Priesterschüler gemäss dem Zeitungsbericht zu keinen sexuellen Handlungen genötigt hatten. Das Aufdecken eklatanter Widersprüche zwischen öffentlich gepredigten Moralvorstellungen einer mächtigen Institution wie der katholischen Kirche und dem eigenen Verhalten hochrangiger religiöser Würdenträger gehört geradezu zur Kernaufgabe einer kritischen Presse. Dass auch bislang weniger bekannte Betroffene beim Namen (und nicht nur mit ihrer Funktion)

genannt werden, scheint vor diesem Hintergrund zumindest vertretbar.

All dies heisst freilich nicht, dass bei der Berichterstattung jegliche Zurückhaltung über Bord geworfen werden dürfte. Die Differenzierung des Gerichtshofs zwischen Wort- und Bildberichterstattung vermag im Grundsatz zu überzeugen. Im Falle der heimlichen Aufnahme von Naomi Campbell bei den anonymen Alkoholikerinnen sprang die Unzulässigkeit eher ins Auge als in der vorliegenden Angelegenheit, die sowohl von der österreichischen Justiz als auch vom Gerichtshof mit Fug und Recht als Grenzfall bezeichnet worden ist. Angesichts des anscheinend beharrlichen Dementis war es jedenfalls nicht abwegig, den Leiter des Priesterseminars mit Bildmaterial zu konfrontieren, welches die Glaubwürdigkeit seiner Ausführungen in den Augen des interessierten Publikums ins Wanken brachte.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-4

Zulässige Kritik an Kommissionsmitgliedern

Akademiker; Ansehensschutz; Genugtuung; Kommissionsmitglieder; Medienfreiheit; Persönlichkeitsschutz; public figures; Tageszeitung; vulgäre Sprache; Werturteile

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Mengi c. Türkei» vom 27. November 2012 (N° 13471/05 und 38787/07)

Die Journalistin und Buchautorin Nesibe Ruhat Mengi publizierte 2003 in der Tageszeitung «Vatan» eine Reihe kritischer Artikel über die Arbeit der Kommission zur Revision des türkischen Strafgesetzbuchs. Diese hatte unter anderem vorgeschlagen, das Strafmass für bestimmte Delikte gegen Frauen und Kinder (u. a. Ehrenmorde und Vergewaltigungen) zu reduzieren.

Auf Zivilklage des u. a. wegen seines Alters persönlich angegriffenen Kommissionspräsidenten – eines betagten Strafrechtprofessors – wurden die Journalistin, der Chefredaktor und der Verlag zur Bezahlung einer Genugtuungssumme verurteilt. Eine weitere Verurteilung erfolgte auf Klage eines anderen Rechtsprofessors.

Der Gerichtshof beanstandet einstimmig eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Beide Kläger seien in der türkischen Öffentlichkeit bekannt genug, um als «public figures» eingestuft zu werden, welche sich härtere Kritik gefallen lassen müssen. Die Journalistin habe in harter Sprache grösstenteils Werturteile publiziert, welche den Rahmen zulässiger Übertreibung nicht sprengten. Zwar konnten die Kritisierten bestimmte Formulierungen als beleidigend empfinden. Der Gebrauch vulgärer Formulierungen sei aber durch die Meinungsfreiheit geschützt, zumal es sich dabei um ein zulässiges Stilmittel handeln könne. Der Eingriff war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

Anmerkungen Das Urteil im türkischen Fall liegt auf der Linie der bekannten Strassburger Rechtsprechung zur Kritik in politisch-gesellschaftlichen Streitfragen. Dass im Rahmen einer virulenten Kontroverse auch «auf den Mann» gespielt werden darf – zumindest wenn es sich um eine Person der Öffentlichkeit handelt –, ist nicht neu. Greifen sie nicht in die unterste Schublade völlig grundloser Beleidigungen, wird Medienschaffenden auch der Gebrauch vulgärer Formulierungen aus der Umgangssprache zugestanden. Der Gerichtshof verweist hiezu auf sein Urteil «Uj c. Ungarn» vom 19. 7. 2011 (medialex 2011, 213). Letzteres betraf zwar die Herabsetzung eines Produkts (Wein). Der EGMR wendet aber die diesbezüglichen Überlegungen offenbar ohne Weiteres auch auf die Kritik an «public figures» an.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-5

Verbot der «Holocaust auf dem Teller»-Kampagne in Deutschland zulässig

Holocaust; Meinungsfreiheit; Menschenwürde; Persönlichkeitsschutz; Publikationsverbot; Tierschutz; Zivilrecht

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «PETA Deutschland c. Deutschland» vom 8. November 2012 (N° 43481/09)

PETA Deutschland, ein eingetragener Verein, setzt sich für die Rechte der Tiere ein. Sie ist eine Schwesterorganisation der in den USA ansässigen PETA (People for the Ethical Treatment of Animals). Diese hatte im Jahr 2003 eine Ausstellung unter dem Titel «Holocaust on your Plate» veranstaltet. Sie bestand aus acht knapp 6 m² grossen Plakaten, auf denen einander beispielsweise das Bild einer grossen Menge von KZ-Häftlingen und eines von Batteriehühnern, oder etwa ein Bild übereinander liegender Leichen eines Konzentrationslagers und ein Bild eines Haufens getöteter Schweine gegenübergestellt wurden. Nach scharfen Protesten insbesondere der Anti-Defamation League und des United States Holocaust Memorial Museum zog PETA die Ausstellung zurück.

PETA Deutschland plante, die Ausstellung im März 2004 in Berlin zu zeigen. Nachdem der Präsident und die Vizepräsidenten des Zentralrates der Juden in Deutschland von diesem Vorhaben erfahren hatten, beantragten sie beim Landgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen Verletzung ihrer Persönlichkeit, mit welcher die Ausstellung verboten werden sollte. Das Gericht erliess eine entsprechende Verbotsverfügung und gab im nachfolgenden Hauptsacheverfahren der Klage der Genannten statt. Eine Berufung von PETA Deutschland blieb erfolglos.

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde von PETA Deutschland nicht zur Entscheidung an (1 BvR 2266/04 vom 20. Februar 2009). Das Verbot der Ausstellung erschien der zuständigen Kammer verfassungsrechtlich

haltbar. Entscheidend war für die beschliessende Kammer die folgende Argumentation:

Anders als die Vorinstanzen hielt sie fest, in der Gegenüberstellung der Fotografien der KZ-Häftlinge und der Tiere liege keine Verachtung des Eigenwerts der Opfer des Holocaust als Menschen. Sie verletze deshalb die Menschenwürde der Holocaustopfer nicht.

Allerdings sei durch die Ausstellung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kläger verletzt worden. Zunächst werde die kategoriale Unterscheidung zwischen Menschen und Tieren nicht nur durch eine empirische Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung getragen, sondern sei auch im Grundgesetz verankert. Aus diesem Grund könne die Kampagne von PETA als Bagatellisierung und Banalisierung des Schicksals der Holocaustopfer bewertet werden. Zudem bestehe in Deutschland aufgrund der historischen Erfahrungen eine besondere moralische Verantwortung den dort lebenden Juden gegenüber.

Gegen diesen Beschluss erhob PETA Deutschland eine Beschwerde, die der EGMR (5. Abteilung) einstimmig abweist. Das Gericht äussert sich dabei insbesondere zur Verhältnismässigkeit des Eingriffs («necessary in a democratic society»). Es qualifiziert zunächst die infrage stehenden Äusserungen als solche von öffentlichem Interesse («politische» Äusserungen in einem weiteren Sinn), die nur zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter eingeschränkt werden dürfen («weighty reasons»). Anschliessend hält es fest, die deutschen Gerichte hätten sich eingehend mit den grundrechtlichen Fragestellungen befasst und skizziert die dabei vorgebrachten Argumente.

Die eigentliche Begründung des Gerichts umfasst lediglich zwei Ziffern (Ziff. 49 und 50). Der Fall könne nicht vom historischen und sozialen Kontext gelöst werden, in welchem die fraglichen Äusserungen hätten stattfinden sollen. Die Bezugnahme auf den Holocaust sei im besonderen Zusammenhang der deutschen Vergangenheit zu sehen, und es sei die erhöhte Verantwortung Deutschlands den in Deutschland lebenden Juden gegenüber mit zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hätten die deutschen Gerichte genügend tragfähige Gründe für das Verbot gegeben.

Zudem stehe hier lediglich ein zivilrechtliches Verbot infrage, gewisse Plakate öffentlich zu zeigen, und es seien keine strafrechtlichen Sanktionen ergriffen worden. Darüber hinaus hätten die Beschwerdeführer nicht dargetan, dass ihnen keine anderen Möglichkeiten offen stünden, die Öffentlichkeit auf das Thema des Tierschutzes aufmerksam zu machen.

In ihrer concurring opinion kritisieren die Richter Zupančič und Spielmann, die Mehrheitsmeinung relativiere einen inakzeptablen Gebrauch der Meinungsfreiheit (Ziff. 3). Dies sei Ausdruck einer Beliebigkeit, in welcher alles möglich, alles relativ und alles «for sale» sei. Die Unterscheidung zwischen Gut und Böse, zwischen dem Richtigen und dem klar Falschen sei dabei lediglich eine Frage der Meinung, wie wenn vernünftige Männer («reasonable men») darüber vernünftig unterschiedlicher Meinung sein könnten (Ziff. 4). Wenn Menschen in ihrem Leiden und ihrer würdelosen Behandlung mit Hühnern und Schweinen verglichen werden, um für die Rechte der Tiere zu werben, würden sie nicht mehr als Zweck an sich behandelt, sondern als Mittel zu anderen Zwecken (Ziff. 14 und 15). Der Gerichtshof, so die beiden Richter, hätte eine klare Grenze ziehen sollen.

Anmerkungen 1. Es fällt auf, dass der EGMR auf eine eigene Argumentation weitgehend verzichtet und sich im Wesentlichen mit der Feststellung begnügt, die deutschen Gerichte hätten die Fragen der Meinungsfreiheit differenziert geprüft und aufgrund der historischen Verhältnisse trage Deutschland eine besondere Verantwortung den dort lebenden Juden gegenüber. Das Strassburger Gericht legt nicht dar, welche Interessen sich gegenüberstehen und führt keine explizite Güterabwägung durch.

Dieser Mangel wird nicht kompensiert durch eine besonders eingehende innerstaatliche grundrechtliche Analyse. Beim Beschluss des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich lediglich um eine Nichtanhandnahmeverfügung, die sich in materieller Hinsicht nicht im Detail mit dem Fall auseinandersetzt (obwohl das Gericht nicht in der Sache entscheidet, kann es die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde prüfen; siehe dazu Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012, 448 ff.). Entsprechend kurz ist deshalb auch die Argumentation des Karlsruher Gerichts.

Dazu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht einen wesentlichen Aspekt der Begründung der beiden Vorinstanzen ausdrücklich ablehnt. Das Landgericht Berlin begründete seinen Entscheid ausdrücklich nicht aufgrund einer Güterabwägung, sondern auf der – vom Bundesverfassungsgericht verworfenen – Annahme, im vorliegenden Fall sei die Menschenwürde der Betroffenen verletzt, weshalb sich eine Abwägung erübrige (siehe die Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 22. April 2004, 27 O 207/04, abgedruckt in AfP 2004, 461 ff.). Das Kammergericht hatte seinerseits im Wesentlichen die Begründung des Landgerichts übernommen (so die Charakterisierung durch das Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2266/04, Ziff. 6). Die einzige eingehende – aber rechtlich nicht zutreffende – Begründung des Verbots der Ausstellung findet sich deshalb im erstinstanzlichen Urteil des Landgerichts Berlin.

Damit zeigt sich die erstaunliche Situation, dass sich im Verlaufe von neun Jahren vier Instanzen mit dem Fall befassten, aber kein einziges Urteil vorliegt, welches eine richtige, umfassende und für sich tragfähige grundrechtliche Prüfung vornimmt. Vor diesem Hintergrund wäre es zumindest wünschenswert gewesen, wenn der EGMR seinen Entscheid einlässlicher begründet hätte.

2. Im Zentrum der Begründung durch das Bundesverfassungsgericht, dem sich der EGMR implizit anschliesst, steht die Überlegung, dass das Schicksal der Holocaustopfer durch den Vergleich mit den Tieren bagatellisiert und banalisiert wird (1 BvR 2266/04, Ziff. 25, EGMR-Entscheid, Ziff. 49). Ein Problem dieses Arguments besteht darin, dass es von jener kategorialen Unterscheidung zwischen Menschen und Tieren ausgeht, die von PETA gerade bestritten wird. Im Zentrum der Ausstellung stand die Absage an ein anthropozentrisches Weltbild mit der Gegenaussage, Mensch und Tier könnten nicht radikal voneinander unterschieden und müssten deshalb auch in grundsätzlich gleicher Weise behandelt werden. Aus Sicht der Meinungsfreiheit erscheint es fragwürdig, eine solche Meinungsäußerung mit dem Argument zu verbieten, sie sei unzutreffend; hier geht es nicht um konfligierende Tatsachenbehauptungen, sondern um letztlich weltanschaulich geprägte Äußerungen, die keines strengen Beweises zugänglich sind. Die Kontroverse über das Verhältnis zwischen Mensch und Tier ist eine jener Auseinandersetzungen, bei denen sich die richtige Meinung – wenn überhaupt – erst als Ergebnis zwi-

schenmenschlicher Kommunikation herauskristallisiert und dieser nicht vorangeht.

Das Bundesverfassungsgericht hatte dieses Problem erkannt und deshalb ausgeführt, vorliegend spreche nicht lediglich eine empirische Mehrheitsmeinung für die Anerkennung eines kategorialen Unterschieds; vielmehr sei ein solcher auch im Grundgesetz selber verankert. Damit löst das Gericht das Problem zwar nicht, vermag aber zumindest auf einen verfassungsrechtlich kristallisierten gesellschaftlichen Konsens zu verweisen. Im Entscheid des EGMR findet sich kein Hinweis auf diese wichtige Passage des Karlsruher Beschlusses.

3. Im Ergebnis dürfte der vorliegende Strassburger Entscheid dahingehend zu verstehen sein, dass das infrage stehende Verbot der PETA-Ausstellung in Deutschland gerechtfertigt ist, nicht aber in anderen Ländern. Der Gerichtshof selber hält ausdrücklich fest, dass sein Ergebnis durch abweichende Urteile von Gerichten anderer Länder nicht infrage gestellt werde (Ziff. 49).

Damit spielt er wohl auf den Entscheid des Obersten Gerichtshofs Österreichs vom 12. Oktober 2006 (6Ob321/04f) an. Dieser wies einen Antrag auf ein Verbot (Erlass einer einstweiligen Verfügung) der gleichen PETA-Ausstellung in Wien ab. Er hielt fest, «(e)in allgemeines Verbot, die Verbrechen und Gräueltaten des NS-Staats zu Vergleichszwecken in Meinungsäußerungen heranzuziehen», gebe es nicht. Der OGH charakterisierte die Kampagne zwar «durchaus als pietätlos, geschmacklos, überzogen und sogar als unmoralisch». Drastische Vergleiche seien aber zulässig, und er gelangte aufgrund einer Abwägung der berührten Interessen zum Schluss, die Meinungsfreiheit überwiege.

4. Auch die concurring opinion der Richter Zupančič und Spielmann liest den Entscheid als spezifisch auf Deutschland zugeschnitten. Die beiden Richter kritisieren, dass damit ein inakzeptabler Gebrauch der Meinungsfreiheit relativiert werde (Ziff. 3). Sie meinen damit wohl eher, dass das Verbot einer solchen Grundrechtsausübung relativiert werde. Dieser Einwand übersieht allerdings, dass auch im Falle einer generellen, für alle Staaten gültigen Begründung für diese keine Verpflichtung bestanden hätte, die Ausstellung zu verbieten.

Die concurring opinion macht einen sehr engagierten, aber wenig durchdachten Eindruck. Der Hinweis auf Kants kategorischen Imperativ trägt schon deshalb nicht, weil sich daraus lediglich ergibt, dass die Behandlung eines Menschen *nur* als Instrument und nicht *auch* als Zweck mit der ihm innewohnenden Würde unvereinbar ist. Die infrage stehende Ausstellung aber erlangt ihren schockierenden Aussagegehalt erst daher, dass zunächst das unbeschreibliche Leiden in den deutschen Konzentrationslagern in den Vordergrund gerückt wird. Dadurch werden die abgebildeten Opfer in ihrem Leiden anerkannt und nicht allein als Instrumente missbraucht.

Die beiden Richter scheinen trotzdem felsenfest davon überzeugt zu sein, dass die Ausstellung von PETA die Grenzen des Zulässigen überschritt. Sie begründen diese Überzeugung allerdings kaum. Sie fragen, wo die Grenze denn gezogen werden könnte, wenn nicht hier. Es sei schwierig, sich einen Sachverhalt vorzustellen, welcher das Gewissen mehr schockiere als die infrage stehenden Äußerungen. Sie verweisen für diese Aussage ausdrücklich auf den ehemaligen Richter des U.S. Supreme Court, Felix Frankfurter. Dieser hatte im Entscheid *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) die Formel geprägt, dass das Verhalten von Polizisten dann

die Due-Process-Klausel des 14. Zusatzartikels zur U.S. Verfassung verletze, wenn «it shocks the conscience». Damit wollte Frankfurter diese Verfassungsgarantie nur dann zur Anwendung bringen, wenn grösste Verfahrensfehler vorliegen (in *Rochin* hatten die Polizisten versucht, einem Mann die Finger in den Mund zu stecken, damit er eine Kapsel erbrechen, die er vorher zu sich genommen hatte; nachdem dies ohne Erfolg war, brachten sie ihn in ein Spital, wo ihm zwangsweise ein Rohr in den Hals eingeführt wurde, bis er erbrach).

In diesem Hinweis auf Justice Frankfurter liegt eine gewisse Ironie. Während die Richter Zupančič und Spielmann mit dem «shocks the conscience»-Standard für eine *Ausdehnung* der gerichtlichen Intervention plädieren, diente er Frankfurter dazu, die gerichtliche Einmischung so weit als möglich *ein-zuschränken* und so viel judicial restraint zu üben wie irgend möglich. So gilt heute Frankfurter als jener Richter im U.S. Supreme Court des 20. Jahrhunderts, der am konsequentesten für judicial restraint plädiert hatte (dazu etwa Domnarski, *The Great Justices 1941–54: Black, Douglas, Frankfurter, and Jackson in Chambers*, Ann Arbor 2006, 61 ff. oder Urofsky/Frankfurter: *Judicial Restraint and Individual Liberties*, Boston 1991).

5. Der vorliegende Entscheid ist auch aus rechtsvergleichender Perspektive interessant. Die Ausstellung wäre in den USA durch die Meinungsfreiheit geschützt worden; entsprechend wurde gegen sie nicht auf dem gerichtlichen Weg vorgegangen (eine LEXIS-Suche in sämtlichen Gerichten des Bundes und der Gliedstaaten ergibt keinen einzigen Treffer). Vielmehr entfachte sie vehemente Proteste aus der Zivilgesellschaft und wurde aus diesem Grund zurückgezogen. In Deutschland dagegen verboten die Gerichte die infrage stehenden Äusserungen, und es dauerte rund neun Jahre, bis mit dem vorliegend diskutierten Urteil die Angelegenheit juristisch abgeschlossen werden konnte.

Es stellt sich die Frage, ob in der kontroversen öffentlichen Auseinandersetzung letztlich nicht die grössere Chance liegt, den Antisemitismus aus der Gesellschaft zu verbannen, als in der durch eine überlastete Justiz erzwungenen Stille. Der vorliegend diskutierte Fall illustriert den von Richter Brandeis im Rahmen der Meinungsfreiheit formulierten berühmten Grundsatz, dass das wirksamste Mittel gegen destruktive und gefährliche Äusserungen die engagierte Entgegnung in der Öffentlichkeit ist – also Kommunikation, und nicht staatlich erzwungenes Schweigen (Brandeis, *concurring in Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 f. [1927]).

Prof. Markus Schefer, Basel

13-6

Zulässige Kritik an rechtsbrechendem Stadtrat

Ansehensschutz; Ehrverletzung; fairer Kommentar; Geldbusse; Kriminalitätsvorwurf; Politiker; reisserische Formulierung; Übertreibung; Vorverurteilung; Wochenzeitung

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Jucha & Zak c. Polen» vom 23. Oktober 2012 (N° 19127/06)

Die polnische Wochenzeitung «TEMI» berichtete im Jahr 2004 in sechs Artikeln über den Lokalpolitiker Marek C. Gestützt auf Auskünfte früherer Mitarbeiter des Politikers wurde er u. a. als egozentrische und rücksichtslose Person bezeichnet, die sich seit Jahren am Rande des Gesetzes bewege oder es verletze. Er sei in strafbare Aktivitäten verwickelt. Ein Untertitel lautete «Stadtrat – Straftäter?». Auf Klage des angegriffenen Politikers verurteilte die polnische Strafjustiz eine Journalistin und den Chefredaktor wegen Ehrverletzung zu einer Geldbusse von umgerechnet je 125 Euro.

Dies verletzt nach einstimmiger Ansicht des EGMR die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Gewählte Volksvertreter müssten mit intensiver Beobachtung leben, was für eine kontroverse Figur ganz besonders gelte. Die polnische Strafjustiz habe die Formulierung der Zeitung übertrieben restriktiv und formalistisch interpretiert. Zwar könne der Hinweis auf strafbare Aktivitäten als übertrieben eingestuft werden, doch der Vorwurf des Rechtsbruchs sei hinreichend belegt und als fairer Kommentar zu einer die Öffentlichkeit interessierenden Angelegenheit zu betrachten. Werde die Berichterstattung in ihrer Gesamtheit beurteilt, so handle es sich nicht um eine grundlose persönliche Attacke und werde der Rahmen erlaubter Zuspitzung nicht gesprengt.

13-7

Rechtswidrig: Publikation der Wohnadresse einer Schauspielerin

Adresspublikation; Neugier; öffentliches Interesse; Persönlichkeitsschutz; Privatsphäre; Prominente; public figure; Schauspielerin; Schutzpflicht; Zeitung

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Alkaya c. Türkei» vom 9. Oktober 2012 (N° 42811/06)

Der Gerichtshof hat die Beschwerde der in der türkischen Öffentlichkeit bekannten Schauspielerin Yasemin Alkaya gutgeheissen, deren präzise Adresse die Tageszeitung «Akşam»

drei Tage nach einem Einbruch in ihre Privatwohnung publiziert hatte. Die persönlichkeitsrechtliche Klage der seither immer wieder in ihrer Wohnung gestörten Schauspielerin wies die türkische Ziviljustiz ab.

In ihrem einstimmig gefällten Urteil erinnert die 2. Kammer des EGMR daran, dass die blossе Befriedigung der Neugier der Leserschaft über das Privatleben von Prominenten keinen triftigen Grund für eine Beschränkung des Privatlebens darstellt. Der Gerichtshof schliesst zwar nicht aus, dass ein Medienbericht über den Einbruch bei einer «public figure» einen gewissen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse (etwa über das Phänomen der Kriminalität) zu leisten vermöge. Es sei aber schleierhaft, weshalb sich die Zeitung ohne Einverständnis der Betroffenen entschloss, die exakte Wohnanschrift zu veröffentlichen.

«36. (...) la Cour n'aperçoit aucun élément (...) susceptible d'éclairer les raisons d'intérêt général pour lesquelles le journal a décidé de divulguer sans l'accord de la requérante (...), l'adresse domiciliaire précise de celle-ci.

39. (...) les juridictions nationales semblent n'avoir pas non plus pris en compte les répercussions éventuelles sur la vie de la requérante de la diffusion, dans un quotidien à tirage national, de son adresse domiciliaire ce, quelques jours seulement après qu'elle eut été victime d'un cambriolage, et alors même qu'elle s'était plainte des comportements déplacés de personnes venues l'attendre devant chez elle et du sentiment d'insécurité renforcé qui en était résulté.»

Da die türkische Justiz die nötige Abwägung zwischen den Privatinteressen und den (öffentlichen) Interessen an einer Publikation unterlassen hatte, missachtete sie ihre Pflicht zum Schutz der Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK). Der Gerichtshof verurteilt die Türkei zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 7500 Euro.

Anmerkungen In seinem Kern war dies für den Gerichtshof allem Anschein nach ein klarer Fall: Ein berechtigtes Interesse für die Veröffentlichung des präzisen Wohnorts der Schauspielerin war weit und breit nicht zu erkennen.

Es mag durchaus Fälle geben, in denen der Wohnort von Prominenten auch ohne deren Einwilligung öffentliche Erwähnung verdient, etwa bei Bauvorhaben von Spitzensportlern, beim Kauf geschichtsträchtiger Bauten oder bei Nachbarschaftskonflikten unter Topverdienern. Hier war aber nichts auszumachen, was über die Befriedigung der Neugier hinausgereicht und so die Unannehmlichkeiten für die Schauspielerin zumindest ansatzweise zu legitimieren vermocht hätte. Die Lektüre der Urteilsbegründung erweckt den Eindruck, dass über einen ziemlich eindeutigen (gedankenlosen?) publizistischen Fehltritt in einer nicht weltbewegenden Angelegenheit zu befinden war.

Weniger klar waren die (finanziellen) Konsequenzen dieser Feststellung. Die Schauspielerin war der Ansicht, die von der türkischen Ziviljustiz nicht geahndete Persönlichkeitsverletzung rechtfertige eine Entschädigung für immaterielle Unbill in der Höhe von 20000 Euro. Der vom Gerichtshof ohne jede Begründung zugesprochene Betrag von 7500 Euro ist – auch gemessen an der Kaufkraft in der Türkei – immer noch substanzial.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-8

Zulässige Kritik an tatverdächtigen Expolizisten

Ansehensschutz; Beschleunigungsgebot; chilling effect; Genugtuung; Informationsquelle; Korruptionsverdacht; Medienmitteilung; Persönlichkeitsschutz; reisserische Formulierung; Tageszeitung; Tatverdacht; Unschuldsvermutung; Verfahrensdauer; Verfahrenseinstellung; Vorverurteilung

Art. 6 Abs. 1, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Yordanova & Toshev c. Bulgarien» vom 2. Oktober 2012 (N° 5126/05)

In einer Medienmitteilung berichtete die Pressestelle des bulgarischen Innenministeriums 1996 über die Verhaftung des früheren Nachrichtendienstmitarbeiters N. T., dem Amtsmissbrauch und die Annahme finanzieller Vorteile vorgeworfen wurde. Wenig später gab ein Vertreter der militärischen Staatsanwaltschaft gegenüber der Presse weitere Einzelheiten über die Hausdurchsuchung (Fund «eines Sacks geheimer Dokumente») und die Verwicklung der Ehefrau von N. T. bekannt.

Wie die anderen Medien berichtete die Tageszeitung «Trud» tags darauf ausführlich über den Fall. N. T. wurde in den folgenden Jahren zwar sechs Mal vor Gericht gestellt, doch kam es wegen prozessualer Mängel nie zu einer Verurteilung. 2003 wurde das Verfahren eingestellt. 1999 hatte N. T. eine Zivilklage gegen den Herausgeber, den Chefredaktor und eine Journalistin der Tageszeitung «Trud» eingereicht. Diese wurde 2000 in erster Instanz abgewiesen, da sich die umstrittenen Zeitungsberichte auf zuverlässige öffentliche Quellen gestützt hätten. Nach längerem Hin und Her erfolgte aber 2004 eine Verurteilung zur Bezahlung einer Genugtuungssumme wegen Persönlichkeitsverletzung. Der Journalist wurde u. a. vorgeworfen, sie habe nicht ausreichend recherchiert, denn sämtliche Informationen (auch solche aus amtlicher Quelle) müssten durch zumindest zwei unabhängige Quellen abgesichert sein. Zudem habe sie die Identität des Staatsanwalts nicht aufgeklärt.

Der EGMR kommt einstimmig zum Schluss, dass die Verurteilung die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtet. Der auf das Leserinteresse abzielende reisserische Ton der Berichterstattung sei für sich genommen nicht problematisch, zumal keine grundlos beleidigenden Formulierungen verwendet wurden. Massstab könne nicht sein, wie die Justiz die Verdachtslage in einem solchen Fall schildern würde. Die Frage sei vielmehr, ob die Mediendarstellung die Grenzen des verantwortlichen Journalismus respektiere. Dies sei vorliegend geschehen.

Die Journalistin habe auf irrelevante oder private Details verzichtet und ihre Quellen transparent gemacht. Behördliche Mitteilungen über hängige Straffälle seien in einer demokratischen Gesellschaft zulässig, falls sie vorsichtig formuliert sind und die Unschuldsvermutung beachtet wird. Durch ihre Informationstätigkeit orientieren die Behörden die Öffentlichkeit über ihre Anstrengungen zur Verbrechensbekämpfung, was fraglos im öffentlichen Interesse liege. Zwar habe N. T. das le-

gitime Interesse, sich vor unbegründeten und schädlichen Vorwürfen zu schützen. Dieses hätte er mit Verfahren gegen die orientierenden Behörden durchsetzen müssen. Der Journalistin hingegen sei kein Fehlverhalten anzulasten. Werde das Verhalten einer Medienschaffenden an einem übermässig strengen Massstab gemessen, könnte dies die Medienbranche davor abschrecken, das Publikum zu informieren.

Verneint hat der Gerichtshof hingegen eine Verletzung des Anspruchs auf ein Urteil innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot nach Art. 6 Abs. 1 EMRK). Die Dauer des bulgarischen Verfahrens von fünf Jahren und acht Monaten sei angesichts der Auswirkungen des Prozesses auf die berufliche Reputation der eingeklagten Journalistin zwar bedauerlich lang, aber nicht unvernünftig.

13-9

Inakzeptable Prügel für Demo-Berichtserstatter

Demonstration; Erkennbarkeit; Journalist; Medienfreiheit; Misshandlung; Zeitung

Art. 3, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Najafli c. Aserbeidschan» vom 2. Oktober 2012 (N° 2594/07)

Der Chefredaktor der Zeitung «Boz Qurd» wollte 2005 über eine unbewilligte Demonstration der Opposition in Baku berichten. Im Rahmen der Auflösung der Kundgebung durch die Sicherheitskräfte gab er sich nach eigenen Angaben gegenüber der Polizei als Reporter zu erkennen. Er wurde wie fünf andere Berufskollegen schwer geschlagen und durch die Polizeistöcke erheblich verletzt. Im anschliessenden Strafverfahren konnte der dafür Verantwortliche nicht ermittelt werden.

Einstimmig bejaht der Gerichtshof eine Verletzung des Verbots grausamer und unmenschlicher Behandlung (Art. 3 EMRK) und der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Der Einsatz physischer Gewalt sei unnötig, übertrieben und inakzeptabel gewesen. Der Gerichtshof verwarf den Einwand, der Medienschaffende sei für die Polizei nicht als solcher zu erkennen gewesen. Er habe zwar keine blaue Weste, wohl aber einen entsprechenden Badge getragen und seinen Beruf ausdrücklich genannt. Dass die Sicherheitskräfte nicht darauf abgezielt hatten, den Medienschaffenden in seiner Berufsausübung zu behindern, ist für den Gerichtshof unerheblich. Das Verhalten der Polizei war ungesetzlich, diene keinem legitimen Zweck und war unverhältnismässig. Der Gerichtshof spricht dem Medienschaffenden eine Genugtuung von 10000 Euro zu.

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

13-10

BGÖ: keine Gebührenbefreiung für Medienschaffende

Äquivalenzprinzip; Gebührenbefreiung; Informationsfreiheit; Kostendeckungsprinzip; Medien; Medienfreiheit; überwiegendes öffentliches Interesse; Zugangsgesuch

Art. 16 Abs. 3, 17 BV; Art. 10 Abs. 4 Bst. a, 17 BGÖ; Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllGebV; Art. 14 VBGÖ

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. November 2012 (A-1200/2012)

Auch Medienschaffende können bei der Einreichung eines Zugangsgesuchs nach Öffentlichkeitsgesetz zur Zahlung einer Gebühr verpflichtet werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden und eine entsprechende Beschwerde abgewiesen. Die Forderung nach Gebührenfreiheit für Medien könne weder aus den Grundrechten der Informations- und Medienfreiheit noch aus dem BGÖ und der dazugehörigen Verordnung (VBGÖ) abgeleitet werden. Zudem bestehe nicht per se bei allen Gesuchen von Medienschaffenden ein überwiegendes öffentliches Interesse, weshalb auch die Gebührenbefreiung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllGebV nicht automatisch zum Zug komme.

Ein Redaktor der Zeitschrift «K-Tipp» ersuchte beim Bundesamt für Energie (BFE) um Einsicht in die Dokumente zu den Kontrollen der Energieetiketten von Elektrogeräten im Jahr 2010. Das BFE gewährte ihm, nachdem es einige Stellen geschwärzt hatte, teilweise Einsicht in das Dokument «Projektbericht Marktüberwachung Energieetikette 2010». Zudem erhob es eine Gebühr von CHF 250.–. Gegen diese Gebührenverfügung gelangte der Gesuchsteller ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte deren Aufhebung. In seiner Beschwerde bringt er vor, den Medien komme für die Meinungsbildung in einer Gesellschaft eine wichtige Rolle zu. Die Erfüllung dieser Aufgabe werde durch den Staat behindert, wenn er für die Erteilung von Informationen Gebühren verlange. Damit werde das Öffentlichkeitsprinzip unterlaufen.

Das Bundesverwaltungsgericht ging in einem ersten Schritt auf die Stellung von Medienschaffenden ein, bevor es sich mit der konkret auferlegten Gebühr von CHF 250.– auseinandersetzte. In seinen Erwägungen hielt es fest, dass es keinen Eingriff in die Informations- bzw. Medienfreiheit (Art. 16 Abs. 3 und Art. 17 BV) darstelle, wenn der Staat einem Medienschaffenden Gebühren auferlegt, welche durch dessen Gesuch entstanden sind. Bei den Grundrechten der Informations- und Medienfreiheit handle es sich um klassische Abwehrrechte. Die Forderung nach Gebührenfreiheit wäre aber eine Forderung nach einer (unentgeltlichen) staatlichen Leistung, die aus den Grundrechten nicht hergeleitet werden könne. Auch aus Art. 10 Abs. 4 Bst. a BGÖ, so das Bundesverwaltungsgericht weiter,

könne keine generelle Befreiung der Medien bzw. der Medienschaffenden von der Gebührenpflicht abgeleitet werden. Ebenso habe der Ordnungsgeber eine solche in der VBGO nicht vorgesehen. Weiter vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht, es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass bei Anfragen von Medienschaffenden generell ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe und deshalb eine kostenlose Behandlung gemäss Art. 14 VBGO i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV erfolgen müsse. Unter die gebührenfreien Leistungen würden nur solche fallen, die erhebliche Bedeutung für die Öffentlichkeit haben und somit geradezu existenziell sind. Dies sei beim vom Gesuchsteller bearbeiteten Themenbereich nicht der Fall, weshalb ein überwiegendes öffentliches Interesse verneint werden müsse und eine Gebührenbefreiung nicht infrage komme. Somit kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Gebührenauflegung aufgrund von Art. 17 BGÖ auch gegenüber Medienschaffenden erfolgen kann.

In einem zweiten Schritt prüfte das Bundesverwaltungsgericht die konkrete Kostenauflegung in der Höhe von CHF 250.–. Der gesuchstellende Journalist kritisiert den geltend gemachten Aufwand von fünf Stunden, der gemäss BFE durch die Sichtung verschiedener Akten, ein Gespräch über die getroffene Auswahl und die anschliessende Anonymisierung entstand. Der Gesuchsteller brachte einerseits vor, der Arbeitsaufwand sei nicht aufgrund seines Gesuchs entstanden, sondern bereits früher im Zusammenhang mit seiner Anfrage per E-Mail. Das Bundesverwaltungsgericht sah allerdings keinen Grund, daran zu zweifeln, dass der vom BFE in Rechnung gestellte Arbeitsaufwand erst nach Einreichung des Gesuchs angefallen ist. Auch das Argument des Gesuchstellers, dass sein Gesuch nur durch die ungenügende Beantwortung seiner E-Mail-Anfrage notwendig wurde, geht nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts fehl. Der Arbeitsaufwand des BFE wäre so oder so in den Bereich von Art. 17 BGÖ gefallen, weshalb der Gesuchsteller auch die entstandenen Kosten tragen müsse. Schliesslich beurteilte das Bundesverwaltungsgericht auch die in Rechnung gestellten fünf Stunden als angemessen. Auch wenn als Endresultat einer Anonymisierung nur einige wenige Stellen in einem Dokument geschwärzt werden müssten, sei die Verwaltung trotzdem verpflichtet, das Dokument Satz für Satz zu prüfen. Dies könne einen nicht unerheblichen Aufwand zur Folge haben. Zudem habe das BFE neben der eigentlichen Anonymisierung das Dokument auch noch sichten müssen, und zudem habe ein interner Austausch stattgefunden. Folglich wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab, da es zum Ergebnis gelangte, dass sich die Gebühr von CHF 250.– für die Einsicht in das amtliche Dokument auf eine gesetzliche Grundlage stützt, angemessen ist und weder das Äquivalenz- noch das Kostendeckungsprinzip verletzt.

Annotations Ce premier jugement sur l'épineuse question des émoluments perçus pour accéder aux documents officiels était très attendu. On sait en effet que si la loi sur la transparence dispose que l'accès est payant (art. 17 al. 1), elle ne fait néanmoins pas de ce principe une règle absolue. Quelques exceptions ont été consenties. Certaines sont claires. Ainsi l'accès est gratuit si la demande occasionne des coûts inférieurs à 100 francs (art. 15 OTrans); de même

la procédure de médiation devant le Préposé à la transparence n'est pas facturée (art. 17 al. 2 LTrans). D'autres exceptions sont plus floues, laissant une vaste marge d'appréciation à l'autorité requise; on songe à la réduction de l'émolument, voire à sa remise, en cas de refus d'accès ou d'accès partiel. On songe aussi et surtout à l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol, RS 172.041.1); cette disposition, à laquelle renvoie l'art. 14 OTrans, prévoit qu'il «est possible de renoncer à percevoir des émoluments lorsque la décision ou la prestation sert un intérêt public prépondérant (...)».

Autant dire que les moyens d'assouplir la règle de l'accès coûtant ne manquent pas. Encore faut-il les mettre en œuvre en gardant toujours à l'esprit l'objectif premier de la LTrans qui est de renverser le paradigme du secret et de faire toute la lumière sur «la mission, l'organisation et l'activité de l'administration» (art. 1 LTrans). Cet objectif fondamental le Tribunal administratif fédéral l'a malheureusement perdu de vue. Sa décision de faire passer à la caisse un magazine pour les consommateurs qui enquêtait sur les tenants et aboutissants de l'étiquette-énergie pour les appareils électroménagers tient en effet plus de la basse comptabilité que de la haute justice. On l'aura compris: le présent jugement déçoit profondément.

Il déçoit parce qu'il fait peu de cas de la mission de la presse. Certes, la législation sur la transparence ne lui fait de faveur qu'en ce qui concerne l'examen de la requête: actualité oblige, l'autorité requise est priée de traiter les requêtes émanant des médias avec célérité (art. 9 OTrans). Reste que le message à la LTrans envisage expressément «des facilités en matière de paiement des émoluments» pour les journalistes (FF 2003 1860). Même si cette injonction ne s'est pas concrétisée par l'adoption d'une norme spécifique en la matière, elle doit être prise en compte lors de la pondération des intérêts voulue par l'art. 3 al. 2 l'OGEmol: dans la balance, les requêtes de la presse pèseront plus lourd que celles des simples particuliers. Et ce tout particulièrement, lorsque sont en jeu des thématiques sociétales, telles en l'espèce les économies d'énergie. N'envisager, comme le fait le TAF (consid. 4.3.1.3), une remise de l'émolument pour la presse que si elle aborde des sujets *existentiels* est par trop limitatif. Qui plus est, cela revient à ériger l'autorité requise en juge de l'importance ou non d'une information pour la population, ce qui est contraire à l'esprit de la LTrans, lequel commande que l'accès ne soit pas fonction de la valeur informative des documents requis.

Ce jugement déçoit *profondément*, car il envoie un très mauvais signal à l'Administration fédérale. Désormais, celle-ci se sentira encouragée à tarifier prohibitivement l'accès pour dissuader les requérants. Et l'on en vient à regretter amèrement que le Parlement, en son temps, n'ait pas suivi l'avis de la commission des institutions politiques du Conseil national, laquelle préconisait la gratuité de l'accès. Au motif que «Wenn wir das Öffentlichkeitsprinzip einführen wollen, dann können und dürfen wir nicht wieder auf dem Wege der Erhebung von Gebühren die Schwelle erhöhen und damit das ganze Prinzip zunichte machen» (Joder, BO/CN 2004 1264). Cette nécessité de ne pas vider la transparence de sa substance par le biais d'émoluments, la plupart des cantons suisses (comme la grande majorité des pays étrangers d'ailleurs) l'ont bien comprise: sauf requêtes répétitives ou dispendieuses, ils ne facturent pas l'accès aux documents officiels.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

13-11

Zugang zu Dokumenten nach Abschluss eines Verfahrens

Geschäftsgeheimnisse; schützenswerte Personendaten; (Verwaltungs-)Strafverfahren; Zugangsgesuch

Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 18. Dezember 2012 (BAZL/Dokumente eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen eine Fluggesellschaft)

Der EDÖB hat entschieden, dass nach dem Abschluss eines Verfahrens nur jene Dokumente vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen bleiben, die explizit für das abgeschlossene Verfahren erstellt worden sind. Die anderen Dokumente, welche bereits vor Verfahrenseröffnung erstellt wurden und zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich unter das Öffentlichkeitsgesetz fielen, sollen auch nach Abschluss des Verfahrens – unter Vorbehalt allfälliger weiterer Ausnahmegestimmungen – wieder zugänglich sein.

Ein Journalist ersuchte beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) um Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend das Verwaltungsstrafverfahren «Passagier Z gegen die Fluggesellschaft Y». Das BAZL teilte ihm mit, dass sämtliche Dokumente als im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens erstellte Dokumente zu qualifizieren seien und somit das Öffentlichkeitsgesetz nicht zur Anwendung komme (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Im Übrigen enthalte das Dokument «schützenswerte Personendaten» und Geschäftsgeheimnisse. Aufgrund dieser negativen Antwort reichte der Journalist einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein. In der Folge ersuchte der EDÖB beim BAZL um Zustellung aller relevanten Dokumente. Das BAZL verweigerte ihm den Zugang mit Verweis auf den fehlenden sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes für amtliche Dokumente, welche Teil von Verfahrensakten eines (Verwaltungs-)Strafverfahrens bilden.

Der EDÖB setzte sich in seinen Erwägungen mit dieser Begründung des BAZL auseinander. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ gelte das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Strafverfahren. Gemäss Botschaft umfasse dies auch Verwaltungsstrafverfahren und finde sowohl auf hängige als auch auf abgeschlossene Verfahren Anwendung. Jedoch werde eine solche generelle Nichtanwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes für amtliche Dokumente betreffend abgeschlossene Verfahren weder in der Botschaft begründet noch erscheine sie mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes vereinbar. Der EDÖB stimmt den Ausführungen in der Botschaft so weit zu, dass sämtliche Dokumente, welche Teil eines hängigen Verfahrens sind, für die gesamte Dauer des Verfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen sind. Hingegen vertrat der EDÖB die Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz nach Abschluss eines Verfahrens für bestimmte amtliche Dokumente – nämlich für jene, welche bereits vor Verfahrenseröffnung und nicht explizit für das Verfahren erstellt worden sind –

wieder auflebt. Denn würde man generell alle amtlichen Dokumente eines abgeschlossenen Verfahrens vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausnehmen, so der EDÖB weiter, würde dies die Möglichkeit eines Geheimbereichs für das Handeln der Verwaltung schaffen, was dem Hauptziel des BGÖ, Transparenz über das Verwaltungshandeln zu fördern, zuwiderlaufen würde.

Da der EDÖB vom BAZL weder die vom Antragsteller bezeichneten Dokumente selber noch eine Auflistung der vorhandenen amtlichen Dokumente erhielt, war er nicht in der Lage, zu prüfen, welche Dokumente aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung stammen. Deshalb entschied er sich gemäss dem Grundprinzip des Öffentlichkeitsgesetzes, nämlich der Vermutung des Zugangs mit Geheimhaltungsvorbehalt, im Zweifel für die Transparenz und somit zugunsten eines Zugangs zu den verlangten Dokumenten.

13-12

Gebühren können im Schlichtungsantrag zusammen mit Zugangsbeschränkung angefochten werden

Gebühren; Interessenabwägung; (modifiziertes) Äquivalenzprinzip; öffentliches Interesse; Personendaten; teilweise Zugangsverweigerung

Art. 7, 8, 9 Abs. 2, 12 Abs. 4, 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ; Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG; Art. 6 Abs. 2 Bst. c, 11 Abs. 4, 16 Abs. 2 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 12. November 2012 (EFK/Prüfbericht Immobilien)

Ein Antragsteller kann in einem Schlichtungsantrag zusammen mit der Zugangsbeschränkung auch die Höhe der Gebühren anfechten, dies hat der EDÖB entschieden. Konkret ging es um den Fall eines Journalisten, der Zugang zum Bericht «Finanzaufsichtsprüfung armasuisse Immobilien» verlangte und gleichzeitig die erhobene Gebühr anfocht. Der EDÖB beurteilte die teilweise Zugangsverweigerung als ungerechtfertigt, da keine Ausnahmegründe und keine besonderen Fälle gegeben waren. Auch die im Bericht enthaltenen Personendaten mussten nicht anonymisiert werden, da bei einer Interessenabwägung das öffentliche Interesse an der Publikation überwog. Schliesslich beurteilte der EDÖB auch die erhobene Gebühr als unangemessen, da der verrechnete Aufwand in seinen Augen zu hoch war und die Gebühr aufgrund der Geltung eines modifizierten Äquivalenzprinzips im Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes sowieso hätte gesenkt werden müssen.

Ein Journalist verlangte von der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) Zugang zum Bericht «Finanzaufsichtsprüfung armasuisse Immobilien von Ende 2010». Die EFK stellte dem Journalisten das gewünschte Dokument zu, nahm jedoch Einschwärfungen vor. Zudem erhob sie eine Gebühr von CHF 400.–, die sich aus acht Arbeitsstunden à CHF 100.– zusammensetzt,

verteilt auf zwei Gesuchsteller. Sowohl mit den Einschwürzungen als auch mit der Gebühr war der Journalist nicht einverstanden, weshalb er einen Schlichtungsantrag beim EDÖB stellte.

Der EDÖB prüfte im ersten Teil seiner Erwägungen, ob der antragstellende Journalist überhaupt berechtigt war, ein Schlichtungsverfahren wegen Zugangsbeschränkung und der erhobenen Gebühr einzureichen. Er kam dabei zum Ergebnis, dass der Journalist berechtigt war, einen Schlichtungsantrag zu stellen, da ihm der Zugang zu den verlangten Dokumenten durch Einschränkungen nur teilweise gewährt worden sei (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Zudem vertrat der EDÖB die Ansicht, dass er auch berechtigt war, im Schlichtungsverfahren die Gebührenfrage prüfen zu lassen, da er sowohl die Zugangsbeschränkung als auch die Höhe der Gebühr bestreite. Diese Auffassung begründete der EDÖB damit, dass die Sach- und Kostenfrage eng zusammenhängen würden: «Nur wenn der Schlichtungsantrag gleichzeitig gegen die Zugangsgewährung und die Gebührenbemessung möglich ist, kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Ergebnis der Beurteilung über die Zugangsgewährung auch Auswirkungen auf die Kostenfestsetzung haben kann.» Zudem ergebe die Verbindung von Sach- und Kostenfrage auch aus verfahrensökonomischen Gründen Sinn und werde vom Öffentlichkeitsgesetz nicht ausgeschlossen. Ebenso stelle für den EDÖB das Verhalten des antragstellenden Journalisten, der trotz Ankündigung von Gebühren in der Höhe von CHF 300–1000.– am Gesuch festhielt, keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Wenn ein Antragsteller nach der Information über die zu erwartende Gebühr am Gesuch festhalte, habe er weiterhin das Recht, die Höhe der tatsächlich erhobenen Gebühr am Ende des Zugangsgesuchs zu bestreiten. Dies ergebe sich aus Art. 16 Abs. 2 VBGÖ, der als einzige Rechtsfolge vorsehe, dass ein Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn eine Bestätigung nach Information über die zu erwartenden Gebühren ausbleibt. Eine solche Bestätigung des Gesuches ist nach Ansicht des EDÖB weder eine Einwilligung in den Gebührenbetrag noch eine Verzichtserklärung auf ein Rechtsmittel.

Im zweiten Teil des Entscheids nahm der EDÖB eine materielle Prüfung vor. Bezüglich des beantragten Dokuments war er der Ansicht, dass die Stellungnahme der EFK an den Antragsteller den Anforderungen einer summarischen Begründung gemäss Art. 12 Abs. 4 BGÖ nicht genüge. Für den Antragsteller sei zum Teil nicht ersichtlich gewesen, welche Textpassagen in einem Dokument anonymisiert respektive abgedeckt worden sind. Was die eigentliche Anonymisierung betraf, kam der EDÖB zum Schluss, dass keine Ausnahmegründe nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ und keine besonderen Fälle nach Art. 8 BGÖ vorhanden seien, weshalb die Funktions- und Organisationsbezeichnungen auf Seite 20 und die Fussnote 18 sowie das Datum des Schlussberichts auf Seite 19 offengelegt werden müssten. Weiter beinhaltete das angeforderte Dokument auch Personendaten. Zum einen handelte es sich dabei um den Namen eines Unternehmens, bei dem das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe das private Interesse überwog, da eine rechtliche Beziehung zwischen einer Bundesbehörde und dem Unternehmen vorhanden war (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Aufgrund dieser Interessenabwägung nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG i. V. m. Art. 7 Abs. 2

BGÖ musste der Unternehmensnamen deshalb nicht anonymisiert werden. Zum anderen enthielt der Bericht auch Personendaten von Mitarbeitenden der Bundesverwaltung. Hier konnte der EDÖB bei einer Zugänglichmachung keine konkreten nachteiligen Folgen für die betroffenen Personen erkennen, weshalb auch diese Personendaten nicht zu anonymisieren waren. Schliesslich hatte der EDÖB noch die erhobene Gebühr auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen. Dazu führte er aus, dass das zu beurteilende Dokument von der EFK als Aufsichtsbehörde und somit nicht auf Ersuchen und frei von spezifischen Vorgaben der von ihr untersuchten Behörde erstellt worden sei. Demzufolge, so der EDÖB weiter, sei die EFK nicht verpflichtet gewesen, vor ihrer Stellungnahme die von ihr untersuchte Verwaltungsbehörde anzuhören (e contrario Art. 11 Abs. 4 VBGÖ). Deshalb könne sie diesen Aufwand nicht in Rechnung stellen. Zudem erachtete der EDÖB die Aufwandsberechnung der EFK als unverhältnismässig, da sie für die Eruiierung allfälliger Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgesetz pro Seite durchschnittlich 24 Minuten aufgewendet und in Rechnung gestellt habe. Auch wenn diese Gebührenerhebung dem tatsächlichen Aufwand der EFK entspreche, sei im Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ein modifiziertes Äquivalenzprinzip anzuwenden, da die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten im öffentlichen Interesse stehe. Nach Ansicht des EDÖB müsste deshalb vorliegend eine niedrigere Gebühr verrechnet oder sogar ganz auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet werden.

13-13

Zugang zu Beschaffungsdokumenten ist uneingeschränkt zu gewähren

Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung von behördlichen Massnahmen; Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse; Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz; Personendaten; Zugangsgesuch

Art. 7, 9 Abs. 2 BGÖ; Art. 19 DSG

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 19. Oktober 2012 (fedpol/dezentral getätigte Beschaffungen)

Der EDÖB hatte darüber zu befinden, ob ein Journalist Zugang zu einem Bericht über dezentrale Beschaffung des fedpol erhalten soll. Er gelangte zum Schluss, dass die amtlichen Dokumente nicht unter einen Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 BGÖ fallen. Zudem war er der Ansicht, dass für die Mitarbeitenden von fedpol durch die Offenlegung ihrer Personendaten keine nachteiligen Folgen zu erwarten sind. Ausserdem überwiegt seiner Ansicht nach das öffentliche Interesse an der Transparenz gegenüber dem Schutz der Privatsphäre der Vertragspartner des fedpol, die in den Dokumenten erwähnt werden. Deshalb empfahl der EDÖB, dass der antragstellende Journalist uneingeschränkten Zugang zu den beantragten Dokumenten erhalten soll.

Ein Journalist beantragte beim Bundesamt für Polizei (fedpol) Zugang zu einem Bericht über dezentral getätigte Beschaffungen beim fedpol. Das fedpol verweigerte den Zugang mit der Begründung, dass aus dem Bericht «Rückschlüsse zum polizeitaktischen Vorgehen der Bundeskriminalpolizei und ihren hierfür zur Verfügung stehenden Einsatzmitteln gezogen werden können». Als Ausnahmegründe führte das fedpol Art. 7 Abs. 1 Bst. b (mögliche Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung von behördlichen Massnahmen), Bst. c (Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz) sowie Bst. g (Gefahr der Offenbarung von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen) auf. Der Journalist gelangte deshalb mittels Schlichtungsantrag an den EDÖB und verlangte, zu prüfen, ob ihm der Zugang nicht (zumindest teilweise) hätte gewährt werden müssen.

Der EDÖB begann seine Prüfung der Dokumente 1–6 mit dem Dokument 2, welches gemäss fedpol mit der Klassifizierung «vertraulich» versehen ist. Er merkte dazu an, dass eine solche Klassifizierung ein gewichtiges Element in der Beurteilung des Zugangsgesuchs darstellen möge, aber alleine aufgrund der Klassifizierung der Zugang nicht verweigert werden dürfe. Aus diesem Grund prüfte er, ob in Bezug auf Dokument 2 eine Ausnahbestimmung nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ gegeben ist. Nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ, so der EDÖB weiter, müsse erstens das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden, und zweitens müsse ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass diese Beeinträchtigung eintritt. Der vom fedpol angeführte Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ besagt, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen beeinträchtigt wird. Das fedpol argumentierte, dass aus den aus Dokument 2 hervorgehenden gekauften Artikeln Rückschlüsse auf Einsatzstärke sowie auf die Polizeitaktik im verdeckten Bereich gezogen werden könnten. Für den EDÖB war hingegen nicht ersichtlich, inwiefern die Bekanntmachung von so allgemeinen Informationen wie gekauften Artikeln wie Heftklammern, Schränken, Holzplatten, Handschuhen, Autovignetten, Autos etc. geeignet sein soll, Rückschlüsse auf Einsatzstärke und Polizeitaktik im verdeckten Bereich zu ermöglichen. Deswegen vertrat der EDÖB die Ansicht, dass durch eine Offenlegung keine erhebliche Beeinträchtigung von öffentlichen oder privaten Interessen erfolge. Bei der Prüfung der Dokumente 1 und 3–6, die sich inhaltlich vor allem um den Umfang der Ausgaben der Beschaffungen drehten, kam der EDÖB zum Ergebnis, dass mit einer Offenlegung weder die polizeiliche Ermittlungstätigkeit noch die Sicherheit der Mitarbeitenden von fedpol noch die öffentliche Sicherheit gefährdet würden. Folglich kam er zum Schluss, dass das fedpol nicht habe beweisen können, inwiefern die Offenlegung der Dokumente 1–6 ein ernsthaftes Schadensrisiko darstellt und die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen mit hoher Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen wird. Deshalb lehnte der EDÖB eine Berufung auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ab. Zum selben Schluss gelangte er bezüglich der beiden Ausnahmeregelungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ (Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz) und Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheim-

nisse), auf die das fedpol pauschal und ohne Begründung verwiesen hat.

Weiter hatte der EDÖB noch die in den Dokumenten enthaltenen Personendaten zu beurteilen. Bezüglich der enthaltenen Angaben von Mitarbeitenden von fedpol vertrat der EDÖB die Ansicht, es sei nicht davon auszugehen, dass deren Offenlegung für die Betroffenen konkrete Nachteile, insbesondere für eine allfällige polizeiliche Ermittlungstätigkeit, zur Folge habe. Die Namen der Unternehmen, bei denen das fedpol Waren eingekauft hat, können gemäss EDÖB nicht anonymisiert werden, da der antragstellende Journalist genau aufgrund dieser Angaben Zugang zu den Dokumenten verlangt. Deshalb komme nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ der Art. 19 DSGVO zur Anwendung. Gemäss Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO dürfen Personendaten bekanntgegeben werden, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Der EDÖB nahm diese Prüfung vor und war der Ansicht, dass durch die Vertragsschliessung mit dem fedpol ein öffentliches Interesse am betroffenen Unternehmen bestehe. Auf der anderen Seite war für den EDÖB nicht ersichtlich, inwiefern den betroffenen Vertragspartnern durch eine Veröffentlichung ein Nachteil entstehen sollte. Deshalb war er der Ansicht, dass das öffentliche Interesse am Zugang die Interessen der betroffenen Dritten am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegt (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i. V.m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO). Der EDÖB kam somit zum Ergebnis, dass der Zugang zu den Dokumenten 1–6 uneingeschränkt gewährt werden sollte.

Annotations On saura gré au Préposé fédéral à la transparence de veiller à ce que ne soit pas invoquée à tort et à travers l'exception à la publicité instituée par l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, à savoir l'entrave à «l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs». Le risque est en effet grand que cette clause de secret, à la formulation aussi vague que malheureuse, ne serve à motiver l'occultation de la première information embarrassante venue. Non, cette exception à une portée très limitée et ne saurait être mise en œuvre que si le secret du document requis est *décisif* pour le bon succès des mesures prises.

Mais il ne suffit pas de répéter à l'envi cette condition. Il faut encore prendre le temps d'évaluer attentivement l'impact possible de chaque donnée contenue dans le document requis. Et le Préposé d'estimer, à juste titre, qu'en l'espèce des informations sur des fournitures accessoires, comme des vignettes automobiles, des gants ou des armoires, ne permettent pas tirer des conclusions probantes sur les capacités d'intervention des forces de sécurité; encore moins sont-elles susceptibles de mettre en danger le personnel de fedpol ou de menacer le bon déroulement des opérations planifiées ou en cours.

Autant dire que ce cas est emblématique du malaise qu'engendre encore le principe de publicité chez certaines autorités, en particulier celles qui, comme l'Office fédéral de la police, pouvaient, auparavant, tirer le rideau sur toutes leurs activités comme bon leur semblait. Le tout puissant secret défense ayant été balayé par le renversement du para-

digme, on fait feu de tout bois pour maintenir le rideau baissé.

Bref, l'enjeu du cas présent n'était pas l'entrave à l'exécution des mesures administratives, mais l'entrave à la transparence.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

13-14

La diffusion d'images choquantes lors du téléjournal peut enfreindre la protection des mineurs

Avertissement préalable; protection des mineurs; représentations de la violence

Art. 10 CEDH; Art. 4, 5, 89 LRTV; Art. 4 al. 1 ORTV

Arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2012,
SRG SSR c. A et B. (2C_738/2012)

La TSR a diffusé en date du 6 juillet 2011, dans le cadre du 19:30, un reportage intitulé «Le festival du film fantastique de Neuchâtel (NIFFF) consacre une rétrospective au cinéma gore».

Suite à la décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) constatant une violation de l'art. 5 LRTV relatif à la protection de la jeunesse, la TSR (soit SRG SSR) interjette un recours de droit public devant le TF.

Celui-ci estime en substance que le téléjournal de 19h30, même s'il peut parfois impliquer la diffusion de reportages comportant certaines scènes de violence ou de guerre liées à l'actualité immédiate, ne fait pas partie des émissions faisant l'objet d'un avertissement au sens de l'art. 4 al. 1 ORTV. Le reportage en cause ne comprenait aucun logo, mais a seulement été précédé d'une information selon laquelle les images de ce sujet pourraient choquer certaines sensibilités, dans les secondes qui ont précédé sa diffusion. Un tel avertissement général ne visait qu'implicitement les enfants, de sorte que l'on peut déjà se demander s'il était suffisant en regard de l'art. 4 al. 1 ORTV, qui vise la protection des mineurs. Compte tenu du caractère imprévisible et immédiat de l'avertissement dispensé, il n'était pas propre à permettre aux parents de prendre les mesures adéquates pour éviter que les jeunes enfants soient confrontés aux scènes de violence figurant dans le reportage.

En constatant une violation de l'art. 5 LRTV et en invitant la recourante à prendre les mesures prévues à l'art. 89 al. 1 let. a LRTV, à savoir remédier au manquement constaté et faire en sorte de prévenir toute nouvelle violation, l'AIEP a pris une mesure prévue par la loi et proportionnée, admissible en regard de l'art. 10 CEDH.

13-15

Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde gegen die Verpflichtung zur Bezahlung von Radio- und Fernsehgebühren nicht ein

Begründungspflicht; Nichteintreten; Radio- und Fernsehempfangsgebühren

Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG

Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 2012
(2C_939/2012)

X. wollte eine Verfügung der Billag AG nicht akzeptieren, wonach er zwischen Juli 2008 und August 2011 Radio- und Fernsehempfangsgebühren bezahlen sollte. Er stellte sich auf den Standpunkt, er habe sich schriftlich von der Gebührenpflicht abgemeldet und beschritt den Rechtsweg bis vor Bundesgericht. Dieses trat allerdings mangels hinreichender Begründung (Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG) nicht auf seine Beschwerde ein.

13-16

Bundesverwaltungsgericht lehnt rückwirkende Befreiung von Fernsehgebühren ab

Gebührenbefreiung; Fernsehempfangsgebühren

Art. 64 Abs. 2 RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom
5. November 2012 (A-2588/2012)

X. behauptet im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht, ab Februar 2009 insgesamt drei Gebührenbefreiungsgesuche bei der Billag AG eingereicht zu haben. Das Bundesverwaltungsgericht anerkannte allerdings erst das dritte Gesuch vom Juni 2011. Es bestätigte deshalb den Entscheid des BAKOM, eine Gebührenbefreiung erst ab dem 1. Juli 2011 zu gewähren, da eine rückwirkende Befreiung von der Gebührenpflicht von Gesetzes wegen nicht vorgesehen sei. Werde ein Gesuch um Gebührenbefreiung gutgeheissen, ende die Gebührenpflicht am letzten Tag des Monats, in dem das Gesuch eingereicht wurde (Art. 64 Abs. 2 RTVV).

13-17

Personalbestand von Radio «Energy Basel» knapp ausreichend, um Einhaltung der Konzession zu gewährleisten

Aufsichtsverfahren; Konzession; Leistungsauftrag; Personalbestand

Art. 42 RTVV

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 17. Dezember 2012 (Erfüllung Leistungsauftrag Radio «Energy Basel») (nicht rechtskräftig)

Das BAKOM stellte ein Aufsichtsverfahren gegen die Media Clearing Center (MCC) AG ein, die im Besitz der Konzession für das Versorgungsgebiet «Region Basel» ist. Es kam zum Schluss, dass der von der MCC AG betriebene Radiosender «Energy Basel» die sich aus der Konzession ergebenden Anforderungen an den Personalbestand erfüllt, wenn auch nur knapp.

Am 31. Oktober 2008 wurde der damaligen Radio Basel 1 AG eine Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 17 «Region Basel» erteilt. In der Zwischenzeit kam es zu verschiedenen wirtschaftlichen Übertragungen der Konzession, sodass neu die MCC AG im Besitz der Kautions- und Adressatin dieser Verfügung ist. Der Sendestart des Radios «Energy Basel» erfolgte am 12. Januar 2012. Das BAKOM eröffnete am 23. Mai 2012 ein Aufsichtsverfahren, da Klärungsbedarf darüber bestand, ob «Energy Basel» auch nach dem Konzeptwechsel und den wirtschaftlichen Änderungen weiterhin in der Lage ist, den Leistungsauftrag gemäss seiner Konzession vom 31. Oktober 2008 zu erfüllen.

Im Aufsichtsverfahren prüfte das BAKOM insbesondere die Frage, ob der Leistungsauftrag gemäss Art. 4 und 5 der Konzession mit dem Personalbestand von Energy Basel noch erfüllt werden könne. Das BAKOM vermutete eine Verringerung des zugesicherten Personalbestands um 40%. Die anschliessende Beurteilung (unter anderem gestützt auf einen Evaluationsbericht) und der Vergleich mit dem ursprünglichen Gesuch von Basel 1 führten das BAKOM zum Schluss, betreffend die Redaktion von «Energy Basel» könne davon ausgegangen werden, dass «Energy Basel» in der Lage sei, seinen Leistungsauftrag zu erfüllen. Gestützt auf die Einschätzung der Evaluatoren sei allerdings festzuhalten, dass die Dotierung der News-Redaktion als knapp erscheine. Weiter untersuchte das BAKOM die Programmproduktion und den Output von «Energy Basel». Gemäss Art. 42 RTVV muss das während der Hauptsendezeit ausgestrahlte Programm eines Veranstalters mit Leistungsauftrag überwiegend im Versorgungsgebiet produziert werden. Aus den eingereichten Programmabläufen und Informationen zur Leistungserbringung am Standort Basel ergaben sich für das BAKOM keine Anhaltspunkte, dass Art. 42 RTVV verletzt sein könnte. Auch bezüglich Programmoutput kam das BAKOM zum Ergebnis, dass keine offensichtliche Nichterfüllung des Konzessionsauftrags vorliege. «Energy Basel» strahle Informationen aus Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport aus, welche sich auf das Versorgungsgebiet beziehen und sich

nicht bedeutend vom Programm der lokalen Konkurrenz unterscheiden. Gestützt auf diese Ausführungen kam das BAKOM zum Schluss, dass das Aufsichtsverfahren gegen die MCC AG eingestellt werden kann.

13-18

Beschwerde gegen Sendungen zu «Wahlbarometer» abgewiesen

Mängel in Nebenpunkten; mutwillige Beschwerdeführung; Nichteintreten; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2, 98 Abs. 2 RTVG

Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.633, 638, 641, 648)

Die UBI hatte sich mit Beschwerden gegen Sendungen auseinanderzusetzen, die über den vom Institut gfs.bern erstellten «Wahlbarometer» berichteten. Soweit der Beschwerdeführer die Methodik des gfs.bern beanstandete, trat die UBI nicht auf die Beschwerden ein, da sie bloss eine rundfunkrechtliche Beurteilung vornehmen müsse. Bei den restlichen Beschwerden konnte die UBI – trotz Mängeln in Nebenpunkten – keinen Verstoß gegen das Sachgerechtigkeitsgebot feststellen. Sie erlegte dem Beschwerdeführer zudem CHF 3000.– Verfahrenskosten, da er seit Jahren systematisch Beschwerden mit sehr ähnlichen Rügen erhebe und deshalb den Tatbestand der mutwilligen Beschwerdeführung erfülle.

Im Vorfeld der eidgenössischen Wahlen 2011 erstellte das Forschungsinstitut gfs.bern im Auftrag der SRG insgesamt sieben «Wahlbarometer». Diese SRG-Wahlbarometer beinhalten Resultate von Meinungsumfragen zur Stärke der wichtigsten Parteien in der Schweiz und anderen wahlrelevanten Themen wie etwa zur Sorgenskala oder zur Wahlbeteiligung. Die entsprechenden Umfrageergebnisse stellen Radio DRS und das Schweizer Fernsehen jeweils in ihren Nachrichten- und Informationssendungen sowie in Spezialsendungen vor, wobei die Ergebnisse vom Leiter von gfs.bern, Claude Longchamp, kommentiert und analysiert werden. Zwischen dem 9. Mai 2011 und dem 10. Januar 2012 erhob ein Beschwerdeführer insgesamt vier Beschwerden (b. 633, 638, 641 und 648) gegen die Berichterstattung des Schweizer Radios und Fernsehens zu den SRG-Wahlbarometern. Diese Beschwerden wurden zu einem Verfahren vereinigt.

Die UBI begann ihre Ausführungen mit dem Hinweis, dass der Beschwerdeführer in seiner Eingabe zu einem beträchtlichen Teil die Arbeitsweise und Methodik des mit der Erstellung des SRG-Wahlbarometers beauftragten Instituts gfs.bern beanstandete. Die UBI habe sich bei ihrer Prüfung allerdings auf die rundfunkrechtliche Beurteilung der beanstandeten Sendungen zu beschränken. Sie habe im Sinne des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) zu beurteilen, ob sich das Publikum zu den verschiedenen Beiträgen eine eigene Meinung bilden konnte. Ob das Institut gfs.bern die Wahlbarometer-Um-

fragen gemäss aktuellen wissenschaftlichen Kriterien erhebt und auswertet, habe sie hingegen nicht zu prüfen. Deshalb trat die UBI auf den Teil der Beschwerden, der die Methoden des gfs.bern kritisierte, nicht ein.

Des Weiteren prüfte die UBI die beanstandeten siebzehn Rundfunkbeiträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot. Sie kam dabei zum Ergebnis, dass keiner der beanstandeten Beiträge von der «Tagesschau», von «10vor10», von «Echo der Zeit» oder von der Sendung «Wahlbarometer» gegen das Sachgerechtigkeitsgebot versties. Zwar stellte die UBI teilweise Mängel fest. So wurde beispielsweise der verwendete Begriff «repräsentative Umfrage» für missverständlich befunden. Dies vor allem auch deswegen, weil in den mündlichen Kommentaren nicht auf den Fehlerbereich der Umfragen hingewiesen worden sei. Diese Mängel betrafen nach Ansicht der UBI allerdings nur Nebenpunkte, die den Gesamteindruck der Beiträge nicht wesentlich zu beeinträchtigen vermochten. Mit dieser Begründung wies die UBI die Beschwerden ab, soweit sie darauf eintrat.

Schliesslich hielt die UBI noch fest, dass der Beschwerdeführer seit Jahren systematisch gegen Beiträge aus den SRG-Programmen Beschwerden erhebe, in welchen Umfrageresultate des Instituts gfs.bern thematisiert werden. Er missbrauche dabei das kostenlose Beschwerdeverfahren vor der UBI für seine «Mission», welche offenbar darin bestehe, ein behördliches Verdikt über die seiner Meinung nach wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügende Arbeitsweise von etablierten Meinungsforschungsinstituten wie dem gfs.bern zu erwirken. Deswegen sah die UBI den Tatbestand der mutwilligen Beschwerdeführung (Art. 98 Abs. 2 RTVG) erfüllt, weshalb sie dem Beschwerdeführer CHF 3000.– Verfahrenskosten auferlegte.

13-19

Beitrag über Skandale im Schweizer Fussballjahr 2011 verstösst nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot

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

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.653)

Die UBI verneinte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots und wies deshalb eine Beschwerde gegen einen Beitrag von «10vor10» zu den negativen Aspekten des Schweizer Fussballjahres 2011 ab. Das Publikum habe sich zu den behandelten Ereignissen eine eigene Meinung bilden können, und die wesentlichen Fakten seien korrekt dargestellt worden. Die festgestellten Mängel betrafen Nebenpunkte bzw. redaktionelle Unvollkommenheiten und hätten keine Beeinträchtigung des Gesamteindrucks zur Folge gehabt.

Das Schweizer Fernsehen strahlte in «10vor10» einen Beitrag über das «skandalbefrachtete Schweizer Fussballjahr 2011» aus. Darin wurde der Punkteabzug beim FC Sion, die Probleme

von Neuchâtel Xamax mit seinem Präsidenten Bulat Tschagajew und die wiederholten Ausschreitungen von Fussballfans behandelt. Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde erhoben und eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) geltend gemacht. Der Beschwerdeführer beanstandete mehrere Äusserungen, welche er als falsch oder unvollständig erachtete.

Die UBI setzte sich in ihren Erwägungen mit den beanstandeten Aussagen auseinander. Sie räumte ein, die im Filmbericht gemachte Aussage, wonach der Punkteabzug aufgrund des Einsatzes von nicht berechtigten Spielern erfolgt sei, treffe tatsächlich nicht zu. Aus der Medienmitteilung des SFV gehe nämlich hervor, dass mit dem Punkteabzug die unrechtmässige Umgehung der FIFA-Transfersperre durch den FC Sion und nicht der Einsatz von nicht spielberechtigten Spielern geahndet worden sei. Allerdings besteht nach Ansicht der UBI unbestrittenermassen ein Zusammenhang zwischen dem Einsatz nicht reglementskonform transferierter Spieler und dem Punkteabzug. Zudem stelle ein Sprecher des SFV im Filmbericht klar, warum der FC Sion sanktioniert wurde, womit die zumindest formal nicht zutreffende Aussage richtiggestellt werde. Weiter fand die UBI, dass die Aussage in der Anmoderation, wonach der FC Sion den Schlusspunkt unter ein unbefriedigendes Jahr gesetzt habe, im Zusammenhang mit dem Beitrag über die drei skandalträchtigen Vorgänge im Schweizer Fussball verständlich sei. Ebenso liegen nach Meinung der UBI auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Aussage des Ligapäsidenten über die Höhe des von der FIFA geforderten Punkteabzugs falsch sei. Zudem sei dieser Aspekt ohnehin von untergeordneter Bedeutung. Die UBI führte weiter aus, die Sichtweise des FC Sion zum durch den SFV vorgenommenen Punkteabzug sei im Beitrag nicht zum Ausdruck gekommen. Offenbar habe man erfolglos versucht, den Präsidenten des FC Sion zu kontaktieren, worauf im Beitrag auch hingewiesen wurde. Nach Ansicht der UBI war es allerdings vorliegend nicht zwingend erforderlich, den vom SFV beschlossenen Punkteabzug kritisch zu hinterfragen. Denn die Programmautonomie (Art. 6 Abs. 2 RTVG) schliesse auch die Freiheit des Rundfunkveranstalters bei der inhaltlichen Bearbeitung eines Themas mit ein. Schliesslich sprach sich die UBI dafür aus, dass bezüglich den thematisierten Vorgängen beim FC Sion einiges an Vorwissen auch beim breiten Publikum vorausgesetzt werden könne. Dem «10vor10»-Publikum sei auch der umstrittene Präsident Christian Constantin bekannt gewesen, der dem FC Sion mit grossem Engagement vorsteht und mit allen rechtlichen Mitteln versucht, die Interessen seines Fussballclubs wahrzunehmen. Christian Constantin werde im gleichen Atemzug mit Bulat Tschagajew und Ausschreitungen von Fussballfans genannt, weil «10vor10» im beanstandeten Beitrag verschiedene negative Vorgänge im Schweizer Fussball in vereinfachender Weise zusammenfasse. Nach Meinung der UBI war dieser Zusammenhang für das «10vor10»-Publikum aufgrund des Beitrags und seines Vorwissens ohne Weiteres erkennbar. Zwischen den drei ganz unterschiedlichen skandalträchtigen Sachverhalten habe im Beitrag eine klare Trennung bestanden. Aufgrund dieser Erwägungen kam die UBI zum Schluss, dass sich das Publikum zu den behandelten Ereignissen eine eigene Meinung bilden konnte und somit das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde. Die wesentlichen Fakten seien

korrekt dargestellt worden und die Einbettung des Punkteabzugs in das Thema des Beitrags – skandalbefruchtetes Schweizer Fussballjahr 2011 – sei für das Publikum in transparenter und nachvollziehbarer Weise erfolgt. Die festgestellten Mängel hinsichtlich des eigentlichen Grunds für den Punkteabzug würden Nebenpunkte bzw. redaktionelle Unvollkommenheiten darstellen, welche den Gesamteindruck nicht wesentlich beeinträchtigen.

13-20

«Puls»-Sondersendung über Botox verletzt Sachgerechtigkeitsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 30. August 2012 (b.654)

In einer Sondersendung von «Puls» wurde über verschiedene Aspekte des Nervengifts Botox berichtet. Allerdings wurde nicht erwähnt, dass bei jeder neuen Produktionscharge von Botox Tierversuche durchgeführt werden, bei denen 50% der betroffenen Tiere sterben. In dieser Unterlassung erkannte die UBI einen Verstoß gegen das Sachgerechtigkeitsgebot, da sich das Publikum ohne dieses wesentliche Faktum keine eigene Meinung zum behandelten Thema bilden können.

Gegen eine im Rahmen des Gesundheitsmagazins «Puls» ausgestrahlte Spezialsendung zu «Botox», die 33 Minuten dauerte, gelangte K mittels Beschwerde an die UBI. Er machte geltend, die Sendung gebe vor, über die verschiedenen Aspekte von «Botox» zu berichten. Allerdings seien die mit der Produktion verbundenen grausamen Tierversuche unterschlagen worden, weshalb sich das Publikum keine eigene Meinung zum Thema der Sendung bilden können.

Die UBI hatte zu prüfen, ob durch den unterlassenen Hinweis auf die mit der Produktion von Botox verbundenen qualvollen Tierversuchen das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) verletzt wurde. Zu Beginn ihrer Erwägungen stellte die UBI klar, dass es sich bei «Puls» um eine Sendung mit informativem Charakter handle, weshalb das Sachgerechtigkeitsgebot anwendbar sei. Weiter führte die UBI aus, es sei in der zu beurteilenden Sendung ausschliesslich um Botox gegangen. Die beanstandete Sendung habe sich aber nicht darauf beschränkt, den Einsatz und die Wirkung von Botox bei den medizinischen Anwendungsmöglichkeiten darzustellen, sondern das damit verbundene Umfeld sei ebenfalls thematisiert worden. Bezüglich der angeführten Tierversuche wies die UBI auf eine Medienmitteilung von Swissmedic hin, wonach Botox im LD50-Verfahren getestet wird. Dies bedeute, dass mittels Tierversuchen die Menge einer Substanz ermittelt wird, bei deren Verabreichung die Hälfte der Tiere stirbt. Dieser LD50-Test beschränke sich bei Botox nicht nur auf die Entwicklung und allenfalls punktuelle Überwachung wie bei den meisten Medikamenten, sondern sei für jede neue Produktionscharge wieder

erforderlich. Aufgrund dessen kam die UBI zum Ergebnis, dass wenn in einem Ratgebermagazin wie «Puls» verschiedenste Aspekte von Botox breit thematisiert werden, auch die zurzeit noch notwendigen LD50-Tests bei der Herstellung des Stoffs für die Meinungsbildung des Publikums relevant seien. Diese Information stelle im Rahmen einer Spezialsendung von 33 Minuten, die «viele Facetten» von Botox beleuchte, kein Nebenpunkt dar. Die anerkannte Problematik von LD50-Tests gehörte vielmehr auch zu den wichtigen «Facetten» dieses wirtschaftlich immer wichtiger werdenden Nervengifts. Deshalb sei das Ausblenden dieses wesentlichen Faktums geeignet gewesen, den Gesamteindruck der Sendung zu beeinflussen. Dadurch sei eine freie Meinungsbildung des Publikums verunmöglicht worden, da auch davon ausgegangen werden müsse, dass das «Puls»-Publikum über kein entsprechendes Vorwissen über Art und Ausmass dieser Tierversuche verfügt habe. Folglich kam die UBI zum Schluss, dass die beanstandete Sondersendung von «Puls» das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt hat und hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut.

13-21

Kritischer Beitragsteil zum Schweizer Staatsschutz verletzte Sachgerechtigkeitsgebot nicht

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot

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

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 22. Juni 2012 (b.652)

Eine Radiosendung mit dem Hauptthema Stasi in der DDR beschäftigte sich auch kurz mit dem Staatsschutz in der Schweiz. Eine gegen diesen schweizerischen Teil erhobenen Beschwerde wurde von der UBI abgewiesen, da eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nicht gegeben war. Zum zentral behandelten Thema Staatssicherheit in der DDR hätten sich die Hörer aufgrund der transparenten Vermittlung und ihres Vorwissens frei eine eigene Meinung bilden können. Unter Berücksichtigung der Programmautonomie erfordere die kurze, einseitige und wenig differenzierte Darstellung des schweizerischen Staatsschutzes kein aufsichtsrechtliches Eingreifen.

Die auf Radio DRS 2 ausgestrahlte Sendung «Kontext» beschäftigte sich am 20. Dezember 2011 schweremotiv mit den Opfern der Staatssicherheit (Stasi) in der DDR. Am Ende der Sendung wurden zudem Fragen um den Staatsschutz in der Schweiz und in den USA thematisiert. Gegen den Teil der Sendung, in dem über die schweizerischen Verhältnisse berichtet wurde, wurde Beschwerde erhoben und eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) geltend gemacht. Es wurde moniert, die Hörerschaft habe sich zu den schweizerischen Verhältnissen keine eigene Meinung bilden können. Es sei ein falsches Bild über den schweizerischen Staatsschutz verbreitet worden, da einzig ein Kritiker seine Meinung habe verbreiten können.

Die UBI wies zu Beginn ihrer Erwägungen darauf hin, dass der beanstandete Teil zur Schweiz keine eigenständige Ausstrahlung sei, weshalb die Sendung als Ganzes zu beurteilen sei. In jenem rund vierminütigen Teil, der sich mit der Schweiz beschäftigte, komme ausschliesslich der Zürcher Rechtsanwalt G zu Wort, so die UBI weiter. Dieser kritisiere die aktuelle organisatorische Ausgestaltung des Nachrichtendienstes und die seiner Meinung nach zu weit reichenden Überwachungstätigkeiten. Zudem sei in diesem Zusammenhang auch mehrmals auf die Fichenaffäre hingewiesen worden. Die UBI äusserte sich deshalb dahingehend, dass dieser Teil der Sendung ein einseitig negatives Bild vom schweizerischen Staatsschutz zeichne, da lediglich problematische Aspekte der Überwachungstätigkeit erwähnt würden. Allerdings kam die UBI nicht zum gleichen Schluss wie der Beschwerdeführer. Vielmehr vertrat sie die Ansicht, dass die einseitige und wenig differenzierte Darstellung des schweizerischen Staatsschutzes im kurzen, der Schweiz gewidmeten Teil der Sendung kein aufsichtsrechtliches Eingreifen erfordere. Die vorgenommene Themenwahl und der gewählte Blickwinkel würden zur Programmautonomie der Veranstalterin (Art. 6 Abs. 2 RTVG) gehören. Für die Hörerschaft sei der generell kritische Ansatz der Sendung ohne Weiteres erkennbar gewesen. Zudem seien die von G erhobenen Kritikpunkte allgemeiner und politischer Natur gewesen. Deshalb würden sie keine rundfunkrechtlich erheblichen Vorwürfe darstellen, welche die Erwähnung der Gegenposition oder eine Stellungnahme der Betroffenen zwingend erfordert hätten. Die Erwähnung, dass sich G kritisch mit staatlicher Überwachungstätigkeit auseinandersetze, habe den Hörern zudem erlaubt, seine klar als persönliche Ansichten wahrnehmbaren Aussagen einzuordnen. Durch die Gestaltung des Beitrags sei den Hörern ermöglicht worden, sich eine Meinung über die grundsätzlichen Unterschiede der staatlichen Überwachungstätigkeit in der DDR und der Schweiz zu bilden. Aus der Sendung seien zudem die fundamental unterschiedlichen Dimensionen des Staatsschutzes in der Schweiz zu den Aktivitäten der Stasi deutlich hervorgegangen. Schliesslich müsse auch noch das Vorwissen der Hörer von «Kontext» berücksichtigt werden. Als Folge dieser Erwägungen kam die UBI zum Ergebnis, dass mit der beanstandeten Sendung das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG nicht verletzt wurde.

13-22

Entlassung einer Radiojournalistin nach missachteter Weisung

Arbeitsrecht; Ausgewogenheit; Disziplinar-massnahme; Entlassung; innere Medienfreiheit; Korruptionsvorwurf; Moderatorin; Publikumsschutz; Radio; Service public; Talksendung; Überwachungspflicht; Verfahrensdauer; Weisungsrecht

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Nenkova-Lalova c. Bulgarien» vom 11. Dezember 2012 (N° 35745/05)

Mit 4 gegen 3 Stimmen hat der EGMR die Beschwerde der bulgarischen Radiojournalistin Antoaneta Nenkova-Lalova abgewiesen, die im Oktober 1998 ihre Stelle beim öffentlich-rechtlichen Radioveranstalter BNR verlor. Sie hatte trotz gegenteiliger Weisung des Redaktionsausschusses für ihre wöchentliche Talksendung die ebenfalls bei BNR arbeitende Journalistin V.N. als Gesprächsteilnehmerin eingeladen, welche anstelle von Nenkova-Lalova faktisch die Moderation der zweistündigen Sendung übernahm. In der Radiosendung ging es um verschiedene aktuelle Recherchen von V.N., etwa zu angeblicher Korruption und illegaler Parteienfinanzierung.

Der Generaldirektor des Rundfunkveranstalters sanktionierte den Verstoß gegen die Anweisungen des Redaktionsausschusses mit Disziplinar-massnahmen gegen Nenkova-Lalova und ihre Vorgesetzten, welche die Vorbereitung der Sendung nicht ausreichend überwacht hatten. Die Gastgeberin selber wurde gestützt auf das bulgarische Arbeitsgesetz aus disziplinarischen Gründen entlassen. Sie focht die Kündigung bei der bulgarischen Ziviljustiz an, scheiterte aber 2005 nach überlanger (und damit in zeitlicher Hinsicht menschenrechtswidriger) Verfahrensdauer beim obersten Gericht. Durch ihr weisungswidriges Verhalten habe die Journalistin in der Tat ihre arbeitsrechtlichen Pflichten missachtet. Die Entlassung verstosse auch nicht gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Der Gerichtshof lässt in seiner Begründung offen, ob die Entlassung überhaupt die Meinungsfreiheit beschränkt oder lediglich einen Aspekt des – durch die EMRK nicht garantierten – Rechts auf Beschäftigung darstellt. Ob Art. 10 EMRK beschränkt werde, sei zwar fraglich. Gehe man aber vom Vorliegen eines Eingriffs aus, so ist dieser nach mehrheitlicher Ansicht der 4. Kammer gerechtfertigt, denn er sei gesetzlich vorgesehen (im bulgarischen Arbeitsgesetz), einem legitimen Eingriffszweck dienend (dem Interesse des Publikums an ausgewogener Berichterstattung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk) und notwendig in einer demokratischen Gesellschaft.

Für die Kammermehrheit geben zwei Gründe den Ausschlag: Erstens habe die Medienschaffende eine legitime redaktionelle Entscheidung über das Teilnahmerecht von BNR-Mitarbeitenden an ihrer Sendung vorsätzlich missachtet und stattdessen ihre eigene, von jener des Arbeitgebers abweichende Policy verfolgt. Die Weisung betraf weder die im Rahmen der Sendung erlaubten Themen, den Sendungsinhalt noch die Art der publizistischen Präsentation. Der Sachverhalt dieses Falles

enthalte keinerlei Hinweis darauf, dass sich die Redaktion bei ihrer Weisung einem äusseren Druck gebeugt oder Einflussversuchen nachgegeben hatte:

«59. (...) Indeed, when taking disciplinary action against the applicant the BNR management board and the BNR director general specifically noted that she had in effect allowed Ms V.N. to host her show in her stead (see paragraphs 14 and 15 above). Neither the editorial decision nor the order for the applicant's dismissal mentioned or imposed any limitations on the topics to be discussed during her show, or on the substantive content or manner of presentation of the information broadcast during the show (...). The Court cannot therefore agree with the applicant that her dismissal was intended to prevent the dissemination of information of public interest. The situation in the present case thus appears far removed from that obtaining in *Manole and Others (Manole and Others v. Moldova, no. 13936/02, 17 September 2009, § 104–06 and 112)*, where the Court was faced with a situation where a public broadcasting organisation was systematically required to avoid certain topics considered harmful to the Government and to devote a disproportionate amount of airtime to reporting on the acts of members of the ruling political party, with little or no coverage of the acts and views of opposition parties. By contrast, in the present case the applicant's dismissal appears to have been a result of her failure to abide by the «duties and responsibilities» undertaken as a journalist employed by a public broadcasting organisation. Her capacity as such a journalist did not automatically entitle her to pursue, unchecked, a policy that ran counter to that outlined by her employer, to flout legitimate editorial decisions taken by the BNR's management and intended to ensure balanced broadcasting on topics of public interest, or to have unlimited access to BNR's air. There is nothing in the facts of the present case to suggest that the decisions of the BNR's management in relation to the applicant's show were taken under pressure from the outside or that the BNR's management was subject to outside interferences.»

Zweitens geniessen Arbeitgeber grundsätzlich ein weites Ermessen bei der Wahl der geeigneten Sanktion für Verletzungen der Disziplin. Die Entlassung sei zwar eine strenge Massnahme. Gegenseitiges Vertrauen als Grundlage jedes Arbeitsverhältnisses sei aber im öffentlich-rechtlichen Rundfunk besonders wichtig. Zudem trage BNR als Rundfunkveranstalter die Verantwortung für die ausgestrahlten Sendungsinhalte.

In ihrer abweichenden Meinung formulieren die lettische Kammervorsitzende und ihre Richterkollegen aus Zypern und Albanien drei Vorbehalte gegen die Mehrheitsauffassung. Erstens sei die Organisation des öffentlich-rechtlichen Veranstalters BNR nicht über alle Zweifel erhaben, wie auch die bulgarische Rundfunkregulierungsbehörde bemängelt habe. Es fehle an einer ausreichenden Trennung zwischen administrativen und journalistisch-professionellen Funktionen, was einen Einfluss der Verwaltung auf die redaktionellen Inhalte ermögliche. Der nötige präzise Rahmen zur Wahrung der journalistischen Unabhängigkeit habe gefehlt. Zweitens habe die bulgarische Justiz den Fall zu Unrecht lediglich aus arbeitsrechtlicher Warte geprüft. Und drittens sei die Entlassung eine recht extreme Massnahme, die vor dem Hintergrund einer ziemlich unklaren Abgrenzung redaktioneller Verantwortlichkeiten als exzessiv erscheine.

Anmerkungen Die Begründung dieses Strassburger Urteils ist weder ausufernd noch besonders schwer verständlich. Dennoch hinterlässt die Lektüre einen schalen Nachgeschmack. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich die Mehrheit der 4. Kammer in diesem Fall etwas gar einfach gemacht hat.

1. Dies beginnt damit, dass der Gerichtshof einmal mehr die eigentlich zentrale Frage offenlässt, ob die Entlassung durch einen (öffentlich-rechtlichen) Fernsehveranstalter überhaupt einen Grundrechtseingriff darstellt. Man kann dies als pragmatisches Vorgehen bezeichnen, zumal der EGMR die Prüfung der Einschränkungsvoraussetzungen auch so vornimmt. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung scheint diese Zurückhaltung aber eher übertrieben.

2. Profilierte Medienschaffende sind dem Freiheitsgedanken verpflichtet. Mit diesem Selbstverständnis ist die Rolle des Weisungsempfängers nur schwer zu vereinbaren. Es mag daher gerade für in der Öffentlichkeit bekannte, selbstbewusste Mitarbeitende von Radio und Fernsehen eine besondere Versuchung geben, sich gewissermassen selbstherrlich und ohne triftigen Grund über Anordnungen «von oben» hinwegzusetzen. Dass der Arbeitgeber eine kalt-schnäuzige Missachtung legitimer Weisungen nicht einfach hinzunehmen hat, liegt auf der Hand. Die Begründung der Mehrheit setzt nicht zuletzt hier an, wenn sie das Verhalten der betroffenen Radiojournalistin als absichtliche und bösgläubige Treuwidrigkeit abqualifiziert, welche auch die schwerste Sanktion (Entlassung) als verhältnismässig erscheinen lässt. Der vorliegende Fall liegt aber komplizierter, worauf schon die kritischen Äusserungen der bulgarischen Rundfunkregulierungsbehörde und des erstinstanzlichen Zivilgerichts hindeuten.

3. Die Kammermehrheit tönt immerhin an, dass es Konstellationen geben kann, in denen ein (gewisser) Widerstand gegen unberechtigte Beschränkungen des journalistischen Gestaltungsspielraums als legitim erscheint. Zu denken ist etwa an unberechtigte Interventionen redaktionsfremder Kreise, welche unliebsame Kritik zu unterdrücken versuchen. Stoff für entsprechende Mutmassungen findet die geneigte Leserschaft in der Auflistung der Themen, welche die unerwünschte Gesprächsteilnehmerin V.N. in der fraglichen Radiosendung gemäss Sachverhaltsschilderung zur Sprache gebracht hatte: Die Debatte über korrupte Behördenmitglieder, dubiose Grundstücksgeschäfte und das Abzweigen öffentlicher Gelder (Zolleinnahmen) für die Finanzierung von Parteien dürfte den betroffenen Machhabern wenig Freude bereitet haben. Die Mehrheit begnügt sich mit der Feststellung, die fragliche Weisung habe hinsichtlich der diskutierten Themen keinerlei einschränkende Vorgaben gemacht. Diese Argumentationslinie vermag nicht wirklich zu überzeugen. Viele Medienschaffende sind dafür bekannt, dass sie zu ganz spezifischen Themen recherchieren: Rechtsextreme Gruppierungen, organisierte Kriminalität, Tierquälerei, die Gefahr von Sekten, Missstände im Sozialbereich, Auswüchse des Spitzensports etc. Wer die öffentliche Berichterstattung über diese Missstände verhindern will, braucht nicht so plump zu sein, sie in einer Weisung als Tabuthemen zu bezeichnen. Durch eine vordergründig rein personelle Massnahme (Nichtberücksichtigung des Rechercheurs) lässt sich das gleiche Resultat erzielen: Das unerwünschte Thema kommt nicht zur Sprache.

4. Die Gerichtsmehrheit betont, der Fall liege ganz anders als das Leiturteil N° 13936/02 «Manole u. a. c. Moldawien»,

vom 17. September 2009 (medialex 2009, 233 f.), wo die regierende Partei die Rundfunkberichterstattung durch persönliche Massnahmen, reservierte Sendezeit, Listen unzulässiger Inhalte und die Absetzung unliebsamer Sendungen in ihrem Sinne manipuliert hatte. Machenschaften von einer solchen Dimension waren hier in der Tat nicht nachzuweisen. Die Gerichtsminderheit legt den Finger aber auf einen wunden Punkt: Im bulgarischen Rundfunkrecht gab es keine genügenden institutionellen und organisatorischen Sicherungen gegen illegitime Einflussnahmen auf die journalistische Gestaltungsfreiheit. Dass die Möglichkeit solcher Machenschaften besteht, hatte die bulgarische Rundfunkregulierungsbehörde beanstandet.

Der fehlende Rechtsrahmen für eine unabhängige Berichterstattung im wichtigsten Informationsgefäss weckt menschenrechtliche Bedenken. Zusammen mit dem Umstand, dass die Anordnung nicht restlos klar formuliert war und dass es sich offenbar um das erste derartige Fehlverhalten der Journalistin handelte, wirkt die Sanktion gegen Antoaneta Nenkova-Lalova drakonisch. Es ist zweifelhaft, dass ein dermassen rigoroses Vorgehen im Interesse des Publikums an einer ausgewogenen Berichterstattung im öffentlich-rechtlichen Radio unumgänglich war.

Die Schwachstellen in der Begründung dieses noch nicht endgültigen Urteils der 4. Kammer sind so ausgeprägt, dass der Wunsch nach einer Überweisung des Falles an die Grosse Kammer aufkommt. Das wichtige Thema der inneren Medienfreiheit hätte eine intensivere Beurteilung verdient.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation – Droit de la communication commerciale

13-23

Verbot der Onlinewerbung für öffentliches Glücksspiel respektiert EMRK

Berufsfreiheit; Diskriminierungsverbot; Eigentumsschutz; Fernsehwerbung; Glücksspiel; Internet; Jugendschutz; Lotterie; Onlinewerbung; Rechtsgleichheit; Spielsucht; Staatsmonopol; Telekommunikationswerbung; Werbeverbot; Wirtschaftsfreiheit

Art. 10, 14 EMRK; Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Tipp 24 AG c. Deutschland» vom 27. November 2012 (N° 21252/09)

Offensichtlich unbegründet ist gemäss EGMR die Beschwerde der seit 2000 tätigen Lottovermittlerin «Tipp 24 AG» gegen die Beschränkungen, die ihr der deutsche Glücksspielvertrag vom 15. 12. 2007 auferlegte. Danach war die Veranstaltung oder Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten (§ 4 Abs. 4). Als klare Marktleaderin (rund 2,5 Mio. registrierte Kunden) musste die «Tipp 24 AG» 2009 in allen

Bundesländern die gewerbliche Onlinevermittlung an staatliche Lotterien aufgeben und durfte im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen auch keine Werbung für öffentliches Glücksspiel betreiben (§ 5 Abs. 3). Das Bundesverfassungsgericht nahm eine Beschwerde am 14. Oktober 2008 nicht zur Entscheidung an, denn die Beschränkung der Berufsfreiheit diene dem gesetzlichen Ziel des Kampfs gegen die Spielsucht insbesondere bei Jugendlichen und gegen die damit verbundene Begleit- und Folgekriminalität. Sie sei verhältnismässig.

Der Gerichtshof entscheidet einstimmig, die Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK) sei menschenrechtskonform. Er akzeptiert das Argument, dass Onlinevermittlung ein grösseres Schadenspotenzial birgt als andere Formen des Glücksspiels. Angesichts der Einschränkungen, denen die Lotterieberanche üblicherweise unterworfen sei (staatliches Monopol), durfte die «Tipp 24 AG» nicht mit einer unbeschränkten Verlängerung ihres Geschäftsmodells rechnen. Auch angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Europaratsstaaten auf diesem Gebiet erscheine das Verbot der Vermittlung von Onlinewetten nicht als unvernünftig. Daran ändert der Umstand nichts, dass am 1. Juni 2012 ein neuer Staatsvertrag in Kraft trat, welcher das Vertriebsverbot für Lotto über Internet beendete.

Aus ähnlichen Gründen verneint der Gerichtshof auch eine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) durch die Verbote und Beschränkungen der Glücksspielwerbung in § 5 des Staatsvertrags. Dieser enthält neben dem Werbeverbot in Fernsehen, Internet und Telekommunikationsanlagen u. a. auch Verbote der irreführenden Werbung und der Aufforderung, des Anreizens oder Ermunterns zur Teilnahme am Glücksspiel. Für die Regulierung kommerzieller Werbung bestehe ebenfalls ein weiter Beurteilungsspielraum. Selbst wenn der Staat bei staatlichen Spielangeboten das Werbeverbot nicht ausreichend durchgesetzt haben sollte, würde dies nichts an der Notwendigkeit des Verbots ändern.

Der EGMR verwirft auch den Einwand, die deutsche Regelung diskriminiere Onlineanbieter gegenüber ihrer Konkurrenz (Art. 14 EMRK). Nach den Worten des Gerichtshofs hat das Internet dank seiner einfachen Zugänglichkeit und der jederzeitigen Erreichbarkeit spezifische Qualitäten. Es leuchte ein, wenn die Behörden die Vermittlung von Wetten über dieses Medium als riskanter einstufen. Dass das Verbot auch gefährlichere Glücksspiele (wie Geldspielautomaten oder Kasinospiele) erfasse, verpflichte den Staat nicht zu einer Ausnahmeregelung für die Vermittlung von Zahlenlotto.

Anmerkungen Der Geist zählt mehr als das Geld. Dies gilt – zumindest hinsichtlich der Grundrechte – in der Schweiz, wo kommerzielle Kommunikation nicht unter den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit fällt, sondern lediglich den tendenziell schwächeren Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) genießt. Es gilt aber auch in Strassburg, obwohl der Gerichtshof rein gewerblich motivierter Werbung den (beschränkbar) Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) gewährt. Der einstimmig gefällte Unzulässigkeitsentscheid zur deutschen Glücksspielwerbung belegt wieder einmal, dass der Gerichtshof den EMRK-Vertragsstaaten für Beschränkungen gewerblich motivierter Äusserungen ungleich

mehr Spielraum gewährt als etwa für Eingriffe in die politische, künstlerische oder gesellschaftlich relevante Kommunikation. Letztere müssen sich an einem wesentlich strengen Massstab messen lassen als jenen der nicht gerade unvernünftigen («not unreasonable») Argumentation. Bezeichnenderweise wird etwa der Einwand von «Tipp 24», die Werbebeschränkungen in § 5 des Staatsvertrags taugten wegen zu unbestimmter Formulierung nicht als ausreichende gesetzliche Grundlage, in der Strassburger Entscheidung lediglich beiläufig erwähnt. Eine eigentliche Auseinandersetzung mit der Rüge unzureichender Normklarheit sucht man im EGMR-Entscheid vergeblich. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Beschluss vom 14. 10. 2008 (1 BvR 928/08) hingegen begründet, weshalb Verbote wie jene der «auffordernden, anreizenden oder ermunternden Werbung» oder der Internetwerbung ausreichend präzise abgefasst sind: Zusammen mit der Zielsetzung des Staatsvertrags, dem sachlichen Zusammenhang der Normen mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie den Materialien zum Staatsvertrag liessen sich Zweck und Inhalt der Beschränkung «ausreichend ermitteln» und objektive Kriterien finden, welche eine willkürliche Behandlung durch Behörden und Gerichte ausschliessen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

3. Strafrecht – Droit pénal

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

13-24

La publicité des informations d'une enquête en cours doit être limitée notamment en cas d'infractions à l'intégrité sexuelle d'enfants

Liberté d'expression; publication de débats officiels secrets

Art. 10 CEDH; art. 293 CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 27 septembre 2012, X. contre Ministère public central du canton de Vaud (6B_256/2012)

La publication litigieuse faisait état des éléments d'une enquête pénale dans une affaire de mœurs, brossant le portrait d'un régisseur immobilier vaudois «préssumé pédophile». Il décrivait de manière détaillée les faits qui lui étaient reprochés, respectivement ce qu'avaient subi les victimes.

Tant le contenu que la forme de l'article présentaient d'emblée l'auteur présumé comme coupable en laissant aussi entendre que d'autres victimes seraient demeurées inconnues. Les critiques adressées au juge d'instruction, désigné nommément, étaient de nature à influencer, dans la suite, ce magistrat et, surtout, à discréditer son action voire celle des autorités pénales vaudoises aux yeux des lecteurs.

Conformément à l'art. 293 CP (Publication de débats officiels secrets), est punissable celui qui, sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruc-

tion ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité.

Selon la jurisprudence, l'art. 293 CP procède d'une conception formelle du secret. Il suffit que les actes, débats ou instructions concernés aient été déclarés secrets par la loi ou une décision de l'autorité, autrement dit, que l'on ait voulu en exclure la publicité. Le secret au sens matériel suppose, en revanche, que son détenteur veuille garder un fait secret, qu'il y ait un intérêt légitime, et que le fait ne soit connu ou accessible qu'à un cercle restreint de personnes.

En l'espèce, le secret était aussi bien formel (car déclaré tel par le juge d'instruction) que matériel. La publicité d'éléments d'une enquête ne saurait être la règle lorsque l'instruction a pour objet des infractions à l'intégrité sexuelle d'enfants. Il s'agit, au contraire, d'un domaine dans lequel les intérêts de la justice, d'une part, mais aussi ceux du prévenu, des plaignants et victimes, d'autre part, revêtent une importance toute particulière.

De plus, les faits se sont déroulés dans un cadre essentiellement familial. La situation n'était, dès lors, pas comparable à celles dans lesquelles un auteur s'en prend à des victimes qui lui sont inconnues ou, au contraire, qu'il connaît en nombre en raison de sa situation sociale ou professionnelle.

L'ensemble de ces éléments suggère plus une intention de sensationnalisme qu'une volonté d'informer de manière objective ou d'ouvrir un débat sur un thème de société.

L'art. 293 CP réprime la seule divulgation des informations, indépendamment de la manière dont l'auteur y a eu accès.

Ainsi, la manière dont le recourant a obtenu les informations et le fait qu'elles étaient vraies ne suffisent pas à remettre en question la prépondérance de l'intérêt au maintien du secret.

Dès lors, la restriction apportée à la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH était nécessaire dans une société démocratique pour protéger des intérêts légitimes.

Annotations Dans son jugement, le Tribunal fédéral rejette le recours d'un journaliste de «L'Illustré» condamné à une amende de 5000 francs pour publication de débats officiels secrets, après avoir fait état, dans un article, des éléments d'une enquête en cours dans une affaire de mœurs. Le recourant était certes conscient d'enfreindre la loi, mais il a estimé qu'il était de son devoir moral d'informer les lecteurs des agissements d'un présumé pédophile. Or les magistrats de Mon-Repos ne l'ont pas suivi. Ils ont notamment considéré que l'exception de sauvegarde d'intérêts légitimes n'était pas réalisée en l'espèce, cette dernière ne pouvant couvrir la divulgation d'informations portant atteinte à un intérêt dont le poids l'emporte sur l'intérêt du public à connaître ces faits. L'arrêt rappelle préalablement que l'art. 293 CP procède d'une conception formelle du secret, au demeurant conforme à l'art. 10 CEDH. Il suffit que les actes, débats ou instructions concernés aient été déclarés secrets par la loi (comme dans le cas d'espèce) ou une décision de l'autorité, autrement dit, que l'on ait voulu en exclure la publicité, indépendamment de la classification choisie. Pour écarter l'application de l'al. 3 de la norme (secret de peu d'importance), le juge doit examiner à titre préjudiciel les raisons qui ont présidé à la classification du fait comme secret. Il ne doit cependant le faire qu'avec retenue, sans s'immiscer dans le pouvoir d'apprécia-

tion exercé par l'autorité qui a déclaré le fait secret. Il suffit que cette déclaration apparaisse encore soutenable au regard du contenu des actes, de l'instruction ou des débats en cause. Le point de vue des journalistes sur l'intérêt à la publication n'est, pour le surplus, pas pertinent. In casu, notre Haute Cour explique longuement que les conditions d'un secret matériel étaient également données. Cela peut paraître étonnant car, au vu des principes susmentionnés, il n'était nul besoin de procéder de la sorte, la règle n'ayant pas trait à des secrets au sens matériel, mais à des cachotteries inutiles, chicanières ou exorbitantes. De là à voir dans ce raisonnement une volonté de pointer du doigt les reproches adressés à l'encontre de l'art. 293 CP par la doctrine et asseoir la solution du cas par le biais d'une autre approche, il n'y a qu'un pas.

Depuis quelques décennies, l'application de l'art. 293 CP fait débat. La question de son abrogation revient périodiquement sur le devant de la scène. Ainsi, dans une motion votée le 4 mars 1982, le Parlement avait demandé la révision de cette disposition (BOCE 1981, 286 ss; BOCN 1982, 222 ss). C'est en 1996, dans le cadre de la révision du droit pénal applicable aux médias, que le Conseil fédéral s'était exécuté, en proposant son abrogation pure et simple (FF 1996 IV 573 s.). Devant les Chambres, le représentant du Gouvernement avait insisté sur le fait que, très souvent, l'auteur de l'indiscrétion n'est pas découvert et qu'il n'est pas équitable de s'en prendre au journaliste comme à un lampiste. Il avait également fait valoir le peu d'utilité de cette norme dans la pratique, les grands groupes de presse étant parfaitement insensibles à de telles poursuites dont ils peuvent souvent encore tirer gloire (BOCE 1997, 587, Koller). C'était compter sans l'esprit de revanche de l'Assemblée fédérale, qui, sous le coup de récentes indiscrétions publiées par la presse, avait maintenu l'art. 293 CP en l'état, ajoutant simplement la possibilité pour le juge de renoncer à toute peine si le secret est de peu d'importance (BOCN 1997, 406; BOCE 1997, 587).

En 2006, une motion Lang avait à nouveau proposé l'abrogation. Le Conseil fédéral, tout en admettant dans sa réponse du 7 mai 2008 que la lettre de la disposition n'était pas satisfaisante, avait néanmoins estimé qu'une telle mesure ne constituait pas la solution appropriée. Le 30 septembre 2011, Lang revenait à la charge: il déposait à la Chambre basse une initiative parlementaire (reprise par Müller) demandant la suppression de l'art. 293 CP. Le 31 août 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative. Son équivalent à la Chambre haute a adhéré à cette manière de voir le 23 octobre 2012.

Dès lors, il est probable que le maintien de la norme pénale litigieuse ne soit qu'une question de temps. D'ailleurs, correctement appliquée, cette dernière devrait aboutir quotidiennement à l'ouverture de dizaines de poursuites. Dans les faits, force est de constater que celles-ci sont rares et prennent parfois une allure d'arbitraire. Elles sont le fait d'autorités vexées par des indiscrétions et qui, incapables de mettre la main sur l'auteur de la fuite, s'en prennent au journaliste, dans l'espoir, sans doute vain, que lui et ses collègues se garderont à l'avenir de répercuter des indiscrétions. La disparition de l'art. 293 CP aurait pour conséquence de protéger uniquement le secret au sens matériel, qui suppose que son détenteur veuille garder un fait secret, qu'il y ait un intérêt légitime, et que le fait ne soit connu ou accessible qu'à un cercle restreint de personnes. En clair, un secret qui mérite réellement d'être protégé.

Prof. Stéphane Werly, Genève/Neuchâtel

13-25

Bezeichnung als «Hochstaplerin»: Journalist wegen übler Nachrede verurteilt

Beschimpfung; Ehrverletzung; Gutgläubensbeweis; üble Nachrede; Verleumdung; Wahrheitsbeweis

Art. 173, 174, 177 StGB

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2012
(DG120201-L/U) (nicht rechtskräftig)

Die Bezeichnung «Hochstaplerin» in einem Artikel des «Tages-Anzeiger» wurde vom Bezirksgericht Zürich als ehrverletzend beurteilt. Es handle sich dabei um ein gemischtes Werturteil, wobei letztlich entscheidend sei, dass die dem Werturteil «Hochstaplerin» zugrunde liegende Tatsachenbehauptung ehrverletzend sei. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, da die betroffene Person im beanstandeten Artikel der Lüge und der systematischen Verbreitung der Unwahrheit bezichtigt wurde, was ein unehrenhaftes Verhalten darstelle und die Betroffene in ihrer gesellschaftlichen Ehre tangiere.

Am 17. August 2010 erschien im «Tages-Anzeiger» ein Artikel über X. mit dem Titel «Die eingebildete Astronautin». Darin wurde die Rezeption von X. in den Medien sowie ihr Auftreten in der Öffentlichkeit als Astronautin und Mitarbeiterin der NASA thematisiert, wobei X. unter anderem als «Hochstaplerin» bezeichnet wurde. X. reichte aufgrund der Bezeichnung als «Hochstaplerin» gegen den Verfasser dieses Artikels, Maurice Thiriet, Strafanzeige ein, weshalb nach durchgeführter Strafuntersuchung beim Bezirksgericht Zürich Anklage wegen übler Nachrede (Art. 173 StGB), Verleumdung (Art. 174 StGB) und eventualiter Beschimpfung (Art. 177 StGB) erhoben wurde.

Das Bezirksgericht Zürich untersuchte zuerst den Begriff «Hochstaplerin» im Gesamtzusammenhang des inkriminierten Artikels. Dabei kam es zum Ergebnis, dass es sich beim Begriff «Hochstaplerin» im vorliegenden Fall um ein gemischtes Werturteil handelt. Diesem Werturteil liege die Tatsachenbehauptung zugrunde, X. habe in der Absicht, einen hohen Bekanntheitsgrad zu erlangen, und um einen Sponsor für einen Flug ins All zu finden, in der Öffentlichkeit verbreitet, Astrophysikerin, Nasa-Mitarbeiterin und angehende Nasa-Astronautin zu sein, was aber nicht der Wirklichkeit entspreche. Aus dieser Analyse des Begriffs «Hochstaplerin» ergebe sich, so das Bezirksgericht weiter, dass – sofern sich die erhobenen Vorwürfe bewährten – das getroffene Werturteil sachlich vertretbar sei und damit nicht beschimpfend im Sinne von Art. 177 StGB. Im Hinblick auf die Tatbestände der Verleumdung (Art. 174 StGB) und der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) führte das Bezirksgericht weiter aus, der Begriff «Hochstaplerin» sei vom Bundesgericht in konstanter Praxis als ehrverletzend erachtet worden. Letztlich sei aber nicht das entscheidend, sondern ob die dem Werturteil «Hochstaplerin» zugrunde liegende Tatsachenbehauptung ehrverletzend sei. Die dahinterstehende Tatsachenbehauptung, X. habe in der Öffentlichkeit systematisch verbreitet, sie sei Astrophysikerin, Nasa-Mitarbeiterin und angehende Nasa-Astronautin, was aber nicht der Wirklichkeit entspreche, tangiere den gesellschaftlichen Ruf von X. Sie werde

damit nämlich der Lüge und der systematischen Verbreitung der Unwahrheit bezichtigt, was ein unehrenhaftes Verhalten darstelle. Damit sei der Tatbestand von Art. 174 StGB (Verleumdung) und Art. 173 StGB (üble Nachrede) erfüllt.

Anschliessend prüfte das Bezirksgericht, ob die im beanstandeten Artikel gemachten Aussagen der Wahrheit entsprechen oder Maurice Thiriet ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten. Gemäss Art. 173 Abs. 2 StGB ist in einem solchen Fall, wenn dieser sogenannte Wahrheitsbeweis gelingt, der Tatbestand der üblen Nachrede nicht erfüllt. Wie schon erwähnt, handelt es sich beim Begriff «Hochstaplerin» um ein gemischtes Werturteil, dem eine Tatsachenbehauptung zugrunde liegt. Die Wahrheit dieser zugrunde liegenden Tatsachenbehauptung hatte das Bezirksgericht somit zu überprüfen. Mit anderen Worten hatte es die Frage zu beantworten, wie weit von X. verbreiteter Schein und Sein divergieren. Zuerst prüfte das Bezirksgericht den Begriff «Astrophysikerin». Diesbezüglich kam es zum Ergebnis, dass es zutreffend sei, wenn sich X. als Astrophysikerin bezeichne, da sie ihr Bachelorstudium in Physik mit einer Bachelorarbeit im Bereich Astrophysik abgeschlossen habe. Weiter setzte sich das Bezirksgericht mit der Selbstbezeichnung als «Nasa-Mitarbeiterin» auseinander. Dazu hielt es fest, X. sei zwar nicht von der Nasa angestellt worden, habe aber im Sommer 2010 eine Tätigkeit ausgeübt, bei welcher sie teilweise unter dem Logo der Nasa für eine eng mit der Nasa verbundene Institution Lehrer zum Thema Raumfahrt unterrichtete. Unter diesen Umständen erscheine die Bezeichnung von X. als Nasa-Mitarbeiterin zwar unzutreffend, dennoch nicht als gänzlich falsch, jedenfalls soweit ersichtlich werde, dass X. als Auszubildende für Lehrer und nicht als Instruktorin für Astronauten arbeitete und dies eine Anstellung auf temporärer Basis war. Schliesslich untersuchte das Bezirksgericht den Ausdruck «angehende Astronautin». Für das Bezirksgericht scheint es vermessen, X. als angehende Nasa-Astronautin oder gar als Astronautin zu bezeichnen. Indes scheine es vertretbar, davon zu sprechen, X. absolviere ein privates Astronautentraining bzw. sie plane, auf privater Basis dereinst eine Reise ins All zu unternehmen. Der Medienberichterstattung, welche mit einem Artikel in der «Schweizer Illustrierten» losgetreten wurde, habe der unbefangene Leser entnehmen können und müssen, X. sei Astrophysikerin, habe ein Astronautencamp der Nasa besucht, habe gute Chancen, Nasa-Astronautin zu werden, befinde sich bereits in solchen Trainings und sei in diesem Zusammenhang auch für die Nasa tätig. X. habe sich dabei auch einige Ungenauigkeiten zu Schulden kommen lassen, namentlich wenn sie vom «Nasa Education Center» sprach, welches es nicht gibt. Auch habe sie öffentlich von dereinstigen Reisen ins All erzählt. Die Medien hätten diese Äusserungen willig aufgenommen und zu einer reisserischen Geschichte über eine Schweizer Astronautenhoffnung, welche von der Nasa entdeckt wurde, überspitzt. Bis Ende Januar 2010, als ein kritischer Blogbeitrag zu diesem Thema erschien, habe X. die überhöhten Medienberichte auch nicht berichtigt. Danach habe sie sich allerdings bemüht, darzutun, dass sie lediglich plane, mit einer privaten Firma dereinst einen Flug in den Weltraum zu unternehmen, und hierzu private Astronautentrainings absolviere. Ferner habe sie wiederholt präzisiert, dass sie beim «Nasa Education Center» lediglich Lehrer ausbilde, auch wenn sie von dieser unrichtigen Bezeichnung

nicht Abstand nahm, was jedoch in Anbetracht der nicht ganz einfachen Abgrenzung von Nasa und U.S. Space & Rocket Center entschuldbar erscheine. Dem inkriminierten Artikel, so das Bezirksgericht weiter, entnehme der unbefangene Leser allerdings, X. habe aktiv und systematisch in den Medien und in der Öffentlichkeit gelogen, sie sei angehende Nasa-Astronautin und in diesem Zusammenhang für die Nasa tätig. Eine solche Lüge vermöge der Journalist Maurice Thiriet X. nicht nachzuweisen. Was X. war und wie sie sich in den Medien darstellte, habe nicht so weit auseinandergelegen, wie Maurice Thiriet in seinem Artikel mit der Bezeichnung von X. als «Hochstaplerin» dem Leser mitteilte. Spätestens nachdem X. im Frühling und Sommer 2010 explizit die genannten Richtigstellungen vorgenommen habe, könne von Hochstaplei keine Rede mehr sein. Maurice Thiriet trage die Last, den Wahrheitsbeweis zu erbringen, was ihm misslungen sei. Auch gelang es Maurice Thiriet nicht, den Beweis dafür zu erbringen, er habe die behauptete Tatsache in guten Treuen für wahr gehalten (Gutgläubensbeweis). Das Bezirksgericht Zürich verurteilte ihn deshalb wegen übler Nachrede im Sinne von Art. 173 Abs. 1 StGB. Von einer Verurteilung aufgrund des qualifizierten Tatbestands der Verleumdung (Art. 174 Abs. 1 StGB) sah es ab, weil es Maurice Thiriet nicht nachzuweisen vermochte, dass er direkten Vorsatz betreffend die Unwahrheit seiner Äusserungen gehabt hat.

Anmerkungen Am 50-seitigen Urteil fällt auf, dass das Gericht die objektiven und subjektiven Voraussetzungen eines Urteils auf Ehrverletzung sehr sorgfältig durchexerziert. Meinungsverschiedenheiten ergeben sich bei der Bewertung dessen, was der Journalist Maurice Thiriet tatsächlich geschrieben und gemeint hat. «Die einzige eingeklagte Äusserung ist die Bezeichnung der Anklägerin als «Hochstaplerin», betont das Gericht (31). Das sei ein «gemischtes Werturteil»; ihm liege die Tatsachenbehauptung zugrunde, die Anklägerin habe – um bekannt zu werden und Sponsoren zu finden – in der Öffentlichkeit verbreitet, Astrophysikerin, Nasa-Mitarbeiterin und angehende Nasa-Astronautin zu sein, was aber nicht der Wirklichkeit entspreche. Den Begriff «Astrophysikerin», den sie laut Universität Zürich als Bachelor tragen darf, hat Thiriet mehrmals beiläufig erwähnt, aber nicht bestritten. Die von ihr gegengelesenen und halbwegs ermunterten – erst spät relativierten – Etiketten als «Nasa-Mitarbeiterin» und «angehende Nasa-Astronautin» bewogen den Journalisten tatsächlich, ihr einmal im Text eine «kurze Karriere als Hochstaplerin» anzuhängen.

Das Gericht schlug in den Deutschbibeln «Duden» und «Wahrig» nach und fand zahlreiche Synonyme: massive wie Betrüger, Gauner, Scharlatan; aber auch sanftere wie Prahler (umgangssprachlich), Aufschneider, «etwas vortäuschen, was der Wirklichkeit nicht entspricht» (Wahrig). Die Anklägerin X. leitete laut Gericht «davon ab, ein Hochstapler sei ein Betrüger, welcher andere arglistig irreführe», wählte also eine strafrechtliche Verschärfung, die Thiriet nicht verwendet hatte: Man weiss, dass Gerichte «Ärglist» ungern zulassen. Aber in der Tendenz folgt das Gericht eben doch der Anklägerin: «Allesamt nehmen [die Synonyme] Bezug auf den schlechten Charakter einer Person», und das bestätige sich aus dem Gesamtzusammenhang des inkriminierten Artikels. Dieser vermittele dem unbefangenen Leser *den Eindruck*, die Anklägerin habe die Öffentlichkeit bewusst über die Nichtzugehörigkeit zur Nasa irreführen wollen. Der unvertraute

Leser erhalte «den Eindruck, die Anklägerin führe den Titel «Astrophysikerin zu Unrecht». Beim Leser würden dauernd «in eine bestimmte Richtung zielende Gedanken geweckt». «Zusammenfassend hat der Angeklagte die Anklägerin bei der Leserschaft eines unehrenhaften Verhaltens bezichtigt (objektiver Tatbestand von Art. 173 StGB)», folgert das Gericht.

Die Crux dieser objektiven Zurechnung liegt darin, dass «Hochstapelei» auch auf ein grundlegendes anthropologisches Handlungsmotiv anspielt: Mehr scheinen als sein zu wollen. Eine kleinere oder grössere menschliche Schwäche, aber noch kein gravierendes «unehrenhaftes Verhalten» im strafrechtlichen Sinne. Als knapp 70-Jähriger hat Thomas Mann an seinem letzten grossen Text um den Hochstapler Felix Krull gearbeitet und, an seine Jugend sich erinnernd, «keine Art von harmloser Hochstapelei [beschworen], die mir dient, die Grösse praktisch auszuprobieren und mich in traulichen Wissenskontakt mit ihr zu bringen...» (Gefunden in Stephan Porombkas «Felix Krulls Erben, die Geschichte der Hochstapelei im 20. Jahrhundert», Göttingen 2008). In diese Richtung handelte wohl auch die unechte «Nasa-Angestellte» und Nichtastronautin X.

Das Zürcher Gericht zitiert die «konstante Praxis des Bundesgerichts», wonach die Bezeichnung als «Hochstapler» ehrverletzend sei. In BGE 6B.648/2011 warf das Bundesgericht einem Blogger aber vor, jemanden als «hochverschuldeten Hochstapler» gescholten zu haben, dem gar kein «hochstaplerisches Verhalten» vorwerfbar sei. Und in BGE 6B_333/2008 («Rote Änneliese», medialex 2009, 88 ff.) warnte es, man solle einem Journalisten «nicht jedwelche Gedanken eines Lesers, welche durch Äusserungen allenfalls provoziert werden, als Inhalt der Äusserung strafrechtlich zurechnen». Unseres Erachtens durfte Redaktor Thiriet durchaus in den Medienhype hineinstechen, den die Physiklehrerin X., vor allem aber nachplappernde und schlagzeilensüchtige Medien aufgeblasen hatten. Und in diesem Zusammenhang auch den Begriff «Hochstaplerin» verwenden, nachdem die Physiklehrerin und Astrophysikerin X. «sich mit zahlreichen Aussagen zitieren liess bzw. sie absegnete, welche als unzutreffend oder nicht realistisch bezeichnet werden müssen, namentlich dass sie jedes Jahr fünf Wochen am Nasa Education Center arbeiten dürfe und dass sie mit etwas Glück in ein paar Jahren auf dem Mond stehe» (Urteil, 37).

Dr. iur. Peter Studer, Rüslikon

3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter – Autres biens individuels

13-26

Nichtermächtigung zur Strafverfolgung gegen Oberstaatsanwalt

Amtsgeheimnisverletzung; Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten; Beschwerdelegitimation

Art. 89 Abs. 1 BGG; Art. 320 Ziff. 1 StGB; Art. 115 Abs. 1, 301 Abs. 1 StPO

Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2012
(1C_344/2012)

Weil er in einem Pub Äusserungen im Zusammenhang mit einer Strafuntersuchung gegen Christoph Blocher gemacht haben soll, reichte Christoph Mörgeli Strafanzeige gegen den Zürcher Oberstaatsanwalt Martin Bürgisser wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 StGB) ein. Das Zürcher Obergericht erteilte allerdings keine Ermächtigung für ein Strafverfahren gegen den betroffenen Oberstaatsanwalt. Gegen diesen Beschluss des Obergerichts gelangte Christoph Mörgeli ans Bundesgericht, das aufgrund der fehlenden Beschwerdelegitimation nicht auf die Beschwerde eintrat. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass Christoph Mörgeli durch eine mögliche Amtsgeheimnisverletzung nicht unmittelbar verletzt worden wäre und deshalb gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO an einem allfälligen Strafverfahren nicht als Privatkläger hätte teilnehmen können. Deshalb sei er durch den angefochtenen Beschluss nicht besonders berührt worden und habe auch kein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung gehabt, weshalb die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG nicht gegeben sei.

Christoph Mörgeli reichte bei der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich Strafanzeige gegen Oberstaatsanwalt Martin Bürgisser ein. Er warf diesem vor, sich am Abend des 23. März 2012 in einem Pub gegenüber Bekannten, aber auch für Dritte vernehmbar darüber geäussert zu haben, dass die Oberstaatsanwaltschaft bis zum kommenden Mittwoch ein Gesuch um Aufhebung der parlamentarischen Immunität von Christoph Blocher stellen werde (im Zusammenhang mit der Strafuntersuchung wegen Weitergabe von Bankunterlagen betreffend Philipp Hildebrand). Christoph Mörgeli vertrat die Ansicht, Oberstaatsanwalt Bürgisser habe dadurch eine Amtsgeheimnisverletzung begangen. Das von der Direktion der Justiz und des Innern angerufene Obergericht verweigerte allerdings die Ermächtigung zur Durchführung einer Strafuntersuchung gegen den Oberstaatsanwalt. Die vom Oberstaatsanwalt zugegebenermassen bekannt gegebenen Informationen hätten am Abend des 23. März 2012 keinen Geheimnischarakter mehr gehabt, da sie bereits öffentlich zugänglich bzw. bekannt gewesen seien. Gegen diesen ablehnenden Entscheid des Obergerichts gelangte Christoph Mörgeli mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht. Er verlangte die Aufhebung des

Beschlusses des Obergerichts und die Erteilung der Ermächtigung zur Strafverfolgung.

Das Bundesgericht prüfte die Beschwerdelegitimation von Christoph Mörgeli. Gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Das Bundesgericht anerkannte, dass Christoph Mörgeli am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, aber mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen ist und deshalb die erste Voraussetzung erfüllt. Danach wandte es sich den weiteren Erfordernissen der besonderen Betroffenheit und dem schutzwürdigen Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids zu. Diese beiden Voraussetzungen würden zum Ausdruck bringen, «(...) dass die Beschwerdebefugnis nur demjenigen zusteht, der stärker als eine beliebige Drittperson berührt ist und in einer beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht, sodass er ein eigenes Interesse an einer anderen Regelung des umstrittenen Rechtsverhältnisses hat; dieses muss so intensiv sein, dass es aus objektiver Sicht Schutz verdient.» Christoph Mörgeli brachte vor, dass er durch die Verweigerung der Ermächtigung mehr als andere berührt und in schutzwürdigen Interessen betroffen sei, weil er sich im Strafverfahren gegen den Oberstaatsanwalt als Partei und Privatkläger beteiligen und Zivilansprüche geltend machen wolle. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass zwar jede Person berechtigt sei, gegen einen mutmasslichen Straftäter Strafanzeige einzureichen (Art. 301 Abs. 1 StPO). Damit verschaffe man sich aber noch nicht Parteistellung. Wer sich als Privatklägerschaft an einem Strafverfahren beteiligen und Parteirechte ausüben wolle, müsse durch die dem Beschuldigten angelastete Straftat im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO geschädigt worden sein. Für die nähere Erläuterung des Begriffs des Geschädigten nach Art. 115 StPO verwies das Bundesgericht auf seine kürzlich erlassene Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2012 [1B_432/2011]). Demnach ist unmittelbar verletzt und geschädigt im Sinne von Art. 115 StPO, wer Träger des Rechtsgutes ist, das durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt oder zumindest mitgeschützt werden soll. Der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 StGB) sichere die Geheimhaltungspflicht der Behördemitglieder und Beamten. Er bezwecke in erster Linie die Wahrung öffentlicher Interessen (das reibungslose Funktionieren der Verwaltung und Rechtspflege). Daneben könne er auch dem Schutz von Individualinteressen dienen, nämlich soweit geheimhaltungsbedürftige Informationen von Privatpersonen in amtlicher Eigenschaft erhoben und bearbeitet werden. Daraus folgte für das Bundesgericht, dass durch die angezeigte Amtsgeheimnisverletzung, wäre sie begangen worden, nur der Geheimnisherr (Kanton Zürich) und die vom Geheimnis erfasste Privatperson (Nationalrat Christoph Blocher) als Träger der geschützten Rechtsgüter unmittelbar in ihren Rechten verletzt oder geschädigt werden könnten. Weitere Personen wie Christoph Mörgeli hätten höchstens mittelbar in ihren Rechten verletzt werden und deshalb auch nicht als Privatkläger im Straf-

verfahren gegen Martin Bürgisser teilnehmen können. Aus diesem Grund stand für das Bundesgericht fest, dass eine Gutheissung der Beschwerde keinen Einfluss auf die Rechtsstellung von Christoph Mörgeli hätte, da er auch bei Durchführung einer Strafuntersuchung nicht daran teilnehmen und Parteirechte ausüben könnte. Somit könne er durch die Verweigerung der Ermächtigung zur Strafverfolgung nicht als besonders berührt und in schutzwürdigen (eigenen) Interessen betroffen gelten (Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG). Deshalb fehlte ihm nach Ansicht des Bundesgerichts die Beschwerdelegitimation nach Art. 89 Abs. 1 BGG, und es trat auf die Beschwerde nicht ein.

13-27

Un système de partage de code ne constitue pas une retransmission au sens de la loi sur le droit d'auteur

Concurrence déloyale; exploitation d'une prestation d'autrui; fabrication et mise sur le marché d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés; infractions à la loi fédérale sur le droit d'auteur

Art. 150^{bis} CP; art. 5 LCD; art. 10 al. 2, 39a, 67, 69, 69a LDA

Arrêts du Tribunal fédéral du 11 octobre 2012,
Canal+ Distribution SAS et consorts
(6B_584/2011, 6B_167/2012, 6B_156/2012)

A et B. ont, entre 2005 et 2008, modifié et commercialisé des appareils permettant à leurs clients de décoder les chaînes cryptées de Canal+ Distribution SAS et consorts sans qu'il soit nécessaire de payer l'abonnement officiel y relatif. Pour ce faire, ils installaient sur les décodeurs un programme permettant aux clients d'accéder, via une connexion internet, aux codes de décryptage des cartes officielles dont ils étaient titulaires, moyennant un forfait mensuel.

L'art. 150^{bis} CP vise la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la mise sur le marché et l'installation d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés, mais ne sanctionne en revanche pas, comme en l'espèce, la fourniture d'un service permettant la réception des programmes décodés au moyen de l'appareil visé par cette disposition.

L'art. 67 al. 1 let. h LDA réprime, à titre de violation du droit d'auteur, le comportement de celui qui, intentionnellement et sans droit, diffuse une œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues ou la retransmet par des moyens techniques dont l'exploitation ne relève pas de l'organisme diffuseur d'origine.

L'art. 69 al. 1 let. g LDA réprime le comportement de celui qui, intentionnellement et sans droit, retransmet une émission. Cela comprend toutes les techniques et méthodes de retransmission. Or, les recourants ne transmettaient pas à leurs clients le signal diffusé par les intimées qu'ils auraient préalablement capté. Le procédé utilisé permettait uniquement un

partage de code. Il ne s'agissait donc pas d'une retransmission des émissions produites ou diffusées par les intimées au sens des art. 67 al. 1 h et i et 69 al. 1 let. g LDA.

A noter que l'art. 69a LDA réprime pénalement le comportement de celui qui propose au public un dispositif principalement conçu en vue de permettre ou de faciliter le contournement de mesures techniques efficaces. Selon l'art. 39a al. 2 LDA, le cryptage constitue, notamment, une telle mesure, ce qui comprend le codage permettant le contrôle d'accès en matière de télévision par abonnement. Les recourants n'ont toutefois pas été reconnus coupables d'une infraction à cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008, soit après les faits reprochés.

Selon l'art. 5 let. c LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, reprend, grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant, le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel.

Pour que l'art. 5 let. c LCD s'applique, il faut un produit qui soit matérialisé. Sont ainsi exclus du champ d'application de cette disposition les idées, méthodes ou procédés. Même si les recourants ont pu proposer à des tiers, grâce au système qu'ils ont mis en place, de bénéficier des programmes des intimées en s'épargnant les coûts de production et de distribution, il n'y a pas eu reprise par eux des programmes diffusés ou des systèmes de cryptage par un procédé technique de reproduction au sens de l'art. 5 let. c LCD.

Au surplus, la reprise d'une prestation est déloyale si elle est effectuée sans sacrifice approprié, ce qui n'est pas le cas lorsque le premier concurrent a déjà amorti ses dépenses au moment de la reprise. La décision cantonale ne contient toutefois aucun élément relatif à l'amortissement de ces coûts.

13-28

Bundesgericht bestätigt: Zürcher Obergericht hat zu Recht keine Ermächtigung für Strafverfolgung gegen Strafvollzugsbeamten erteilt

Amtsmissbrauch; Ermächtigung zur Strafverfolgung; Verletzung des Schriftgeheimnisses

Art. 84 Abs. 5, 179, 312 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 30. August 2012 (1C_355/2012)

Weil er an einen Insassen adressierte Post vom Obergericht Zürich geöffnet haben soll, hätte gegen den verantwortlichen Angestellten der Strafanstalt Pöschwies eine Strafuntersuchung wegen Verletzung des Schriftgeheimnisses (Art. 179 StGB) und Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB) eingeleitet werden sollen. Das Obergericht Zürich weigerte sich allerdings, die dafür nötige Ermächtigung zu erteilen. Dieser Entscheidung wurde nun vom Bundesgericht bestätigt, das in seinen Erwägungen zum Schluss kam, dass kein hinreichender Anfangsverdacht

für eine Strafuntersuchung gegeben war. Art. 84 Abs. 5 StGB sehe zwar vor, dass der Verkehr mit Aufsichtsbehörden nicht kontrolliert werden darf. Trotzdem sei vorliegend keine Verletzung des Schriftgeheimnisses gegeben, da das Obergericht Zürich als Absender des Briefes keine Aufsicht über die Justizvollzugsanstalt ausübe und auch keine Instanz im dazugehörigen Rechtsmittelverfahren sei. Ebenso konnte das Bundesgericht keine Anhaltspunkte für einen Amtsmissbrauch erkennen.

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

13-29

Zuständigkeit zur Strafverfolgung bei Rassendiskriminierung

Rassendiskriminierung; Zuständigkeit Strafverfolgung

Art. 28, 261^{bis} Abs. 1–4 StGB; Art. 31 Abs. 1 StPO

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 25. September 2012 (BG.2012.26)

Bei einer Straftat wegen Rassendiskriminierung kommt grundsätzlich Art. 31 Abs. 1 StPO zur Anwendung, wonach für die Verfolgung und Beurteilung die Behörden am Begehungs- oder Veröffentlichungsort, sondern dort, wo der Täter das Schriftstück erstellt und versandt hat. In diesem Sinne entschied das Bundesstrafgericht, als es bei einem Inserat die Strafverfolgungsbehörden jenes Ortes für zuständig erklärte, von dem aus das betreffende Inserat an die verschiedenen Zeitungsredaktionen versandt und damit veröffentlicht wurde.

Bei der Staatsanwaltschaft 1 des Kantons Zürich wurde gegen sämtliche für das SVP-Inserat «Kosovaren schlitzten Schweizer auf» verantwortlichen Personen sowie gegen die SVP Schweiz als Partei Strafanzeige gemäss Art. 261^{bis} Abs. 1–4 StGB eingereicht. Die Staatsanwaltschaft I und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ersuchten die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern um Übernahme des Strafverfahrens, weil für das fragliche Inserat die SVP Schweiz, Generalsekretariat in Bern, verantwortlich sei. Da die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern dieses Ersuchen ablehnte, gelangte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ans Obergericht und beantragte, die Strafbehörden des Kantons Bern seien zur Verfolgung und Beurteilung der zur Last gelegten Straftat zu verpflichten.

Das Bundesstrafgericht begann seine Ausführungen mit dem Hinweis, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Straftat der Rassendiskriminierung kein Mediendelikt im Sinne von Art. 28 StGB darstelle. Deshalb komme Art. 31 Abs. 1 StPO zur Anwendung, wonach für die Verfolgung und Beurteilung einer Straftat die Behörden des Ortes zuständig sind, an dem die Tat verübt wurde. Weiter führte das Bundes-

strafgericht aus, dass der Tatbestand der Rassendiskriminierung erst dann erfüllt sei, wenn die verfolgte Tathandlung öffentlich begangen wurde. In Bezug auf den Tatbestand der Rassendiskriminierung gehe die neuere Rechtsprechung von einem etwas weiteren Begriff der Öffentlichkeit aus. Öffentlich seien danach Äusserungen und Verhaltensweisen, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat seien Äusserungen und Verhaltensweisen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld. Vorliegend sei für die Bestimmung des Gerichtsstands entscheidend, so das Bundesstrafgericht weiter, dass die Tathandlung im Versenden des besagten Inserates an die verschiedenen Zeitungsredaktionen bzw. in dessen Publikation auf dem Internet bestehe. Es sei nicht davon auszugehen, dass zwischen dem Absender und den verschiedenen Zeitungsredaktionen, an die das Inserat versendet wurde, eine besondere Beziehung oder ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand. Folglich sei das Inserat durch das Versenden an die verschiedenen Zeitungsredaktionen öffentlich geworden. Der Gerichtsstand bei schriftlicher Rassendiskriminierung befinde sich, analog zu den Ehrverletzungsdelikten, nicht am Empfangs- oder Veröffentlichungsort, sondern dort, wo der Täter gehandelt, d. h. das Schriftstück erstellt und versandt hat. Das Bundesstrafgericht ging aufgrund der Adresse auf dem Inserat und den Aussagen des Parteipräsidenten der SVP davon aus, dass das Inserat vom Generalsekretariat der SVP Schweiz in Bern zur Veröffentlichung freigegeben und an die Redaktionen versandt wurde. Folglich kam es zum Schluss, dass der Tatort im Sinne von Art. 31 StPO im Kanton Bern liege, weshalb die Strafverfolgungsbehörden des Kantons Bern für die Strafverfolgung zuständig seien.

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

13-30

Heimliche Überwachung von Journalisten bedarf unabhängiger Vorkontrolle

Beschattung; Bestechung; Beugehaft; Dokumentenherausgabe; Geheimdienst; Geheimnis; organisiertes Verbrechen; Quellenschutz; Redaktionsgeheimnis; Tageszeitung; Telefonabhörung; Überwachung

Art. 8, 10, 13 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V c. Niederlande» vom 22. November 2012 (N° 39315/06)

Gestützt auf ihr zugespielte Dokumente publizierte die niederländische Boulevardzeitung «De Telegraaf» im Januar 2006 mehrere Artikel über Geheimdienstakten, welche angeblich bei Schwerstkriminellen in Amsterdam zirkulierten. Drogen- und Waffenhändler Mink K. gebe jährlich Millionen aus,

um Mitarbeiter von Polizei und Staatsanwaltschaft zu bestechen. Wegen der Korruption habe sich der Geheimdienst AIVD eingeschaltet, der beunruhigende Informationen über Verbindungen von Mink K. zu ausländischen Terrororganisationen wie ETA und Hisbollah zusammengetragen habe. Die Zeitungsberichte zitierten die Dokumente nicht vollständig, doch gaben sie Hinweise auf die geheimdienstlichen Methoden und nannten die Codenamen von Informanten.

Einige Tage später verlangte ein Polizeieinspektor von der Zeitung die Herausgabe sämtlicher Dokumente und Kopien, welche als geheim klassifizierte Informationen über die Aktivitäten des Geheimdienstes enthielten. Die Zeitung focht diese Anordnung gerichtlich an. Da die Originaldokumente einen Rückschluss auf die Informationsquellen geben konnten (z. B. durch Fingerabdrücke), vereinbarte die Zeitung mit der Staatsanwaltschaft, dass die Dokumente notariell versiegelt, beim Untersuchungsrichter in einen Safe gesperrt und nicht vor Ende des Gerichtsverfahrens geöffnet werden sollten. Die Pflicht des «Telegraaf» zur Herausgabe der Akten wurde 2008 höchstgerichtlich bestätigt. (Im November 2006 waren die beiden Journalisten übrigens in Beugehaft genommen worden, weil sie vor dem Untersuchungsrichter im Verfahren gegen drei des Geheimnisbruchs Verdächtige die Aussage über ihre Informationsquelle verweigert hatten.) Die forensische Untersuchung der Dokumente förderte offenbar keine Hinweise auf die Informationsquellen zutage.

Ein weiteres Verfahren in dieser komplexen Angelegenheit – die auch das niederländische Parlament wiederholt beschäftigte – leiteten die beiden Medienschaffenden im Juni 2006 ein. Sie beantragten bei der Ziviljustiz eine superprovisorische Massnahme gegen den AIVD, der ihre Telefone abhören und sie beschatten lasse. Ihr Begehren war erstinstanzlich erfolgreich, da der Überwachung die gesetzliche Grundlage fehlte und sie damit die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtete. Die oberen Instanzen bestätigten hingegen die Rechtmässigkeit der auf die Sondervollmachten des Geheimdienstes («special powers») gestützten Massnahmen. Der Schutz von Staatsgeheimnissen und das Interesse an der Enthüllung des Geheimnisbrechers wögen schwerer als der Quellenschutz, hielt das oberste niederländische Gericht (Hoge Raad) im Juli 2008 fest.

Daneben hatte der Innenminister im Juli 2006 beim Aufsichtsgremium für die Überwachung der geheimdienstlichen Tätigkeiten (ein gesetzlich vorgesehenes Kollegialorgan, zu dem auch zwei Vertreter der Justiz gehörten) einen Bericht über das Vorgehen des AIVD angefordert. Das Gremium bezeichnete die Überwachungsmaßnahme im Grundsatz als rechtmässig und beanstandete einzig, dass sie eine Stunde zu früh begonnen hatte, einer der Telefonanschlüsse zu Unrecht angezapft und einige mit den Untersuchungen nicht zusammenhängende Telefongespräche unnötigerweise aufgezeichnet und transkribiert worden waren.

Die heimliche Überwachung der Journalisten betrachtet der EGMR einstimmig als Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz (Art. 8 EMRK). Ebenfalls menschenrechtswidrig ist die Pflicht zur Dokumentenherausgabe, denn sie missachtet nach Auffassung einer 5:2-Mehrheit der 3. EGMR-Kammer den in Art. 10 EMRK enthaltenen Schutz journalistischer Informationsquellen.

Zur heimlichen Telefonabhörung und Beschattung hält der EGMR fest, es habe sich um gezielte Massnahmen zur Enthüllung der Informanten gehandelt. Bei solchen Operationen sei das Risiko der Willkür offenkundig. Zur Vermeidung von Machtmissbrauch müsse das Gesetz die Massnahmen genügend präzise umschreiben und ausreichende Kontrollmechanismen vorsehen. Zwar war die Überwachungsmaßnahme für die Medienschaffenden vorhersehbar. Der Gerichtshof erinnert aber auch an seine 1978 begründete Rechtsprechung, wonach es als Massnahme gegen Machtmissbrauch grundsätzlich wünschbar ist, dass die heimliche Überwachung durch ein Gericht abgesegnet wird. Seine Praxis lässt auch eine nicht richterliche Aufsicht durch ein unabhängiges Gremium genügen, welches die fraglichen Massnahmen sofort stoppen kann. Im vorliegenden Fall war die Massnahme durch das Innenministerium angeordnet worden, und gab es keine vorherige Prüfung durch ein unabhängiges Gremium mit Interventionsbefugnis. Die Kontrolle durch das Aufsichtsgremium (oder das Parlament) vermöge nicht zu genügen, da sie erst im Nachhinein («post factum») erfolge und eine einmal erfolgte Zerstörung des Quellenschutzes nicht zu reparieren vermöge.

Bezüglich des Herausgabebefehls brachte die niederländische Regierung in Strassburg vor, es sei nicht primär um die Identifikation des Lecks im AIVD oder um die Aufdeckung der Informationsquelle der Medienschaffenden gegangen. Die Herausgabepflicht habe vorab darauf gezielt, die geheimen Informationen aus dem Verkehr zu ziehen. Die Medienschaffenden entgegneten, die Dokumente hätten relativ alte und in der Unterwelt bereits bekannte Informationen enthalten.

Die Mehrheit des EGMR anerkennt, dass die Angelegenheit in wesentlichen Aspekten vom unlängst beurteilten Fall «Sanoma Uitgevers c. Niederlande» (Urteil N° 38224/03 vom 14. September 2010; medialex 2010, 223 ff.) abweicht. So seien die Dokumente zuerst versiegelt und erst nach Abschluss der gerichtlichen Überprüfung geöffnet worden. Sie erinnert aber an den grossen Stellenwert des Quellenschutzes für die «public watchdog»-Funktion der Medien. Selbst allfällige verwerfliche Motive der Informationsquelle vermöchten dessen Durchbrechung für sich allein nicht zu rechtfertigen.

Die allfällige Überführung des Geheimnisverletzers im AIVD (der mit der Informationsquelle der Medienschaffenden vermutlich nicht identisch war) sei kein Grund für den Herausgabebefehl, denn dazu habe bereits ein Blick auf den Inhalt der Dokumente genügt und sei keine nähere Untersuchung nötig gewesen. Auch die Sorge, dass die Dokumente in die falschen Hände fallen könnten, vermag den Gerichtshof nicht zu überzeugen. Obwohl deren genauer Inhalt der breiten Öffentlichkeit nicht bekannt war, hatten sie höchstwahrscheinlich schon lange in kriminellen Kreisen zirkuliert. Sie waren daher bereits in falsche Hände gefallen. Als berechtigt empfindet der EGMR hingegen das Anliegen des AIVD, die Vollständigkeit der «geleakten» Dokumente zu überprüfen. Dazu war aber eine Aushändigung der Dokumente nicht notwendig, zumal es sich anscheinend lediglich um Kopien handelte und nicht um die Originale. Eine Sichtprüfung – zwecks Feststellung, ob die Unterlagen vollständig waren – und deren anschliessende Vernichtung hätte genügt.

In ihrer abweichenden Meinung argumentieren der niederländische Richter Myjer und sein spanischer Kollege Lopez

Guerra, die Verschwiegenheitspflichten öffentlich Bediensteter (und ganz besonders von Mitarbeitern des Geheimdienstes) wögen schwerer als das Recht Medienschaffender, ihre Informationsquellen zu schützen. Dass die niederländischen Behörden sich nicht mit der vom «Telegraaf» angebotenen Zerstörung der fraglichen Akten begnügt hätten, sei vernünftig. Der Staat sei berechtigt, ihm gehörende Dokumente wieder in Besitz zu nehmen. Könne er dies nur unter den von der Presse aufgestellten Bedingungen tun, so sei dies ein unbegründetes Privileg für die Medien.

Anmerkungen Der Komplexität des Sachverhaltes zum Trotz: Dies ist eines der bislang wichtigsten Urteile zum umfassenden Schutz des Redaktionsgeheimnisses. Es erstaunt nicht, dass sich auch die niederländischen Vereinigungen der Journalisten und der Chefredaktoren an der Beschwerde beteiligt hatten. Erstaunlicher mag prima vista sein, dass der Grundsatzentscheid von einem Boulevardblatt wie dem niederländischen «Telegraaf» erstritten worden ist. Bei genauerer Betrachtung wird aber deutlich, dass es für einen solchen Rechtsstreit (bzw. die kaum überblickbare Vielzahl verschiedener Verfahren) wohl zwingend eines wirtschaftlich starken Verlags mit langem Atem bedarf. Dies illustrieren schon die 60000 Euro (gefordert waren gar 169000), die der EGMR dem «Telegraaf» als Ersatz für die Kosten und Auslagen der ausserordentlich umfangreichen Prozedur zugesprochen hat.

In der Sache selber enthält das Urteil der 3. Kammer neben einigem Bekanntem (z. B. dem ausserordentlichen Gewicht des Quellenschutzes in der Güterabwägung und der Wichtigkeit einer unabhängigen Überprüfung behördlicher Zwangsmassnahmen) verschiedene Neuigkeiten.

1. Erstmals hat der Gerichtshof die geheime Überwachung von Medienschaffenden beanstandet. In einem früheren Zulässigkeitsentscheid (N° 54934/00 «Weber & Saravia c. Deutschland» vom 29. 6. 2006) hatte der Gerichtshof lediglich festgehalten, staatliche Überwachungsmaßnahmen durch den Bundesnachrichtendienst (BND) bei einer Journalistin seien menschenrechtlich besonders problematisch, wenn sie die Identifizierung journalistischer Quellen bezweckten – was damals nicht der Fall war. Das deutsche Recht enthielt ausreichende Vorkehrungen gegen eine zufällige Durchbrechung des Quellenschutzes. Die Überwachungsmaßnahmen des niederländischen Geheimdienstes hingegen zielten gerade darauf ab, die Informationskanäle der «Telegraaf»-Journalisten freizulegen. Es handelte sich um eine ernsthafte Beschränkung von Art. 10 EMRK. Folglich verlangt der Gerichtshof eine rechtzeitige Kontrolle durch eine unabhängige – idealerweise gerichtliche – Instanz. Rechtzeitig ist diese Überprüfung nur, wenn das Gremium intervenieren kann, bevor die abhörende Behörde die von den Journalisten abzuschirmenden Informationen erfahren hat, denn die einmal zerstörte Vertraulichkeit lässt sich nicht beheben.

2. Nach Einschätzung von Sachverständigen könnte sich das Urteil in vielen der 47 EMRK-Vertragsstaaten auswirken. Ist ausserhalb des ordentlichen Strafverfahrens eine Durchbrechung des journalistischen Quellenschutzes durch geheimdienstliche Massnahmen geplant, so ist eine gesetzliche Grundlage mit vorgängiger Kontrollmöglichkeit angezeigt. Eine solche dürfte bei Weitem nicht nur in den Niederlanden fehlen (vgl. die Besprechung des Falles durch Dirk Voorhoof, <http://echrblog.blogspot.co.at/2012/11/telegraaf-judgment->

on-protection-of.html). Auch in der Schweiz ist die Rechtslage in dieser Hinsicht soweit ersichtlich defizitär. Nach dem Wortlaut der Strassburger Begründung scheint eine generell-abstrakte Regelung der Ex-ante-Kontrolle auf Gesetzesebene erforderlich. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Gerichtshof die faktische Vornahme einer solchen vorherigen Kontrolle in einem einzelnen Überwachungsfall auch ohne explizite gesetzliche Regelung genügen lassen würde.

3. Weniger bahnbrechend, aber dennoch bemerkenswert sind die Ausführungen zur Herausgabepflicht. Zu solchen strafprozessualen Anordnungen – sei es betreffend Dokumente, sei es betreffend mündliche Auskünfte von Journalisten im Zeugenstand – gibt es bereits eine etablierte Strassburger Rechtsprechung. Es ist geradezu ein klassisches Anwendungsgebiet des Quellenschutzes, dass er in Verletzung des Amtsgeheimnisses zugespielte Dokumente weitgehend abschirmt. Eine ausnahmsweise Durchbrechung ist nach sorgfältiger Güterabwägung möglich. Die Gerichtsmehrheit zeigt, dass der Schutz anonymer Informanten nicht leichthin geringer gewichtet werden darf, wenn es um geheimdienstliches Material geht. Wären die beiden überstimmten Richter mit ihrer Auffassung durchgedrungen, so hätte dies den Quellenschutz empfindlich geschmälert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

13-31

Beschwerde vom Bundesgericht gutgeheissen: Üble Nachrede konnte aufgrund von Zeugenaussagen nicht bewiesen werden

Üble Nachrede

Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 2012
(6B_106/2012)

Das Obergericht sprach jemanden der üblen Nachrede schuldig, weil er eine andere Person in Anwesenheit von zwei Drittpersonen des Hausfriedensbruchs beschuldigt haben soll. Das Bundesgericht hiess die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde gut, weil es der Ansicht war, dass die üble Nachrede mit den Aussagen der zwei Drittpersonen nicht bewiesen werden konnte.

X. wurde von Y. beschuldigt, ihn in Anwesenheit von zwei Zeugen des Hausfriedensbruchs beschuldigt zu haben, was eine üble Nachrede im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 StGB darstelle. Zuerst wurde X. vom Kantonsgericht Nidwalden freigesprochen, bevor ihn das Obergericht desselben Kantons der üblen Nachrede schuldig sprach. Deshalb zog X. den Entscheid ans Bundesgericht weiter.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von X. gut und wies die Sache zur Neuurteilung ans Obergericht zurück. Es war der Auffassung, eine Verurteilung wegen übler Nachrede lasse sich nicht auf die von der Vorinstanz vorgebrachten Zeugenaussagen stützen. Die zwei Zeugen, gegenüber denen X. die üble Nachrede geussert haben soll, vermöchten sich nur «sinn-gemäss» oder nicht mehr an den «konkreten Wortlaut» erinnern. Da diese Zeugen somit keine beweismässig verwertbare Kenntnis von der behaupteten Äusserung hätten, fehle es an einer Äusserung gegenüber «andern», weshalb der Tatbestand der üblen Nachrede nicht erfüllt sei.

13-32

Gerichtsstand bei Mediendelikten: Bundesstrafgericht orientiert sich an Zivilprozessrecht

Antragsdelikte; Gerichtsstandkonflikt; Mediendelikte; Sitz des Medienunternehmens

Art. 28 StGB; Art. 35 StPO; Art. 23 Abs. 1 UWG; Art. 10 Abs. 1 lit. b, 12 ZPO

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 12. November 2012
(BG.2012.32)

Ein Gerichtsstand für Mediendelikte ist (auch) am im Handelsregister eingetragenen Hauptsitz eines Medienunternehmens gegeben, wenn das Delikt durch eine unselbstständige Unternehmenseinheit – namentlich eine Zweigniederlassung – begangen wurde. Dies hat das Bundesstrafgericht entscheiden und sich dabei am zivilprozessualen Gerichtsstand für Klagen gegen juristische Personen orientiert. Neben dem Gerichtsstand am Hauptsitz soll – analog zum Zivilprozessrecht – auch am Ort der Zweigniederlassung ein Gerichtsstand bestehen, wenn diese betroffen ist.

Ein Unternehmen reichte bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland Strafantrag wegen Verstosses gegen den lautereren Wettbewerb ein, gerichtet gegen die Autorinnen eines Beitrags der Sendung «Kassensturz» mit dem Titel «Trutenfleisch: Profit auf Kosten der Tiere», der auf SRF ausgestrahlt worden war. Die Generalstaatsanwaltschaft Bern gelangte daraufhin mehrfach an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und die Oberstaatsanwaltschaft Zürich und ersuchte um die Verfahrensübernahme. Weil sich die beiden Parteien nicht über die Zuständigkeit einigen konnten, gelangte der Gerichtsstandkonflikt ans Bundesstrafgericht.

Das Bundesstrafgericht führte aus, dass es sich beim möglicherweise verübten Verstoß gegen das UWG unbestrittenermassen um ein Mediendelikt im Sinne von Art. 28 StGB handle. Bei solchen Delikten seien gemäss Art. 35 Abs. 1 StPO die Behörden des Ortes zuständig, an dem das Medienunternehmen seinen Sitz hat. Ist die Autorin oder der Autor bekannt und hat sie oder er den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, so seien auch die Behörden des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes zuständig. In diesem Fall

werde das Verfahren dort durchgeführt, wo zuerst Verfolgungshandlungen aufgenommen worden sind. Bei Antragsdelikten könne die antragsstellende Person zwischen den beiden Gerichtsständen wählen (Art. 35 Abs. 2 StPO). Beim Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs, so das Bundesstrafgericht weiter, handle es sich nach Art. 23 Abs. 1 UWG um ein Antragsdelikt. Im vorliegenden Fall sei der Strafantrag nach Konsultation des Handelsregisters am (Haupt-)Sitz der SRG gestellt worden. Das Bundesstrafgericht definierte mit Verweis auf seine frühere Rechtsprechung, dass der Begriff «Sitz des Medienunternehmens» in Art. 35 Abs. 1 StPO mit dem Rechtsträger des Unternehmens gleichzusetzen sei. Deshalb widmete es sich der Organisation der SRG. Die SRG sei ein Konzern mit Stammhausstruktur, wobei das Stammhaus juristisch dem Verein entspreche. Dies zeige auch der Eintrag im Handelsregister des Kantons Bern, wo ein Verein mit dem Namen Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft eingetragen sei, dessen Sitz sich in Bern befinde. Daneben seien in verschiedenen Kantonen Zweigniederlassungen eingetragen, unter anderem im Handelsregister des Kantons Zürich: SRF Schweizer Radio- und Fernsehen, Zweigniederlassung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft. Zwar sei vorliegend klar, so das Bundesstrafgericht, dass die Unternehmenseinheit SRF betroffen sei. Allerdings sei SRF eindeutig als Zweigniederlassung der SRG mit Hauptsitz in Bern im Handelsregister eingetragen, weshalb die SRF keine eigene Rechtspersönlichkeit und damit auch keinen eigenen Vereinssitz habe. Nun nahm das Bundesstrafgericht eine weitere Auslegung von Art. 35 StPO vor. Es vertrat die Ansicht, es liege im Interesse der Rechtssicherheit und sei mutmasslich gewollt, dass sich der strafprozessuale und der zivilprozessuale Gerichtsstand in einem solchen Fall nach möglichst identischen Kriterien bestimmen. Gemäss Zivilprozessrecht sei bei Klagen gegen ins Handelsregister eingetragene Personen der dort eingetragene Sitz massgeblich (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Daneben bestehe ein alternativer Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung, wenn dieser betroffen sei (Art. 12 ZPO). In diesem Sinne schlussfolgerte das Bundesstrafgericht, es sei davon auszugehen, dass in Bern als dem im Handelsregister eingetragenen (Haupt-)Sitz der SRG ein Gerichtsstand für Mediendelikte gegeben sei. Da der Antragsteller seinen Strafantrag in Bern gestellt habe, sei der Kanton Bern für die Strafverfolgung zuständig.

4. Privatrecht – Droit privé

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

13-33

Bundesgericht bejaht schutzwürdiges Interesse bei Feststellungsbegehren

Feststellungsbegehren; Persönlichkeitsrecht; schutzwürdiges Interesse

Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2012
(5A_286/2012)

Auf ein E-Mail eines Konsumenten antwortete Y., die ein Gütesiegel für biologischen/ökologischen Landbau vergibt, ebenfalls per E-Mail. Darin bezeichnete Y. die «X.-Nachrichten», die den Schutz von Tieren bezweckt, unter anderem als nicht vertrauenswürdig. Aufgrund der im E-Mail gemachten Äusserungen klagte X. gegen Y. beim Bezirks- und Obergericht und gelangte schliesslich ans Bundesgericht, wo er die Feststellung der Widerrechtlichkeit der geäusserten Behauptungen verlangte. Entgegen der Ansicht von Bezirks- und Obergericht vertrat das Bundesgericht die Meinung, dass sich die Frage nach der Rechtmässigkeit der heute eingeklagten Äusserungen in Zukunft erneut oder in ähnlicher Weise stellen wird. Es müsse von einer ungewissen Rechtslage ausgegangen werden, an deren Klärung durch gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit X. ein schutzwürdiges Interesse habe. Deshalb hiess es die Beschwerde in diesem Punkt gut.

X., der insbesondere den Schutz von Tieren bezweckt, veröffentlichte in seinen «X-Nachrichten» von April und Dezember 2009 einen Bericht über Bio- und Freiland Eier. Darin erwähnte er Y., die Produkte von Produzenten, welche gemäss ihren Richtlinien für den biologischen/ökologischen Landbau arbeiten, mit dem Gütesiegel Z. auszeichnet. Das Z.-Label von Y. wurde in diesem Bericht neben der Fotografie einer Legehennen abgebildet, die ein zerzaustes Gefieder und einzelne Nacktstellen im Federkleid aufwies. Darüber empörte sich K. derart, dass er an Y. eine E-Mail schrieb. Diese antwortete ebenfalls mittels E-Mail und schrieb unter anderem Folgendes:

«Weder Aktualität noch Verwendung von Labels und sonstige Angaben in diesen Publikationen sind vertrauenswürdig. Tatsache ist, dass X. dieselben Fotos über längere Zeit, oft über Jahre verwendet und ohne Datierung deren Aktualität vorgaukelt. Auch eine genaue Zuordnung zu den Betrieben ist oft nicht gegeben oder eindeutig. Label werden gleichgesetzt oder verwechselt. Da wir dennoch jede Meldung prüfen, ist dies eine langfristige Erkenntnis aus vielen Jahren. Es kann durchaus vorkommen, dass X. das Z.-Logo missbräuchlich verwendet, d. h. neben Betriebsnamen setzt, ohne dass der Bezug stimmt. Dies ist der Fall bei der erwähnten Abbildung, bei der das Z.-Logo mit der Z. steht.»

K. leitete das E-Mail an X. weiter, worauf dieser Klage gegen Y. einreichte und beantragte, dass die im E-Mail gemachten Behauptungen unwahr seien und eine widerrechtliche Verletzung seiner Persönlichkeit darstellten. Das Bezirksgericht und das Obergericht des Kantons Thurgau verneinten ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung, weshalb X. am 20. April 2012 sein Feststellungsbegehren vor Bundesgericht erneuerte.

Das Bundesgericht hielt fest, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, könne vor Gericht beantragen, die Widerrechtlichkeit der Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 StGB). Ein solcher Störungszustand, der mit einer Feststellungsklage behoben werden kann, sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «(...) im Fortbestand der verletzenden Äusserung auf einem Äusserungsträger zu erblicken, der geeignet ist, die Verletzung fortwährend kundzutun und hierdurch Persönlichkeitsgüter des Verletzten unablässig oder erneut zu beeinträchtigen.» Die vorausgesetzte «weiterhin störende Auswirkung» meine nichts anderes als den eben beschriebenen Störungszustand und soll sicherstellen, dass die Feststellungsklage nur erhoben werden kann, wenn der Kläger einer anhaltenden Beeinträchtigung seines Ansehens ausgesetzt ist, die mittels gerichtlicher Feststellung beseitigt werden kann. Die Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB setze somit voraus, dass der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustandes geltend machen könne. Diese Grundsätze würden auch für einmalige Persönlichkeitsverletzungen in einem beschränkten Kreis von Personen gelten. Die (abgeschlossene) Verletzungshandlung könne eine Ungewissheit über ihre Rechtmässigkeit hervorrufen und dadurch das Verhältnis zwischen den Beteiligten belasten. Ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Widerrechtlichkeit bestehe dann, wenn die betroffene Person zwar nicht unmittelbar befürchten muss, aber doch davon ausgehen darf, dass sich dieselben Fragen nach der Rechtmässigkeit einer zurückliegenden Persönlichkeitsverletzung in Zukunft erneut oder in ähnlicher Weise stellen wird.

Zum konkreten Fall führte das Bundesgericht aus, die Äusserungen von Y. betreffend der Vertrauenswürdigkeit von X. als Herausgeber der «X.-Nachrichten» seien geeignet gewesen, dessen Persönlichkeitsgüter der Glaubwürdigkeit und damit der sozialen Geltung herabzumindern. Ziel der Feststellungsklage sei es, das gemäss Behauptungen von X. unzutreffende Bild zu tilgen, das die beanstandeten Äusserungen bei ihren Empfängern (K. und X. selbst) hervorgerufen haben. Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass das Verhalten von Y. nahelege, dass sich die Rechtmässigkeit der heute eingeklagten Äusserungen in Zukunft erneut oder in ähnlicher Weise stellen wird, wenn Y. wiederum kritische Anfragen zur Vergabe ihres Gütesiegels beantworten müsse. Erfahrungsgemäss werde die Diskussion über Tier- und Konsumentenschutz erbittert, aggressiv und mit allen Mitteln geführt. Entgegen der Ansicht des Obergerichts stünden die Parteien als Konkurrenten und mitunter als politische Gegner in einer gesellschaftlichen Dauerbeziehung, was die massiven Vorwürfe von X. gegenüber der Labelvergabepolitik von Y. und deren geharnischte Reaktion in einer E-Mail an einen interessierten Konsumenten nahelegen würden. Deshalb kam das Bundesgericht zum Ergeb-

nis, dass von einer ungewissen Rechtslage ausgegangen werden müsse, an deren Klärung durch gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit X. ein schutzwürdiges Interesse habe. Es hiess die Beschwerde folglich in diesem Punkt gut und wies den Entscheid ans Bezirksgericht zurück.

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

13-34

Bundesgericht tritt auf Beschwerde von Verwertungsgesellschaften gegen aufschiebende Wirkung nicht ein

Aufschiebende Wirkung; Nichteintreten; rechtliches Gehör; Willkür; Zwischenverfügung

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 98, 106 Abs. 2 BGG; Art. 20 Abs. 3, 46 Abs. 1, 47 Abs. 1 URG

Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2012
(2C_598/2012)

Einer Beschwerde gegen den GT 4e 2010–2011 wurde vom Bundesverwaltungsgericht aufschiebende Wirkung erteilt. Darauf erhoben die betroffenen Verwertungsgesellschaften gegen diesen Zwischenentscheid Beschwerde ans Bundesgericht. Dieses trat auf die Beschwerde nicht ein, da der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifs auch Gegenstand des Hauptverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht sei und deshalb mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden könne.

Die ESchK genehmigte auf Antrag von fünf Verwertungsgesellschaften den «Gemeinsamen Tarif 4e» (GT 4e 2010–2011), der für die Periode vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 galt. Mit Beschwerde vom 24. April 2012 wandten sich der Verein Swisstream (Schweizerischer Verband der Streaming-Anbieter) und die Swisscom gegen den Beschluss, beantragten dessen Aufhebung und ersuchten um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht gab dem Verfahrensantrag am 25. April 2012 statt. Am 11. Mai 2012 erhoben der Dachverband der Urheber und Nachbarrechtsnutzer (DUN) und der Schweizerische Wirtschaftsverband der Anbieter von Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik SWICO ebenfalls Beschwerde und beantragten aufschiebende Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht gewährte in einer selbstständig eröffneten Zwischenverfügung vom 24. Mai 2012 den Beschwerden (mit Ausnahme derjenigen der Swisscom) aufschiebende Wirkung. Deshalb gelangten die fünf Verwertungsgesellschaften am 18. Juni 2012 ans Bundesgericht und verlangten, die Zwischenverfügung sei in Bezug auf die aufschiebende Wirkung aufzuheben.

Das Bundesgericht hielt zu Beginn seiner Erwägungen fest, dass Hersteller und Importeure von Leerdaträgern gemäss Art. 20 Abs. 3 URG den Urhebern eine Vergütung schul-

den. Der Anspruch auf Vergütung bestehe damit von Gesetzes wegen. Die Höhe der geschuldeten Vergütungen ergebe sich hingegen erst aufgrund individueller (Art. 46 Abs. 1 URG) oder gemeinsamer Tarife der Verwertungsgesellschaften (Art. 47 Abs. 1 URG). Die Ausgestaltung des GT 4e 2010–2011 bilde Gegenstand des Hauptsacheverfahrens. Der Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts werde auch in Bezug auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifs beim Bundesgericht angefochten werden können, weshalb ein allfälliger Rechtsnachteil vom Bundesgericht korrigiert werden könnte. Beim geltend gemachten Delkredere-Risiko, das mit der Zeit ansteige, handle es sich um einen rein faktischen Nachteil. Hinzu komme, dass die Geltungsperiode des streitigen Tarifs bereits abgelaufen sei, sodass der Schaden in der Zwischenzeit nicht mehr weiter anwache. Weiter führte das Bundesgericht aus, auch wenn die Suspendierung des GT 4e als nicht wieder gutzumachender Nachteil zu betrachten wäre, hätte die Beschwerde den Anforderungen von Art. 98 i. V. m. Art. 106 Abs. 2 BGG nicht genügt. Eine klare und detaillierte Darstellung der Verfassungsverletzungen anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids sei nicht ersichtlich. Das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) habe bei Entscheiden über die aufschiebende Wirkung wegen der zeitlichen Dringlichkeit nicht die gleiche Tragweite wie bei Sachentscheiden. Zudem hätten die Verwertungsgesellschaften zum Gesuch um aufschiebende Wirkung von Swisstream und Swisscom Stellung nehmen können. Da es sich um denselben Streitgegenstand handle, sei nicht ersichtlich, inwiefern diese Stellungnahme nicht auch die gleichgerichteten anderen Gesuche von DUN und SWICO abdecke. Soweit die Verwertungsgesellschaften zudem Willkür geltend machten, war das Bundesgericht der Ansicht, dass es diesbezüglich an einer hinreichenden Darstellung der Verfassungsverletzung fehle. Deshalb trat es auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht ein.

13-35

Keine rechtsgenügeliche Tarifgrundlage für den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen

Ferienhäuser und Ferienwohnungen; Hotel- und Spitalzimmer; Vergütung für die Radio- und Fernsehnutzung; Verwertungsgesellschaften

Ziff. 2.1 GT 3a

Urteil des Bundesgerichts vom 13. November 2012 (2C_580/2012)

Das Bundesgericht hat entschieden, dass für den Einzug von Urheberrechtsvergütungen für die Nutzung von Radio- und Fernsehgeräten in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen keine ausreichende Tarifgrundlage besteht. Eine entsprechende Verfügung des IGE wurde auf Be-

schwerde der Verwertungsgesellschaften hin auch vom Bundesgericht bestätigt. Das Bundesgericht kam – wie zuvor auch schon das Bundesverwaltungsgericht – zum Schluss, dass unter Ziff. 2.1 des GT 3a nur Räume fallen, die in der Regel der Öffentlichkeit oder einem grösseren, unbestimmten Personenkreis zugänglich sind. Zudem schalte ein Hotel- oder Spitalgast oder ein Mieter einer Ferienwohnung typischerweise ein Radio- oder Fernsehgerät an, um die Sendung wahrzunehmen, weshalb nicht von Hintergrundunterhaltung im Sinne von Ziff. 2.1 GT 3a gesprochen werden könne. Dies im Gegensatz zu beispielsweise einem Verkaufsladen, wo es typisch sei, dass man die Sendung neben der Hauptbeschäftigung im Hintergrund wahrnimmt.

Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) eröffnete gegen die Verwertungsgesellschaften ProLitteris, SSA, SUISA, Suissimage und Swissperform ein Aufsichtsbeschwerdeverfahren in Bezug auf die Erhebung von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern, Ferienhäusern und Ferienwohnungen. Mit Verfügung vom 7. Juni 2011 wies es die genannten Verwertungsgesellschaften an, bis zum Vorliegen einer rechtsgenügelichen Tarifgrundlage auf den Einzug von Vergütungen für Radio- und Fernsehnutzungen in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten. Dagegen erhoben die betroffenen Verwertungsgesellschaften Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Weil dieses die Beschwerde abwies gelangten die Verwertungsgesellschaften mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht.

Zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden wurde der Gemeinsame Tarif 3a 2008–2013 (GT 3a) ausgehandelt und von der ESchK anschliessend genehmigt. Streitig war vorliegend, ob die Vergütung für die Verbreitung von Radio- und Fernsehsendungen in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen auf der Grundlage des GT 3a eingezogen werden darf. Gemäss Ziff. 2.1 Abs. 1 bezieht sich der GT 3a auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern, auf den Empfang von Sendungen zur Hintergrundunterhaltung in Verkaufsgeschäften, Restaurants, Aufenthaltsräumen, Arbeitsräumen etc. sowie für «music-on-hold». Nach Ziff. 2.1 Abs. 2 bedeutet Hintergrundunterhaltung, dass die Verwendung des Repertoires begleitende, ergänzende, nebensächliche Funktion hat. Das Bundesgericht führte aus, dass die hier streitigen Lokalitäten (Hotel-, Spitalzimmer und Ferienwohnung) im GT 3a nicht erwähnt würden. Zwar sei die Aufzählung nicht abschliessend, stütze aber die Auffassung der Vorinstanz, dass vom GT 3a nur Räume umfasst sind, die in der Regel der Öffentlichkeit oder doch einem grösseren, unbestimmten Personenkreis zugänglich sind. Hintergrundunterhaltung bedeutet nach Ansicht des Bundesgerichts, dass eine Sendung begleitend zu einer anderen Aktivität wahrgenommen wird und nicht mit dem Hauptzweck, sie zu sehen oder zu hören. Dies sei auf Hintergrundunterhaltung zugeschnitten, die etwa in Verkaufsläden oft abgespielt wird. Dort sei typisch, dass man die Sendung neben der Hauptbeschäftigung (beispielsweise des Einkaufens) im Hintergrund wahrnimmt. Im Gegensatz dazu sei die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, «(...) dass ein Hotel- oder Spitalgast oder ein Mieter einer Ferienwohnung in seinem Zimmer bewusst ein Radio- oder Fernsehgerät anschalte, um eine bestimmte Sendung

wahrzunehmen. Entscheidend ist dabei nicht der Umstand, dass in einem Hotel oder Spital der Hauptzweck des Aufenthalts nicht die Radio- oder Fernsehbenutzung ist, sondern dass während der Sendung deren Wahrnehmung die Hauptbeschäftigung ist.» Zwar räumte das Bundesgericht ein, dass es schwierig sei, die effektiven Motive des Nutzers zu erheben. Es entspreche jedoch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen der Fernseher eingeschaltet werde, um die Sendung wahrzunehmen. Es könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass auch in diesen Räumen (oder zu Hause) Radio als Hintergrund für andere Aktivitäten gehört werde. Allerdings gebe es umgekehrt auch Gäste, die gezielt in ein Restaurant gehen, um eine Fernsehsendung anzuschauen, z. B. während einer Fussball-WM. Abzustellen sei deshalb auf die typische Situation, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen sei, dass Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienwohnungen nicht vom GT 3a erfasst seien. Mit dieser Begründung wies auch das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Anmerkungen Hotelbetriebe, Spitäler oder Vermieterinnen und Vermieter von Ferienwohnungen, die in den vermieteten Räumen Radio- und Fernsehgeräte zur Verfügung stellen, über welche urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen empfangen werden können, benötigen für diese Dienstleistung eine Bewilligung der Berechtigten an den Urheberrechten und an den verwandten Schutzrechten. Soweit sich diese Form der Nutzung auf das zeitgleiche und unveränderte Wahrnehmbarmachen gesendeter oder weitergesendeter Werke und Leistungen bezieht, können die Bewilligungen nur von einer Verwertungsgesellschaft erteilt werden.

Anders als es in Nachrichtenmeldungen zum vorstehenden Urteil des Bundesgericht teilweise zu lesen war, wird diese – sich aus den Art. 10 Abs. 2 Bst. f und 22 URG ergebende – Rechtslage durch den Entscheid nicht infrage gestellt. Sie ist gar nicht Gegenstand des Urteils. Dem Bundesgericht hatte nämlich lediglich die Frage zum Entscheid vorgelegen, ob der bestehende Gemeinsame Tarif 3a der Verwertungsgesellschaften auch das Inkasso für diese Nutzungen abdecke. Das Gericht kommt zum Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei. Die Verwertungsgesellschaften hätten vielmehr einen zusätzlichen Tarif zu beantragen, da sich der bestehende Tarif auf diese Nutzung nicht beziehe und ohne genehmigten Tarif keine Vergütungen eingezogen werden dürften (Art. 46 URG). Die Verwertungsgesellschaften sind dieser Aufforderung inzwischen bereits nachgekommen: Die Eidg. Schiedskommission hat am 26. Oktober 2012 einen entsprechenden Zusatztarif genehmigt, welcher auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Das bundesgerichtliche Urteil ist damit schon heute nicht mehr aktuell.

Dr. iur. Willi Egloff, Bern

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

13-36

Kein schwerer Vorwurf: Beschwerde abgewiesen

Anhörung bei schweren Vorwürfen

Ziffer 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom
14. Dezember 2012 (75/2012; Schweizerische Rettungsflugwacht c. «Handelszeitung»)

Rega habe «die Erfolgsrechnung verschönert» ist kein schwerer Vorwurf, weshalb die Einholung einer Stellungnahme nicht erforderlich war.

13-37

Unterscheidung zwischen Fakten und Kommentar war möglich

Entstehung von Tatsachen; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom
16. November 2012 (69/2012; Graber c. «Weltwoche»)

Beschwerde gegen Artikel «Licht aus» abgewiesen, da keine Verletzung der Wahrheitspflicht vorlag und das Publikum zwischen Fakten und Kommentar unterscheiden konnte.

13-38

**Berichterstattung über tödlichen Unfall:
Beschwerde teilweise gutgeheissen**

Identifizierung; Respektierung der Privatsphäre

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom
16. November 2012 (70/2012; X. c. «Blick»/«Blick Online»)

Identifizierende Berichterstattung über einen bei einem Unfall verstorbenen Jungen und Veröffentlichung seines Bildes und eines Bildes der Familie und anderer Gäste bei der Trauerfeier versties gegen «Erklärung».

13-39

**Le titre d'un article peut être hyperbolique
mais pas trompeur**

Recherche de la vérité; rectification; suppression d'informations essentielles; traitement des sources

Chiffre 1 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du
9 novembre 2012 (71/2012, Ville de Genève c. «Tribune de Genève»)

La «Tribune de Genève», en publiant l'article intitulé «Enfant écrasé sur un trottoir: l'expert critique la Ville», laissait croire au lecteur que la Ville de Genève avait sa part de responsabilité dans l'accident mortel de cet enfant. Ce titre apparaît comme une interprétation tendancieuse du rapport d'expert, défendable lorsqu'elle est avancée par les avocats de la conductrice ou de la mère de la victime, mais inacceptable si elle donnée comme un fait avéré par le journaliste. Le chiffre 1 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» (vérité) a ainsi été violé. La «Tribune de Genève» a en outre contrevenu au chiffre 3 de la Déclaration (suppression d'informations essentielles) en omettant de préciser les conditions de visibilité du site de l'accident, détaillées dans le rapport d'expert. Cette information était pourtant essentielle à la compréhension des faits.

13-40

**Un article ironique doit être clairement
perceptible par le public et reposer sur
des faits vrais**

Dénaturation d'informations

Chiffre 3 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du
9 novembre 2012 (72/2012, Kessler c. «Le Matin»)

Dans l'article en question, le journaliste prend au mot la déclaration du plaignant et la pousse à l'absurde, lui prêtant une intention qu'évidemment elle n'avait pas. Quand, rapportant les propos d'Erwin Kessler, il parle des mauvais traitements supposés infligés aux animaux, il sait qu'il ne s'agit pas des bactéries servant à fabriquer le Botox. L'auteur fait mine de comprendre les propos de M. Kessler au premier degré. La Chambre rappelle qu'un article critique ou ironique doit être clairement perceptible par le public et au minimum reposer sur des faits vrais. Sous cet angle au moins le titre du commentaire («Il veut sauver les bactéries du Botox») viole le chiffre 3 de la «Déclaration». L'énoncé du titre est erroné et affirmatif. De plus, le contexte de la page, qui regroupe des éditoriaux, ne permet pas au lecteur de reconnaître une intention satirique.

13-41

**Carunfall Siders: unerlaubte Opferbilder –
Angehörige müssen Publikation zustimmen**

Opferbilder; Respektierung der Privatsphäre

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom
9. November 2012 (73/2012; «Blick», «L'illustré»,
«Schweizer Illustrierte»)

Dürfen Medien bei aufsehenerregenden Unglücksfällen, Katastrophen und Verbrechen ausnahmsweise Opferbilder veröffentlichen, damit die Öffentlichkeit am Leid der Hinterbliebenen Anteil nehmen kann? Für den Presserat ist dies nur zulässig, wenn die Hinterbliebenen der Publikation ausdrücklich zustimmen. Dies gilt auch dann, wenn Bilder von Todesopfern bei Gedenkveranstaltungen allgemein zugänglich sind. Nur wenn die Angehörigen explizit einwilligen, dürfen Journalisten in ihren Berichten Opfer bildlich herausheben.

Im März 2012 starben bei einem Carunfall im Wallis 28 belgische Staatsangehörige, vor allem Kinder. Medien in Belgien und anderen europäischen Ländern – in der Schweiz namentlich «Blick», «Schweizer Illustrierte» und «L'illustré» – brachten Fotos von Unfallopfern. Dies stiess sowohl in Belgien als auch in der Schweiz auf Kritik und veranlasste den Schweizer Presserat, den Fall von sich aus aufzugreifen.

Der Presserat attestiert den drei Redaktionen, die Opfer nicht in sensationeller Weise darzustellen. In Bezug auf die Privatsphäre hält das Selbstkontrollorgan der Medienbranche hingegen fest, dass Journalisten Fotos verstorbener Opfer eines Unfalls nur dann zeigen dürfen, sofern die Angehörigen die Bilder explizit zur Veröffentlichung freigeben. Dies gilt auch, wenn Bilder von Todesopfern in einer Gedenkkapelle und bei öffentlichen Trauerfeiern zugänglich sind. Ebenso wenig dürfen Medien Bilder aus dem allgemein zugänglichen Blog eines Skilagers voraussetzungslos weiterverbreiten.

13-42

Identifizierende Berichterstattung war nicht gerechtfertigt

Identifizierung; Unschuldsvermutung; Unterschlagung wichtiger Informationen

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (63/2012; X. c. «SonntagsBlick»/«Blick Online»)

Identifizierende Berichterstattung versties gegen die «Erklärung», weil ein ehemaliger Profifussballer Jahrzehnte nach dem Ende seiner Karriere keine Person des öffentlichen Lebens mehr ist.

13-43

Nennung von Namen und weiteren Merkmalen versties gegen «Erklärung»

Identifizierung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (64/2012; X. c. «Das Magazin»)

Beschwerde wurde gutgeheissen, da wegen versehentlicher Nennung von Namen, Herkunftsort, Studienrichtung und Alter im Artikel «Ich bin dann mal weg» eine Identifizierung möglich war.

13-44

Nichteintreten wegen Strafverfahren

Nichteintreten; Gerichtsverfahren

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (65/2012; X. c. «Tages-Anzeiger»)

Nichteintreten wegen hängiger Strafverfahren betreffend Artikel «Das alltägliche Twitter-Gewitter».

13-45

Nennung der Nationalität war keine Diskriminierung

Diskriminierung; Nichteintreten

Ziffer 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (66/2012; X. c. «Zürcher Oberländer»)

Nichteintreten, weil die Nennung von Nationalitäten von Beschuldigten offensichtlich nicht diskriminierend war.

13-46

Veröffentlichte SMS-Nachrichten waren nicht diskriminierend

Diskriminierung; Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (67/2012; X. c. «Solothurner Zeitung»)

Nichteintreten, da veröffentlichte Nachrichten in Rubrik «Dein SMS» offensichtlich nicht diskriminierend waren.

13-47

Nichteintreten wegen wahrscheinlichem Gerichtsverfahren

Gerichtsverfahren; Nichteintreten

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. November 2012 (68/2012; X. c. «Walliser Bote»)

Nichteintreten, da Presserat von der Eröffnung eines Gerichtsverfahrens in der gleichen Sache ausging.

13-48

Weitergabe von Daten-CD: Presserat tritt nicht auf Beschwerde ein

Ablauf der Beschwerdefrist; Nichteintreten

Ziffern 6, 9 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 27. September 2012 (74/2012; Elmer c. Ringier-Verlag)

Nichteintreten auf Beschwerde gegen Weitergabe von Daten-CD durch Ringier-Redaktion im Jahr 2005, da Sachverhalt mehr als sechs Monate zurücklag.

13-49

Identifizierende Berichterstattung über Kondukteurin

Identifizierung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (50/2012; X. c. «Blick am Abend»)

Nennung von beruflicher Funktion, Nachnamen und Initial des Vornamens in Bericht «Kondukteurin gnadenlos» versties gegen Ziffer 7 der «Erklärung».

13-50

Nichteintreten auf Beschwerde gegen Kolumne von Peter Bodemann

Überprüfung von Kolumnen; Wahrheit

Ziffer 1 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (51/2012; X. c. «Weltwoche»)

Presserat trat nicht auf Beschwerde ein, da Redaktionen bei Kolumnen nur eingreifen müssen, wenn berufsethische Normen in offensichtlicher Weise verletzt sind.

13-51

Unterlassener Hinweis auf fehlende Rechtskraft

Unschuldsvermutung; Unterschlagung von Informationen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 14. September 2012 (52/2012; Kessler c. SDA)

Beschwerde wurde teilweise gutgeheissen, da in Meldung mit dem Titel «Gericht – Tierschützer Erwin Kessler wegen Verleumdung verurteilt» nicht auf fehlende Rechtskraft hingewiesen wurde, was die Unschuldsvermutung (Ziffer 7 der «Erklärung») verletzt.

13-52

Börsenbrief: «K-Geld» darf Verlegernamen nennen

Namensnennung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (58/2012; Bucher c. «K-Geld»)

Darf die Konsumentenzeitschrift «K-Geld» den Namen des Verlegers eines Börsenbriefs nennen, um zu warnen, dessen Anlageempfehlungen seien durch Interessenbindungen beeinflusst? Für den Presserat ist dies gerechtfertigt. Wer seinen Familiennamen im Namen seiner Beratungsfirma einsetzt, kann sich nicht auf den Schutz seiner Privatsphäre berufen, wenn ein Medienbericht den Namen im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit erwähnt.

Im März 2012 zeigte «K-Geld» auf, dass der Verleger des Börsenbriefs gleichzeitig auch als Berater einer kanadischen Minenfirma tätig ist und für diese Investoren akquiriert. Die Firmenaktie wurde im Börsenbrief zum Kauf empfohlen, ohne die Interessenbindung gegenüber der Leserschaft offenzulegen. Der kritisierte Verleger beschwerte sich beim Schweizer Presserat. Da er in seinen Publikationen nicht namentlich aufträte und keine in der Öffentlichkeit bekannte Persönlichkeit sei, sei die Namensnennung nicht gerechtfertigt. «K-Geld» entgegnete, das Recht auf Anonymität sei nicht mehr gegeben, wenn sich eine Publikation an ein «unbestimmt grosses Publikum» richte. Die Leserschaft habe ein Interesse daran, den Namen des Herausgebers zu kennen, insbesondere wenn sich Fragen zur Unabhängigkeit der Information und zu einer Interessenkollision stellten.

Der Presserat weist die Beschwerde ab. Zwar bedürfe es keiner Namensnennung, um die Interessenbindung aufzuzeigen. Der Verleger setze jedoch seinen Familiennamen im Firmennamen seiner Beratungsfirma ein. Diese habe mit dem kanadischen Minenkonzern einen Beratervertrag abgeschlossen, was letztere Anfang 2012 in einer Medienmitteilung publik machte. Unter diesen Umständen könne sich der Beschwerdeführer nicht auf den Schutz seiner Privatsphäre berufen.

13-53

«Weltwoche»-Titelseite mit Roma-Bub diskriminierte

Archiv- und Symbolbilder; Diskriminierung

Ziffern 3, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (59/2012; X. und Co./Zentralrat Deutscher Sinti und Roma c. «Weltwoche»)

Durfte die «Weltwoche» auf der Titelseite das Bild eines kleinen Jungen mit einer Pistole in der Hand und darunter die Schlagzeile «Die Roma kommen: Raubzüge in die Schweiz» veröffentlichen? Nein, sagt der Presserat. Die Kombination von Text und Bild diskriminiere die Roma und entstelle Informationen. Zudem wäre das Bild als Archiv- sowie als Symbolbild zu deklarieren gewesen. Er heisst deshalb zwei Beschwerden gegen die «Weltwoche» gut.

Die beiden Beschwerden gegen die Titelseite der «Weltwoche» vom 5. April 2012 beanstanden, mit der verallgemeinerten Formulierung «die Roma» werde eine ganze Volksgruppe diffamiert. Zudem werde die Leserschaft darüber im Unklaren gelassen, dass das Bild des Jungen bereits vor vier Jahren und in einem ganz anderen Kontext entstanden sei, der nichts mit Roma-Kriminalität zu tun habe. Die «Weltwoche» weist die Vorwürfe zurück und entgegnet, es handle sich um ein dokumentarisches Bild, welches die Problematik «Kind, Kriminalität und Verwahrlosung» symbolisch auf den Punkt bringe.

Für den Presserat suggeriert das Bild in Kombination mit der Schlagzeile fälschlicherweise, der abgebildete Knabe sei Teil

der Roma-Kriminalität. Zudem trage die «Weltwoche» durch die pauschalisierende Schlagzeile «Die Roma kommen» in diskriminierender Weise dazu bei, Ängste zu schüren und stereotype Vorurteile gegenüber einer ethnischen Gruppe zu verstärken. Zudem hätte die Zeitschrift das Bild als Archivbild kennzeichnen und darauf hinweisen müssen, dass sie es als Symbolbild verwendet.

13-54

Finanzportal hört Bank nicht an

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Diskriminierung; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Trennung von Fakten und Kommentar; Wahrheit

Ziffern 1, 2, 3, 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (60/2012; Hyposwiss Privatbank AG und St. Galler Kantonalbank c. «Inside Paradeplatz»)

Journalisten müssen bei schweren Vorwürfen die Betroffenen kontaktieren. Diesen Grundsatz bestätigt der Schweizer Presserat erneut. Die Hyposwiss Privatbank AG, eine Tochter der St. Galler Kantonalbank, beschwerte sich beim Presserat gegen drei Berichte der Internetpublikation «Inside Paradeplatz».

Einer der beanstandeten Berichte trug den Titel «Russen-Hyposwiss gibt Compliance-Versagen zu». «Inside Paradeplatz» unterstellt darin der Hyposwiss gestützt auf ein neues Dokument eine lasche Compliance-Praxis. Unter Compliance versteht man das Einhalten von Gesetzen und internen Regeln. Belegt wird der Vorwurf mit dem E-Mail eines Anwalts. Dieses zeigt, dass die Bank offenbar ihre Compliance-Regeln verschärft hat. «Inside Paradeplatz» behauptet unter anderem, vor der Regeländerung habe eine Kultur des Wegschauens geherrscht. Nach Ansicht des Presserats hätte die Hyposwiss zu solchen Vorwürfen angehört werden müssen, und eine allfällige Stellungnahme wäre im Text zu erwähnen gewesen. Der Titel entspricht auch nicht dem, was im Artikel steht. Denn die Hyposwiss hat offensichtlich kein Versagen zugegeben. Damit versties das Finanzportal gegen die Wahrheitspflicht, wie sie der Journalistenkodex von den Journalisten verlangt.

In den weiteren Punkten weist der Presserat die Beschwerde von Hyposwiss zurück. Bei ähnlichen Vorwürfen in einem anderen Bericht bestand keine Anhörungspflicht, weil die Vorwürfe nicht neu waren und auch die frühere Stellungnahme der Hyposwiss zitiert wurde. Zudem hat «Inside Paradeplatz» die Pflicht zur Trennung von Kommentar und Fakten nicht verletzt. Und Begriffe wie «Russen-Hyposwiss» und «Russen-Sumpf» waren nicht diskriminierend.

13-55

Nicht konsequent zu schweren Vorwürfen angehört

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Identifizierung; Recht auf Vergessen; Unschuldsvermutung; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (61/2012; X. c. «Aargauer Zeitung»/«Aargauer Zeitung Online»)

Darf eine Zeitung identifizierend über das Strafverfahren gegen einen Rechtsanwalt berichten? Und ist sie verpflichtet, ihn in einer Artikelserie zu neuen schweren Vorwürfen jedesmal anzuhören? Der Presserat äussert sich differenziert und heisst eine Beschwerde gegen die «Aargauer Zeitung» teilweise gut. Die Zeitung habe den Namen des Anwalts nennen, nicht aber dessen Bild veröffentlichen dürfen. Und sie habe ihn nicht konsequent zu schweren Vorwürfen angehört.

Der Rechtsanwalt ist in einem laufenden Strafverfahren mit dem Vorwurf konfrontiert, er habe als Immobilienverwalter Kontos «geplündert». Die «Aargauer Zeitung» versuchte vor der Veröffentlichung des ersten Berichts, ihn für eine Stellungnahme zu erreichen. Er war jedoch auf einer Auslandsreise und beantwortete die E-Mails erst am nächsten Tag, als der Artikel bereits erschienen war. In weiteren Artikeln erhob die Zeitung neue schwere Vorwürfe, ohne darauf hinzuweisen, ob sie versucht hatte, eine Stellungnahme einzuholen.

Für den Presserat genügt eine Frist von einem halben Tag zur Einholung einer Stellungnahme zu einem schweren Vorwurf im konkreten Fall gerade noch. Vor der Publikation weiterer schwerer Vorwürfe hätte die «Aargauer Zeitung» jedoch jedesmal konsequent versuchen müssen, eine Stellungnahme des Rechtsanwalts einzuholen. Die Namensnennung ist für den Presserat gerechtfertigt, weil Anwälte in einem Monopolberuf tätig sind und das Strafverfahren im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit steht. Hingegen hätte die Onlineausgabe darauf verzichten sollen, das Bild des Rechtsanwalts mehrfach zu veröffentlichen und ihn so an den Pranger zu stellen.

13-56

Keine Namen nennen – auch bei spektakulären Delikten

Namensnennung; Parallelverfahren; Unschuldsvermutung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 13. September 2012 (62/2012; X. c. «Corriere del Ticino»/«Giornale del Popolo»/«Radiotelevisione Svizzera»)

Dürfen Medien den Namen eines Mordverdächtigen nennen, weil ein Delikt besonders spektakulär ist? Nein, sagt der Presserat. Öffentliche Neugier ist nicht gleichbedeutend mit öffentlichem Interesse. Der Name eines mutmasslichen Täters darf genannt werden, wenn es sich um eine öffentliche Person handelt und der Medienbericht mit der öffentlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht.

Im November 2011 berichteten mehrere Sendungen der «Radiotelevisione Svizzera», ein Lastwagenfahrer aus dem Puschlav sei verhaftet worden, weil er den spektakulären Doppelmord von Brusio in Auftrag gegeben habe. Der Bluttat waren im Jahr 2010 der Inhaber einer Transportfirma und dessen Ehefrau zum Opfer gefallen. Die RSI nannte den vollen Namen des Mannes, seinen Wohnort und Beruf. Wenig später zogen die Onlineausgaben von «Giornale del Popolo» sowie «Corriere del Ticino» nach und nannten unter Berufung auf die RSI ebenfalls den vollen Namen.

Aufgrund einer Beschwerde von Verwandten entschied jetzt der Schweizer Presserat, dass die Medien den Namen des Lastwagenfahrers nicht hätten nennen dürfen. Das «Giornale del Popolo» habe mit dem affirmativen Titel «Auftraggeber des Ferrari-Mordes verhaftet» zudem die Unschuldsvermutung verletzt. Der Chefredaktor des «Giornale» führte diese Formulierung auf mangelnde Sorgfalt der Redaktion beim Kürzen zurück. Er argumentierte aber, der Fall habe grosses öffentliches Interesse ausgelöst, weshalb die Namensnennung gerechtfertigt sei. Der Presserat besteht jedoch darauf, dass der Verhaftete nicht schon deshalb eine öffentliche Person ist, weil er verdächtigt wird, an einer Aufsehen erregenden Tat beteiligt zu sein. Nur ein öffentliches Amt oder eine andere wichtige gesellschaftliche Funktion, mit der die Tat in Zusammenhang stehe, könnten eine Namensnennung rechtfertigen.

Die im Tessin verbreitete Praxis, dass Medien insbesondere bei schweren Delikten die Namen von Beteiligten an Strafverfahren nennen, ändere nichts an der Berechtigung der Beschwerde. «Giornale del Popolo» und «Corriere del Ticino» durften sich auch nicht auf die vorangegangenen Veröffentlichungen der RSI berufen. Da in derselben Sache bereits ein rundfunkrechtliches Verfahren beim Ombudsmann RSI eingeleitet worden ist, wurde die Beschwerde gegen «Radiotelevisione Svizzera» vom Presserat nicht behandelt.

13-57

Carunglück von Sierre: Beschwerden gegen Stämpfli-Polemik abgewiesen

Berichtigungspflicht; Diskriminierung; Entstellung von Tatsachen; Trennung von Fakten und Kommentar; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 3, 5, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (55/2012; X./Y. c. «News.ch»)

Hat das Internetportal «News.ch» mit der Kolumne «Belgisation: Weshalb Unglücke auch politisch sind» der Politologin Regula Stämpfli den belgischen Staat oder das belgische Volk diskriminiert und Tatsachen entstellt? Nein, sagt der Schweizer Presserat in seiner Entscheidung zu einer Reihe von Beschwerden. Die Kritik richte sich nicht gegen die Belgierinnen und Belgier im Allgemeinen. Und Kolumnistinnen dürften sich übertrieben und polemisch äussern.

«News.ch» veröffentlichte die provozierende Kolumne bereits kurz nach dem Carunglück, bei dem viele belgische Kinder starben. Stämpfli stellt darin die These auf, es sei kein Zufall, dass es sich um einen belgischen Car handle, und sie begründet ihre Behauptung mit mehreren Beispielen. Die Kolumne löste unter anderem eine Protestwelle auf Facebook und mehrere Beschwerden an den Presserat aus. Stämpfli stelle in diskriminierender Weise Zusammenhänge zwischen dem Carunglück und dem belgischen Staat und Volk her. Und sie begründe dies mit Unwahrheiten. Weder seien belgische Reisebusse auf Drittweltelniveau, noch treffe es zu, dass Belgien anderthalb Jahre keine Regierung gehabt habe, ohne dass es jemand gemerkt hätte. Abenteuerlich sei es schliesslich, einen Zusammenhang zum Fall des Kindermörders Dutroux herzustellen. «News.ch» entgegnete, Kolumnisten äusserten ihre persönliche Meinung. Die faktischen Grundlagen der kommentierenden Wertungen Stämpflis seien belegt.

Der Presserat erinnert in seiner Stellungnahme daran, dass Redaktionen bei Kolumnen lediglich dann redigierend eingreifen müssen, wenn berufsethische Normen offensichtlich verletzt sind. Bei der Kolumne von Regula Stämpfli habe keine Gefahr bestanden, dass die Leserschaft durch die übertriebenen Behauptungen und Metaphern getäuscht werde. Und eine Diskriminierung sei deshalb zu verneinen, weil sich die Kritik der Kolumnistin nicht gegen die Belgier im Allgemeinen, sondern an den Staat Belgien, an die Verantwortungsträger in Verwaltung und Justiz sowie an die Politiker richte.

13-58

Berechtigtes Vertrauen enttäuscht

Interviews; Sperrfristen

Ziffer 4 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (56/2012; Kunsthaus Zürich c. «SonntagsZeitung»)

Hat die «SonntagsZeitung» mit der vorzeitigen Ankündigung der Dauerleihgabe des Sammlers Hubert Looser für das Kunsthaus Zürich eine Sperrfrist und eine Interviewvereinbarung gebrochen? Ja, entscheidet der Schweizer Presserat und heisst eine Beschwerde des Kunsthauses gut. Wenn sich die Zeitung nicht an die Sperrfrist gebunden fühlte, hätte sie das Kunsthaus darüber informieren sollen. Ebenso hätte sie darauf hinweisen müssen, dass der Sammler nach ihrer Auffassung auf die Autorisierung des Interviews verzichtet hatte.

Im April 2012 berichtete die «SonntagsZeitung», der bekannte Kunstsammler Hubert Looser stelle dem Kunsthaus seine Sammlung als Dauerleihgabe zur Verfügung. Die Zeitung veröffentlichte dazu ein kurzes Interview mit Looser. Das Kunsthaus Zürich beschwerte sich daraufhin beim Presserat, die «SonntagsZeitung» habe eine vereinbarte Sperrfrist gebrochen und zudem das Interview mit dem Sammler vereinbarungswidrig nicht zur Autorisierung unterbreitet. Die «SonntagsZeitung» entgegnete, sie sei nicht an die Sperrfrist gebunden gewesen, weil der Sammler die Journalistin am Telefon spontan ins Bild gesetzt habe, noch bevor der Pressesprecher des Kunsthauses die Sperrfrist nachträglich eingebracht habe. Hubert Looser habe zudem auf eine Autorisierung verzichtet.

Der Presserat heisst die Beschwerde gut. Wenn sich die «SonntagsZeitung» nicht an die Sperrfrist gebunden fühlte, war sie zumindest verpflichtet, das Kunsthaus umgehend über ihren Standpunkt zu informieren. Das Kunsthaus hätte so die Möglichkeit gehabt, die anderen Medien sowie seine internen Gremien vor der Publikation der «SonntagsZeitung» zu informieren. Zudem habe die Journalistin den mehrfachen Aufforderungen des Kunsthaus-Pressesprechers nie widersprochen, ihm das Interview mit Looser vor der Publikation zur Autorisierung zu unterbreiten. Durch ihr Stillschweigen habe sie den Sprecher darauf vertrauen lassen, sie lege ihm das Interview vor.

13-59

Früheres Dementi mitliefern, wenn Vorwurf nicht neu ist

Anhörung bei schweren Vorwürfen; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Ziffern 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 12. September 2012 (57/2012; UBS c. «Handelszeitung»)

Wiegen die Vorwürfe schwer, ein Kadermann der UBS habe seinen Bruder zum «Bauernopfer» gemacht und in seine Zeit als Chef der UBS Deutschland falle der Aufbau «steuerlicher Scheinkonstrukte»? Der Presserat beantwortet die Frage differenziert und heisst eine Beschwerde der UBS gegen die «Handelszeitung» teilweise gut. Der Vorwurf, jemand hege ehrgeizige Karriereambitionen, mache eine Anhörung nicht zwingend. Ebenso gelte dies, wenn ein Vorwurf nicht neu ist. Die «Handelszeitung» hätte aber vermerken müssen, dass die UBS und der Kadermitarbeiter den Vorwurf bestreiten, «steuerliche Scheinkonstrukte» aufgebaut zu haben.

Die «Handelszeitung» berichtete Anfang 2012, die Gebrüder Urs und Jürg Zeltner hätten bei der Grossbank UBS jahrelang eine erstaunlich zuvorkommende Behandlung genossen. Jetzt sei es aber zum Eklat gekommen und Urs Zeltner sei «zum Bauernopfer der ehrgeizigen Karriereambitionen seines Bruders» geworden. Weiter behauptet der Zeitungsartikel, in die Zeit von Jürg Zeltner als Chef der UBS Deutschland falle der «Aufbau von Scheinkonstrukten für Steuerhinterzieher». Die UBS beschwerte sich beim Presserat, mit diesen schweren Vorwürfen seien weder die Bank noch die betroffenen Kadermitarbeiter konfrontiert worden. Die «Handelszeitung» entgegnete, die Aussage, jemand habe ehrgeizige Karriereambitionen, sei kein schwerer Vorwurf im Sinne der Richtlinie 3.8 zur «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» (Anhörungspflicht). Zudem habe der Autor des Berichts die UBS-Pressestelle vor der Publikation mehrfach kontaktiert und dabei auch erkennen lassen, dass er im Zusammenhang mit Jürg Zeltner auch eine Strafanzeige gegen die UBS in Deutschland wieder aufgreifen würde.

Der Presserat heisst die Beschwerde teilweise gut. Der Vorwurf des «Bauernopfers» verlangt keine Anhörung. Schwer wiegt hingegen die Behauptung, Jürg Zeltner habe mitgeholfen, «steuerliche Scheinkonstrukte» aufzubauen. Zwar sei der Vorwurf nicht neu und eine Anhörung damit nicht zwingend. Die «Handelszeitung» hätte aber darauf hinweisen müssen, dass die UBS und Zeltner den Vorwurf bestreiten.

13-60

Une ambiguïté ne constitue pas nécessairement une dénaturation d'information

Dénaturation des informations; vérité

Chiffres 1, 3 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 31 août 2012 (53/2012, Baur c. RTS/«Tango»)

La question est de savoir si, en affublant Nicole Baur, invitée de son émission, du qualificatif «chienne de garde», l'émission «Tango» a violé soit le chiffre 1 (rechercher la vérité), soit le chiffre 4 (loyauté de la recherche) et plus précisément sa deuxième injonction: «ne pas manipuler ou faire manipuler des images par des tiers en vue de les falsifier». De l'avis du Conseil, au lieu du chiffre 4 c'est plutôt le chiffre 3 qui est en jeu («ne dénaturer aucun texte, document, image et son, ni l'opinion d'autrui»).

Le terme «chienne de garde» peut entraîner une ambiguïté, d'autant plus délicate que l'association éponyme véhicule une image de radicalité qui peut colorer les propos de l'invitée. Le Conseil estime toutefois que ce qualificatif ne constitue pas une violation de la «Déclaration». En effet, à aucun moment il n'est suggéré directement que Nicole Baur est membre de l'association «Chiennes de garde». En outre, le caractère ironique de l'émission est perceptible sans équivoque par le public. La plaignante était elle-même avertie de ce caractère.

13-61

Le Conseil ne peut imposer aux médias le retrait d'un article sur leur site Internet

Audition en cas de reproche grave; dénaturation des informations; vérité

Chiffres 1, 3, 4, 5, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 31 août 2012 (54/2012, Barbier-Mueller c. «20 Minutes»)

Le titre de l'article litigieux («Des amis de Mark Muller s'engraissent grâce à l'Etat») porterait atteinte à l'honneur de Thierry Barbier-Mueller. Le Conseil suisse de la presse est d'avis que l'emploi du verbe «engraisser», même s'il est connoté négativement, exprime en langage populaire la nature de la transaction, qui selon l'aveu même du conseiller d'Etat Mark Muller est une «bonne affaire» pour les promoteurs, à savoir les plaignants. Mais ni le titre ni l'article ne dénoncent d'action grave ou illégale. De ce fait, il n'y a pas diffamation ni violation du chiffre 7 de la «Déclaration».

Les plaignants demandent au Conseil suisse de la presse d'ordonner le retrait de l'article de la version numérique du

quotidien. Les avis du Conseil suisse de la presse ne prennent pas la forme de sanctions ou de décisions au sens judiciaire. En conséquence, il ne peut imposer à un média le retrait d'un article sur son site Internet.

Le Conseil estime par ailleurs que la comparaison de loyers entre le nouvel immeuble Saint-Georges et un immeuble plus ancien également loué par l'Etat vise à informer le lecteur sur les loyers en cours à Genève. Etant donné que «20 Minutes» mentionne tous les chiffres disponibles au moment de la publication et que l'article indique que selon Thierry Barbier Muller «le chiffre réel est bien supérieur» – il n'a pas violé le chiffre 1 de la «Déclaration».

En l'absence de violation du chiffre 1 de la «Déclaration», «20 Minutes» n'était pas obligé de publier une rectification (chiffre 5 de la «Déclaration»). Qui plus est, le plaignant a eu l'occasion de faire valoir son point de vue dans une version abrégée de sa «mise au point», publiée par le quotidien le lendemain de l'article incriminé.

Le journaliste a bien contacté le promoteur du projet et résumé sa réponse en deux endroits, mais il ne l'a pas explicitement confronté avec le soupçon «d'échange de bons procédés». Le plaignant n'a donc pas pu répondre directement à la gravité du reproche, en violation du chiffre 3 de la «Déclaration».

Buchbesprechung

Christoph B. Graber/Karolina Kuprecht/Jessica Lai (Hrsg.)
Internationaler Handel und Kulturerbe von Eingeborenen –
vereinbar?
Cheltenham UK/Luzern 2012: Edward Elgar Publishing;
509 S.

Jenseits der nationalen Diskussionen um die Tragweite des Schutzes von individuellen Schöpfungen der Literatur und Kunst (URG, Berner Übereinkunft) gibt es Aspekte des internationalen Handels, die vor allem bei der Welthandelsorganisation WTO aufgehoben sind. Hauptziel ist die Ausweitung weltweiten Freihandels. Auch die WTO kennt Schutzklauseln zugunsten nationaler Kulturbelange, die dann von den nationalen Regierungen geltend gemacht werden – etwa die Unterstützung von Service-public-Programmen RTV und die Förderung nationaler Filmproduktion mittels Quoten. Eine neuere, schwierigere Schnittstelle ist erst in den letzten Jahrzehnten mit dem Bedeutungsgewinn der Menschenrechte nach vorne gerückt: Es gilt einerseits, den Ureinwohnern einen vernünftigen Anschluss an den Welthandel zu erlauben – und andererseits ihr kulturelles Erbe («indigenous cultural heritage»), ihr über Jahrhunderte entwickeltes kulturelles Wissen samt Praxis schützen zu helfen: Wobei den Ureinwohnern in unserem postkolonialen Zeitalter eine zentrale Definitionsrolle zukommen müsste. Die nationalen Machteliten sind da nicht immer die besten Fürsprecher, weil Binnenhandel und Naturschützer oft andere Interessen als die Ureinwohner voranstellen.

Hierzulande nicht bekannt genug ist, dass die Universität Luzern einen der Schwerpunkte internationaler Forschung in diesem Bereich beherbergt. Das i-call research centre, eine Forschungsstelle unter Leitung von Prof. Dr. iur. Christoph-Beat Graber, hat 2011 in Luzern eine internationale Tagung zu diesem Thema abgehalten. Graber, Ordinarius für Wirtschaftsvölkerrecht, Kultur- und Kommunikationsrecht, hat mit seinen Forschungsassistentinnen Karolina Kuprecht und Jessica C. Lai die Hauptreferate bearbeitet. «Erstmalig» ist dieser Band, weil er alle wichtigen Standpunkte der Schnittfläche «Internationales Wirtschaftsrecht»/«Kulturschutz indigener Völker» zusammenfasst.

Neben den gelegentlich sperrigen Analysen der internationalen Institutionen – für eine zeichnen die Juristen Martin Girsberger und Benny Müller vom Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (EJPD) – sind die vertieften Darstellungen der wirtschaftlich/kulturellen Schnittstellen für Ureinwohner in vier Ländern besonders anschaulich ausgefallen: USA, Kanada, Australien, Neuseeland. Verfasst haben sie Spezialisten aus diesen Ländern; einige entstammen selber indigenen Völkern. Gut vertreten unter den Autoren ist die Gilde der Immaterialgüterrechtler (Intellectual Property).

In der Einleitung und im Schlusswort steuern die Herausgeber den Befund an, dass es «mit der Wiederherstellung gestohlener oder illegal exportierter Kulturgüter der Ureinwohner» nicht zum Besten steht. Aber es ist Zeit, dass der Diskurs erweitert wird. «Ich schlage den Übergang von einer reinen Abwehrhaltung zu einer proaktiven Strategie vor» (Graber). Der

Leiter der Luzerner Forschungsstelle liess sich inspirieren vom Entwicklungsphilosophen *Amartya Sen*, von dessen These, dass sich kulturelles Erbe nicht durch religiösen Fundamentalismus oder konfuzianische Tradition retten lässt, sondern nur durch Mitentscheidung der Individuen über ihr Schicksal.

In einem weitesten Sinn hat sich die Chance verbessert, seit die UNO-Erklärung über die Rechte eingeborener Völker (UNDRIP 2007) wenigstens einen gewissen politischen Druck in dieser Richtung erzeugt. Der Weg ist mit Schwierigkeiten gepflastert – schon weil Unterschiede zwischen «indigenen» und «nicht indigenen» Völkern diskursiv definiert werden müssen. Erste vielversprechende Definitionsversuche gibt es, auch in diesem Band (bereits sträuben sich einige Sprecher der australischen Aboriginals: «Wir wissen schon wer zu uns gehört»). Geduldige Diskussion kann auch den Zugang zum Internet öffnen, der gerade ländlich-isolierten Gemeinschaften schulische oder medizinische Möglichkeiten auftut. Graber und seine Leute nennen das eine «prozedurale» Öffnung auch des zugehörigen Rechtsbereichs von unten her statt in einem «inhaltlichen» Diktat von oben, von hauptstädtischen Bürokratien herab. Der prozedurale Leitbegriff heisst «Fairness».

Es gibt bereits vielversprechende Modelle bis hin zur Gesetzesform, etwa der «Native American Graves and Repatriation Act» über den Umgang mit Begräbnisstätten der amerikanischen Ureinwohner. Einbezogen werden die Dorf- und Clangemeinschaften auf dem Land, aber auch die dort aktiven Persönlichkeiten und sogar «Ausgewanderte», die sich ihren Vorfahren aber immer noch verbunden fühlen.

Neue Konfliktfronten sind aufgegangen, seit die höchsten australischen Gerichte von der Doktrin abgegangen sind, dass die weissen Einwanderer seit Captain Cook – zunächst aus England – «Niemandland» («Terra nullius») in Besitz genommen hatten; nunmehr gilt es, alte Aboriginal-Landrechte zu analysieren und zu bestätigen: Seit dem Urteil *Mabo versus Queensland 1992*. Später explodierten die Kunstmärkte mit «Aboriginal paintings» aus abgelegenen Missionsstationen – Malergruppen oder Dynastien, teils auch Einzelne schufen Werke, die sich meist auf traditionelle Stammeserzählungen, oft sogar auf geheime Riten bezogen. Herbeigereiste weisse Kunsthändler aus den Städten fragten nach den Urheberrechten (wenn sie überhaupt fragten). Es mussten Regeln gefunden werden, die irgendwo zwischen dem international anwendbaren Urheberrecht und Ansprüchen auf respektvollen Umgang mit dem kulturellen Erbe liegen.

Wieder eine andere Situation bot sich in Neuseeland: Zwischen den seit Jahrhunderten anwesenden kriegerischen Maoris und den eingedrungenen britischen Siedlern wurde 1840 der *Waitangi-Vertrag* geschlossen, der den Maoris Land, Fische- reien und Rechte garantierte, Königin Victoria hingegen die Souveränität. Die Sprachversionen der Texte widersprechen sich in wichtigen Passagen. 1991 klagten sechs Maoris vor dem Waitangi-Gericht, die britische Krone und deren Regierungen hätten Maori-Rechte verletzt, besonders auch im kulturellen Bereich, etwa hinsichtlich Häuptlingskompetenzen, Sprachbewahrung und Medizingebräuchen. Es gehe ihnen aber weniger um vergangene Fehler als um künftige Beziehungen. Das Waitangi-Gericht hat sich rasch in eine Untersuchungskommission verwandelt, die der neuseeländischen Regierung Empfehlungen unterbreiten soll. Es tagt immer noch. Wichtige The-

men sind Immaterialgüterrechte und Forschungskompetenzen im genetischen und biologischen Bereich (Patentierung von Pflanzenvarianten).

Martin Girsberger und Benny Müller, Juristen im *Institut für Geistiges Eigentum* (IGE im EJPD), haben im Band eine «Practitioner's perspective» beigesteuert. Sie kennen die Foren dieser Debatte um «Indigenous Cultural Heritage» aus eigener Anschauung: UNESCO, WTO, World Intellectual Property Organisation WIPO, Convention on Biological Diversity CBD, Food and Agricultural Organization FAO, Menschenrechtsforen. Anwesend sind jeweils Staatsvertreter, Wissenschaftler, Wirtschaftslobbyisten, Ureinwohner, NGOs. Harte Gegensätze treffen aufeinander. Die beiden IGE-Juristen legen ein willkommenes Glossar der wichtigsten Begriffe vor, die den koordinierenden Gesprächen im Intergovernmental *Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC) zugrundeliegen. 19 einwöchige Sessions haben seit der Gründung (2000) stattgefunden. Viele wichtige Fragenkomplexe sind noch ungelöst. Nicht nur Urheberrechte, sondern – oft sinnvoller – Markenrechte fließen ein. Ein Hauptproblem: Wie gelangen rechtlich fassbare Erträge aus dem Bereich kulturelles Erbe in den einzelnen Staaten hinunter zu den traditionellen Gemeinschaften der Ureinwohner?

Dr. iur Peter Studer, Rüslikon

Aufsätze/Etudes

Arnold Christian, Die Gerichtsstandsklausel in den AGB von Facebook aus Schweizer Sicht, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Zürich 4/2012, S. 613–631.

Bhend Julia, Die Bedeutung des Street View-Urteils für die Veröffentlichung von Bildern im Internet: Diskussionsbeitrag zum Bundesgerichtsentscheid vom 31. Mai 2012, in: Sic!, Zürich 11/2012, S. 700–703.

Büttler Sabine/Dannacher Philipp, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des geistigen Eigentums im Jahre 2011: Überblick zweier Mitarbeitenden, in: Sic!, Zürich 11/2012, S. 737–750.

Weber Rolf H., EU-Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken, in: Sic!, Zürich 11/2012, S. 751–754.

Bücher/Livres

Müller Barbara K. (Hrsg.) et al., Urheberrechtsgesetz (URG): Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte: mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, 2. Aufl., Bern 2012.

Zeitschriften/Revue

Baeriswyl Bruno (Hrsg.) et al., Online-Marketing, in: Digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 3/2012, S. 93–144.

Fröhlich-Bleuler Gianni, Open Source Compliance, in: Jusletter, 12. November 2012.

Thouvenin Florent, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter, 29. Oktober 2012.

Widmer Barbara, Informationssicherheit in der Gesetzgebung, in: Digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 3/2012, S. 124–128.