



Prozessrecht

Ausschluss eines Gerichtsberichterstatters mangels Garantieabgabe

Droit de radiodiffusion

Redevance radio-TV: une révolution au goût d'inachevé

Zivilrecht

Das Recht am eigenen Wort



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

www.medialex.ch

16. Jahrgang
16^e année

Herausgeber

Directeurs de la publication

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

Redaktionsleitung

Chef de rédaction
RA Dr. Oliver Sidler

im brennpunkt en point de mire.	193
Redevance radio-TV: une révolution au goût d'inachevé.	193
BERTIL COTTIER	
Bundesgerichtliche Begründungskunst	195
MATTHIAS SCHWAIBOLD	

untersuchungen études	197
Das Recht am Wort nach Art. 28 ZGB	197
MICHAEL SCHWEIZER	

entscheidungen décisions	205
Inhaltsverzeichnis Sommaire	205
Die Entscheidung La décision	208
Weitere Entscheidungen Autres décisions.	212
1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht	212
1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias	212
1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information	217
1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion	217
3. Strafrecht	224
3.1 Ehreenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)	224
3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité	225
4. Privatrecht	226
4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données	226
4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen – Autres questions de droit privé	227
8. Ethik/Selbstregulierung	229
8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme	229
8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation – Ethique de la communication commerciale	233

bücher, zeitschriften livres, revues	234
--	-----



Bertil Cottier professeur ordinaire à la Faculté des sciences de la communication, Université de la Suisse italienne. Professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne; professeur invité à l'Académie de journalisme de l'Université de Neuchâtel.
bertil.cottier@usi.ch

Redevance radio-TV: une révolution au goût d'inachevé

De la perception par ménage à la suppression de Billag?

Zusammenfassung Im letzten September beauftragte das Parlament den Bundesrat, das Erhebungssystem der Radio-TV-Steuer zu ändern: Die Erhebung pro Haushalt solle bald das Verrechnungssystem ersetzen, welches an den Besitz eines Empfangsgerätes anknüpft. Das heutige Entrichtungssystem ist wegen dem Rundfunkempfang über Internet überholt. Das in Kritik geratene Inkassounternehmen Billag AG wird wohl weiterhin für Inkasso der Radio- und Fernsehgebühren tätig sein.

Aujourd'hui plus que jamais, la redevance de réception radio-télévision est sur la sellette. D'un côté, il y a ceux qui dénoncent son montant jugé exorbitant (il est vrai qu'avec 462 francs, elle est la plus élevée en Europe...). Passant de la parole aux actes, ils ont, en mai 2011, déposé une pétition au Parlement fédéral (11.2015); munie de plus de 14 000 signatures, elle réclame son abaissement à moins de 200 francs. D'un autre côté, il y a une initiative parlementaire (Rickli 08. 456) qui exige, depuis trois ans déjà, d'exempter les appareils qui ne sont pas spécifiquement conçus pour la réception des programmes de radiodiffusion, tels les ordinateurs et les téléphones portables. Au-delà des controverses et polémiques sur l'assujettissement à la redevance et sur le montant de cette dernière, ces deux initiatives sont aussi révélatrices d'un certain désamour pour la radiodiffusion de service public. L'enjeu en effet est de taille: moins la redevance rapporte, plus le financement des programmes de la SSR est menacé.

La perception par ménage

Face à ces levées de bouclier, le Parlement a décidé de réagir. En septembre dernier, il a adopté une motion (10.314) qui enjoint le Conseil fédéral de modifier la Loi sur la radio-TV (plus précisément la disposition topique qu'est l'article 68 LRTV) pour consacrer un système de perception de la redevance par ménage, autrement dit in-

dépendant de la détention ou de la non-détention d'un appareil de réception. En parallèle, il a rejeté l'initiative parlementaire Rickli; rien de plus logique: la préférence pour un système de perception par foyer rendait sans objet cette initiative, qui allait dans le sens contraire. Dans la foulée, le Parlement a marqué son attachement à un service public fort en refusant de donner suite à la pétition demandant d'abaisser la redevance de plus de la moitié.

Le Conseil fédéral n'aura pas besoin de se faire prier pour s'atteler à la tâche qui lui a été confiée: bien avant l'adoption de ladite motion, il avait fait savoir que le mode actuel de prélèvement, fondé sur la possession d'une installation de réception, était dépassé (avis du 26 mai 2010). Il est vrai que ce système ne cessait de générer des conflits, comme en témoigne l'abondante jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral en la matière. Dans la douleur, les juges ont notamment assujéti à la redevance qui se détournait des programmes de la SSR pour ne regarder que les chaînes de diffuseurs étrangers, qui n'utilisait son récepteur que pour visionner des vidéogrammes ou encore qui se plaignait d'une réception d'une qualité technique déplorable.

L'avènement de la radiodiffusion en ligne (webcast), fruit de la généralisation de la transmission à haut débit et de la convergence des technologies de réception, a suscité de nouveaux litiges. Les ordinateurs et autres appareils multifonctionnels (smartphones, tablettes tactiles, etc) sont-ils oui ou non soumis à la redevance? La révision de la LRTV de 2007 devait apporter une première réponse en permettant de taxer ces installations si la qualité du son et de l'image s'avérait équivalente à celle des récepteurs usuels (art. 68 al 1 LRTV et art. 57 lett. b ORTV). Ce vague critère de l'équivalence, l'OFCOM tenta par la suite d'en préciser les contours en assujettissant à la redevance radiophonique tout détenteur d'un ordinateur équipé d'un logiciel de réception adéquat et disposant d'un accès via ISDN ou d'un raccordement à large bande (ADSL, réseau câblé). Pour la télévision, dont le signal est plus lourd, un accès à large bande est décisif; à quoi s'ajoute un abonnement, payant ou gratuit, auprès d'un fournisseur de programmes de télévision en ligne. N'étant pas technologiquement neutres, ces diverses précisions sont toutefois à la merci de la prochaine innovation.

Bertil Cottier Redevance radio-TV: une révolution au goût d'inachevé

Quoi qu'il en soit, le nouveau mode de perception de la redevance lèvera définitivement ces récurrentes incertitudes sur le cercle des assujettis. C'est d'autant plus heureux que la convergence des technologies de réception a également induit un profond changement des habitudes de consommation: la jeune génération regarde de moins en moins la télévision sur un poste traditionnel. Le récepteur de prédilection est mobile, qu'il s'agisse d'un téléphone portable, d'un «laptop» ou d'un iPad. Par ailleurs, l'assujettissement par ménage rendra la resquille beaucoup plus difficile. On s'en réjouit, car elle était en constante augmentation d'année en année. Rien qu'en 2010, quelque 800 fraudeurs ont été épinglés.

Autre avantage de la perception par ménage: elle mettra un point final au débat, qui s'éternise, sur la nature juridique de la redevance de réception. Avec le Tribunal fédéral, la majorité de la doctrine la rattache au droit régalien de la Confédération sur les techniques de télécommunication (art. 92 Cst). Partant, elle serait un émolument d'utilisation qui habilite celui qui s'en acquitte à capter les ondes hertziennes. A cette construction qui relève d'une passiste logique de monopole, il a été opposé la figure juridique d'une contribution publique *sui generis* destinée à financer un paysage audiovisuel national de qualité. Avec le nouveau système de perception, cette dernière vision devrait l'emporter, car le caractère fiscal de la redevance ne fera plus de doute.

Billag: la fin?

Reste que l'on ne peut qu'espérer que le législateur aille jusqu'au bout des réformes nécessaires. Il serait en effet opportun de fiscaliser définitivement la redevance en confiant son prélèvement à l'Administration fédérale; à l'image de la France dont la bien nommée contribution à l'audiovisuel public est perçue dans le sillage des impôts par le Service de la recette. Pareille solution conduirait à la suppression de l'organe de perception actuel, Billag SA, sur lequel pleuvent les critiques: organisation peu transparente, gestion inefficace et dispendieuse... on en passe et des meilleurs. Des critiques qui émanent de citoyens (à commencer par le mouvement Bye Bye Billag qui revendique plus de 40 000 sympathisants), mais aussi du Préposé à la surveillance des prix qui depuis longtemps dénonce les gaspillages causés par la filiale de Swisscom (coûts administratifs trop élevés, coûts de surveillance exorbitants, etc.).

Il y a malheureusement fort à parier que le Parlement restera sourd à ces réclamations. Il a en effet d'ores et déjà manifesté ses intentions conservatrices en assortissant sa motion sur le passage à un système de perception par ménage d'une double revendication: le Conseil fédéral doit d'une part clarifier la procédure d'appel d'offres (le mandat de Billag court jusqu'à fin 2014, date à laquelle il sera remis au concours), d'autre part contraindre l'organe de perception à publier ses comptes annuels. Ces deux exigences de transparence, aussi bienvenues qu'elles soient, signalent cependant la volonté de la majorité des députés de s'en tenir au status quo.

Pourquoi cela? Principalement pour des raisons d'indépendance. On craint que la Confédération, si elle devait assumer le rôle de percepteur, puisse exercer une influence sur les radiodiffuseurs qui bénéficient de la redevance (la SSR et

une trentaine de radiodiffuseurs locaux et régionaux privés); le dicton ne dit-il pas qui paie commande? Ces craintes seraient amplement justifiées si le législateur venait à supprimer la redevance pour subventionner les diffuseurs, à intervalles réguliers, par le biais du trésor public. Il est incontestable que le jeu des allocations menacerait l'autonomie des diffuseurs, garantie par la Constitution (art. 93 al. 3).

Mais de cela, il n'est nullement question. Ce dont il s'agit, c'est de confier à l'administration, pour des raisons d'efficacité et d'économie, une pure et simple tâche d'encaissement. Ni plus, ni moins. Si le percepteur avait une influence quelconque sur les politiques publiques, il y a belle lurette qu'on aurait confié le prélèvement des impôts à des fiduciaires privées!

Résumé En septembre dernier, le Parlement a chargé le Conseil fédéral de modifier le mode d'encaissement de la taxe radio-TV: la perception par ménage devrait bientôt remplacer le système de taxation lié à la possession d'un appareil de réception, aujourd'hui dépassé par la radiodiffusion sur internet. L'organe de réception, Billag SA, pourtant très critiqué, devrait sauver sa tête.



Matthias Schwaibold Dr. iur., Rechtsanwalt bei Ritter & Schwaibold Rechtsanwälte in Zürich (Partner), Lehrbeauftragter für Medienrecht an der Universität St. Gallen, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich, Verfasser verschiedener Publikationen zum Medien- und Persönlichkeitsrecht und zur Praxis des Presserats. Der Verfasser war als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am Verfahren beteiligt.

m.schwaibold@rslawyer.com

Bundesgerichtliche Begründungskunst

Wie das Bundesgericht in seiner Urteilsbegründung einer vorgebrachten Rüge ausweicht

Résumé Le tribunal de 1^{ère} instance de Zurich a exclu un journaliste chroniqueur judiciaire, car il n'avait pas donné, au début de la séance, les garanties exigées concernant ses articles à paraître. La décision a été confirmée par le Tribunal fédéral. Le recourant y faisait valoir que son refus n'était pas une «perturbation» de la séance et que les conditions imposées dépassaient les limites légales. Son grief principal n'a pas été traité, à savoir que les dispositions cantonales invoquées ne justifiaient ni selon leur teneur ni selon leur sens son exclusion ni les conditions concernant ses publications. Le Tribunal fédéral contourne clairement le problème auquel il aurait dû répondre.

Das Bundesgericht hat einen Vorteil: Es kann selbst ungestraft tun, was es seinen Vorinstanzen als Willkür, Rechtsverweigerung oder Missachtung des rechtlichen Gehörs vorwirft. Wie es eine konsistente Begründung eines Entscheids verfasst, ohne den eigentlichen, vom Beschwerdeführer geltend gemachten Rechtsverstoss überhaupt zu erwähnen, führt uns die I. öffentlich-rechtliche Abteilung vor. Ihrem Entscheid vom 14. Juli 2011 (1B_134/2011) liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Vor Beginn einer Verhandlung in Strafsachen, von welcher die Öffentlichkeit mit Ausnahme der Gerichtsberichterstatter ausgeschlossen ist, fordert der Gerichtspräsident einen der anwesenden Journalisten auf, die Einhaltung der vom Gericht formulierten Auflagen bezüglich Berichterstattung zuzusichern. Unter anderem verbietet das Gericht die Publikation jeder Fotografie von Prozessbeteiligten, auch von Aufnahmen ausserhalb des Gerichts. Der BLICK-Journalist erklärt, er könne für gar nichts garantieren, da die Entscheidung darüber dem Chefredaktor zukomme. Daraufhin wird er von der Verhandlung ausgeschlossen. Als Rechtsgrundlage beruft sich das Gericht auf die §§ 124 und 135 des damals geltenden zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes. Zum besseren Verständnis muss deren Wortlaut hier angeführt werden:

«d) Sitzungspolizei

§ 124

Der Präsident sorgt in den Verhandlungen für Ruhe und Ordnung. Er kann einzelne Personen wegweisen, in Fällen wiederholter grober Ordnungsstörungen auch Parteien und Parteivertreter. Personen, die sich seinen Verfügungen widersetzen, kann er mit Ordnungsbussen belegen oder für höchstens zwölf Stunden in Haft setzen.

Öffentliche Verhandlungen

§ 135

Die Verhandlungen und die mündliche Eröffnung der Entscheide sind bei allen Gerichten öffentlich, am Obergericht und am Kassationsgericht auch die Urteilsberatungen. Bild- und Tonaufnahmen sind unzulässig.

Nicht öffentlich sind die Prozesse in Familienrechtssachen. Von Verhandlungen über Straftaten, durch welche eine Person in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, wird die Öffentlichkeit ausgeschlossen, wenn überwiegende Interessen des Opfers es erfordern. Bei Straftaten gegen dessen sexuelle Integrität wird auf seinen Antrag hin die Öffentlichkeit ausgeschlossen.

Der Ausschluss der Öffentlichkeit kann auch nur für bestimmte Prozesshandlungen angeordnet oder vom Opfer beantragt werden oder sich nicht auf die Gerichtsberichterstatter beziehen. Das Gericht kann die Zulassung der Gerichtsberichterstatter zudem mit der Auflage verbinden, dass die Identität des Opfers nicht veröffentlicht werden darf. Das Gericht orientiert das Opfer zu Beginn der Verhandlung über diese Möglichkeiten.

Das Gericht kann die Öffentlichkeit zudem ausschliessen, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder von Sitte und Anstand zu befürchten ist sowie wenn schutzwürdige Interessen eines Beteiligten es erfordern.

Wird die Öffentlichkeit ausgeschlossen, darf jede Partei ausser ihrem Rechtsvertreter zwei Vertrauenspersonen beiziehen. Das Gericht kann die Begleitpersonen wegweisen, wenn deren Anwesenheit für eine der Parteien unzumutbar ist.»

Das Obergericht schützt die Wegweisung. Vor Bundesgericht macht der Beschwerdeführer namentlich folgende beiden Argumente geltend: § 124 GVG ist nicht anwendbar, und § 135 GVG erlaubt die vom Gericht formulierten Auflagen nicht. Es verletzt gleich eine Reihe von verfassungsmässigen Ansprüchen, wenn eine Behörde eine Bestimmung gegen ihren klaren Wortlaut anwendet, also § 124 GVG auf einen nicht von ihm erfassten Sachverhalt und § 135 GVG über seinen klaren Wortlaut hinaus.

Zu § 124: Anlass für die Wegweisung war nicht das Verhalten des Beschwerdeführers im Saal, sondern die Gerichtsberichterstattung des BLICK. Diese kann aber keine «Störung» sein, die § 124 GVG vor Augen hat. Auch die Nichtabgabe der vom Vorsitzenden nachgesuchten «Wohlverhaltensklärung» ist keine Störung im Sinne von § 124 GVG. Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung in der Verhandlung ist der klare und eindeutige Regelungsgegenstand von § 124 GVG. Auch die Disziplinierung von Gerichtsberichterstattern wegen ihrer Berichterstattung ist nicht Gegenstand von § 124 GVG. Sie ist vielmehr allein in der Akteneinsichtsverordnung geregelt. Zu deren Anwendung ist gemäss ihrem § 12 ausschliesslich die Verwaltungskommission des Obergerichts als Zulassungsbehörde zuständig, weshalb der erstinstanzliche Entscheid kompetenzwidrig war und auch nicht als «sitzungspolizeilicher» zu einem kompetenzkonformen werden konnte.

Die Sitzungspolizei bzw. die Verhinderung von Störungen sind «materiell» zu sehen: Es geht darum, die prozessrechtswidrige unmittelbare Einwirkung auf den Prozessgang im Verhandlungssaal zu unterbinden. Dass der Beschwerdeführer die angehobene Verhandlung vom 14. Januar 2010 durch Einwirkung auf Anwesende oder eigentliche Störung des Ablaufs der Verhandlung (Lärm, Zwischenrufe, Musik, Darbietung, Werfen von Gegenständen, verbale und/oder physische Angriffe und dergl.) gestört hätte, wird ihm nicht vorgeworfen. Was die Zeitung publiziert (oder nicht), was ein Fotograf ausserhalb des Saales macht (oder nicht), was eine Chefredaktion entscheidet (oder nicht), bleibt aber ohne jede direkte, unmittelbare, wahrnehmbare Auswirkung auf den Ablauf und den Gang der Verhandlung im Gerichtssaal. Eine lediglich «intellektuelle» Störung von Ruhe und Ordnung im Verhandlungssaal gibt es nicht.

Zu § 135: Das Gericht hat vom Beschwerdeführer die Zusage verlangt, dass sich seine Zeitung an gewisse Auflagen in seiner (zukünftigen!) Berichterstattung halte. Inhaltlich sind diese Auflagen ein Verstoss gegen § 135 GVG, der die erwähnten Einschränkungen gerade nicht erlaubt, weil einzige, zulässige Einschränkung für Berichterstattung der Opferschutz ist (§ 135 Abs. 4 Satz 2 GVG). Von Täterschutz und Schutz weiterer Prozessbeteiligter ist darin keine Rede, auch nicht von Fotos ausserhalb des Gerichts. Soweit die Auflagen über § 135 hinausgehen, liegt eine klare Missachtung des eindeutigen Gesetzeswortlauts vor und insoweit willkürliche Rechtsanwendung. Selbst wenn man die Vorgaben für zulässig hält, hat die Einhaltung bzw. Durchsetzung dieser Auflagen nichts mit Gerichts- oder Sitzungspolizei zu tun. Und ganz sicher ist das Gericht gehindert, an die von ihm befürchtete Missachtung von Auflagen durch den BLICK Folgen zu knüpfen bzw. eine Missachtung präventiv durch Wegweisung des Journalisten aus dem Saal verhindern zu wollen. Denn genau das ist Disziplinauf-

sicht über Gerichtsberichterstatter und gerade nicht Sitzungspolizei im Saal. Die Disziplinaufsicht über die Gerichtsberichterstatter obliegt nach der Akteneinsichtsverordnung allein der Verwaltungskommission des Obergerichts. Die von Bezirksgericht und III. Strafkammer vorgenommene Vermischung von Sitzungspolizei, Persönlichkeitsschutz und Aufsicht über die Gerichtsberichterstatter ist in verfassungsrechtlichen Kategorien gesprochen willkürlich. Die Wegweisung lässt sich nicht mit dem befürchteten Verstoss gegen (ihrerseits gesetzwidrige, vgl. § 135 GVG) Auflagen rechtfertigen, und sie hat schon gar nichts mit § 124 GVG zu tun. Nicht geschriebene, künftige Gerichtsberichterstattung kann so wenig wie publizierte Gerichtsberichterstattung in andern Fällen die «Ruhe und Ordnung» im Saal bzw. die konkrete Verhandlung im Sinne des § 124 GVG stören. Der ordnungsgemässe Gang des Verfahrens und die unbeeinflusste Rechtsprechung hat nichts mit der (eventuellen) Publikation von identifizierenden Angaben über Prozessbeteiligte zu tun.

Zu diesen beiden Begründungssträngen – die einen wesentlichen Teil der Beschwerde ausmachen – schweigt sich das Bundesgericht in seinem Entscheid aus. Es verliert nicht ein Wort darüber, ob eine Störung im Sinne von § 124 GVG vorliege und warum. Auch zur Auslegung von § 135 GVG erfährt der Leser der 15 Seiten des Bundesgerichtsentscheids nichts. Das Verschweigen beider Beschwerdeargumente lässt nur einen Schluss zu: Dem Bundesgericht fiel nichts dazu bzw. dagegen ein. Und um sich nicht die Blösse einer – diskutierbaren – Auffassung dazu zu geben, die dem Leser des Entscheids und der bundesgerichtlichen Gegenargumente vielleicht aufgefallen wären, wählt es den elegantesten Weg, die Diskussion gar nicht aufkommen zu lassen: Es schreibt über anderes und schweigt zu dem, das im Zentrum der Beschwerdebegründung stand. In der durchaus begründeten Hoffnung, dass niemand ausser dem Verfasser der Beschwerde sieht, wo der Hund begraben ist. Wer Gerichtsberichterstattung als «Störung» gemäss § 124 empfindet und Täterschutz über den Wortlaut von § 135 GVG hinaus für zulässig hält, sollte zu seiner Auffassung auch stehen. Soweit reicht der Mut des Bundesgerichts nicht.

Zusammenfassung Das Bezirksgericht Zürich verwies einen Gerichtsberichterstatter des Saales, weil er zu Verhandlungsbeginn die vom Gericht verlangten Zusagen über die künftige Berichterstattung nicht abgab. Der Entscheid wurde vom Bundesgericht bestätigt. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass seine Weigerung keine «Störung» der Verhandlung ist und die gerichtlichen Auflagen über die zulässigen, gesetzlichen Grenzen hinausgehen. Die in der Beschwerde hauptsächlich vorgebrachte Rüge, die angewandten kantonalen Bestimmungen würden nach Wortlaut und Sinn weder die Wegweisung noch die Auflagen erlauben, wird aber gar nicht behandelt. Die Urteilsbegründung weicht offensichtlich dem eigentlichen Problem aus.

Michael Schweizer, Dr. iur., Fürsprecher, Mitarbeiter im Rechtsdienst der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft, Bern
michael.schweizer@srgssr.ch

Das Recht am Wort nach Art. 28 ZGB

Das Persönlichkeitsrecht gewährleistet Entscheidungsfreiheit in Bezug auf Äusserungen, keine Herrschaft über Worte.

Résumé L'art. 28 CC protège l'individu contre la divulgation illimitée de toutes données personnelles liées à la propre parole. A la lumière de l'art. 28 CC, on peut alors parler d'un «droit à sa parole» (Recht am Wort). Dans le système de l'art. 28 CC, le «droit à sa parole» découle de la vie privée informationnelle* (informationelle Privatheit) et vise les spécificités des faits liés aux expressions verbales. Il garantit à l'individu la libre détermination de sa vie personnelle et ses relations, pour autant que celle-ci nécessite des restrictions à l'usage de ses expressions par la parole fait par des tiers. L'individu doit pouvoir décider librement de son expression verbale (et de sa forme) en toute situation. A la différence d'autres biens de la personnalité, le consentement ne peut pas être révoqué librement à tout temps.

Einleitung

Im Medienalltag stellt sich regelmässig die Frage, inwiefern das Persönlichkeitsrecht Äusserungen einer Person schützt. Sie stellte sich vermutlich auch dem deutschen «Handelsblatt», als es kürzlich ein Interview mit dem Chef der Bank BNP Paribas publizierte – ohne Antworten. Diese seien vom Interviewten mehrfach überarbeitet und schliesslich zurückgezogen worden. Gerade wenn es darum geht, Interviewaussagen vor ihrer Publikation zu korrigieren oder zu widerrufen, berufen sich die Betroffenen in der Schweiz gerne auf ein sog. Recht am Wort als Teilbereich der nach Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit. Lehre und Praxis geben hier, wenn überhaupt, nur wenig vertiefte Antworten. Deshalb hat der Autor Bestand und Umfang eines von Art. 28 ZGB gewährten Wortschutzes in grund-

sätzlicher Hinsicht geklärt. Die folgenden Ausführungen geben wesentliche Ergebnisse dieser Untersuchung wieder.¹

I. Schutz des eigenen Wortes im System von Art. 28 ZGB

1. Leitideen und Grundsätze von Art. 28 ZGB

Art. 28 ZGB gewährleistet zusammen mit Art. 27 ZGB den zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit. Dabei zielt der Schutz in unterschiedliche Richtungen. Art. 27 ZGB ist dem Vertragsrecht zuzuordnen und sichert die rechtlichen Grundvoraussetzungen für die Selbstbestimmung und damit für den Vollzug der individuellen Persönlichkeit. Dagegen entspringt Art. 28 ZGB dem Deliktsrecht und bezweckt den Schutz der Lebensbereiche, die zur Existenz und zur individuellen Entfaltung notwendig sind. Hierzu schützt Art. 28 ZGB die relevanten Ausprägungen der Persönlichkeit vor tatsächlicher und unmittelbarer Verletzung, indem er einen höchstpersönlichen und grundsätzlich absoluten Achtungs- und Geltungsanspruch der Persönlichkeit festlegt.

Der Gesetzgeber hat auf einen illustrativen Katalog der konkret geschützten Ausprägungen verzichtet. Generell schützt Art. 28 ZGB vor Angriffen sowohl auf die physische und psychische Existenz als auch auf die Selbstbestimmung im sozialen Bereich. Rechtsprechung und Lehre haben zahlreiche konkrete Ausprägungen der nach Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit anerkannt, die man als Persönlichkeitsgüter oder auch als Persönlichkeitsbereiche bezeichnet: das Leben, die physische und psychische Integrität, die Bewegungsfreiheit, die Ehre, das eigene Bild oder die informationelle Privatheit, um nur einige davon zu nennen. Vom Wesen her lassen sich dabei

* C'est une traduction libre du terme «informationelle Privatheit». Celui-ci désigne un concept de la doctrine récente qui représente l'approche pragmatique entre le concept de la protection de la sphère privée et celui du droit à l'autodétermination informationnelle.

¹ Die Luzerner Dissertation zum Thema «Recht am Wort – Schutz des eigenen Wortes im System von Art. 28 ZGB» wird in der Reihe Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR publiziert und befindet sich im Druck. Für umfassende Nachweise aus Literatur und Praxis zu den hier zusammengefassten Thesen und Begründungen sowie auch für vertiefende Ausführungen und Beispiele wird auf die bevorstehende Publikation verwiesen. Der Autor hat die Dissertation unabhängig von seiner beruflichen Tätigkeit verfasst und vertritt darin seine persönliche Meinung.

zwei Kategorien von Persönlichkeitsbereichen unterscheiden. Einerseits die effektiven Ausprägungen der geschützten Persönlichkeit, die einen Teil davon ausdrücken, was die Persönlichkeit der betroffenen Person tatsächlich ausmacht, also etwa der Körper, die Gefühlswelt oder das Ansehen einer Person. Andererseits umfasst die geschützte Persönlichkeit auch Bereiche, welche die Persönlichkeit zwar nicht ausdrücken, aber notwendige Voraussetzung ihrer Entfaltung sind. So bezeichnet etwa die informationelle Privatheit, definiert als Schutz vor beliebiger Zugänglichkeit personenbezogener Informationen, an sich keine tatsächliche Ausprägung der Persönlichkeit. Sie ist vielmehr wesentliche Voraussetzung für die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit in all ihren Facetten.²

Wird eine Person in ihren geschützten Bereichen mehr als geringfügig beeinträchtigt, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. Wie bei den absoluten Rechten ist in Anlehnung an die deliktsrechtliche Theorie des Erfolgsunrechts jede Verletzung der Persönlichkeit grundsätzlich widerrechtlich, soweit sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, also durch Einwilligung, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Gesetz gerechtfertigt ist. Aus diesem System ergibt sich eine zweistufige Betrachtungsweise. Zuerst wird nach dem Vorliegen einer ernsthaften, die Widerrechtlichkeit des Eingriffs indizierenden Beeinträchtigung in geschützten Persönlichkeitsbereichen gefragt und dann, ob die Widerrechtlichkeit aufgrund eines rechtfertigenden Sachverhalts entfällt. Die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung ist wiederum Grundlage für die Abwehransprüche der Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung sowie der als Sekundäranspruch geltend zu machenden Berichtigung oder Mitteilung an Dritte. Dabei behält Art. 28a Abs. 3 ZGB mit den sog. allgemeinen persönlichkeitsrechtlichen Klagen den Ersatz für Vermögensschaden, Genugtuung sowie die Herausgabe des mit der Verletzung erzielten Gewinns vor.

2. Dogmatische Einordnung des Wortschutzes

A. Das Wort als Träger personenbezogener Informationen

Sich zu äussern, ist essenzieller Bestandteil der individuellen Lebensgestaltung. Indem eine Person spricht, nimmt sie am sozialen Kommunikationsprozess teil und stellt sich gegenüber der Umwelt dar. Wesentlich hierfür sind die zahlreichen personenbezogenen Informationen, welche das Wort in all seinen Ausdrucksformen vermittelt: Neben dem Inhalt erlauben Tatsache, Form sowie klanglicher oder grafologischer Gehalt einer Äusserung zahlreiche Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Äusserers. Durch diesen informationellen Gehalt bildet das Wort, unmittelbarer noch als andere Lebensäusserungen, tatsächliche Grundlage für das Bild, welches sich Dritte von der Person des Äusserers machen.

Da eine Person mit ihren Worten Kommunikation bezweckt, erscheint sie gerade in ihrem Entscheid schützenswert,

bestimmte Worte an einen bestimmten Personenkreis zu richten (oder sich gerade nicht zu äussern). Die freie Lebensgestaltung und damit die selbstbestimmte Teilnahme am sozialen Kommunikationsprozess setzen nämlich primär einen freien Entscheid darüber voraus, ob man sich äussert und wenn ja, wem gegenüber und wie. Mit der Wahl der Adressaten seiner Äusserung legt der Äusserer gleichsam fest, inwiefern die Worte verwendet werden können. Folglich muss es beim Schutz des Wortes nach Art. 28 ZGB, der die individuelle Selbstbestimmung im sozialen Bereich gewährleisten will, darum gehen, das hierzu notwendige Mass an selbstbestimmter Kontrolle über die Zugänglichkeit und die Verwendung des Wortes bzw. der damit verbundenen personenbezogenen Informationen festzulegen.

B. Der Schutzbereich des Recht am Wort

a) Wortschutz als Teilbereich der informationellen Privatheit (Recht am Wort)

Mit Blick auf das besagte Schutzinteresse ist der Schutz des Wortes dogmatisch dem persönlichkeitsrechtlichen Schutz vor beliebiger Zugänglichkeit und Verwendung personenbezogener Informationen zuzuordnen. Dieser Schutzbereich von Art. 28 ZGB wurde früher erst in seinen Teilbereichen als (sphärentheoretisch bestimmte) Privatsphäre erkannt, in der jüngeren Lehre sodann umfassend unter dem Titel der sog. *informationellen Privatheit*. Die informationelle Privatheit gehört zur Kategorie von Persönlichkeitsbereichen, welche die Voraussetzungen der individuellen Entfaltung gewährleisten. Grundsätzlich entscheidet der Einzelne frei darüber, ob und in welchem Umfang er persönliche Informationen preisgibt. Die damit gewährleistete Selbstbestimmung ist aber nicht einfach mit dem Willen gleichzusetzen. Vielmehr schützt Art. 28 ZGB den konkreten Willen einer Person in Bezug auf die Verwendung sie betreffender Daten nur, soweit die Missachtung des Willens einen Eingriff in geschützte Bereiche der Persönlichkeit bedeutet. Dazu zählen namentlich die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung sowie der Gestaltung der sozialen Nah- und Fernbeziehungen, die beim Wortschutz klar im Vordergrund stehen. Ein Eingriff ergibt sich hier noch nicht dadurch, dass der Betroffene eine Verwendung seiner Worte nicht (mehr) will. Ein Eingriff liegt nur dann vor, wenn die *berechtigten* Erwartungen des Betroffenen in Bezug auf Zugänglichkeit und Verwendung seiner Worte missachtet werden.³

b) Schutzrichtung des Recht am Wort

Das Recht am Wort bezeichnet mithin den auf die äusserungsspezifische Sachlage bezogenen Teilbereich der informationellen Privatheit. Schutzgut ist ein selbstbestimmter Bereich der Lebens- und Beziehungsgestaltung, der auf Schutz vor beliebiger Zugänglichkeit und Verwendung des eigenen Wortes angewiesen ist. Die Selbstbestimmung besteht im freien Entscheid einer Person, ob, wem gegenüber und wie sie sich in einer konkreten Situation äussert. Der so verstandenen Selbstbestimmung ist freilich von vornherein entzogen, wie Dritte die

2 Zur informationellen Privatheit siehe auch unten, Ziff. 2 Bst. B.

3 Zum Kriterium der berechtigten Erwartungshaltung siehe unten Bst. C, insbesondere c.

konkrete Äusserung werten. Vielmehr gewährleistet das Recht am Wort, dass nur die freie und *tatsächliche* Äusserung Grundlage der Wertung bildet, dass sich also Dritte ihre Meinung nicht etwa aufgrund einer heimlich oder unter falschen Vorwänden beschafften oder aufgrund einer nachträglich verfälschten Äusserung bilden.

Wie bereits erwähnt stellen auch der klangliche und grafologische Gehalt einer Äusserung personenbezogene Informationen dar. Wehrt sich eine Person gegen die Verfälschung ihrer Stimme und somit des klanglichen Gehalts, kann sie sich somit auch auf das Recht am Wort berufen. Freilich kann man diese Sachverhaltskategorien auch, wie bisweilen in der Lehre zu finden, unter dem Titel eines «Recht an der Stimme» oder «Recht am Schriftbild» behandeln. Nach Auffassung des Autors sind diese «Rechte» als Unterfälle des umfassenden Recht am Wort zu betrachten. Sie zielen auf diejenigen Sachverhalte, in welchen der geltend gemachte Eingriff das Wort als Träger von personenbezogenen Informationen betrifft, die sich aus dem klanglichen oder grafologischen Gehalt der Äusserung ergeben. Die besagten Bereiche können aber auch als selbstständige Kategorien neben das Recht am Wort gestellt werden. Aus dogmatischer Sicht zwingend ist, diese «Rechte» als sachverhaltsspezifische Teilbereiche der informationellen Privatheit zu sehen.

C. Verletzung des Recht am Wort

a) Grundsatz und wesentliche Eingriffskategorien

Das Recht am Wort ist verletzt, wenn das Zugänglichmachen und Verwenden von Worten den berechtigten Erwartungen des Äusserers widerspricht und damit seinen geschützten Bereich der Lebens- und Beziehungsgestaltung mehr als geringfügig verletzt. Als Kategorien von Eingriffen in das Recht am Wort lassen sich die *unbefugte Kenntnissnahme*, *Fixierung* und *kommerzielle Verwertung von Äusserungen* unterscheiden. Darüber hinaus schützt das Recht am Wort vor der unrichtigen Wiedergabe, also vor *Falschzitat*en sowie vor dem *Zuschreiben fremder oder erfundener Äusserungen*, soweit sie die Geltung des (angeblichen) Äusserers mehr als geringfügig betrifft.

b) Typisierte Sachverhalte

Im Rahmen der erwähnten Kategorien ergeben sich typisierte Sachverhalte, die an sich einen Eingriff indizieren, weil sie immer im Widerspruch zu den berechtigten Erwartungen des Betroffenen stehen. Dazu zählt namentlich die *heimliche Fixierung* von Äusserungen. Ist sich der Betroffene nicht bewusst, dass seine Worte losgelöst von der konkreten Situation zu beliebigem Zeitpunkt, in beliebigem Zusammenhang und gegenüber beliebigen Personen wiedergegeben werden können, hat er in jedem Fall eine unzutreffende Vorstellung über den mittelbaren Empfängerkreis seiner Äusserung. Aus Sicht von Art. 28 ZGB liegt das Problem denn auch nicht darin, wie die Lehre bisweilen feststellt, dass im Originalton aufgezeichnete Worte leicht Missbrauch ermöglichen und der Betroffene gleichsam die Herrschaft über seine Worte verliert. Das Problem ist grundsätzlicherer Natur. Wenn der Betroffene nicht weiss, dass seine Äusserungen aufgezeichnet werden, ist ihm ein freier Entscheid über das Ob und das Wie einer Äusserung verwehrt, weil ihm wesentliche Entscheidgrundlagen fehlen. Die Äusserung erfolgt

unter falschen Prämissen. Sie ist nicht selbstbestimmt. Wenn also ein Journalist den Einsatz eines Aufnahmegeräts nicht explizit erwähnt oder dieses nicht klar erkennbar einsetzt, ist das Recht am Wort des Interviewten verletzt.

Auch das *Zuschreiben einer verfälschten oder erfundenen Äusserung* verletzt das Recht am Wort. Hier werden dem Betroffenen nicht geäusserte Worte unterstellt und er ist somit fremdbestimmt. Das Recht am Wort schützt mithin vor Veränderungen und auch Kürzungen, soweit sie Interpretationen ermöglichen, die durch den originalen Wortlaut ausgeschlossen wären. Der Schutzbereich des Recht am Wort ist auch verletzt, wenn eine frühere Äusserung als vermeintlich neue im Rahmen einer fingierten Stellungnahme publiziert wird. Dies suggeriert einen Entscheid des Betroffenen, nämlich sich mit der Äusserung X zum Zeitpunkt Y gegenüber dem Medium Z zu äussern, der so nie gefallen ist.⁴

Im Übrigen indizieren die Kenntnissnahme, Fixierung, Verbreitung und kommerzielle Verwertung von Worten eine Verletzung des Recht am Wort immer dann, wenn sie im konkreten Fall die diesbezüglichen berechtigten Erwartungen des Betroffenen enttäuschen.

c) Kriterium der berechtigten Erwartungshaltung

Beim Kriterium der berechtigten Erwartungshaltung geht es um den Schutz wesentlicher und berechtigter Erwartungen betreffend die Zugänglichkeit und Verwendung der Worte. Die Berechtigung der Erwartung bestimmt sich ausgehend vom konkreten Kommunikationsverhältnis. Zu beachten ist namentlich die Beziehungsgeschichte zwischen den Kommunizierenden und das gesellschaftliche Umfeld, in welchem sich das Verhältnis abspielt, mit den darin geltenden Konventionen. Für die Beurteilung gilt insofern ein objektiv-individueller Massstab, als zwar nicht subjektive Erwartungen, aber die konkreten Umstände und somit auch das individuelle Verhalten der Beteiligten zu berücksichtigen sind.

Im Falle einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung oder Zusage etwa ist die Erwartung sicher berechtigt, dass eine Äusserung Dritten nicht bekanntgegeben wird. Wo also Interviewer und Interviewter per Mail eine definitive Interviewversion vereinbaren, kann der Interviewer keine frühere Version publizieren, selbst wenn die Äusserung im Gespräch tatsächlich gefallen ist. Wo der Interviewte aufgrund der konkreten (vertraglich nicht geregelten) Interviewsituation zwar grundsätzlich mit der Veröffentlichung seiner Worte rechnen musste, er aber erst durch das konkrete Verhalten des Journalisten zur unbefangenen Rede und folglich zur Äusserung privater Informationen verleitet wurde, sind die durch das Verhalten des Journalisten begründeten Erwartungen des Interviewten zu schützen. Möchte der Journalist entgegen eigenen Zusicherungen private Äusserungen publizieren, müsste er sein

4 Die Beispiele zeigen gleichsam, dass – im Gegensatz zu überholten Vorstellungen der Sphärentheorie – Art. 28 ZGB hier unabhängig davon Schutz bieten muss, ob die Worte an öffentlich zugänglichen Orten gesprochen wurden oder bereits öffentlich zugänglich sind. Beim Recht am Wort geht es um Entscheidungsfreiheit. Diese ist gerade auch im Rahmen der sozialen Kontakte zu gewährleisten, die sich wesensgemäss auch, wenn nicht überwiegend, in der «Öffentlichkeitssphäre» abspielen.

Gegenüber noch während des Gesprächs darüber informieren. Wenn der Interviewte sich danach weiterhin zum Thema äussert, muss er die Publikation der privaten Informationen erwarten. Auch muss der Interviewte die Veröffentlichung erwarten, wenn er in der offiziellen, unter keinem Vorbehalt stehenden Interviewsituation auf eine Frage antwortet, die sein Privatleben betrifft. Hier wäre es an ihm, die Frage nicht zu beantworten und damit gleichsam kundzutun, dass private Informationen nicht Gegenstand der Publikation sein sollen.

d) Abwehrmöglichkeiten des Verletzers

Weist der Betroffene einen typisierten Sachverhalt nach und weist er durch den Sachverhalt selbst oder zusätzlich nach, dass er dabei in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wurde, ist auf eine Verletzung des Recht am Wort zu schliessen. Der angebliche Verletzer kann sich auf zwei Ebenen wehren. Entweder wendet er auf der Tatsachenebene ein, dass das typisierte Verhalten, also etwa die unbefugte Fixierung, im konkreten Fall gerade keine wesentliche Beeinträchtigung des geschützten Entscheidungsbereichs des Betroffenen bewirkt hat oder dass die geltend gemachten Erwartungen aufgrund besonderer Umstände gerade nicht berechtigt waren. Wenn also der Interviewte behauptet, der Journalist habe heimlich ein Mikrofon eingesetzt, um die Äusserung für eine Tonberichterstattung zu verwenden, so kann der Journalist einwenden, er habe den Interviewten vorgängig über die Aufnahme informiert. Ist die Verletzung des Recht am Wort indes erwiesen, so bleibt dem Verletzer noch der Nachweis von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB.

II. Einwilligung des Wort-Äusserers und Widerruf

1. Wirkung der Einwilligung

Bevor auf die praktisch bedeutsame Frage eingegangen wird, ob und inwiefern der Äusserer die einmal erfolgte Zustimmung zur Verwendung seiner Äusserungen widerrufen kann, gilt es aus dogmatischer Sicht, vorerst die rechtlichen Eigenheiten dieser Zustimmung in Zusammenhang mit dem Schutzbereich des Recht am Wort hervorzuheben.

A. Ausschluss des Tatbestands

Wie bereits dargelegt schützt das Recht am Wort einen selbstbestimmten Bereich der Lebens- und Beziehungsgestaltung. Die Selbstbestimmung besteht darin, dass jemand sich in einer konkreten Situation frei für (oder auch gegen) eine Äusserung entscheiden kann. Diese Freiheit übt eine Person dadurch aus, dass sie der Preisgabe ihrer Worte explizit oder konkludent zustimmt. Wenn also eine Parlamentarierin nach der Fraktionssitzung im Rahmen einer Live-Schaltung in das Mikrofon eines Radiojournalisten spricht und damit konkludent in die Publikation ihrer Worte einwilligt, dann wird das Schutzgut ihres Recht am Wort dabei nicht verletzt. Vielmehr kann die Parlamentarierin genau das tun, was das Recht am Wort sicherstellen will: frei entscheiden. Will das Recht am Wort Entscheidungsfreiheit gewährleisten, kann es nicht verletzt sein, wenn der Träger des Rechts frei entscheiden kann (und die spä-

tere Verwendung der Worte diesen freien Entscheid respektiert). Die gültige Zustimmung des Betroffenen schliesst eine Verletzung des Recht am Wort also aus.⁵ Im Anwendungsbereich des Recht am Wort hat die Zustimmung des Äusserers tatbestandsausschliessende und nicht rechtfertigende Wirkung. Werden die Äusserungen der Parlamentarierin im Radio ausgestrahlt, um beim obigen Beispiel zu bleiben, handelt es sich folglich nicht um eine gerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung. Die Parlamentarierin ist zu keinem Zeitpunkt in ihrer Persönlichkeit verletzt. Nach dem bisher Gesagten ist die Frage nach dem Vorliegen einer Zustimmung im zweistufigen Prüfungsverfahren⁶ bereits auf der Ebene des Tatbestandes zu beurteilen.⁷

B. Beweislast

Wenn die Einwilligung den Tatbestand ausschliesst, so muss – umgekehrt – der Nachweis der Verletzung des Recht am Wort die fehlende Zustimmung im Sinne eines negativen Tatbestandsmerkmals umfassen. Im Grundsatz trägt hierfür der Verletzte die Beweislast, denn ihm obliegt gemäss Art. 28 ZGB der Nachweis der Persönlichkeitsverletzung. In der Praxis sorgen die beweisrechtlichen Regeln allerdings für eine differenzierte und sachgerechte Verteilung der Beweislast. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass dem Verletzten aufgrund konkreter Umstände der Nachweis nicht zuzumuten oder nicht möglich ist. Dies kann im Ergebnis zu einer Herabsetzung des Beweismasses, zu Mitwirkungspflichten des Verletzers bis hin zur faktischen Umkehr der Beweislast führen. Regelmässig wird der Verletzer zudem ohnehin gezwungen sein, Tatsachen vorzubringen, aus denen sich die Zustimmung des Betroffenen ergibt. Solche Einwendungen hat der Verletzer zu beweisen.

Das Gesagte soll an folgendem Beispiel veranschaulicht werden: Der prominente Schauspieler S macht geltend, Journalist J habe ein fingiertes Interview veröffentlicht. Rechtserzeugende Tatsache ist der die Verletzung des Recht am Wort indizierende Sachverhalt der Publikation eines fingierten Interviews. Hätte S dem J tatsächlich ein Interview gegeben, dann wäre dies eine (zumindest) konkludente Einwilligung in die Publikation und würde den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung ausschliessen. Der Tatbestand setzt mithin voraus, dass J mit S nie ein Interview geführt hat. S muss demnach nachweisen, dass er J *kein* Interview gegeben hat.

Nun ist das Nichtstattfinden des Interviews eine negative Tatsache. Grundsätzlich hat S den Beweis hierfür zu erbringen. Er muss – wo solche nachgewiesen werden können – positive Sachumstände nachweisen, von denen auf die negative Tatsache geschlossen werden kann. Die Pflicht von S wird allgemein dadurch gemildert, dass J nach Treu und Glauben zum Beweis des Gegenteils beitragen muss, wobei dessen Misslingen oder Unterlassen als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung von S

5 Damit unterstützt der Autor für das Recht am Wort diejenige Lehrmeinung, wonach die Einwilligung dort tatbestandsausschliessend wirkt, wo der betroffene Persönlichkeitsbereich im Schutz der Selbstbestimmung aufgeht.

6 Zur zweistufigen Betrachtungsweise siehe oben I, Ziff. 1.

7 Die Frage nach dem Vorliegen der Zustimmung fällt zusammen mit der Frage nach der berechtigten Erwartungshaltung, siehe oben I, Ziff. 2 Bst. c von C.

gewertet werden darf. Im Regelfall ist das Nicht-Stattfinden eines Gesprächs zwischen S und J während einer aus Sicht des Klägers kaum näher zu bestimmenden Dauer ein unbestimmtes Negativum. Der entsprechende Nachweis ist durch S faktisch nicht zu erbringen. Nach Lehre und Rechtsprechung hat die beweisbelastete Partei die negative Tatsache deshalb nur glaubhaft zu machen. Die gegnerische Partei dagegen muss ihre positive Sachverhaltsdarstellung beweisen. Misslingt J der Beweis, dass er mit S tatsächlich ein Interview geführt hat, kann das Gericht dies umso mehr als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung von S werten. Nicht im Grundsatz, aber im Ergebnis kann dies zu einer Umkehr der Beweislast führen. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es für J ein Leichtes sein sollte, zumindest die Modalitäten des Gesprächs, auf welchem seine Publikation beruhen soll, glaubhaft darzulegen, namentlich Ort und Zeitpunkt des Treffens oder des Telefonats, oder auch allfällige Zeugen zu benennen und damit die eigene Darstellung zu beweisen oder zumindest wesentliche Indizien hierfür vorzubringen.

C. Gültigkeit

a) Einwilligung als Rechtsgeschäft oder Realakt?

Die Zustimmung des Äusserers kann, muss aber nicht rechtsgeschäftlich geäussert werden. Insbesondere bei der konkludenten Einwilligung in die Publikation von Äusserungen wird nicht immer klar sein, ob der Interviewte gleichsam einen Rechtsfolgwillen geäussert hat oder nicht. Dabei lässt sich von vornherein der Standpunkt vertreten, dass die Zustimmung des Interviewten zumindest eine Vertrauensstellung des Interviewers begründet, die mit der rechtsgeschäftlichen Position vergleichbar ist. Nach Auffassung des Autors untersteht die Einwilligung, ob rechtsgeschäftlich geäussert oder nicht, ohnehin denselben, kumulativ anwendbaren Gültigkeitsvoraussetzungen⁸. Insbesondere gelten bei der in die Zukunft wirkenden Zustimmung die Anforderungen von Art. 27 ZGB. Eine (zumindest faktische) Bindungswirkung für die Zukunft liegt unter anderem dann vor, wenn der Interviewte seine Meinung ändert, ein Widerruf noch möglich ist, das Medium ihn aber auf seiner anfänglichen Zustimmung behaftet. Art. 27 Abs. 2 ZGB will die in die Zukunft wirkende, lebensgestaltende Entscheidungsfreiheit wahren. Damit dieser Regelungszweck erfüllt werden kann, muss sich der Interviewte hier unabhängig davon auf eine besondere Persönlichkeitsrelevanz oder das Übermass der Bindung an seine anfängliche Zustimmung berufen können, ob er diese nun rechtsgeschäftlich erteilt hat oder nicht.

b) Allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen

Damit die Einwilligung gültig ist, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Urteilsfähigkeit und Aufgeklärtheit des Betroffenen, Vorliegen einer Willensäusserung, hinreichende Konkretetheit sowie Freiwilligkeit. Im Sinne von negativen Gültigkeitsvoraussetzungen sind zudem die Anforderungen von Art. 27 ZGB sowie Art. 20 OR zu beachten, also das Verbot der übermässigen⁹ sowie der rechts- oder sittenwidrigen Bindung.

Nur ein im Sinne von Art. 16 ZGB Urteilsfähiger kann dem Zugänglichmachen seiner Äusserungen zustimmen. Die *Urteilsfähigkeit* kann zum Beispiel bei Interviews mit Kindern und Jugendlichen fraglich erscheinen. Die notwendige Einsicht in die Folgen einer Publikation (personenbezogener) Äusserung ist bei Kindern nicht ohne Weiteres anzunehmen. Freilich verschliesst sich die Relativität der Urteilsfähigkeit der Festlegung starrer Alterslimiten. So sind die Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen, etwa Thema, Bedeutung und mögliche Folgen des konkreten Interviews ebenso wie die persönliche Entwicklung des Kindes. Im Sinne eines Anhaltspunktes kann man jedoch davon ausgehen, dass Interviews zwecks personenbezogener Publikation mit Kindern und Jugendlichen bis 14 Jahren das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters voraussetzen. Ausnahmsweise ist kasuelle Urteilsfähigkeit auch unter 14 Jahren denkbar. 14- bis 16-Jährige sind urteilsfähig in Bezug auf eine simple Ausübung ihres Recht am Wort. Bei über 16-Jährigen ist Urteilsfähigkeit zu vermuten.

Im Weiteren muss die Zustimmung *geäussert* werden. Die Äusserung ist an keine besondere Form gebunden, kann also auch konkludent erfolgen, und ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Blosses Stillschweigen genügt, wenn aufgrund der konkreten Umstände oder Konventionen im betreffenden Gesellschaftsbereich aus dem Stillschweigen ausnahmsweise auf eine konkludente Zustimmung geschlossen werden darf. Wenn der Interviewte mit dem Interviewer unmissverständlich eine Frist zum Gegenlesen vereinbart und diese reaktionslos verstreichen lässt, dann hat er zugestimmt. Die Zustimmung muss spätestens zum Zeitpunkt der Verwendung der Worte vorliegen. Bei heimlicher Tonaufzeichnung liegt also nie eine gültige Zustimmung vor.

Die Voraussetzung der *Aufgeklärtheit* verlangt, dass der Betroffene über alle notwendigen Informationen verfügt, um in der konkreten Situation eine freie und bewusste Entscheidung treffen zu können. Angesichts der Schutzrichtung des Recht am Wort rechtfertigen sich keine umfassenden Informationspflichten, wie sie sich etwa in Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen ergeben. Der Betroffene muss aber mindestens Kenntnis darüber haben, dass und wem seine Äusserungen preisgegeben werden sollen und zu welchem Zweck bzw. in welchem Zusammenhang. Keine hinreichende Aufklärung liegt vor, wenn ein Journalist einer Amtsperson unter unverfänglichem Vorwand eine Aussage entlockt und diese sodann im Rahmen einer Berichterstattung veröffentlicht, die schwere Vorwürfe gegen das Amt erhebt. Das Erfordernis der Aufgeklärtheit betrifft im Übrigen auch die Frage, inwiefern Interviewte über Abläufe zu informieren sind. Hier ist zwischen mediengewandten¹⁰ und übrigen Personen zu unterscheiden. Bei Erste-

10 Mediengewandtheit liegt vor bei Personen, die namentlich aus professionellen oder semi-professionellen Gründen, aufgrund ihrer politischen oder gesellschaftlichen Funktion oder aufgrund ihrer Prominenz regelmässig mit Medien konfrontiert sind, insbesondere zwecks Stellungnahmen, Beantwortung von Rechercheanfragen usw. Folglich kann bei Experten, selbst wenn sie unkompliziert und freiwillig bereit sind, Auskunft zu geben, nicht von vornherein Mediengewandtheit angenommen werden, sondern nur, wenn sie bekanntermassen oder nachweislich regelmässigen Medienkontakt haben.

8 Zu den Gültigkeitsvoraussetzungen siehe sogleich, Bst. b.

9 Siehe hierzu unten, Ziff. 2.

ren können die wesentlichen Interviewabläufe als bekannt vorausgesetzt werden. Dagegen muss der Interviewer die nicht mediengewandte Person explizit darüber aufklären, dass und in welchem Umfang sie eine Autorisierung verlangen darf.

In engem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Aufgeklärtheit steht die Voraussetzung, dass die beabsichtigte Verwendung der Worte *hinreichend konkret* erscheint. Im Übrigen schliesst das Erfordernis der *Freiwilligkeit* die Gültigkeit einer unter Drohung oder Zwang erreichten Einwilligung aus.

2. Widerruf der Einwilligung nach Art. 27 ZGB

A. Recht am Wort kein Bereich des absoluten Bindungsausschlusses

a) Zu den Anforderungen von Art. 27 Abs. 2 ZGB

Die praktisch bedeutsame Frage, ob der Äusserer an seine anfängliche Einwilligung gebunden bleibt oder ob er seine Zustimmung in jedem Fall frei widerrufen kann, beurteilt sich im Lichte von Art. 27 ZGB. Wirkt die Zustimmung des Äusserers in die Zukunft, so treten zu den Gültigkeitsvoraussetzungen nämlich auch die Anforderungen von Art. 27 Abs. 2 ZGB im Sinne einer negativen Voraussetzung hinzu. Art. 27 Abs. 2 ZGB verbietet zum Schutz der in die Zukunft wirkenden, lebensgestaltenden Entscheidungsfreiheit in bestimmten höchstpersönlichen Bereichen jede übermässige Bindung. In Bezug auf den gewährten Schutz ist zu unterscheiden, ob die fragliche Bindung im Einzelfall den Bereich des absoluten oder des relativen Bindungsausschlusses betrifft. Erstgenannter Bereich bezeichnet den höchstpersönlichen Kernbereich, in welchem aufgrund seiner besonderen Beziehungsnähe zur Person überhaupt keine Bindung für die Zukunft möglich ist. Zu denken ist etwa an Vereinbarungen betreffend die physische Integrität. Verpflichtungen in diesem Bereich entfalten von vornherein keine Wirkung. Ist nicht der Bereich des absoluten Bindungsausschlusses betroffen, so kann die an sich zulässige Bindung in ihrem Ausmass gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen. Das Bindungsübermass ergibt sich aus der Dauer oder Intensität der Bindung oder auch in sachlicher Hinsicht.

b) Auslegung mit Blick auf Eigenheiten des Recht am Wort

Was bedeutet das Gesagte für das Recht am Wort? Mit Blick auf seine Schutzrichtung ist der Schutzbereich des Recht am Wort nicht an sich dem höchstpersönlichen Kernbereich zuzuordnen. Das Recht am Wort will Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die eigenen Äusserungen gewährleisten. Entscheidungsfreiheit beinhaltet aber auch die Möglichkeit, diese (allenfalls gegen Entgelt) punktuell und massvoll für die Zukunft zu beschränken. Angesichts der heute üblichen Vermarktung des eigenen Bildes erlaubt denn auch das Bundesgericht vertragliche, unwiderrufliche oder nur beschränkt widerrufliche Verpflichtungen betreffend die Verwendung von Bildern, soweit dabei wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.¹¹ Nach Auffassung des Autors gilt diese Feststellung generell auch für Einwilligungen in das Zugänglichmachen und Verwenden von Äusserungen. Dies gilt unabhängig davon, ob mit

der Einwilligung im Einzelfall wirtschaftliche Interessen oder auch nur andere persönliche Vorteile verfolgt werden, etwa die mediale Aufmerksamkeit und die Imagepflege.

Bezeichnet das Recht am Wort nicht per se einen höchstpersönlichen Kernbereich, ist es folglich ausgeschlossen, dass eine Person ihre anfängliche (gültige) Zustimmung zur Publikation eines Interviews allein mit Verweis auf ihr Recht am Wort widerruft. Im Gegensatz zu anderen Persönlichkeitsbereichen kann die Einwilligung im Anwendungsbereich des Recht am Wort nicht jederzeit frei widerrufen werden. Diese Auslegung stimmt überein mit der Schutzrichtung des Recht am Wort. Dieses will nicht den Willen des Betroffenen schützen, sondern dessen Freiheit, selbst über das Ob und das Wie einer Äusserung zu entscheiden. Dass man eine Äusserung bereut und nicht mehr will, stellt nicht infrage, dass der Betroffene frei entschieden hat, und belässt das Schutzgut des Recht am Wort unversehrt. Um der anfänglichen Zustimmung jede Bindungswirkung abzusprechen, muss die betroffene Person die besondere Persönlichkeitsrelevanz der Bindung an ihre ursprüngliche Einwilligung also erst noch begründen. Der Widerruf einer Äusserung im Lichte von Art. 27 ZGB ist somit nicht die Regel, sondern die besonders zu begründende Ausnahme. Insofern hat die verkürzende Formel «gseit isch gseit» auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht ihr grundsätzlich Wahres. Die Formel ist aber insofern auch zu relativieren, als Fälle denkbar bleiben, in welchen der Äusserer im Einzelfall eine besondere Persönlichkeitsrelevanz (oder auch ein Übermass) der Bindung darlegen kann. Dies ist im Folgenden zu erörtern.

c) Besondere Persönlichkeitsrelevanz der Bindung

Die besondere Relevanz einer Bindung an die anfängliche Einwilligung kann sich aus dem Inhalt der Äusserungen ergeben, also etwa bei *widerrechtlichem Inhalt* wie Ehrverletzungen oder wenn der Inhalt dem sphärentheoretisch bestimmten *Intimbereich* des Äusserers zuzuordnen ist, also etwa bei Äusserungen betreffend die eigene Krankengeschichte. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass das Festhalten an der anfänglichen Einwilligung in einen *anderen geschützten Bereich der Persönlichkeit* des Betroffenen eingreift, der im Gegensatz zum Recht am Wort keine unwiderruflichen Bindungen zulässt. Angenommen ein Schauspieler äussert sich unmittelbar nach dem tragischen Tod seines Sohnes zu seiner emotionalen Befindlichkeit. Später gelangt er zum Schluss, dass die Publikation des Interviews und das damit verbundene (durch seine öffentliche Äusserung intensivierete) öffentliche Breitschlagen seines Leides um das frühe Ableben des Sohnes ihn psychisch zu schwer belasten würde und widerruft seine Aussagen. Hält das Medium an der anfänglichen (gültigen) Zustimmung fest, kann die Publikation dennoch eine Verletzung der emotionalen Persönlichkeit des Schauspielers bedeuten. Mit Blick auf die Anforderungen von Art. 27 Abs. 2 ZGB kann man dem Schauspieler eine Bindung an seine anfängliche Zustimmung nicht zumuten.

Wenn im Einzelfall keine besonderen Umstände vorliegen, die eine besondere Persönlichkeitsrelevanz der Bindung begründen, gilt die Disponibilität des Recht am Wort. Die Person bleibt an ihre anfängliche (gültige und massvolle¹²) Zu-

11 BGE 136 III 401, S. 405 f.

12 Siehe hierzu sogleich, Bst. B.

stimmung gebunden, und die Worte können dieser Zustimmung entsprechend verwendet werden. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Interviewter die Publikation nicht mehr will und das Interview widerruft. Da die ursprüngliche Einwilligung gilt, ist es auch nicht nötig, das (zu Unrecht) widerrufene Interview in indirekter Rede anstatt in Interviewform zu publizieren.

B. Übermass der Bindung bei Disponibilität des Recht am Wort

Gilt im Einzelfall die Disponibilität des Recht am Wort, kann der Betroffene im Lichte von Art. 27 Abs. 2 ZGB freilich noch ein Übermass der (an sich zulässigen) Bindung geltend machen und behaupten, die Bindung schränke in ihrer Intensität, Dauer oder in sachlicher Hinsicht seine Entscheidungsfreiheit übermässig ein. Bei der Beurteilung sind auch Umstände zu beachten, die nach Erteilen der Einwilligung eingetreten sind. Das können wesentliche innere Umstände sein, wie eine eigentliche religiöse Neuausrichtung. Zu berücksichtigen sind aber auch äussere, nicht vorhersehbare Umstände. So mag ein nach dem Interview eingetretenes Ereignis der Äusserung einen Drall geben, der zum Zeitpunkt der Äusserung nicht denkbar war und der das Bild des Äusserers mehr als geringfügig beeinflusst.¹³ In diesem Fall gewährt Art. 27 Abs. 2 ZGB die Einrede des Bindungsübermasses, welche die Bindung auf ein tragbares Mass reduziert. Das läuft nicht in jedem Fall zwingend auf einen Widerruf der Äusserung hinaus. Im vorgenannten Beispiel reicht womöglich schon der redaktionelle Hinweis, dass eine Äusserung noch vor dem Ereignis X aufgezeichnet wurde.

C. Fazit: Bereichsspezifische Bestimmung der Widerrufsmöglichkeiten

In der Lehre ist die Frage umstritten, ob der Widerruf der Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung jederzeit frei widerrufen werden kann oder nicht. Der Schutzbereich des Recht am Wort veranschaulicht, dass die Frage – wie dies das Bundesgericht kürzlich am Beispiel des Recht am Bild aufgezeigt hat – nicht für alle Schutzbereiche von Art. 28 ZGB gleich beantwortet werden kann. So wie die Wirkung der Zustimmung des Betroffenen bestimmen sich auch die Möglichkeiten des Widerrufs vielmehr immer mit Rücksicht auf die Eigenheiten des konkret betroffenen Persönlichkeitsbereichs.

III. Rechtfertigung der Verletzung des Recht am Wort

1. Bedeutung des überwiegenden öffentlichen Interesses

Da der Einwilligung des Betroffenen in Zusammenhang mit dem Recht am Wort tatbestandsausschliessende Wirkung zukommt, kann eine nachgewiesene Verletzung des Recht am Wort nur mit der Wahrung höherer Interessen oder einer gesetzlichen Grundlage gerechtfertigt werden. Im Medienalltag kommt dem Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses besondere praktische Bedeutung zu. Bei geltend gemachten Persönlichkeitsverletzungen berufen sich die Medien regelmässig auf ihren Informationsauftrag und damit gleichsam auf ein überwiegendes öffentliches Interesse. *Der Informationsauftrag der Medien* leitet sich aus der Medienfreiheit gemäss Art. 17 BV ab und ist im Sinne der indirekten Drittwirkung von Grundrechten im Rahmen der Interessenabwägung gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen.

In Zusammenhang mit einer konkreten Äusserung kann dem Interesse einer Person an Wahrung ihrer durch das Recht am Wort geschützten Entscheidungsfreiheit, ein Anspruch der Allgemeinheit entgegenstehen, Kenntnis von eben dieser Äusserung zu erhalten. Die das Recht am Wort verletzende Publikation einer Äusserung ist aber nur soweit durch den Informationsauftrag der Medien gedeckt, als hierfür ein (die Interessen des Betroffenen überwiegendes) öffentliches Interesse besteht. Ein solches überwiegendes Interesse ist nicht leichtthin anzunehmen.

2. Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Die Äusserung muss aus objektiver Sicht so wichtig sein, dass es gerechtfertigt erscheint, diese entgegen den berechtigten Erwartungen des Betroffenen einem grösseren Publikum zugänglich zu machen. Dabei versteht sich von selbst, dass für die Beurteilung rein subjektive Interessen ebenso wenig massgebend sein können wie sachfremde Interessen, etwa die übertriebene Gewinnsteigerung oder das Bedienen von blosser Sensationsgier und reinen Unterhaltungsbedürfnissen.

Zu berücksichtigen ist sicher die Person des Betroffenen. So begründen etwa Inhaber öffentlicher Ämter ein erhöhtes Interesse an Kenntnisnahme ihrer Äusserungen, soweit diese mit der konkreten öffentlichen Funktion der betroffenen Person in Zusammenhang stehen oder, wie im nachstehenden Beispiel, gar aufseiten der Amtsperson die Voraussetzungen für das Amt infrage stellen.

Wesentliches Element für die Interessenabwägung ist zudem die konkrete Verletzung des Recht am Wort bzw. die *Schwere des Eingriffs für den Verletzten*. Die persönlichkeitsverletzende Publikation durch Medien legt regelmässig an sich einen schweren Eingriff nahe, insbesondere in Zusammenhang mit persönlichkeitsnahen oder heimlich beschafften Äusserungen. Es braucht kaum näher erläutert zu werden, dass Medienpublikationen mit tiefgreifenden Konsequenzen verbunden sein können. Zudem ist in diesem Zusammenhang auch das (schon

¹³ Hier kann man auch den Standpunkt vertreten, dass die ursprüngliche Einwilligung eine Publikation der Äusserung unter diesen (nicht vorhersehbaren) Umständen niemals erfasst haben kann.

auf der Verletzungsebene massgebliche)¹⁴ Verhalten der Beteiligten zu berücksichtigen. Angenommen eine bedeutende und mediengewandte Amtsperson äussert sich im Rahmen eines offiziellen Interviews zu ihrer bisher verschwiegenen Krankheit. Nach Vorliegen des Transkripts widerruft die Amtsperson berechtigterweise diese den intimen Kernbereich ihrer Persönlichkeit beschlagende Äusserung.¹⁵ Der Journalist aber möchte an der persönlichkeitsverletzenden Publikation festhalten. Er beruft sich auf ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Kenntnisnahme dieser Äusserung, weil die Krankheit die Amtsführung beeinträchtigt.

Durfte die Amtsperson während des Interviews nicht von einer «off-the-record»-Situation ausgehen, so verfügt sie zwar über ein Widerrufsrecht in Bezug auf die Äusserung zur Krankheit, muss sich als mediengewandte Person im Rahmen der Interessenabwägung aber vorhalten lassen, dass sie ihre Entscheidungsfreiheit ohne Not einer Gefährdung ausgesetzt hat. Ein (wesentliches) öffentliches Interesse an Information über die Krankheit kann die Interessen des Amtsträgers denn auch eher überwiegen. Anders zu beurteilen ist der Eingriff, wenn der Journalist die Atmosphäre der Unbefangenheit erst herbeigeführt hat, etwa durch entsprechende mündliche Bemerkungen oder Zusicherungen. Nicht nur gewährt hier Art. 27 Abs. 2 ZGB der Amtsperson ein Widerrufsrecht. Vielmehr schützt das Recht am Wort die erst durch den Journalisten begründete Erwartung der Amtsperson, dass sie sich «off-the-record» äussern kann. Unter diesen Umständen greift die Publikation sehr schwer in die durch das Recht am Wort geschützte Entscheidungsfreiheit der Amtsperson ein. Folglich werden ihre Interessen auch eher überwiegen bzw. stellen sich umso höhere Anforderungen an das öffentliche Interesse, wohl vergleichbar mit den Anforderungen in Zusammenhang mit heimlichen Aufnahmen.

Zusammenfassung Art. 28 ZGB schützt vor beliebiger Preisgabe des eigenen Wortes, das in all seinen Ausdrucksformen Träger personenbezogener Informationen ist. Insofern kann im Lichte von Art. 28 ZGB von einem Recht am Wort gesprochen werden. Aus dogmatischer Sicht bezeichnet das Recht am Wort den auf die äusserungsspezifische Sachlage ausgelegten Teil des Schutzbereichs der informationellen Privatheit. Schutzgut ist ein selbstbestimmter Bereich der Lebens- und Beziehungsgestaltung, der auf Schutz vor beliebiger Zugänglichkeit und Verwendung eigener Äusserungen angewiesen ist. Der Einzelne soll frei entscheiden können, ob und wie er sich in einer konkreten Situation äussert. Im Unterschied zu anderen Persönlichkeitsbereichen kann die gültige Einwilligung nicht jederzeit frei widerrufen werden.

Summary Article 28 of the Civil Code protects any individual from uncontrolled disclosure of its words as they carry, in any form, individual-related information. Insofar article 28 CC provides a “right on one’s words,, (Recht am Wort). In the system of article 28 CC this “right on one’s words,, de-

notes an element of informational privacy (informationelle Privatheit) that focuses the specificities of verbal expressions. It guarantees self-determination in shaping one’s life and relations in the extent that this determination requires restrictions of use of one’s words. The individual must be free to decide on whether it wants to speak out in a concrete situation and how. Unlike other personality rights the valid consent cannot be revoked at any time.

Dank an Franz Riklin

Seit rund 16 Jahren existiert Medialex, und seit Beginn ist Franz Riklin an entscheidender Stelle dabei. Sein Verhältnis zum Medienrecht ist eng: Er promovierte im Jahr 1968 zu einem medienrechtlichen Thema, nämlich zum Persönlichkeitsschutz gegenüber dem Rundfunk, und seine Publikationsliste ist seither mit medienrechtlichen Beiträgen durchzogen, die seit 1995 auch in Medialex erschienen sind. Eine Zeitlang organisierte er in Freiburg viel beachtete Medialex-Tagungen zu aktuellen Fragen des Medienrechts. Als langjähriger Vizepräsident des Stiftungsrats Medialex wirkte er diskret hinter Denis Barrelet, dem enthusiastischen Spiritus Rector der Zeitschrift, aber umso wirksamer. Barrelet und Riklin waren ein Tandem gegensätzlicher Charaktere, das zusammen die Zeitschrift hochbrachte. Nach dem gesundheitsbedingten Rücktritt Barrelets als Präsident übernahm Franz Riklin dessen Amt, das er nie gesucht hatte. Er steuerte die Stiftung und die Zeitschrift umsichtig durch nicht ungefährliche Klippen finanzieller und verlegerischer Natur, in enger Tuchfühlung auch mit der Redaktion. In seine Zeit fallen ferner der Umbau und die Neuausrichtung der Zeitschrift. Für dies alles gebührt Franz Riklin unser herzlicher Dank. Seit Kürzerem ist er im Unruhestand, beschäftigt mit neuen Publikationsprojekten sowie der Aktualisierung seiner Werke in Neuauflagen. Es ist verständlich, dass er sich darauf fokussieren und sich entsprechend administrativer Verpflichtungen entledigen will. Daher ist er vom Amt als Präsident des Stiftungsrats Medialex zurückgetreten. Er bleibt uns aber als Stiftungsrat erhalten, wofür wir ihm dankbar sind. Der Unterzeichnete wird, als neuer Präsident, die Stiftung im bisherigen Geist weiterführen – wohl wissend allerdings, dass es eine derart spezialisierte Zeitschrift in einem kleinen Markt nicht leicht hat. Der Stiftungsrat wird indessen alles daransetzen, dass es die Zeitschrift, klein aber fein, weiterhin geben wird.

Urs Saxer

¹⁴ Siehe hierzu oben I, Ziff. 2 Bst. c von C.

¹⁵ Siehe hierzu oben II, Ziff. 2 Bst. c von A.

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 11-164 **Beschwerde gegen Aufschaltverpflichtung vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen** 208
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2011 (A-8531/2010)
ANMERKUNGEN: LIC. IUR. CLAUDIA KELLER, LL.M., ZÜRICH

Weitere Entscheidungen | Autres décisions

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht**1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**

- 11-165 **Unwahrheit allein rechtfertigt keine zivilrechtliche Sanktion** 212
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 26. Juli 2011 (N° 41262/05
«Ringier Axel Springer Slovakia A.S. c. Slowakei»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-166 **Vulgärer Ausdruck als zulässiges Stilmittel für Weinkritik** 213
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 19. Juli 2011 (N° 23954/10
«Uj c. Ungarn»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-167 **Interviewpublikation trotz abgelehnter Autorisierung: Bestrafung missachtet Meinungsfreiheit** 214
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 5. Juli 2011 (N° 18990/05
«Wizerkaniuk c. Polen»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-168 **Unberechtigte Entlassung einer Whistleblowerin** 215
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 21. Juli 2011 (N° 28274/08
«Heinisch c. Deutschland»)
- 11-169 **Journalist zu Recht von Gerichtsverhandlung ausgeschlossen** 215
Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2011 (1B_134/2011)

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

- 11-170 **Zugang zu Formularen von Milchverwertern wegen Geschäftsgeheimnissen verweigert** 217
Empfehlung des EDÖB vom 5. August 2011

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 11-171 **Aufsicht über privates Rundfunkprogramm war menschenrechtskonform** 217
Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 21. Juli 2011 (N° 32181/04 und
35122/05 «Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern»)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 11-172 **Bundesverwaltungsgericht bejaht Anspruch der Tele Top AG auf privilegierten Programmplatz** 220
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. August 2011 (A-7568/2010)
- 11-173 **Bundesverwaltungsgericht auferlegt Zuführungskosten dem Programmveranstalter** 221
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juli 2011 (A-8389/2010)
- 11-174 **Bundesverwaltungsgericht: Gebührenanteile sind ab Eintritt der Rechtskraft des Konzessionsentscheids auszuzahlen** 221
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Juli 2011 (A-6533/2010)
- 11-175 **Bundesverwaltungsgericht unterteilt Werbespot in zulässigen und unzulässigen Teil und reduziert Umfang der Ablieferung entsprechend** 222
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2011 (A-7662/2010)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. THOMAS STEINER, ZÜRICH

3. Strafrecht

3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG)

- 11-176 **La large liberté d'expression admise dans le débat politique ne légitime pas d'attenter à l'honneur des opposants** 224
 Arrêt du Tribunal fédéral du 16 septembre 2011 (6B_143/2011)
COMMENTAIRE: PROF. STÉPHANE WERLY, FRIBOURG/GENÈVE/NEUCHÂTEL

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

- 11-177 **Journalist vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen freigesprochen** 225
 Urteil des Bundesstrafgerichts vom 18. August 2011 (SK.2011.7)
- 11-178 **Les dossiers de candidature à un emploi public sont secrets** 226
 Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 30 juin 2011 (GS 2011.1)

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

- 11-179 **Ungenügende Genugtuung für Ausstrahlung heimlicher Saunaaufnahmen im TV** 226
 Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 5. Juli 2011 (N° 41588/05
 «Avram u.a. c. Moldawien»)

4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen

- 11-180 **Droit de réponse: admissibilité d'une précision de la rédaction – conditions d'une publication en ligne** 227
 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 août 2011 (5A_275/2011 et 5A_276/2011)
COMMENTAIRE: LIC. IUR. SOPHIA CIOLA-DUTOIT, LAUSANNE

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 11-181 **Kritische Berichterstattung im Vorfeld einer Medienkonferenz – Beschwerde gegen «SonntagsZeitung» in den Hauptpunkten abgewiesen** 229
 Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011 (PubliGroupe c. «SonntagsZeitung»)
- 11-182 **Achtung bei höchstpersönlichen Informationen! – Beschwerde gegen «Thuner Tagblatt» teilweise gutgeheissen**. 229
 Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011 (Aidshilfe Schweiz c. «Thuner Tagblatt»)
- 11-183 **Falsche Bildlegende – Beschwerde gegen «Tages-Anzeiger» abgewiesen** 230
 Stellungnahme des Presserates vom 13. Juli 2011 (X. c. «Tages-Anzeiger»)
- 11-184 **Opferbild ohne Informationswert – Beschwerde gegen «Blick am Abend» gutgeheissen** 230
 Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011 (X. c. «Blick am Abend»)
- 11-185 **Presserat fordert Transparenz über Besitzverhältnisse – Beschwerde gegen «Basler Zeitung Medien» gutgeheissen** 230
 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Juli 2011 (Arbus Schweiz/«Rettet Basel»/Syndicom/Eugster c. «Basler Zeitung Medien»)
- 11-186 **Dokumentarische Begleitung eines Suizids – Beschwerde gegen SF «DOK» abgewiesen** 231
 Stellungnahme des Presserates vom 13. Juli 2011 (Human Life International – Schweiz/ Vereinigung katholischer Ärzte der Schweiz c. Schweizer Fernsehen «Dok»)
- 11-187 **Wahrheit/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Berichtigung**. 231
 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. September 2011 (Allgemeiner Wirtschaftsdienst Schweiz c. «K-Tipp»)

11-188	Fehlende Beschwerdebeurteilung	231
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. September 2011 (Curaviva Thurgau c. «Kreuzlinger Nachrichten»)	
11-189	Verarbeitung eines Leserbriefs zu einem redaktionellen Beitrag	232
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. August 2011 (38/2011; X. c. «Gossauer Nachrichten»)	
11-190	La relation d'informations notoires et accessibles à tous exonère largement le journaliste des devoirs figurant dans la Déclaration	232
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 16 septembre 2011 (39/2011, X. c. «Le Nouvelliste»)	
	8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation	
11-191	Radiospot «Wir produzieren CO₂-freien Strom»	233
	Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom 11. Mai 2011 (158/11)	

Beschwerde gegen Aufschaltverpflichtung vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2011 (A-8531/2010)

Zusammenfassung Die Aufschaltverpflichtung für ein Programm gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG setzt einen Mehrwert gegenüber dem bestehenden Programmangebot voraus, der in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt. Der Gesetzgeber stellt keine hohen Anforderungen an eine redaktionelle Leistung, gilt doch gemäss Legaldefinition in Art. 2 Bst. c RTVG jede Sendung als redaktionell, die nicht Werbung ist. Mithin kann eine Talk- oder Kochsendung eine redaktionelle Sendung sein. Die klare und tatsächliche Ausrichtung auf jugendliche und junge Erwachsene einer in diesem Sinne redaktionellen Sendung vermag somit einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des Leistungsauftrags darzustellen.

Résumé L'obligation de diffuser selon l'art. 60 al. 1 LTRV présuppose une valeur ajoutée par rapport à l'offre de programmes existante, en ce sens que le programme contribue notablement à l'exécution du mandat constitutionnel. Le législateur ne pose pas d'exigences élevées quant à la prestation rédactionnelle: selon la définition de l'art. 2 let. c LRTV, est considérée comme émission rédactionnelle toute émission autre que de la publicité. Par conséquent, un talk-show ou une émission de cuisine peut constituer une émission rédactionnelle. Une orientation claire et effective pour la jeunesse et les jeunes adultes peut ainsi représenter une contribution notable à l'exécution du mandat de prestation.

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Joiz AG reichte beim BAKOM ein Gesuch um Anordnung einer Aufschaltverpflichtung für ihren geplanten TV-Jugendkanal zulasten der upc cablecom GmbH ein. Das BAKOM hiess dieses Gesuch gut und verpflichtete die upc cablecom GmbH für eine Dauer von drei Jahren zur Aufschaltung des Programms von Joiz in ihrem analogen und digitalen Kabelnetz in der Deutschschweiz. Dagegen erhob die upc cablecom GmbH Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung dieser Verfügung. Das Gesuch der Joiz AG, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, wies das Bundesverwaltungsgericht in einer Zwischenverfügung ab. Die beiden Parteien schlossen darauf eine Vereinbarung über die digitale Verbreitung des Programms der Joiz AG. Die Verbreitung des Programms im analogen Netz blieb weiterhin strittig, weshalb die upc cablecom ans Bundesverwaltungsgericht gelangte.

Erwägungen

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz das Recht auf den von ihr festgestellten Sachverhalt richtig angewandt hat und die Voraussetzungen für die Aufschaltverpflichtung gegeben sind.

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2C_899/2008 vom 18. Juni 2009 in E. 4.2.1 ausgeführt, die Aufschaltverpflichtung nach Art. 60 Abs. 1 RTVG setze (unter anderem) voraus, dass das Programm, dessen hoheitlich angeordnete Aufschaltung beantragt wird, «in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags» beiträgt. Nur in diesem Fall kann das BAKOM eine Fernmeldedienstanbieterin anhalten, ein Angebot als «Must-carry»-Programm zu verbreiten. Die entsprechende Voraussetzung ist zwar sehr offen formuliert, lässt sich in ihrem verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kontext jedoch hinreichend konkretisieren: Ziel der Verfassungsvorgaben ist ein möglichst offenes und freiheitliches Mediensystem. Nach Art. 93 Abs. 2 BV sollen Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung beitragen. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Der Leistungsauftrag gewährleistet im Rahmen der Rechtsordnung die Vielfalt des Meinungs austauschs bezüglich aller gesellschaftlich und individuell relevanten Belange in einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft (vgl. Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 1649 ff.; Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003, Rz. 13 ff. zu Art. 93 RTVG). Diese reichen von der kulturellen Entfaltung, inklusive der Bildung, über die politische meinungsvermittelnde und -bildende Kommunikation bis zur (ebenfalls sozial-relevanten) Unterhaltung (vgl. Franz Zeller, in: Müller/Schefer [Hrsg.], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, S. 458; kritisch bezüglich der Unterhaltung: Giovanni Biaggini, Kommentar BV, N. 10 zu Art. 93 BV).

In E. 4.3 wurde weiter festgehalten, die Aufschaltspflicht nach Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG setze nicht nur einzelne Sendungen voraus, die geeignet seien, im normalen Rahmen (auch) einen Beitrag zur Information der Zuschauer oder zur kulturellen Entfaltung (Musik[werbe]sendungen «Alpenwelle, Ralph Martens präsentiert» usw.) zu leisten, sondern ein originelles und finanziell realistisches Gesamtprogramm, das über die bestehenden konzessionierten Angebote hinaus zur Erfül-

lung des verfassungsrechtlichen Auftrags beitrage und die bestehende audiovisuelle Medienlandschaft im Versorgungsgebiet thematisch tatsächlich sinnvoll ergänze und bereichere («Mehrwert»-Erfordernis).

4.1 Die Aufschaltverpflichtung für ein Programm setzt somit zunächst einen Mehrwert gegenüber dem bestehenden Programmangebot voraus, der in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt. Im Zentrum des Programms der Beschwerdegegnerin stehen verschiedene Musikformate und -sendungen für die Zielgruppe der Jugendlichen und jungen Erwachsenen, ergänzt mit einzelnen weiteren Themen für diese Zielgruppe, die jedoch keinen Schwerpunkt bilden. Der populären Musik widmet sich die Beschwerdegegnerin mit verschiedenen täglichen Sendungen und behandelt dabei verschiedene Aspekte dieser Kultur. Sie erfüllt damit die bundesgerichtliche Anforderung, wonach ein Programmveranstalter das Aufschaltprivileg nicht nur mit einer einzelnen Sendung erlangen kann, selbst wenn diese in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsmässigen Auftrages beiträgt. Das Programm der Beschwerdegegnerin widmet sich vielmehr in mannigfaltiger Weise einem Teil der Musikkultur und lässt sich damit unter die kulturelle Entfaltung subsumieren. Sie trägt in besonderem Mass zur Erfüllung des in Art. 93 Abs. 2 BV definierten Auftrages von Radio und Fernsehen bei. Unter Berücksichtigung des bereits bestehenden Fernsehangebotes bietet sie ein originelles, neuartiges Gesamtprogramm für eine in diesem Medium bisher eher wenig berücksichtigte Bevölkerungsgruppe und ergänzt und bereichert damit die TV-Landschaft.

Da gemäss Art. 93 Abs. 2 Satz 2 BV u.a. die Besonderheiten des Landes zu beachten sind und der Gesetzgeber überdies in Art. 7 Abs. 1 Bst. a RTVG den Bundesrat ermächtigt hat, Fernsehveranstalter zu verpflichten, einen wesentlichen Anteil der massgebenden Sendezeit schweizerischen und anderen europäischen Werken vorzubehalten, hat die Vorinstanz zu Recht den von der Beschwerdegegnerin anvisierten Anteil schweizerischer Musik von 15% hervorgehoben und positiv gewürdigt.

Auch die analoge Heranziehung der in Art. 59 Abs. 2 RTVG und Art. 52 RTVV genannten Kriterien, anhand derer zu beurteilen ist, ob ein Programm eines ausländischen Veranstalters zu verbreiten sei, erscheint als sachgerecht. Art. 52 Abs. 1 Bst. d RTVV nennt besondere redaktionelle Beiträge für jugendliche Menschen als ein Kriterium, das einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des Leistungsauftrags darstellt. Weiter ist festzustellen, dass der Gesetzgeber keine hohen Anforderungen an eine redaktionelle Leistung stellt, gilt doch gemäss Legaldefinition in Art. 2 Bst. c RTVG jede Sendung als redaktionell, die nicht Werbung ist. Mithin ist – wohl entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch eine Talk- oder Kochsendung eine redaktionelle Sendung. Die klare und tatsächliche Ausrichtung auf Jugendliche und junge Erwachsene einer in diesem Sinne redaktionellen Sendung vermag somit einen besonderen Beitrag zur Erfüllung des Leistungsauftrags darzustellen.

Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Verzicht der Beschwerdegegnerin auf rein kommerziell motivierte Gewinnspiele und sog. Call-in-Shows aus Gründen des

Jugendschutzes anerkennend gewürdigt hat. Gemäss Art. 67 Abs. 1 BV haben Bund und Kantone bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen.

4.2 Die Vorinstanz bejaht einen Mehrwert im kulturellen Bereich auch unter Berücksichtigung der bereits bestehenden deutschsprachigen Radioprogramme und -sendungen, die sich ganz (z.B. Radio «Virus» oder «Radio 105») oder teilweise an Jugendliche und junge Erwachsene richten. Sie hat damit implizit das Fernsehen als eigenes Medium behandelt, das nicht durch Radio ersetzt werden könne. Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Auffassung, der verfassungsrechtliche Auftrag sei von Radio und Fernsehen zusammen zu erfüllen, sodass auch ein Mehrwert gegenüber den bereits verbreiteten Radioprogrammen erforderlich sei.

Ungeachtet dessen, dass sich der verfassungsrechtliche Leistungsauftrag an Radio und Fernsehen insgesamt richtet, werden diese beiden Medien von den Konsumenten unterschiedlich genutzt (vgl. über unterschiedliche Entwicklung in diesen beiden Märkten Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG] vom 18. Dezember 2002, Kapitel 1.1.2, BBl 2003 1578 ff.) und sind nicht ohne Weiteres austauschbar. Auch wenn bei einer musikalischen Darbietung der Ton zentral ist, können visuelle Elemente, beispielsweise die Gestik und Mimik, Tanzeinlagen, die Kleidung sowie Örtlichkeiten, ebenfalls bedeutsam sein und damit ein audiovisuelles Gesamtwerk bilden. Ein im Radio bestehendes Angebot schliesst daher nicht aus, dass ein ähnlich ausgerichtetes Fernsehprogramm mit dem Aufschaltprivileg versehen wird.

4.3 Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, für ein Spartenprogramm, wie es die Beschwerdegegnerin veranstalte, könne nur bei besonderen redaktionellen Leistungen und aufwendigen Informationsinhalten die Aufschaltverpflichtung gewährt werden. Die Vorinstanz hat in ihrer Praxis bereits einmal die Fernmeldediensteanbieter zur Aufschaltung eines Spartenprogramms verpflichtet, nämlich desjenigen der Schweizer Sportfernsehen AG. Dies ist nicht zu beanstanden, verlangt doch Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG, dass die Programmveranstalterin zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages beiträgt, nicht aber, dass sie diesen alleine und in allen Punkten umfassend erfüllt. Ein Spartenprogramm bzw. ein Programm, das sich in erster Linie mit einem der in Art. 93 Abs. 2 BV genannten Aspekte befasst, kann daher die Voraussetzungen für eine Aufschaltverpflichtung erfüllen, sofern dessen Beitrag wesentlich ist. Es kann daher auch offen bleiben, ob das Programm der Beschwerdegegnerin ein Spartenprogramm darstellt oder nicht, der von ihr geleistete wesentliche Beitrag zur Musikkultur ist ausreichend.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ändert im Übrigen auch die regelmässige Wiederholung des Programms am besonderen Beitrag der Beschwerdegegnerin zum verfassungsrechtlichen Auftrag nichts. Auch bei Regionalsendern, die Empfangsgebühren erhalten, die sog. Programmveranstalter mit Konzessionen mit Gebührenanteil im Sinne des 2. Titels, 3. Kapitels 1. Abschnittes RTVG, die gemäss Art. 59 RTVG von den Fernmeldediensteanbietern zu verbreiten sind,

sind solche Wiederholungen anzutreffen. Angesichts der hohen Kosten, die die Produktion von Sendungen verursacht, ist die wiederholte Ausstrahlung produzierter Sendungen zulässig. Für das Aufschaltprivileg nach Art. 60 RTVG kann daher von der Beschwerdegegnerin nicht mehr verlangt werden als von einem konzessionierten Programmveranstalter, der Empfangsgebühren erhält.

4.4 Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass aufseiten der Beschwerdegegnerin die erste Voraussetzung für die Aufschaltverpflichtung (Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG) erfüllt ist.

5. Die Aufschaltverpflichtung setzt gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG zudem voraus, dass diese der Fernmeldedienstanbieterin zumutbar ist unter Berücksichtigung der verfügbaren Übertragungskapazitäten und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Darüber hinaus hat die Aufschaltverpflichtung auch die Anforderungen für einen Grundrechtseingriff zu erfüllen, da sie in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fällt. Ein Eingriff in ein verfassungsmässiges Recht setzt gemäss Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage voraus, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Art. 59 und 60 RTVG bilden eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verbreitungspflicht der Fernmeldedienstanbieterinnen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8624/2007 vom 20. November 2008 E. 3.1).

5.1 Das öffentliche Interesse an der Grundrechtseinschränkung liegt in der Erfüllung des verfassungsmässigen Leistungsauftrages für Radio und Fernsehen und ist demzufolge dann gegeben, wenn wie im vorliegenden Fall (vgl. E. 4.2 f) auch die Voraussetzung von Art. 60 Abs. 1 Bst. a RTVG erfüllt ist, also ein Programm in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrags beiträgt.

5.2 Verhältnismässig ist der Eingriff, wenn er zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich und für die Betroffene zumutbar ist, mithin der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581). Die Zumutbarkeit beurteilt sich nach einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen, wobei auch die in Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG genannten beiden Kriterien zu berücksichtigen sind.

5.2.1 Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2011 zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung dargelegt hat, versorgt sie insgesamt rund 1,5 Millionen TV-Haushalte, wovon per Ende 2010 465 000 Kabel-TV-Haushalte vom digitalen Angebot Gebrauch machten. Auch wenn die Zahl der Kunden des digitalen Angebots in der Zwischenzeit gestiegen sein dürfte, sind – ob aus finanziellen oder anderen Gründen – nach wie vor bis zu einer Million oder etwa zwei Drittel der von der Beschwerdeführerin versorgten Haushalte nur über das analoge Kabelfernsehen erreichbar. Die Vorinstanz führt zu Recht aus, mit der Aufschaltverpflichtung sei sicherzustellen, dass ein aufschaltwürdiges Programm sein anvisiertes Publikum möglichst umfassend erreichen

könne. Bei der derzeitigen, immer noch bedeutend grösseren Verbreitung des analogen Kabelfernsehens besteht weiterhin die Notwendigkeit der analogen Empfangsmöglichkeit für ein Programm, das in besonderem Mass zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags beiträgt. Damit sind auch die Erforderlichkeit und Eignung der verfügbaren Aufschaltverpflichtung nach wie vor zu bejahen, und es bestehen keine für die Beschwerdeführerin milderen Massnahmen, die an deren Stelle treten könnten.

5.2.2 Die Beschwerdeführerin macht insbesondere im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit geltend, sie habe in den analogen Kabel-TV-Netzen der Deutschschweiz keine freien Kapazitäten bzw. belegbaren Kanäle und müsse daher einen anderen Sender daraus entfernen, um der Aufschaltverpflichtung nachzukommen. Von den deutschsprachigen Programmen verfügten nur ZDF, ORF 2, BR 3 und SWR weder über eine vertragliche Verbreitungspflicht noch über eine solche nach Art. 59 und 60 RTVG. Aufgrund der Zuschauerbasis könnte daher nur BR 3 oder SWR aus dem analogen Kabelnetz entfernt werden, beides Programme, die seit den Anfängen des Kabelfernsehens in der Deutschschweiz verbreitet würden und beachtliche Zuschauerzahlen erreichten, die deutlich über denjenigen lägen, die für das Programm der Beschwerdegegnerin zu erwarten seien. Die Abschaltung eines der genannten Programme schwäche das analoge Grundangebot der Beschwerdeführerin, führe zu enttäuschten Kunden und wirke sich auf ihre Wettbewerbsfähigkeit aus. Es würden vermehrt Anreize geschaffen, den Kabel-TV-Anschluss zu kündigen, wodurch der vom Gesetzgeber gewollte Infrastrukturwettbewerb im Telekommunikationsbereich geschwächt würde. Sie sei daher darauf angewiesen, ihr analoges Angebot nach Einschaltquoten und Beliebtheitsreichtweiten zusammenstellen zu können, was durch die verfügte Aufschaltung eines wenig massentauglichen Programms in unzumutbarer Weise eingeschränkt werde.

Diesen wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin stehen diejenigen der Allgemeinheit am verfassungsrechtlichen Leistungsauftrag gegenüber sowie die ebenfalls wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdegegnerin. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 60 Abs. 2 RTVG in Art. 53 Bst. c RTVV bestimmt, dass die Fernmeldedienstanbieter zur Verbreitung von höchstens 25 Fernsehprogrammen im analogen Netz verpflichtet werden können. Diese Obergrenze erscheint bei anscheinend 35 vorhandenen Kanälen bei der Beschwerdeführerin als hoch, infrage steht jedoch die Aufschaltspflicht für den 18. Sender. Festzustellen ist weiter, dass der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Zuschauerzahlen in der zweiten Hälfte zu finden ist und einen Marktanteil in der Grössenordnung von etwa einem Prozent hat. Die Beliebtheit dieses Senders hält sich somit in Grenzen. Es versteht sich, dass die Abschaltung dieses Senders zu vorübergehend verärgerten Kunden führen kann, indessen ist nicht anzunehmen, dass deswegen viele Kunden den Anschluss der Beschwerdeführerin aufkünden werden, zumal dies entweder den Verzicht auf den leitungsgebundenen Programmempfang bedeutete oder den Umstieg auf den digitalen Empfang erforderte, den viele Haushalte offensichtlich (noch) scheuen, und somit keine echte Alternative darstellt. Ein spürbarer Einfluss auf den Infrastrukturwettbewerb im Fern-

meldebereich ist daher nicht zu erwarten. Schliesslich ist festzuhalten, dass auch die Zielgruppe der Beschwerdegegnerin Kunden der Beschwerdeführerin sind oder bei der Gründung eines eigenen Haushaltes noch werden dürften. Ein unzumutbarer Eingriff in die Interessen der Beschwerdeführerin ist daher nicht zu erkennen. Die Aufschaltverpflichtung erweist sich vorliegend als verhältnismässig, sodass auch die Voraussetzungen von Art. 36 BV und Art. 60 Abs. 1 Bst. b RTVG erfüllt sind.

5.3 Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin gegen die verfügte Aufschaltverpflichtung als unbegründet, weshalb die Beschwerde in ihrem Hauptantrag abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

6. (...)

7. (...)

8. (...)

9. (...)

Anmerkungen Art. 60 RTVG sieht zugunsten nicht konzessionierter Programme die Möglichkeit einer Aufschaltspflicht vor. Eine Aufschaltverpflichtung bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsbefugnis der Fernmeldedienstanbieterin über ihre Infrastruktur und damit in ihre Wirtschaftsfreiheit. Aus diesem Grund muss dieser Massnahme ein gewichtiges medienpolitisches Interesse gegenüberstehen. Dies gilt gegenüber dem alten Recht noch verstärkt, weil das Parlament sich im neuen RTVG für eine Aufschaltverpflichtung ohne Entschädigung entschieden hat (vgl. Verfügung des BAKOM vom 10. November 2010 i.S. Joiz TV, Ziff. 4).

Es gilt daher der Grundsatz, dass die spezifisch medienpolitischen Instrumente zur Öffnung der Kabelnetze für Programme nur dort zur Anwendung kommen, wo die entsprechenden Programme besondere publizistische Leistungen erbringen (vgl. Verfügung Joiz TV, Ziff. 4). Diese besondere publizistische Leistung sehen sowohl das BAKOM wie auch das Bundesverwaltungsgericht durch das Programm von Joiz TV insbesondere aufgrund der Berücksichtigung des Schweizer Musikschaffens erbracht.

Zu Recht ist das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Beurteilung des Mehrwerts des Musikprogramms dem BAKOM gefolgt, welches das Fernsehen als eigene nicht durch Radio ersetzbares Medium behandelt hat (E. 4.2). Wie die JAMES Studie 2010 (abrufbar unter www.psychologie.zhaw.ch) aufzeigt, sehen Jugendliche wesentlich mehr fern, als dass sie Radio hören. Im vorliegenden Fall ist zudem zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Programmkonzept eine Zusammenführung des klassischen Mediums Fernsehen mit neuen Medien unter anderem durch die Einbindung von Social-Media-Plattformen vorgesehen hat (Stichwort interaktives Fernsehen, vgl. Verfügung des BAKOM i.S. Joiz TV, Ziff. 7.5). Diese Möglichkeit der crossmedialen Ausgestaltung ist beim Fernsehen aufgrund der visuellen Elemente wesentlich effektiver einsetzbar als im Radio. Die Trennung des Angebots von Radio und Fernsehen bei der Prüfung eines allfälligen Mehrwerts ist daher richtig und

berücksichtigt die sich wandelnden Konsumgewohnheiten des jugendlichen Zielpublikums.

Ebenfalls ungehört blieb die Forderung der Beschwerdeführerin nach einer qualitativen Inhaltskontrolle des Programms. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Verweis auf die Legaldefinition in Art. 2 lit. c RTVG zutreffend festgestellt, dass der Gesetzgeber keine hohen Anforderungen an eine redaktionelle Leistung stellt (E. 4.1).

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht auch die regelmässige Wiederholung des Programms für unschädlich erachtet. Dies mit dem Hinweis, dass auch bei Regionalsendern, die Empfangsgebühren erhalten, solche Wiederholungen anzutreffen seien. Angesichts der hohen Kosten, die die Produktion von Sendungen verursache, sei die wiederholte Ausstrahlung produzierter Sendungen zulässig (E. 4.3). Diese Erwägungen des Gerichts verdienen Zustimmung. Es ist sachgerecht, dass für das Aufschaltprivileg nach Art. 60 RTVG nicht mehr verlangt werden kann als von einem konzessionierten Programmveranstalter, der Empfangsgebühren erhält.

Der Bundesrat hat die Höchstzahl der Must-carry-Programme auf 25 für die analoge und 30 für die digitale Verbreitung festgelegt (Art. 53 RTVV). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Anmerkung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Obergrenze von 25 Fernsehprogrammen bei «anscheinend» 35 vorhandenen Kanälen im analogen Netz als hoch erscheine. Da vorliegend die Aufschaltspflicht für den 18. Sender zu beurteilen war, hat das Bundesverwaltungsgericht seine Anmerkung leider nicht weiter vertieft.

Lic. iur. Claudia Keller, LL.M., Zürich

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

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

11-165

Unwahrheit allein rechtfertigt keine zivilrechtliche Sanktion

Ausreichende Recherche; journalistische Sorgfalt; Medienfreiheit; Persönlichkeitsschutz; Schutz des Ansehens; Unwahrheit; Vorwürfe gegen Politiker und Polizeichef; Zivilgericht

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 26. Juli 2011 (N° 41262/05 «Ringier Axel Springer Slovakia A.S. c. Slowakei»)

Eine slowakische Tageszeitung berichtete 1999 in mehreren Artikeln über einen abendlichen Vorfall in einem Restaurant in Bratislava. Ein alkoholisierte Parlamentarier (und Parteipräsident) habe sich in Begleitung eines ebenfalls betrunkenen hochrangigen Polizeibeamten ungehörig benommen (u.a. öffentlich uriniert). Auf Zivilklage des Polizeibeamten verurteilte die slowakische Justiz die Zeitungseigentümerin 2004 wegen Persönlichkeitsverletzung zur Bezahlung einer Genugtuung von umgerechnet rund 12250 Franken. Eine Beschwerde an das slowakische Verfassungsgericht blieb 2005 erfolglos.

Der EGMR hielt in seinem einstimmigen Urteil fest, dass das Urteil die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtete. Das zuständige Regionalgericht habe einzig befunden, dass die Medienschaffenden den Beweis der Wahrheit ihrer Vorwürfe nicht hatten erbringen können. Andere Aspekte – wie den guten Glauben der Medienschaffenden oder das öffentliche Interesse am Vorfall – seien hingegen anscheinend nicht berücksichtigt worden. Die Zeitungsjournalisten hatten aber verschiedene Schritte zur Verifizierung ihrer Behauptungen unternommen. Ob diese Schritte ausreichend waren, wollte der Gerichtshof nicht selber beurteilen. Dies wäre vielmehr Sache der slowakischen Ziviljustiz gewesen. Wegen der unterlassenen Prüfung des öffentlichen Interesses und der journalistischen Sorgfalt vermochte das slowakische Gerichtsverfahren dem Standard der EMRK nicht zu genügen.

“109. However, the Court considers that it was crucial that the domestic courts make a careful assessment of the presence and level of public interest in the publishing of the impugned information in the present case as well as strike a balance be-

tween any such public interest and the individual interests of those concerned since, as a matter of principle, domestic courts are better equipped to establish the facts relevant to the ensuing legal analysis. This also applies to the issue of the bona fides of the applicant company's legal predecessor and other aspects of the case that are necessary for establishing whether the applicant company's legal predecessor had acted in accordance with the 'duties and responsibilities' inherent in Article 10 § 2 of the Convention.

The Court considers that by failing to examine these elements of the case, the domestic courts cannot be said to have 'applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10' and to have 'based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts' (see *Kommerçant Moldovoy v. Moldova*, no. 41827/02, § 38, 9 January 2007).”

Anmerkungen Die Medienfreiheit schützt auch unwahre Informationen. Dieses Argument brachte die verurteilte Zeitungseigentümerin schon im slowakischen Gerichtsverfahren vor. In Strassburg fand es mehr Gehör als in der Slowakei. Dass Art. 10 EMRK nicht nur (erwiesenermassen) wahre Behauptungen umfasst, ist beileibe keine neue Erkenntnis. Dies hat der Gerichtshof seit Jahrzehnten immer wieder bejaht und Medienschaffenden Schutz gewährt, denen vor Straf- oder Zivilgericht der Wahrheitsbeweis misslungen war. Bei Vorwürfen von legitimem allgemeinem Interesse – wie dem anstössigen Benehmen von Amtsträgern in der Öffentlichkeit – haben sie darzutun, dass sie ihre Behauptungen ausreichend abgeklärt und damit den Grundsätzen der journalistischen Berufsethik gutgläubig nachgelebt haben. Schliesst ein Gericht unbesehen von der Unwahrheit auf die Rechtswidrigkeit und sanktioniert es die Medienschaffenden (bzw. deren Arbeitgeber), so missachtet es die Menschenrechtskonvention. In diesem Sinne schützt Art. 10 EMRK in der Tat auch Medienberichte, die im Gerichtssaal den Wahrheitstest nicht bestanden haben.

Vor diesem Hintergrund ist in der Schweiz die herkömmliche höchstrichterliche Formulierung zur Veröffentlichung unwahrer Tatsachen problematisch. Im Lichte von Art. 28 ZGB sind solche Publikationen «in aller Regel widerrechtlich», denn an der Verbreitung von Unwahrheiten könne «nur in seltenen, speziell gelagerten Ausnahmefällen ein hinreichendes Interesse bestehen» (so etwa in BGer 5A_445/2010 vom 30. November 2010, E. 3.1). Als einen dieser seltenen Ausnahmefälle hat das Bundesgericht etwa die journalistische Wiedergabe einer amtlichen Mitteilung bezeichnet. Wie Strassburg gewährt also auch Lausanne unwahren Behauptungen unter gewissen Voraussetzungen Schutz. Allerdings umreisst das Bundesgericht diese Voraussetzungen in zivilrechtlichen Fällen bislang derart restriktiv, dass – auch in dieser Frage – eine erhebliche Spannung zur EGMR-Praxis bestehen dürfte.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-166

Vulgärer Ausdruck als zulässiges Stilmittel für Weinkritik

Ansehensschutz; Beleidigung; Herabsetzung; Konsumentenschutz; Medienfreiheit; Menschenwürde; Satire; Schimpfwort; Stilmittel; Strafrecht; unnötige Medienfreiheit; Unternehmen; vulgäre Kritik; Weinkritik

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (2. Kammer) vom 19. Juli 2011 (N° 23954/10 «Uj c. Ungarn»)

In der Kolumne einer nationalen Tageszeitung kritisierte Journalist Peter Uj 2008 einen bekannten ungarischen Wein, der von einem staatseigenen Betrieb hergestellt wird. Die Qualität dieses billigen Produkts aus der weltbesten Weinregion sei zum Heulen. Doch Hunderttausende Ungarn tranken diese Scheisse («drink this shit») mit Stolz und Hingabe. Als Konsumenten und als Steuerzahler bezahlten sie dafür gleich doppelt, während das ungarische Regime das Produkt demagogisch als nationales Heiligtum propagierte.

Auf Strafklage des Weinproduzenten wurde der Journalist wegen Beleidigung («defamation») verurteilt. Das Gericht verhängte keine Sanktion, auferlegte dem Medienschaffenden aber eine Probezeit von einem Jahr. Die Bezeichnung des Weins als Scheisse sei unnötig verletzend («unduly insulting») und missachte das Recht des Produzenten auf Wahrung seiner Reputation. Die Verurteilung wurde im Mai 2010 durch das Verfassungsgericht bestätigt.

In ihrem einstimmig gefällten Urteil hielt die 2. Kammer des EGMR fest, ehrenrührige Aussagen könnten bestraft werden, wenn sie allein auf eine Beleidigung abzielten. Dies lasse sich aber nicht ohne Weiteres daraus ableiten, dass vulgäre Formulierungen benutzt werden. Eine solche Sprachwahl könne auch ein Stilmittel darstellen, und der Stil ist nach den Worten des Gerichtshofs zusammen mit dem Inhalt der Äusserung geschützt. Der EGMR erinnerte auch daran, dass journalistische Freiheit ein gewisses Mass an Übertreibung und Provokation erlaubt. Das Mass des Zulässigen sei bei Angriffen auf die Reputation eines Unternehmens tendenziell weniger schnell gesprengt als bei Vorwürfen gegen ein Individuum, welche Auswirkungen auf die Menschenwürde haben können:

“22. In the present case, the Court observes that the impugned criminal charges were pressed by a company which undisputedly has a right to defend itself against defamatory allegations. In this context the Court accepts that, in addition to the public interest in open debate about business practices, there is a competing interest in protecting the commercial success and viability of companies, for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good. The State therefore enjoys a margin of appreciation as to the means it provides under domestic law to enable a company to challenge the truth, and limit the damage, of allegations which risk harming its reputation (see *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 94, ECHR 2005-II; *Kuli and Ró ycki v. Poland*, no. 27209/03, § 35, ECHR 2009-...). However, there is a

difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension. In the instant application, the reputational interest at stake is that of a State-owned corporation; it is thus a commercial one without relevance to moral character.”

Der Journalist habe keine Tatsachenbehauptung aufgestellt, sondern ein satirisches Werturteil geäussert. Nach Ansicht des Gerichtshofs zielte seine Kolumne eher auf die Nachteile staatlicher Eignerschaft als auf die Herabsetzung der Produkte. Sie nahm die Regierungspolitik zum Schutz nationaler Werte und zur Abwehr ausländischer Investoren ins Visier und behandelte damit ein Thema von berechtigtem allgemeinem Interesse. Die fragliche Bezeichnung sei zwar übertrieben, werde aber in der Umgangssprache – bedauerlicherweise – oft als Bezeichnung von qualitativ minderwertigem Wein benutzt.

Anmerkungen Hätte Peter Uj seine fulminante Kritik hierzulande am Walliser oder Bündner Wein geübt, so wäre sie am schweizerischen Lauterkeitsrecht zu messen gewesen. Es bietet den Marktteilnehmern nicht nur straf- und zivilrechtlichen Schutz vor unrichtiger oder irreführender Herabsetzung, sondern auch vor «unnötig verletzender» (Art. 3 Bst. a UWG) – nicht nur seitens der Konkurrenz, sondern seit 1988 auch seitens der Medien. Dies ist aus kommunikationsrechtlicher Sicht ausgesprochen problematisch. Das Verbot darf auf journalistische Äusserungen nur mit grösster Zurückhaltung angewandt werden. Das einstimmige Urteil des Gerichtshofs unterstreicht dies. Mehr als das: Der Gerichtshof sagt deutlicher als auch schon, dass der Schutz der menschlichen Ehre weiter gehen muss als der Schutz geschäftlicher Interessen. Die Anliegen der Geschäftseigentümer, der Belegschaft und das Interesse an einem funktionierenden Markt sind zwar schutzwürdig. Sie sind aber kommerzieller Natur und haben in der Regel keinen Bezug zur Moral oder zur Menschenwürde.

Auch hinsichtlich des Ansehensschutzes für natürliche Personen enthält die Urteilsbegründung einen interessanten Aspekt. Der Gerichtshof hält fest, Angriffe auf die menschliche Reputation könnten auf die Menschenwürde Auswirkungen haben («might have repercussions»). Diese nuancierte Formulierung verdeutlicht nicht nur den Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes, dem die Strassburger Rechtsprechung unter Artikel 8 EMRK tendenziell einen immer stärkeren Schutz auch vor privaten (journalistischen) Übergriffen gewährt. Sie klärt auch, dass in den Augen der EGMR-Richter nicht jede Verletzung des Ansehens auch als Missachtung der Menschenwürde einzustufen ist.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-167

Interviewpublikation trotz abgelehnter Autorisierung: Bestrafung missachtet Meinungsfreiheit

Abgelehnte Autorisierung; Bestrafung; chilling effect; Gefälligkeitsjournalismus; Interview; Medienfreiheit; Präventiveingriff

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (4. Kammer) vom 5. Juli 2011 (N° 18990/05 «Wizerkaniuk c. Polen»)

Der Chefredaktor einer polnischen Lokalzeitung musste sich vor Strafgericht verantworten, weil seine Zeitung 2003 Teile eines Interviews mit einem Abgeordneten (sowie beim Gespräch gemachte Fotos) ohne dessen Zustimmung abgedruckt hatte. Der Abgeordnete hatte die Autorisierung einer ersten Version des Interviews verweigert, weil es nicht dem einen Monat vorher mit zwei Zeitungsjournalisten geführten Gespräch entspreche und wichtige Statements weglasse. Nach weiteren Diskussionen entschied sich die Zeitung dennoch zur Veröffentlichung. Sie informierte die Leserschaft im Lead, dass der Abgeordnete seine Zustimmung zur Publikation verweigert habe. Abgedruckt wurden Teile der Abschrift des auf Tonband aufgenommenen Gesprächs (ohne grammatikalische oder stilistische Änderungen).

Der Abgeordnete informierte die Staatsanwaltschaft, die Redaktion habe eine Vorschrift im 1984 erlassenen Pressegesetz missachtet, welche die vorgängige Zustimmung des Gesprächspartners zur Veröffentlichung wörtlicher Zitate vorschreibt ("It is obligatory for a journalist to submit the text of a statement cited *verbatim*, if it has not been published previously, for authorisation by the person providing the information.")

Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage, und das zuständige Strafgericht bejahte die Strafbarkeit des Chefredaktors. Es betrachtete die Tat allerdings als nicht gravierend, stellte das Verfahren bedingt ein und verpflichtete den Verurteilten zur Bezahlung eines Geldbetrags an eine wohltätige Organisation. Er erhielt einen Eintrag im Strafregister. Eine Mehrheit des polnischen Verfassungsgerichts bestätigte die Sanktion gegen den Journalisten.

Der Gerichtshof kam hingegen einstimmig zum Schluss, dass die Verurteilung die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtete. Er verwarf zunächst das Argument, die Bestrafung habe den Schutz der Ehre des Abgeordneten bezweckt. Im polnischen Verfahren sei nie behauptet worden, das Interview sei zur Rufschädigung geeignet gewesen oder habe den Interviewten in einem negativen Licht gezeigt. Dennoch ging der EGMR davon aus, die Massnahme gegen den Journalisten habe einem legitimen Eingriffszweck gedient. Die Kammer prüfte deshalb die Verhältnismässigkeit des Eingriffs, die sie – mit drei unterschiedlichen Begründungen – verneinte.

Die Kammermehrheit unterstrich zunächst, die Pflicht zur vorgängigen Autorisierung sei als Präventiveingriff besonders sorgfältig auf ihre Vereinbarkeit mit der Medienfreiheit zu

überprüfen. Zwar entspreche die Verifizierung wörtlicher Zitate üblicher journalistischer Sorgfalt und ziele die polnische Vorschrift auf die Umsetzung des berufsethischen Standards. Im vorliegenden Fall sei aber eine Strafsanktion verhängt worden. Deren abschreckende Wirkung («chilling effect») wurde dadurch verstärkt, dass der Medienschaffende durch den Staatsanwalt – und nicht durch eine Privatperson – vor Gericht gebracht worden war. Darüber hinaus habe die Bestrafung nichts mit dem Inhalt der Publikation zu tun gehabt. Kein Verständnis hatte der Gerichtshof für das Argument der polnischen Regierung, der Abgeordnete habe das Interview freiwillig gegeben:

"75. (...) The interviewee had expressed his consent to the interview and the applicant's newspaper had published it. In so far as the Government argued that the M.P. had given the interview although not obliged to do so, the Court fails to see how this factor should be construed as justifying a restriction on the applicant's right to freedom of expression. Indeed, a transparent and responsible exercise of a political mandate would normally necessitate that the local population be informed via the media by M.P.s about their public activities, if need be by way of interviews."

Die polnische Regelung gebe den Gesprächspartnern Carte blanche zur illegitimen Verhinderung geplanter Publikationen, die sie als unschmeichelhaft empfinden. Man könne von den Medienschaffenden auch nicht verlangen, dass sie bei Angelegenheiten von öffentlichem Interesse mit der Publikation zuwarten und so dem Publikum die Informationen vor enthalten. Die Autorisierungspflicht sei sogar geeignet, die Medienschaffenden vor kritischem Fragen abzuschrecken, den Gefälligkeitsjournalismus zu fördern und damit die Qualität der öffentlichen Debatte zu mindern:

"82. Moreover, the legal provisions concerned in the present case could have other negative consequences prior to publication, in that they were capable of making journalists avoid putting probing questions for fear that their interlocutors might later block the publication of the entire interview by refusing to grant authorisation, or choose interlocutors known for being co-operative, to the detriment of the quality of the public debate. The Court shares the view expressed by Justice Rzepliński in his dissenting opinion (see paragraph 26 above) that these provisions were therefore capable of having a chilling effect on the exercise of the journalistic profession by going to the heart of decisions on the substance of press interviews and shares."

Dass der Medienschaffende statt wörtlicher Zitate auch sinngemässe Aussagen veröffentlichen könne, schaffe das Problem nicht aus der Welt. Vielmehr sei es paradox, dass das Risiko einer Sanktion steige, je mehr sich ein Medienschaffender um besonders authentische und präzise Wiedergabe von Dritt-aussagen bemühe. Die Gerichtsmehrheit erinnerte auch daran, dass die polnische Vorschrift in kommunistischer Zeit entstanden war. Über die Gründe für das Festhalten an dieser auch in der polnischen Rechtswelt sehr umstrittenen Bestimmung wollten sie nicht spekulieren. Ihre Anwendung auf derartige Fälle widerspreche jedenfalls den Anforderungen einer demokratischen Gesellschaft.

In einem Sondervotum erklärten zwei Richter, das Kernproblem liege darin, dass das polnische Recht eine Bestrafung unabhängig davon vorsehe, ob die Äusserungen korrekt geschildert wurden. Zwei andere Richter hielten fest, eine enger

gefasste Bewilligungspflicht wäre nach ihrer Ansicht mit der Meinungsfreiheit kompatibel. Sie diene der sachgerechten Information der Leserschaft und trage zu verantwortungsvollem Journalismus bei. Die beiden Richter warnten vor den Gefahren journalistischen Missbrauchs und wiesen darauf hin, auch wörtliche Zitate könnten durch gezielte Selektion manipulativ wirken. Journalisten seien nicht immer Engel und Medien nicht immer in der Opferrolle, sondern immer häufiger in einer Machtposition.

Anmerkungen Die korrekte Wiedergabe der Statements von Gesprächspartnern durch die Medien ist ein wohl universelles Problem. Polen begegnet diesem Problem mit einem kuriosen Lösungsansatz, der mit viel Goodwill als originell bezeichnet werden kann. Zutreffender ist es wohl, die rigide Pflicht zum Einholen einer Autorisierung – und damit zum Publikationsverzicht bei fehlender Einigung mit dem Interviewten – als Relikt aus totalitären Zeiten zu bezeichnen. Die Vorschrift institutionalisiert eine Art privater Vorzensur, welche die Medienschaffenden der Willkür interviewter Machttträger aussetzt und den Gefälligkeitsjournalismus fördert. Die Urteilsbegründung anerkennt die berechtigten Interessen interviewter Personen am Schutz vor journalistischer Manipulation. Sie setzt ihnen aber gerade dann Grenzen, wenn es um Politiker und andere Machttäger geht, die der Öffentlichkeit Rechenschaft schuldig sind. Ihnen will der Gerichtshof keine Carte blanche geben, jede andere als die ihnen genehme wörtliche Darstellung mit Hinweis auf das Recht zu unterbinden. Es ist ein zentraler Mangel der polnischen Regelung, dass sie die Position des Interviewten absolut setzt und sein Recht zur Publikationsverhinderung weder zeitlich noch inhaltlich begrenzt. Eine solche Sichtweise überdehnt das Recht am eigenen Wort. Dass der Interviewrückzug nuancierter angegangen werden muss, ist in der Schweiz zumindest aus medienethischer Sicht unbestritten. Der Presse rat hat sich dazu mehrmals in differenzierter Weise geäußert und ein unbeschränktes Rückzugsrecht abgelehnt (so etwa in der Stellungnahme Nr. 7/2001 «Stafforte/Meyer c. SFDRS» vom 19. Januar 2001).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-168

Unberechtigte Entlassung einer Whistleblowerin

Altersheim; Arbeitnehmerin; chilling effect; Entlassung; Missstände; Personalmangel; Strafanzeige; Ultima Ratio; Whistleblower

Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 21. Juli 2011 (N° 28274/08 «Heinisch c. Deutschland»)

Die in einem mehrheitlich staatlichen Berliner Altersheim arbeitende Brigitte Heinisch hatte sich zusammen mit anderen Angestellten von Januar 2003 bis Oktober 2004 bei der Direktion wiederholt wegen Personalknappheit beschwert. Im No-

vember 2004 schrieb ihr Anwalt der Direktion, wegen des Personalengpasses könne die Körperpflege der Patienten nicht mehr garantiert werden. Nachdem die Direktion die Vorwürfe zurückgewiesen hatte, gelangte Brigitte Heinisch mit einer Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft. Im Januar 2005 wurde sie entlassen. Nachdem sie ein kritisches Flugblatt verfasst hatte, wurde die fristlose Kündigung ausgesprochen. Das Verhalten des Altersheims wurde von der deutschen Ziviljustiz geschützt. Das Landesarbeitsgericht warf der Entlassenen vor, sie habe die Strafanzeige leichtfertig eingereicht und ihren Arbeitgeber durch das Auslösen einer öffentlichen Diskussion unter Druck setzen wollen.

Der EGMR hingegen kam einstimmig zum Schluss, das Vorgehen der Whistleblowerin habe die arbeitsvertragliche Treuepflicht nicht verletzt. Es erfülle sämtliche Voraussetzungen für den ausnahmsweise zulässigen Gang einer Arbeitnehmerin an die Öffentlichkeit:

- Die von ihr behaupteten Missstände waren fraglos von Interesse für die Allgemeinheit und auch für den Staat als Hauptaktionär. Dieses Interesse überwog die Geschäftsinteressen des Altersheims.
- Es gab keine echte Alternative zum Gang an die Öffentlichkeit. Der EGMR verfügte über keine ausreichenden Indizien für die Annahme, dass die Arbeitnehmerin dem Missstand durch weitere interne Schritte wirksam hätte begegnen können.
- Die Vorwürfe waren nicht völlig unbegründet. Beispielsweise war auch im Rahmen einer Inspektion (behördliche) Kritik an den Zuständen im Altersheim geäußert worden.
- Die Arbeitnehmerin handelte gutgläubig.
- Die übertrieben strenge Sanktion war geeignet, auch andere Arbeitnehmerinnen vom Aufdecken von Missständen abzuschrecken (chilling effect).

Der EGMR verurteilte Deutschland zur Bezahlung einer Genugtuung von 10000 Euro.

11-169

Journalist zu Recht von Gerichtsverhandlung ausgeschlossen

Medienfreiheit; Meinungs- und Informationsfreiheit; rechtliches Gehör; Rechtsgleichheit; Rechtsweggarantie; Willkürverbot

Art. 8 EMRK; Art. 8, 9, 10 Abs. 2, 13, 16, 17, 29 Abs. 2, 29a, 36 BV; Art. 28 ff. ZGB; § 135 GVG/ZH

Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2011 (1B_134/2011)

Ein Journalist, der nicht versichern wollte, dass er die Anonymität der Beteiligten an einem Gerichtsverfahren wahren wird, wurde von diesem ausgeschlossen. Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid, da der Eingriff in die Medienfreiheit von Art. 36 BV gedeckt war.

Das Bezirksgericht Zürich schloss in einem Strafverfahren, in dem es hauptsächlich um häusliche Gewalt ging, die Öffentlichkeit vom Verfahren aus, um die Persönlichkeit des Angeklagten und der Geschädigten zu schützen. Die akkreditierten Gerichtsberichterstatter liess es hingegen zu, sie wurden vom Vorsitzenden aber darauf hingewiesen, dass von den Verfahrensbeteiligten keine persönlichen Daten wie Name oder Wohnort und keine Bilder publiziert werden dürfen. Der Vorsitzende fragte X., Gerichtsberichterstatter der Zeitung «Blick», ob er Gewähr dafür bieten könne, dass die Privatsphäre der Betroffenen in diesem Sinne gewahrt werde, andernfalls könne er von der Verhandlung ausgeschlossen werden. X. antwortete, er könne «für gar nichts» garantieren, da über die Art und Weise der Berichterstattung der Chefredaktor entscheide, worauf er von der Verhandlung ausgeschlossen wurde. Gegen diesen Beschluss gelangte X. an die Verwaltungskommission und verlangte, die Nichtigkeit des Beschlusses sei festzustellen und es sei zu prüfen, ob seitens des Obergerichts eine disziplinarische Massnahme gegen den zuständigen Bezirksrichter zu ergehen habe. Die Verwaltungskommission überwies die Beschwerde der III. Strafkammer des Obergerichts zur Behandlung als Rekurs und sistierte das Beschwerdeverfahren bis zum Vorliegen des Rekursentscheids. Die III. Strafkammer wies den Rekurs ab, soweit sie darauf eintrat, weshalb X. mit Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht gelangte.

X. machte geltend, die III. Strafkammer habe nur einen Teil der Rechtsbegehren materiell behandelt, ohne die Sache im Übrigen an die Verwaltungskommission zurückzuweisen. Diese Zweiteilung verletze das Willkürverbot (Art. 9 BV), das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV). Das Bundesgericht war der Meinung, dass die Beschwerde diesbezüglich unbegründet sei, da die beiden nicht behandelten Anträge entweder implizit (disziplinarische Massnahme gegen Bezirksrichter) oder explizit (prozessuale Anträge) an die Verwaltungskommission gerichtet waren. Die III. Strafkammer habe sich eingehend dazu ausgesprochen, ob die Wegweisung von X. begründet gewesen sei, womit sie seinem Hauptanliegen entsprochen habe. Darüber, wieweit die bei der Verwaltungskommission weiterhin hängige Beschwerde noch zu behandeln sei, werde diese nach Kenntnisnahme des vorliegenden Bundesgerichtsurteils entscheiden.

Weiter rügte X., der angefochtene Entscheid verletze die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie die Medienfreiheit (Art. 17 BV). Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass X. mit der Wegweisung aus dem Gerichtssaal daran gehindert worden sei, sich Informationen über den Fall zu beschaffen und sie anschliessend den Lesern seiner Zeitung zugänglich zu machen, was offensichtlich ein Eingriff in seine Medienfreiheit darstelle. Bei der Meinungsfreiheit handle es sich um ein subsidiäres Auffangrecht, das vorliegend nicht zur Anwendung komme, da schon der speziellere Tatbestand der Medienfreiheit betroffen sei. In der Folge prüfte das Bundesgericht mithilfe von Art. 36 BV, ob eine Einschränkung der Medienfreiheit zulässig war: Da eine Offenlegung der persönlichen Verhältnisse in die Privatsphäre des Angeschuldigten eingreife und zudem die Unschuldsvermutung verletzen könne, erfolge die Gerichtsberichterstattung darüber in der Regel in anonymisierter Form. Eine Namensnennung könne zwar bei

Personen der Zeitgeschichte unter Umständen gerechtfertigt sein. Da es sich bei den Parteien im vorliegenden Verfahren jedoch nicht um Personen der Zeitgeschichte handle, habe die Berichterstattung anonym zu erfolgen. Der Vorsitzende habe somit von X. nur etwas verlangt, wozu dieser mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz sowieso gehalten war, weshalb das Bundesgericht daraus keinen schweren Eingriff in die Medienfreiheit ableitete. Ein Ausschluss aus der Verhandlung stelle hingegen in der Regel einen schweren Eingriff in die Medienfreiheit dar. Vorliegend ging das Bundesgericht aber davon aus, dass sich X. Zugang zur Hauptverhandlung hätte verschaffen können, indem er den Chefredaktor hätte anrufen und zur Abgabe der verlangten Erklärung veranlassen können. Es liess deshalb offen, ob hier ein schwerer Eingriff in die Medienfreiheit vorlag, da dies am Ergebnis nichts ändere, weil der angefochtene Entscheid auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhe. Das Bundesgericht sah in § 135 GVG/ZH eine genügende gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die Medienfreiheit. Dieser Artikel regle einerseits, dass die Öffentlichkeit von einer Verhandlung ausgeschlossen werden könne, wenn das überwiegende Interesse eines Opfers dies erfordere, weil eine Straftat verhandelt wird, durch welche seine körperliche, sexuelle oder psychische Integrität beeinträchtigt wurde. Dies sei hier ohne Weiteres gegeben, da es sich bei der Geschädigten um ein Opfer handle, das durch die Tat in seiner körperlichen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden sei. Andererseits können Gerichtsberichterstatter gemäss § 135 GVG/ZH von diesem allgemeinen Ausschluss der Öffentlichkeit ausgenommen werden, wobei diese Zulassung mit der Auflage verbunden werden kann, die Identität des Opfers nicht zu veröffentlichen. Neben der genügenden gesetzlichen Grundlage bejahte das Bundesgericht ein öffentliches Interesse, nämlich das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) und geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Schliesslich sei der Eingriff auch verhältnismässig gewesen: Die Wegweisung stellte die einzige taugliche Massnahme dar, um den angestrebten Schutz der Persönlichkeit zu erreichen. Gemäss Bundesgericht reicht es nicht aus, den Verletzten auf seine zivilrechtlichen Ansprüche (Art. 28 ff. ZGB) zu verweisen, da so der Staat selbst an der Verletzung teilnimmt, wenn er diese während der Verhandlung oder im Anschluss daran duldet. Überdies stünden Zweck und Mittel in einem vernünftigen Verhältnis, weshalb der Eingriff in die Medienfreiheit gerechtfertigt war. (Siehe dazu insbesondere auch den Brennpunkt von Dr. iur. Matthias Schwaibold in dieser Ausgabe).

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

11-170

Zugang zu Formularen von Milchverwertern wegen Geschäftsgeheimnissen verweigert

Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse

Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ

Empfehlung des EDÖB vom 5. August 2011

Der EDÖB lehnte die Zugänglichmachung von Controllingformularen von fünf Milchverwertern ab, da die Formulare trotz Anonymisierung Rückschlüsse auf die konkreten Milchverwerter zulassen und deshalb als Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ zu qualifizieren waren.

Eine Zeitung verlangte vom Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) Zugang zu den Statistiken der bewilligten Milchmengen des Jahres 2008, aufgeschlüsselt nach Monaten und Verwendungszweck. Das BLW lehnte diese Anfrage mit der Begründung ab, dass die Daten in der geforderten Form (nach Monat und Verwendungszweck aufgeschlüsselt) nicht vorlägen und nicht ohne grossen Aufwand zusammengestellt werden könnten. Daraufhin reichte die Zeitung einen Schlichtungsantrag ein. An der anschliessenden Schlichtungsverhandlung teilte das BLW mit, dass 72 sogenannte Controllingformulare existierten, von denen 68 gegen Gebühr anonymisiert werden könnten. Bei den übrigen vier Controllingformularen müssten wegen möglicher direkter Rückschlüsse alle Eingabefelder abgedeckt werden. Die Zeitung teilte in der Folge mit, dass sie bereit sei, die Gebühr für die 68 Controllingformulare zu bezahlen. Darauf übermittelte ihr das BLW 67 Formulare und führte aus, es habe bei einem Formular festgestellt, dass dieses trotz Schwärzung noch zugeordnet werden könne. Die Zeitung vertrat darauf die Ansicht, dass ihr auch die restlichen fünf Controllingformulare, die das BLW ihr nicht zugestellt hatte, zustehen würden, und reichte einen zweiten Schlichtungsantrag ein. Das BLW verweigerte die Herausgabe, da eine Anonymisierung bei diesen Formularen nicht möglich sei und für einen Branchenkenner daraus ohne Weiteres auf die Produkte und somit auf die Ausstiegsorganisation geschlossen werden könne. Eine Zugangsgewährung hätte folglich eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Folge, weshalb der Zugang nicht gewährt werden könne. Da sich die Beteiligten in Bezug auf die fünf Controllingformulare nicht einigen konnten, erliess der EDÖB eine Empfehlung.

Der EDÖB prüfte in der Folge, ob ein Geschäftsgeheimnis gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und somit eine Ausnahme von der Offenlegungspflicht besteht. Damit der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ verankerte Schutzmechanismus greife, müsse einerseits das angerufene Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden und andererseits ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Gemäss Art. 7 Abs.

1 Bst. g BGÖ könne der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder gar verweigert werden, wenn ansonsten Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart würden. Als solche würden nur wesentliche Daten gelten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird. Gemäss dem BLW seien anhand der fünf Controllingformularen Rückschlüsse auf die einzelnen Milchvertreter selbst dann möglich, wenn die gleichen Abdeckungen wie bei den übrigen 67 Formularen vorgenommen würden. Da die Controllingformulare die fünf grössten Milchverwerter der Schweiz betreffen, sei eine Zuordnung der bewilligten Mehrmengen zu einem oder mehreren Milchverwertern daher bereits möglich. Zudem erlaube es der Protein- und Fettgehalt, spezifische Produkte zu bestimmen und aufgrund von hinlänglich bekannten Produktspezialisierungen Rückschlüsse auf einen konkreten Milchverwerter zu ziehen. Insgesamt liessen die Angaben auf diesen fünf Controllingformularen Rückschlüsse auf einen oder mehrere konkrete Milchvertreter zu. Dadurch könne mittels der bewilligten und tatsächlich verwendeten Mehrmenge auch die Exportmenge eines Milchverwerters eruiert werden, was wiederum Rückschlüsse auf seine Exportstrategie ermögliche. Da die verschiedenen Milchverwerter im Wettbewerb miteinander stünden, könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Offenlegung dieser Informationen negative Auswirkungen auf die Marktstrategie des einzelnen haben könne. Letztlich sei die Offenlegung der betreffenden Controllingformulare somit geeignet, zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Marktteilnehmern zu führen, weshalb die fünf Milchverwerter sowohl ein berechtigtes als auch ein schutzwürdiges Interesse hätten, diese Informationen nicht zugänglich zu machen.

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

11-171

Aufsicht über privates Rundfunkprogramm war menschenrechtskonform

Aufsicht; Busse; Diskriminierung; faires Verfahren; Fernseh- und Radioprogramm; Jugendschutz; Konsumentenschutz; Privatveranstalter; Programmaufsicht; Rassismus; Sachgerechtigkeit; Sexismus; Verwaltungssanktion; Werbung

Art. 6 Abs. 1, Art. 10 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (5. Kammer) vom 21. Juli 2011 (N° 32181/04 und 35122/05 «Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern»)

Als Veranstalter des privaten Fernsehprogramms «Sigma TV» und des Radioprogramms «Radio Proto» löste Sigma Radio Television Ltd. eine Vielzahl von Aufsichtsverfahren aus.

Auf Beschwerden aus dem Publikum und auf eigene Wahrnehmung hin wurde die zypriotische Aufsichtsbehörde CRTA (Cyprus Radio Television Authority) tätig und erliess Dutzende von Bussenverfügungen wegen Verstößen gegen das Rundfunkrecht. Der Veranstalter zahlte die Bussen in den Jahren 2001 bis 2008. Seine Beschwerde gegen die Bussenverfügungen wies das zypriotische Höchstgericht 2004 in 24 von 26 Fällen ab. Es verneinte insbesondere die von Sigma RTV vorgebrachten verfahrensrechtlichen Einwände und bejahte die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde.

Eine der Verwaltungssanktionen betraf eine 2000 von Sigma TV produzierte und im Abendprogramm ausgestrahlte Folge der Unterhaltungsserie «Prison Bars». In einem Dialog äusserten sich zwei Schauspieler negativ über die Ortschaft Paphos, in der es früher Tausende von Huren gegeben habe, die alle aus Griechenland importiert worden seien – so wie dies heutzutage mit russischen Frauen geschehe. Und die Stadt Limmasol sei damals voller Araber gewesen, von denen die meisten eine dunkle Haut hatten und einige sehr versnobt waren. Nach Auffassung der Aufsichtsbehörde war diese Ausstrahlung für verschiedene soziale Gruppierungen beleidigend und missachtete die allgemein anerkannten Regeln des Anstands und des guten Geschmacks. Sie verletzte damit drei Vorschriften der anwendbaren Radio- und Fernsehregulierung:

Regulation 21 (Introductory provisions)

“... (3) Stations are obliged in all broadcasts (including advertisements) to show respect for the personality, honour, reputation, private life, professional, scientific, social, artistic, political or other related activity of every person whose image appears on the screen or whose name is broadcast by a station or is mentioned, or about whom such details are transmitted as enable the recognition of his identity. The above obligation extends to every individual or the image generally of a person as an individual or a member of a group.

(4) Stations shall take the necessary steps to maintain generally acceptable standards of propriety and good taste of language and behaviour, taking into account the type and context of each broadcast. Special care is imperative in programmes which are transmitted at a time when minors may be watching.”

Regulation 26 (Contents of entertainment programmes)

“...(1) [In entertainment programmes] the transmission of broadcasts which offend against the dignity of either sex, racial, national, religious groups or persons with special needs is prohibited.”

Der Gerichtshof kam einstimmig zum Schluss, dass die von der Aufsichtsbehörde ausgesprochene Sanktion zwar die Meinungsfreiheit tangierte, sie aber sämtliche Voraussetzungen für eine Beschränkung (Art. 10 Abs. 2 EMRK) beachtete. Sie beruhte auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, denn die Vorschriften waren ausreichend präzise formuliert, womit der Veranstalter die Konsequenzen der Ausstrahlungen vorhersehen konnte. Sie dienten dem legitimen Zweck, die Rechte anderer zu schützen. Und ihre Anwendung war gerade angesichts des hohen Stellenwerts der Bekämpfung rassistischer und sexistischer Diskriminierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig:

“208. The Court takes note of the CRTA’s concerns about the racist and discriminatory tone of the remarks made. It

further emphasises that it is particularly conscious of the vital importance of combating racial and gender discrimination in all its forms and manifestations (see *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 145, ECHR 2005-VII). Even though it appears that the remarks in question were made in the context of a fictional entertainment series, the Court considers, in view of their content, and in the absence of sufficiently detailed information about the programme and specific observations on the part of the applicant, that the CRTA could not be said in the circumstances to have overstepped its margin of appreciation in view of the profound analysis at the national level. In this connection, the Court also attaches importance to the fact that the applicant did not make any submissions at all in the proceedings before the CRTA in the case (see point 26 of the Annex) and that it did not submit observations before the Court disputing the necessity of the interference with its right to freedom of expression in so far as this programme was specifically concerned.”

Da auch die Bussenhöhe angesichts der wiederholten Rechtsverstöße verhältnismässig war, verneinte der Gerichtshof eine Missachtung von Art. 10 EMRK.

Alle anderen der zahlreichen übrigen Rügen des Veranstalters bezeichnete der Gerichtshof als offensichtlich unbegründet und die Beschwerde in diesen Punkten daher als unzulässig. Klarerweise kein Verstoß gegen Art. 10 EMRK lag vor bei den weiteren von der CRTA festgestellten Gesetzesverstößen. Sie betrafen etwa die Art der Werbung für Kinderspielzeug, die Dauer von Unterbrecherwerbung, verbotenes Sponsoring von Nachrichtensendungen sowie die unzulässige Produktplatzierung in einer Comedy-Serie. Bussen gab es zudem wegen Informationssendungen, welche das Objektivitätsgebot verletzt und den Schutz Minderjähriger missachtet hatten (u.a. eine Reportage über die Herstellung von Drogen). Verletzt wurde der Jugendschutz auch durch unangemessene Sprache sowie für Kinder ungeeignete Gewaltszenen. Nicht beachtet wurden sodann die Unschuldsvermutung und der gegenüber Verbrechenopfern und ihren Angehörigen gebotene Respekt. Die Bussen wegen all dieser Gesetzesverstöße waren nach Auffassung des Gerichtshofs offensichtlich zulässige Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Ziele des Konsumentenschutzes, des Jugendschutzes, des Schutzes des Ansehens, der Privatsphäre und anderer legitimer Anliegen.

Auch die von Sigma RTV in Strassburg vorgebrachten verfahrensrechtlichen Rügen wurden als offensichtlich unbegründet eingestuft. Die Veranstalterin hatte insbesondere bemängelt, Zypern habe den menschenrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) missachtet. Im Verfahren vor der Rundfunkaufsichtsbehörde komme es zu einer unzulässigen Vermischung von zu trennenden Funktionen: Die CRTA übernehme nicht nur die Verfolgung und Untersuchung, sondern auch die Verhandlung und Entscheidung der Angelegenheit sowie das Ausfällen der Bussen. An empfindlichen Geldstrafen seien die CRTA-Verantwortlichen direkt und persönlich interessiert, denn das Geld fliesse in den Fonds der CRTA, aus dem die Gehälter und andere finanzielle Vergütungen der Belegschaft bezahlt werden.

In ihrem einstimmigen Entscheid liess die 5. EGMR-Kammer offen, ob es sich bei den Administrativbussen (Verwal-

tungssanktionen) um strafrechtliche Angelegenheiten im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt. Da es jedenfalls (auch) um zivilrechtliche Verpflichtungen geht, war Art. 6 ohnehin anwendbar und die Verfahrensfairness deshalb durch den EGMR zu überprüfen. Er hielt fest, der Veranstalter habe sich ausreichend ins Verfahren einbringen können: Die CRTA gab ihm die Einzelheiten der vorgeworfenen Verstösse bekannt, räumte ihm Gelegenheit zur Stellungnahme ein und begründete ihre Bussenverfügungen ausführlich. Der Gerichtshof räumte jedoch ein, die Kumulation der verschiedenen Funktionen und der Zufluss von Bussgeldern an die büssende Behörde erwecke Bedenken. Die CRTA vermöge den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK an ein strukturell unabhängiges Gericht nicht zu genügen. Dennoch sei das Verfahren in seiner Gesamtheit menschenrechtskonform ausgestaltet, denn das Vorgehen der Aufsichtsbehörde unterliege einer ausreichenden Kontrolle («sufficient review») durch eine übergeordnete Gerichtsbehörde. Die Überprüfungsbefugnis des obersten Gerichtshofs war zwar in gewisser Hinsicht beschränkt, was auch dem Erfordernis einer effizienten Verwaltungstätigkeit in spezialisierten Rechtsgebieten entspreche. Immerhin konnte der oberste Gerichtshof die Verfügungen der CRTA aus verschiedenen Gründen aufheben, so etwa wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung oder mangelhafter Rechtsanwendung.

“159. At the outset, it is common ground that the power of review of the Supreme Court under Article 146 of the Constitution was not capable of embracing all aspects of the CRTA’s decisions. In particular, as is usually the case in the systems of judicial control of administrative decisions found throughout the Council of Europe’s Member States (see paragraph 153 above; see also Bryan, cited above, § 44), the Supreme Court could not substitute its own decision for that of the CRTA and its jurisdiction over the facts was limited. Notwithstanding, it could have annulled the decisions on a number of grounds, including if the decision had been reached on the basis of a misconception of fact or law, there had been no proper enquiry or a lack of due reasoning, or on procedural grounds.

160. Such an approach by an appeal tribunal conducting the review of a decision of an administrative body can reasonably be expected, having regard to the nature of review proceedings and the respect which must be given to decisions taken by administrative authorities on grounds of ‘expediency’ (see paragraph 153 above; see also, for example, Bryan, § 47, and Müller, both cited above).”

Der oberste Gerichtshof habe die von Sigma erhobenen Rügen Punkt für Punkt geprüft und eingehend begründet. Zur Notwendigkeit und Angemessenheit der ausgesprochenen Bussen hatte er sich zwar nicht geäußert. Diesen Aspekt hatte der Veranstalter aber auch gar nicht gerügt. Gesamthaft gesehen vermochte die Kontrolle durch den obersten Gerichtshof den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK offensichtlich zu genügen.

Offensichtlich unbegründet war schliesslich die Rüge der Diskriminierung des Privatveranstalters gegenüber dem öffentlichen Rundfunkveranstalter CyBC (Art. 14 in Verbindung mit Art. 10 EMRK). Dass Sigma RTV als privater Fernsehveranstalter strengerer Regelungen, Einschränkungen und Kontrollen unterliege, lässt sich nach Auffassung des EGMR sachlich begründen. Aufgrund der Unterschiede im rechtlichen Status, dem anwendbaren Rechtsrahmen und der unterschiedlichen

Ziele von Privatsendern und von CyBC im nationalen Rundfunksystem könne nicht von vergleichbaren Situationen ausgegangen werden. Für eine Diskriminierung fehlten damit jegliche Anhaltspunkte.

Anmerkungen Weiter so. Diese Schlussfolgerung dürften Rundfunkaufsichtsbehörden in vielen europäischen Ländern aus dem 79 Seiten dicken Strassburger Urteil in Sachen Sigma RTV ziehen. Erstmals hat der Gerichtshof die verwaltungsrechtliche Aufsicht über Werbung und redaktionelle Inhalte privater Rundfunkprogramme in (fast) all ihren Facetten beurteilt. Das Ergebnis wird für die Aufsichtsbehörde ähnlich beruhigend sein, wie es für den mehrfach sanktionierten Rundfunkveranstalter ermutigend ist. Er erlitt eine Abfuhr auf der ganzen Linie, und zwar eine recht deutliche: Seine Rügen überwandten grösstenteils nicht einmal die Zulassungshürde und erhielten das Prädikat «offensichtlich unbegründet». Dieser Rechtsbegriff deckt sich allerdings nicht mit dem umgangssprachlichen. In gewisser Hinsicht mag die Beschwerde tatsächlich offensichtlich aussichtslos gewesen sein, so etwa bei der Rüge, die Sanktion diskriminiere den privaten Veranstalter gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Konkurrenten. In vielerlei Punkten war dies aber keine klare Angelegenheit:

1. Wenigstens eine der zahlreichen Bussen war auch nach Einschätzung des Gerichtshofs nicht offensichtlich menschenrechtskonform. Das aufsichtsrechtliche Einschreiten gegen einzelne dümmliche Dialoge in einer Unterhaltungssendung nahm der EGMR in seiner Begründung näher unter die Lupe – vielleicht auch ein wenig als Beleg für sorgfältige und differenzierte Richterarbeit. So konnte der Gerichtshof dokumentieren, dass er die Rügen eines Veranstalters selbst dann nicht unbesehen in einen (Unzulässigkeits-)Topf wirft, wenn die Beschwerdeschrift wenig stringent argumentiert. Gleichzeitig bot ihm die nähere Prüfung des redaktionellen Fehltritts die willkommene Gelegenheit, ein ihm besonders wichtiges Anliegen zu untermauern: Sexistische und rassistische Diskriminierung ist entschlossen zu bekämpfen, in all ihren Erscheinungsformen und Ausprägungen – eben auch im abendlichen TV-Unterhaltungsprogramm. Diese Ausführungen überzeugen. Und doch bleibt ein ungutes Gefühl: Die zypriotische Aufsichtsbehörde hatte nicht nur mit Diskriminierung argumentiert, sondern auch mit allgemein akzeptierten Anstandsregeln und gutem Geschmack («good taste in language and behaviour»). Obrigkeitliche Geschmackskontrolle widerspricht nicht nur schweizerischem Rechtsverständnis. Sie ist auch kaum vereinbar mit den Strassburger Standards freier Kommunikation. Es irritiert, dass der Gerichtshof keine Silbe über diesen problematischen Aspekt verliert.

2. Dass der Gerichtshof der nationalen Aufsichtsbehörde beim Einschreiten gegen Werbeverstösse weitgehend freie Hand lässt, überrascht hingegen nicht. Dies liegt auf der Linie der bisherigen EGMR-Rechtsprechung. Sie gewichtet kommerziell motivierte Kommunikation seit jeher geringer als ideelle. Schon eher fällt auf, dass der Gerichtshof die Sanktionen gegen Nachrichtensendungen ebenfalls nicht näher geprüft hat. Dabei ging es nicht nur um den Jugendschutz, die Unschuldsvermutung oder den Schutz der Eltern eines Unfallopfers. Eine Busse erging wegen einseitiger Berichterstattung über ein hängiges Strafverfahren, bei der die kritisierte Behörde offenbar nicht zu Wort kam. Eine weniger einschneidende schweizerische Aufsichtsmaßnahme gegen unsachgerechte Berichterstattung im Fernsehen hatte der

EGMR hingegen vertieft geprüft und an einem eher strengen Massstab gemessen (Urteil N° 73604/01 «Monnat c. Schweiz» vom 21.9.2006 = medialex 2006, S. 210 ff.). Im damaligen Fernsehbeitrag war es um das Verhalten der Schweiz im 2. Weltkrieg und nicht um tagesaktuelle Vorwürfe gegen eine bestimmte Justizbehörde gegangen. Die Abweichungen der beiden Sachverhalte liefern einen Erklärungsansatz für die unterschiedliche Prüfungsdichte des Gerichtshofs. Wesentlicher war vielleicht, dass die Beschwerdeschrift von Sigma viel weniger Substanz hatte.

3. Ungeschicktes prozessuales Verhalten war auch ein Grund dafür, dass das Argument fehlender Fairness in Strassburg ebenfalls Schiffbruch erlitt. Der Veranstalter hatte vor dem obersten Gericht Zyperns darauf verzichtet, die Notwendigkeit und die Höhe der ausgesprochenen Administrativbusen zu rügen. Dadurch entkräftete er seine Behauptung, die Justiz könne das Vorgehen der Aufsichtsbehörde nur unzureichend überprüfen und die Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens folglich nicht heilen. Der Gerichtshof jedoch lässt in dieser Konstellation die Tätigkeit der übergeordneten Gerichtsstanz genügen. Er verlangt (und bejaht) eine ausreichende – nicht aber eine volle – Überprüfung des Entscheids der Aufsichtsbehörde. Was der EGMR auf mehr als fünf leistungswerten Urteilsseiten zur Thematik des fairen Verfahrens vor mindestens einem unabhängigen Gericht ausführt, mag man teilen oder nicht. Die Lektüre erweckt jedenfalls durchaus nicht den Eindruck, dass der Fall in diesem Punkt klar war. Und es bleiben Zweifel, ob das «weiter so» – wenn es denn eines sein sollte – in Strassburger Stein gemeisselt ist.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

11-172

Bundesverwaltungsgericht bejaht Anspruch der Tele Top AG auf privilegierten Programmplatz

A-7568/2010 Anspruch auf privilegierten Programmplatz; Auslegung; «Must carry»-Programme

Art. 62 RTVG; Art. 55 RTVV; Art. 9 Verordnung UVEK

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. August 2011 (A-7568/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine Beschwerde der Tele Top AG gut. Es verpflichtete vier Fernmeldediensteanbieterinnen dazu, das Programm des Veranstalters auf einem der ersten Programmplätze zu verbreiten.

Die Tele Top AG ersuchte das BAKOM, zehn Fernmeldediensteanbieterinnen zu verpflichten, ihr Programm im Konzessionsgebiet auf einem der ersten Programmplätze zu verbreiten. Das BAKOM wies das Gesuch mit der Begründung ab, dass gemäss Art. 9 der Verordnung UVEK nur dann ein Anspruch auf einen bevorzugten Programmplatz bestehe, wenn die Kanalbelegung durch die Fernmeldediensteanbieterinnen direkt gesteuert werde. Diese hätten jedoch darlegen können, dass sie eine solche Steuerung nicht vornehmen würden und die Kanalzuteilung vielmehr durch Zufall bedingt bzw. histo-

risch gewachsen sei. Mit fünf Fernmeldediensteanbieterinnen konnte sich die Tele Top AG in der Folge aussergerichtlich einigen. Gegen die Cablecom GmbH, die GGA Maur, die Sasag Kabelkommunikation AG, die Stadtantenne Kreuzlingen AG und die Stafag Communications AG zog sie hingegen weiter ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte erneut die Verbreitung auf einem bevorzugten Programmplatz gemäss Art. 9 Verordnung UVEK.

Zuerst erläuterte das Bundesverwaltungsgericht, der Bundesrat könne die Fernmeldediensteanbieterinnen gemäss Art. 62 RTVG zu einer Verbreitung der «Must carry»-Programme auf einem privilegierten Programmplatz verpflichten. Die Delegationsnorm von Art. 55 RTVV weise diese Regelungskompetenz dem UVEK zu. Dieses habe in Art. 9 Verordnung UVEK Folgendes geregelt:

«Steuert eine Fernmeldediensteanbieterin bei analoger Verbreitung die Kanalbelegung in den Empfangsgeräten, so müssen auf den ersten Programmplätzen verbreitet werden:

a. die sprachregionalen Programme der SRG nach Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe a RTVG in der Sprachregion, für die sie bestimmt sind;

b. Programme, für die eine Konzession mit Leistungsauftrag nach Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe b RTVG besteht, innerhalb ihres Versorgungsgebiets.»

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte mittels Auslegung, ob die Tele Top AG aufgrund dieser Norm einen Anspruch auf einen privilegierten Programmplatz hat. Dabei begann es mit dem Wortlaut und führte aus, um eine Steuerung zu bejahen, genüge der Umstand, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen selbst die Kanäle zuteilen und es ihnen dabei frei stehe, welches Programm sie welchem Kanal zuordnen. Auch die systematische Auslegung spreche für einen Anspruch der zugangsberechtigten Programme auf einen bevorzugten Programmplatz. Aufgrund der Gesetzessystematik sei es naheliegend, dass der Gesetzgeber allen «Must carry»-Programmen ein Recht auf einen bevorzugten Programmplatz einräumen wollte. Ebenso ergebe die historisch-teleologische Auslegung, dass der Gesetzgeber mittels der Regulierung der Kanalbelegung die tatsächliche Erreichbarkeit zugangsberechtigter Programme für das Publikum habe sicherstellen wollen. Deshalb kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die zugangsberechtigten Programme auf einem privilegierten Programmplatz zu verbreiten sind. Da das BAKOM Art. 9 Verordnung UVEK nicht richtig ausgelegt und den Antrag der Tele Top AG zu Unrecht abgewiesen hatte, hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde diesbezüglich gut.

Das Gericht hatte zudem die Frage zu klären, was als «erste Programmplätze» im Sinne des Gesetzes gilt. Es hielt fest, dass der Anspruch dann gewährt ist, wenn der Kanalplatz des zugangsberechtigten Programms die Gesamtzahl aller zugangsberechtigten Programme im entsprechenden Netz nicht übersteigt. Die Sasag Kabelkommunikation AG sei somit ihrer Verpflichtung bereits nachgekommen, indem sie das Programm der Tele Top AG auf dem zweitvordersten Platz sende. In diesem Punkt wies das Gericht die Beschwerde daher ab. In Bezug auf die anderen Fernmeldediensteanbieterinnen hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das BAKOM zurück.

11-173

Bundesverwaltungsgericht auferlegt Zuführungskosten dem Programmveranstalter

Auslegung; rechtliches Gehör; Vertrauensschutz; Willkürverbot; Zuführungskosten

Art. 59, 60, 61 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juli 2011 (A-8389/2010)

Die Schweizer Sportfernsehen (SSF) AG wehrte sich dagegen, dass ihr die Kosten für die Zuführung des Programmsignals von ihrem Studio bis zur Kopfstation der Kabelnetze auferlegt werden. Eine entsprechende Beschwerde der SSF AG wies das Bundesverwaltungsgericht nach einer umfassenden Auslegung von Art. 60 RTVG ab.

Die SSF AG, die ein Spartenfernsehprogramm im Bereich des Rand- und Breitensports anbietet, reichte beim BAKOM zu Lasten von 27 Fernmeldediensteanbieterinnen ein Gesuch um Zugangs- bzw. Aufschaltverpflichtung gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG ein. Die Fernmeldediensteanbieterinnen seien zu verpflichten, das Programm der SSF AG für die Dauer von einstelligen drei Jahren in ihren analogen Kabelnetzen zu verbreiten. Das BAKOM hiess das Gesuch der SSF AG gut und verpflichtete 20 Fernmeldediensteanbieterinnen, das Programm der SSF AG für eine Dauer von drei Jahren unentgeltlich zu verbreiten. Hingegen verpflichtete das BAKOM die SSF AG, die Kosten für die Signalführung bis zur Kopfstation der Kabelnetze zu tragen. Es begründete dies damit, dass sich der Umfang einer Aufschaltspflicht gemäss Art. 60 Abs. 1 RTVG auf die Verbreitung des Programms innerhalb des Kabelnetzes der verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin beschränke. Davon ausgenommen sei die Zuführung des Programmsignals vom Studio des Veranstalters bis zur Kopfstation des Kabelnetzes. Diese müsse vom Veranstalter selbst bezahlt werden. Die SSF AG erhob daraufhin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Programmveranstalterinnen seien zu verpflichten, die Kosten für die Zuführung des Programmsignals vom Studio der SSF AG bis zur Kopfstation der Kabelnetze zu tragen.

Zur Beantwortung der Frage, wer die Kosten für die Zuführung des Programmsignals vom Standort des TV-Veranstalters (Studio) oder über Dritte (Signaldistributoren) bis zu den Kopfstationen der Kabelnetze der Fernmeldediensteanbieterinnen zu tragen hat, nahm das Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Auslegung von Art. 60 RTVG vor: Bei der Analyse des Wortlauts kam es zum Ergebnis, dass Art. 60 RTVG die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichte, das Programmsignal von ihren Sendeanlagen aus an die Programmempfänger zu verbreiten. Jedoch regle Art. 60 RTVG weder die Zuführung des Signals zum Kabelnetz der Fernmeldediensteanbieterinnen noch auferlege er ihnen die dabei entstehenden Signalführungskosten. Aus der systematischen Auslegung ergebe sich, dass Art. 60 RTVG eine Ergänzung zu Art. 59 RTVG darstelle und sicherlich nicht in Gegensatz zu dieser Bestimmung trete. Die Systematik spreche dafür, dass analog zu den Programmen in Art. 59 RTVG auch in Art. 60 RTVG die Unentgeltlichkeit der

Verbreitung gelte, nicht aber die Unentgeltlichkeit der Zuführung. Es leuchte nicht ein, dass die konzessionierten Programmveranstalter in Art. 59 RTVG die Zuführungskosten zu tragen hätten, die Veranstalter nach Art. 60 RTVG jedoch nicht, obwohl im Art. 60 RTVG dem wirtschaftlichen Interesse der Fernmeldediensteanbieterin ein stärkeres Gewicht zukomme als in Art. 59 RTVG. Die in der Folge vorgenommene historische Auslegung brachte keine Klarheit, da sich den Gesetzesmaterialien zu den Zuführungskosten nichts Eindeutiges entnehmen lasse. Zur teleologischen Auslegung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, es sei durchaus mit dem Sinn und Zweck von Art. 60 RTVG zu vereinbaren, dass die Programmveranstalter die Zuführungskosten selber zu tragen hätten, da sie durch das Zugangsrecht und die Befreiung von der Zahlung der Verbreitungskosten im Vergleich zu den anderen Programmveranstaltern in Art. 61 RTVG bereits massgeblich privilegiert würden. Als Fazit der Auslegung hielt das Bundesverwaltungsgericht schliesslich fest, dass der Programmveranstalter mit Art. 60 RTVG ein Zugangsrecht zu den Verbreitungsinfrastrukturen erhalten soll und die Fernmeldediensteanbieterinnen zwar die Verbreitungskosten, nicht aber die Signalführungskosten zu übernehmen hätten.

Soweit die SSF AG geltend machte, es sei willkürlich, die Signalführungskosten den Programmveranstaltern aufzuerlegen, führte das Bundesverwaltungsgericht an, dass es weder gegen Art. 60 RTVG noch gegen einen tragenden Grundsatz des RTVG verstosse, wenn die Programmveranstalter die Signalführungskosten selber zu bezahlen haben. Folglich habe das BAKOM nicht gegen das Willkürverbot verstossen, als es in Anwendung von Art. 60 RTVG die Zuführungskosten der SSF AG auferlegt habe. Auch eine Verletzung des Vertrauensschutzes durch das BAKOM lehnte das Gericht ab, da es bereits an einer Vertrauensgrundlage fehlte.

11-174

Bundesverwaltungsgericht: Gebührenanteile sind ab Eintritt der Rechtskraft des Konzessionsentscheids auszuzahlen

Gebührenanteile; Konzession; Leistungsauftrag; Rechtsgleichheit

Art. 8 Abs. 1 BV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Juli 2011 (A-6533/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte die Beschwerde eines Programmveranstalters ab, der geltend gemacht hatte, die Auszahlung der Gebührenanteile sei auf das Datum der Konzessionserteilung zurückzubeziehen. Das entsprechende Vorgehen der Vorinstanz verletzte den Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht.

Die Tele M1 AG erhielt eine Veranstalterkonzession für ein Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil für die Region Aargau-Solothurn. Die Bewerbung der Arol-

finger Lokalfernsehen AG wurde im Gegenzug abgelehnt. Die Arolfinger Lokalfernsehen AG focht diese Verfügung an, zog die Beschwerde jedoch wieder zurück. Das BAKOM teilte in der Folge jenen Veranstaltern, deren Konzessionsentscheide nicht angefochten worden waren, mit, dass deren Gebührenanteile für das Jahr 2008 rückwirkend per Erteilungsdatum der Konzession ausbezahlt würden. Die Tele M1 AG beantragte deshalb, ihre neurechtlichen Gebührenanteile ebenfalls rückwirkend auf das Datum der Eröffnung der Konzession ausbezahlt zu erhalten, was das BAKOM jedoch ablehnte. Gegen diese Verfügung erhob die Tele M1 AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Auszahlung der Gebührenanteile ab dem Datum der Eröffnung der Konzession.

Das Bundesverwaltungsgericht führte zu Beginn seiner Erwägungen aus, der Tele M1 AG entstünde dadurch, dass die Gebührengelder erst ab Rechtskraft des Konzessionsentscheids ausbezahlt würden, kein Nachteil. Sie sei während der Dauer des Verfahrens auch nicht verpflichtet gewesen, einen Leistungsauftrag zu erfüllen. Den Bewerbern sei zudem von Anfang an bekannt gewesen, dass die Gebührengelder erst nach einem rechtskräftigen Entscheid über die Konzessionsverfügungen ausgerichtet würden. Es liege auch kein Verstoss gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV vor. Denn kein Veranstalter, der in ein Beschwerdeverfahren involviert gewesen sei, habe eine solche Zahlung erhalten. Zahlungen hätten nur jene erhalten, deren Konzessionsverfügungen unangefochten geblieben seien. Die unterschiedliche Behandlung von Veranstaltern, gegen deren Konzessionsverfügungen ein Rechtsmittel ergriffen wurde, und solchen, deren Konzessionen unangefochten blieben, lasse sich sachlich begründen. Die unangefochtenen Konzessionen seien mit ihrem Erteilungsdatum in Rechtskraft erwachsen und damit sei die Verpflichtung zur Erbringung des Leistungsauftrags entstanden, was bei den angefochtenen Konzessionsverfügungen gerade nicht der Fall gewesen sei. Aus diesen Gründen wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

11-175

Bundesverwaltungsgericht unterteilt Werbespot in zulässigen und unzulässigen Teil und reduziert Umfang der Ablieferung entsprechend

Ablieferung der unrechtmässig erzielten Einnahmen; allgemeine Massnahme; Verhältnismässigkeit; Verkaufsangebot für alkoholische Getränke; Verwaltungssanktion

Art. 2 Bst. 1, 89, 90 RTVG; Art. 16 Abs. 3 RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2011 (A-7662/2010)

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte es als unverhältnismässig, die gesamten Nettoeinnahmen eines Werbespots einzuziehen, wo nur ein in sich abgeschlossener, abtrennbarer Teil des Werbespots ein unzulässiges Verkaufsangebot

für alkoholische Getränke enthielt, ein anderer Teil den rundfunkrechtlichen Regeln aber entsprach.

Die SRG strahlte in ihren Fernsehprogrammen SF 1, SF zwei, SF info, TSR und TSR 2 zwei verschiedene Werbespots der Schuler St. Jakobskellerei aus. Darin wurde insbesondere ein limitiertes Sonderangebot für sechs bestimmte Flaschen Wein beworben. In den im März 2010 ausgestrahlten Werbespots wurden die Telefonnummer sowie die Internetadresse der Schuler St. Jakobskellerei eingeblendet. In späteren Ausstrahlungen wurde die Telefonnummer nicht mehr angezeigt. Ab dem 9. April 2010 wurde ein überarbeiteter Spot ausgestrahlt, der weder Telefonnummer noch Internetadresse enthielt.

Das BAKOM eröffnete in der Folge ein Aufsichtsverfahren. Dabei kam es zum Schluss, dass die mit Telefonnummer und Internetadresse bzw. nur mit Internetadresse ausgestrahlten Werbespots gegen das Verbot der Ausstrahlung von Verkaufsangeboten für alkoholische Getränke (Art. 16 Abs. 3 RTVV) verstossen hatten. Das BAKOM verfügte die Ablieferung (Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG) der gesamten Nettoeinnahmen aus den unzulässigen Werbespots. In ihrer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die SRG, auf die Ablieferung der Einnahmen sei zu verzichten, eventualiter sei die Höhe des abzuliefernden Betrags angemessen zu reduzieren.

Bei der Beurteilung des Hauptantrags prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme an sich. Es sei unbestritten, dass die betreffenden Werbespots Verkaufsangebote für alkoholische Getränke enthielten und somit gegen Art. 16 Abs. 3 RTVV verstiesse. Eine Rechtsverletzung und damit die Voraussetzung für Massnahmen gemäss Art. 89 RTVG seien demnach gegeben. Das BAKOM habe als einzige Massnahme eine Ablieferung gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG verfügt und sich mithin im Vergleich zur härteren Verwaltungssanktion gemäss Art. 90 RTVG der mildereren Massnahme bedient.

Zur Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahme führte das Bundesverwaltungsgericht weiter aus, die Ablieferung der durch die Rechtsverletzung erzielten Einnahmen sei grundsätzlich eine geeignete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Sie sei vorliegend auch erforderlich. Bei einer blossen Feststellung der Widerrechtlichkeit und einem Verzicht auf die Ablieferung der Einnahmen würde nämlich ein bedenkliches Präjudiz geschaffen, welches zur Folge hätte, dass auch anderen Programmveranstaltern in vergleichbaren Fällen ein erster Verstoss mit rechtswidrig erzielten Einnahmen zugestehen wäre. Dies würde den von Art. 16 Abs. 3 RTVV bezweckten Gesundheitsschutz beeinträchtigen. Die SRG habe die streitigen Werbespots aufgrund eigener Bedenken abgesetzt. Künftige gleichartige Rechtsverletzungen seien daher nicht zu erwarten. Der Verstoss wiege aber doch so schwer, dass er sich nicht lohnen dürfe und einen Ausgleich der wirtschaftlichen Vorteile verlange. Ein solcher könne nur mit der Einziehung der dadurch erzielten Einnahmen erreicht werden. Die Ablieferung der Einnahmen sei für die SRG auch zumutbar. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überwiege das wirtschaftliche Interesse der SRG. Aus diesen Gründen beurteilte das Bundesverwaltungsgericht die Ablieferung der Einnahmen gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG vorliegend als eine rechtmässige und verhältnismässige Massnahme.

Im Rahmen der Beurteilung des Eventualantrags prüfte das Bundesverwaltungsgericht, ob die Höhe des abzuliefernden Betrags verhältnismässig war. Dabei untersuchte das Gericht die Werbespots in inhaltlicher und dramaturgischer Sicht. Der erste Teil der Werbespots bewerbe die Leistungen der Schuler St. Jakobskekkerei, nämlich das Angebot prämiierter Spitzenweine, telefonische Beratung und Bestellmöglichkeit sowie Heimlieferung mit Rückgaberecht. Es werde weder ein konkreter noch ein bestimmbarer (Rot-)Wein vorgestellt oder angeboten. Den Zuschauern fehlten daher wesentliche Punkte für einen Kaufvertrag, insbesondere der genaue Kaufgegenstand und Preis für einen unmittelbaren Vertragsschluss. Dieser Teil der Werbespots bezwecke offensichtlich die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren und sei daher ohne Weiteres als Werbung im Sinne von Art. 2 Bst. k RTVG einzustufen. Eine Aufforderung zum unmittelbaren Abschluss eines Rechtsgeschäfts und damit ein Verkaufsangebot im Sinne von Art. 2 Bst. l RTVG liege jedoch nicht vor. Dieser erste Teil sei in sich abgeschlossen und es komme ihm eine eigenständige Bedeutung zu. Er könnte auch für sich alleine ausgestrahlt werden. Das befristete Sonderangebot für sechs bestimmte Flaschen Wein und somit die für einen Kauf bzw. für ein Verkaufsangebot wesentlichen Punkte kämen einzig im zweiten Teil der Werbespots vor. Auch dieser zweite Teil der Werbespots sei in sich abgeschlossen und könnte für sich alleine gesendet werden.

Auf diesen Sachverhalt, so das Bundesverwaltungsgericht, könne die bisherige Praxis, wonach Werbespots nicht in zulässige und unzulässige Teile zu unterteilen seien, nicht unbeschadet übertragen werden. In den bisher zu beurteilenden Fällen sei eine einheitliche Betrachtung des Werbespots sachgerecht gewesen, da die Werbung für das Produkt insgesamt verboten gewesen sei. Ebenso sei eine Betrachtung als Gesamtheit dann sachgerecht, wenn während des gesamten Werbespots das Produkt erkenn- und bestimmbar sei, das Gegenstand des Verkaufsangebots bildet. In dieser Hinsicht unterscheide sich der vorliegende Fall von den bisher zu beurteilenden Fällen. Die streitigen Werbespots enthielten zwei sowohl inhaltlich als auch gestalterisch deutlich zu unterscheidende Teile, wobei der erste Teil rechtmässig sei. Nur der zweite, in sich geschlossene und vom ersten Teil abtrennbare Teil enthalte ein unzulässiges Verkaufsangebot (Art. 16 Abs. 3 RTVV i.V.m. Art. 2 Bst. l RTVG). Es sei folglich unter den Gesichtspunkten der Gesetzesauslegung und der Verhältnismässigkeit zu prüfen, welche Einnahmen durch Rechtsverletzung erzielt wurden und daher abzuliefern seien.

Es sei nicht erkennbar, inwiefern der Gesundheitsschutz und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als Zweck vereitelt werden, wenn nur die aus den unzulässigen Teilen der Werbespots erzielten Einnahmen abgeliefert werden müssen. Es bestehe mithin keine Notwendigkeit, die gesamten Nettoeinnahmen aus der Ausstrahlung der Werbespots einzuziehen. Der rechtmässige Zustand werde auch dann wiederhergestellt, wenn sich die Ablieferung auf diejenigen Einnahmen beschränke, die aus unzulässigen Teilen der Werbespots stammen. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde in diesem Punkt folglich gut. Den abzuliefernden Betrag reduzierte es auf einen Drittel der Nettowerbeeinnahmen, da das Verkaufsangebot rund einen Drittel der Dauer des Werbespots umfasst habe.

Anmerkungen Die Ablieferung der Einnahmen gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG bezweckt primär die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Es soll verhindert werden, dass der Programmveranstalter aus einer rechtswidrigen Handlung einen finanziellen Vorteil erlangt. Die Ablieferung hat sich daher auf den erzielten Gewinn zu beschränken (sog. Nettoprinzip). Vom abzuliefernden Betrag sind die Aufwendungen (Akquisitions- und Produktionskosten) abzuziehen, die dem Veranstalter zur Finanzierung seines rechtswidrigen Verhaltens entstanden sind (BVGE 2009/36 [«einfach luxuriös»], E. 12 ff. S. 512 ff.). Es entspricht überdies Sinn und Zweck des Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG und seiner Anwendung nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass die so errechneten Nettoeinnahmen nur im zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geeigneten, erforderlichen und zumutbaren Umfang abzuliefern sind (BVGE 2009/36, E. 11 ff. S. 505 ff.).

Im Bereich Sponsoring trägt das BAKOM dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Berechnung des Umfangs der Ablieferung durch Abstufungen Rechnung. Es werden ein Drittel, zwei Drittel oder die gesamten Nettoeinnahmen eingezogen. Relevante Kriterien sind in der Regel der Umstand, dass die Rechtsverletzung wiederholt aufgetreten ist und der Zeitpunkt der letztmals festgestellten gleichartigen Widerhandlung. Relevant sind aber auch die Intensität der Rechtsverletzung (Verfügung des BAKOM vom 16. Dezember 2010 [«Gesundheit Sprechstunde»], Ziff. 6.2.7) sowie der Umstand, dass das Sponsoringverhältnis den rundfunkrechtlichen Anforderungen teilweise genügt (Verfügung des BAKOM vom 8. Februar 2008 [«einfach luxuriös»], Ziff. 3.2.4.1). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt diese Kriterien als zweckmässig und die entsprechende Abstufung als eine Methode, die dem jeweiligen Einzelfall gerecht wird und zu angemessenen Ergebnissen führt (BVGE 2009/36, E. 13.2 S. 515 f.). Im hier besprochenen, die Ablieferung von Werbeeinnahmen betreffenden Urteil knüpft das Bundesverwaltungsgericht an diese Praxis im Bereich des Sponsorings an. Das Gericht berücksichtigt den Umstand, dass die Werbespots nur zum Teil ein unzulässiges Verkaufsangebot enthielten, im Übrigen aber den rundfunkrechtlichen Anforderungen genügten. Nach einer Visionierung der Werbespots erweist sich eine solche Unterscheidung in zulässige und unzulässige Teile vorliegend tatsächlich als sachgemäss. Die inhaltliche und dramaturgische Gestaltung der Werbespots lässt eine Unterscheidung zwischen dem unzulässigen Verkaufsangebot und der eigentlichen Werbung zu und ermöglicht eine einzelfallgerechte Bemessung des abzuliefernden Betrags. Das Gericht begründet sorgfältig, weshalb unter diesen Umständen bereits die Ablieferung eines Drittels der Nettoeinnahmen eine geeignete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist.

Anzumerken bleibt, dass eine solche Abstufung bei der Berechnung der abzuliefernden Nettowerbeeinnahmen auch künftig voraussetzt, dass sich unzulässige und zulässige Teile unterscheiden lassen und sich eine solche Unterscheidung als sachgemäss erweist, um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Nicht sachgemäss ist eine solche Unterscheidung dort, wo die betreffende Werbung an sich verboten ist (z.B. Tabakwerbung). Denn wo sich die Werbewirkung auf ein unzulässiges Objekt bezieht, erscheinen in der Regel die ganzen Nettowerbeeinnahmen als «durch die Verletzung erzielt» (Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG). Wie das Bundesverwaltungsgericht selber festhält, erweist sich

in solchen Fällen nur eine einheitliche Betrachtung der Werbespots als sachgerecht (E. 4.4).

Dr. iur. Thomas Steiner, Zürich

3. Strafrecht

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

11-176

La large liberté d'expression admise dans le débat politique ne légitime pas d'attenter à l'honneur des opposants

Contenu et limites de la liberté d'expression; diffamation

Art. 10 CEDH; art. 16 al. 2 Cst; art. 173 CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 16 septembre 2011
(6B_143/2011)

La liberté d'expression indispensable à la démocratie implique que les acteurs de la lutte politique acceptent de s'exposer à une critique publique, parfois même violente, de leurs opinions. Placer le portrait de l'intimé, candidat du parti Z. au Conseil national et de père autrichien, à côté du portrait d'Hitler, également d'origine autrichienne, en accompagnant ces photos du sous-titre «Autrichiens: on a déjà donné!», procède d'un amalgame et jette clairement le soupçon que l'intimé sympathise avec l'idéologie nazie.

Un tel soupçon, même jeté en pleine campagne électorale, dépasse clairement les limites pourtant larges posées à la liberté d'expression et lèse l'honneur de l'intimé, non pas seulement en tant que politicien, mais en tant qu'homme. La diffusion par le recourant de l'article litigieux, pris dans son ensemble, est donc objectivement attentatoire à l'honneur, et susceptible de tomber sous le coup de l'art. 173 CP.

A l'instar de l'art. 16 al. 2 Cst., l'art. 10 par. 1 CEDH garantit à toute personne le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques, et sans considération de frontière. L'exercice de ces libertés comporte toutefois des devoirs et des responsabilités, et peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la défense de l'ordre et à la protection de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui (cf. art. 10 par. 2 CEDH).

La liberté d'expression, à l'instar des autres droits fondamentaux, n'a donc pas une valeur absolue. Une ingérence dans

son exercice est conforme à l'art. 10 CEDH si elle est prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime de protection de l'intérêt public, notamment de la réputation et des droits d'autrui, et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

Le recourant a volontairement diffusé par voie de presse un soupçon grave qu'il savait infondé. Il n'a dès lors pas agi de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique. Il ne doit partant pas pouvoir se prévaloir de la garantie offerte par l'art. 10 CEDH.

Commentaire En 2007, l'hebdomadaire «Le Confédéré», sous la plume de son rédacteur en chef, a publié un article intitulé «Comme un parfum des années 1930». Au centre figurait un photomontage présentant, à côté de celui d'Adolf Hitler, le portrait d'Oskar Freysinger, président de la section valaisanne de l'UDC, alors en lice pour le Conseil national. Le sous-titre indiquait, dans la police de caractères la plus importante utilisée dans l'article, «Autrichiens: on a déjà donné!». Le texte comparait quant à lui les méthodes du politicien avec celles ayant porté au pouvoir l'homme d'Etat en Allemagne. Les juges cantonaux avaient prononcé à l'encontre du journaliste une peine de cent-vingt heures de travail d'intérêt général, avec sursis et délai d'épreuve de deux ans, pour diffamation (art. 173 CP).

Se pose dès lors la question de l'admissibilité d'une condamnation d'un professionnel des médias pour atteinte à l'honneur dans le contexte d'une discussion politique, étant entendu que le journaliste ne bénéficie d'aucun privilège en la matière, si ce n'est du régime particulier découlant de l'art. 28 CP.

De manière générale, est attentatoire à l'honneur le fait d'assimiler une personne à un parti politique que l'histoire a rendu méprisable ou de suggérer qu'elle a de la sympathie pour le régime nazi. Par ailleurs, un article doit être analysé non seulement en fonction des expressions utilisées, prises séparément, mais aussi selon le sens général qui se dégage du texte dans son ensemble. Il faut également prendre en considération l'impact particulier d'un titre ou d'un intertitre, lesquels frappent spécialement l'attention du lecteur.

In casu, notre Haute Cour a considéré que le photomontage procédait d'un amalgame et jetait clairement le soupçon que le politicien, dont le père est autrichien, sympathisait avec l'idéologie nazie. En effet, même jeté en pleine campagne électorale, un tel soupçon dépasse les limites pourtant larges posées à la liberté d'expression et lèse l'honneur du plaignant, non pas seulement en tant que politicien, mais en tant qu'homme. Aucun fait ne pouvait excuser le comportement délictueux. Peu importe notamment, à cet égard, qu'Oskar Freysinger soit un homme se voulant volontiers provocateur. Au surplus, il n'était pas possible de voir une dimension satirique dans l'article, pas plus d'ailleurs qu'un caractère humoristique dans le titre ou le sous-titre. Quant aux preuves libératoires, le journaliste ayant agi afin de dire du mal d'autrui, il n'était pas question de lui permettre des les apporter. De surcroît, il ne dénonçait pas un comportement qu'il tenait pour avéré et connaissait donc la fausseté de ses allégations. Les juges fédéraux ont encore examiné le grief de violation de l'art. 10 CEDH. Si, à l'instar des autres droits fondamentaux, la liberté d'expression n'a pas une valeur absolue, le paragraphe 2 de la disposition ne laisse cependant guère de place pour des restrictions dans le domaine du discours et du débat politique. En outre, les limites de la critique admissi-

sible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier, le premier devant montrer une plus grande tolérance.

Cela étant, il faut toutefois avoir à l'esprit que quiconque se prévaut de la liberté d'expression assume des devoirs et responsabilités. Pour les journalistes, il s'agit d'agir de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie de la profession. L'auteur doit notamment s'être conformé à l'obligation ordinaire de vérifier une déclaration factuelle. D'un autre côté, il convient de se souvenir que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation.

De plus, quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant plus que la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention. La Cour porte une attention particulière à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment de stigmatiser l'adversaire, et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste.

Dans le cas présent, le rédacteur en chef a violé ses devoirs et responsabilité, puisqu'il a volontairement diffusé par voie de presse un soupçon grave qu'il savait infondé. Il ne lui était donc pas loisible de se prévaloir de l'art. 10 CEDH. Même dans un débat politique, il ne peut en effet être admis de comparer un adversaire politique au plus grand criminel du vingtième siècle.

Prof. Stéphane Werly, Fribourg/Genève/Neuchâtel

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

11-177

Journalist vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen freigesprochen

Formeller Geheimnisbegriff; materieller Geheimnisbegriff;
Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

Art. 293 StGB

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 18. August 2011
(SK.2011.7)

Das Bundesstrafgericht sprach einen Journalisten vom Vorwurf der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen frei, da ein veröffentlichtes Dokument zu Unrecht als «vertraulich» klassifiziert worden sei und deshalb nicht Tatobjekt von Art. 293 StGB bilde.

Die Zeitung B. veröffentlichte einen von A. gezeichneten Artikel mit dem Titel «C. im Fall D. erneut belastet». Der Artikel enthielt die teilweise Abbildung eines erkennbar als «ver-

traulich» klassifizierten Dokuments. Es handelte sich um einen Antrag der fedpol an den Departementsvorsteher EJPD zur Kenntnisnahme betreffend Medienberichterstattung und Stellungnahme der Bundesanwaltschaft in Sachen «Vertrauenspersonen vom Land Z». Die fedpol reichte bei der Bundesanwaltschaft Strafanzeige gegen A. ein wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB. Die Bundesanwaltschaft auferlegte ihm in der Folge mittels Strafbefehl eine Busse in der Höhe von Fr. 500.–. A. erhob Einsprache gegen den Strafbefehl, weshalb die Angelegenheit vors Bundesstrafgericht gelangte.

Da der Sachverhalt unbestritten war und A. die Verantwortung für den Artikel übernahm, setzte sich das Bundesstrafgericht nur mit dessen rechtlicher Würdigung auseinander. Dabei führte es zuerst aus, dass das Bundesgericht sich in Bezug auf Art. 293 StGB bis anhin für den formellen Geheimnisbegriff ausgesprochen habe. Dieser besage, dass für die Deklaration als Geheimnis massgebend sei, ob die Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen durch Gesetz oder Beschluss der Behörde «als geheim erklärt worden sind». Im Gegensatz dazu beruft sich die Verteidigung auf den materiellen Geheimnisbegriff, nach dem eine Tatsache dann geheim ist, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, der Geheimnisträger sie geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat. Sie erwähnt dabei unter anderem den Entscheid des EGMR (Grande Chambre) Stoll c. Suisse vom 10. Dezember 2007. Darin hielt der Gerichtshof fest, dass ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäusserung der folgenden Voraussetzungen bedürfe: (a) einer gesetzlichen Grundlage, (b) legitimer Ziele sowie (c) einer Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft. Das Bundesstrafgericht führt weiter aus, dass heute das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) die gesetzlichen Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit im Verkehr mit Behörden und Verwaltung definiere. Auf den vorliegenden Sachverhalt sei es jedoch nicht anwendbar, da das im konkreten Fall zugrunde liegende Dokument bereits vor dem Inkrafttreten des BGÖ erlassen worden sei. Vor dem Inkrafttreten des BGÖ sei das Handeln der Verwaltung grundsätzlich geheim gewesen, unter Vorbehalt von Ausnahmen. Für spezielle Geheimhaltungsbedürfnisse habe die Verordnung über die Klassifizierung und Behandlung von Informationen im zivilen Verwaltungsbereich die Handhabung geregelt. Dabei habe es die Klassifizierungen «geheim» und «vertraulich» gegeben. Als «geheim» habe man jene Informationen klassifiziert, (a) deren Kenntnis durch Unbefugte die Beziehungen der Schweiz zum Ausland schwer beeinträchtigen könnte oder wichtige Massnahmen zum Schutz innerer oder äusserer Sicherheit, wie insbesondere solche zur Sicherstellung der Regierungstätigkeit in ausserordentlichen Lagen und solche der wirtschaftlichen Landesversorgung, stark gefährden würde und (b) die nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werden. Als «vertraulich» seien hingegen jene Informationen klassifiziert worden, deren Tragweite weniger schwer sei und zu welchen generell eine grössere Anzahl Personen Zugang habe. Ebenso klassifiziert wurden Informationen, die bei einer Kenntnisnahme durch unbefugte ermöglicht hätten, dass (a) die Regierungstätigkeit schwer beeinträchtigt wird, (b) die Wirksamkeit wichtiger staatlicher Massnahmen beeinträchtigt wird, (c) bedeutende Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verletzt

werden, (d) eine Strafverfolgung vereitelt wird oder (e) die Sicherheit von bedeutenden Infrastrukturanlagen schwer beeinträchtigt wird. In Bezug auf den konkreten Fall vertrat das Bundesstrafgericht die Ansicht, dass weder zum Zeitpunkt der Klassifizierung noch zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die oben beschriebenen Voraussetzungen erfüllt waren und das Dokument deshalb zu Unrecht als «vertraulich» klassifiziert worden sei. Folglich habe die fedpol nicht «im Rahmen ihrer Befugnis» gehandelt, wie dies Art. 293 StGB als Tatbestandsmerkmal voraussetze. Das Dokument sei mangels gesetzlicher Grundlage im Sinne der Rechtsprechung des EGMR als nicht klassifiziert zu betrachten. Ein nicht klassifiziertes Dokument bilde nicht Tatobjekt von Art. 293 StGB. Deshalb könne auch offen bleiben, ob die Klassifizierung als solche als Tatbestandselement ausreichend sei (formeller Geheimnisbegriff) oder ob dem klassifizierten Dokument auch ein materielles Geheimnis zugrunde liegen müsse.

11-178

Les dossiers de candidature à un emploi public sont secrets

Accès au dossier d'un candidat; concours pour un emploi

Art. 7 al. 2, art. 9, art. 27 al. 3 LTrans

Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 30 juin 2011 (GS 2011.1)

A la suite d'un concours formel, le Tribunal pénal fédéral (TPF) a engagé, dans le courant de cette année, un informaticien adjoint. Un candidat, écarté au motif qu'il ne répondait pas au profil recherché, a souhaité accéder au dossier de l'heureux élu. Et ce, afin de vérifier si ce dernier lui était véritablement supérieur, en particulier au plan de la formation, de l'expérience professionnelle et des connaissances linguistiques.

Reconnaissant que la Loi fédérale sur la transparence (LTrans) s'applique, par analogie, aux activités administratives des tribunaux fédéraux, le TPF, par le voix de son secrétaire général, a néanmoins rejeté cette requête en se fondant sur l'exception de protection de la vie privée instituée par l'art. 7 al. 2 LTrans. Selon cette disposition, un accès n'est accordé que si l'intérêt du requérant est considéré supérieur à celui de la personne concernée. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce, le TPF soulignant notamment que la divulgation des pièces d'un dossier de candidature est une intrusion grave dans la sphère privée. En outre, en vertu de l'art. 27 al. 3 de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers, l'employeur ne peut transmettre des données concernant les employés à des tiers que si une base légale le prévoit expressément ou si la personne concernée y a consenti. Ni l'une, ni l'autre de ces deux conditions n'était ici remplie.

Enfin, dans le cas présent, un accès partiel, sous forme anonymisée, (art. 9 LTrans) s'avérait impossible. Le service informatique du TPF ne compte en effet que deux employés, un chef et son adjoint; partant, le requérant aurait pu très facilement identifier son concurrent et «repersonnaliser» les informations obtenues.

4. Privatrecht

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

11-179

Ungenügende Genugtuung für Ausstrahlung heimlicher Saunaaufnahmen im TV

Ansehensschutz; Fernsehen; Genugtuung; heimliche Filmaufnahme; Maximalbetrag; Privatsphäre; Zivilgesetzbuch

Art. 8 EMRK

Urteil des Menschenrechtsgerichtshofs (3. Kammer) vom 5. Juli 2011 (N° 41588/05 «Avram u.a. c. Moldawien»)

Im nationalen moldawischen Fernsehprogramm wurde 2003 eine Sendung über die Korruption und Unmoral bestimmter Medienschaffender ausgestrahlt. Dabei berichtete ein Geschäftsmann über einen gemeinsamen Saunabesuch von Zeitungsjournalistinnen und Polizisten. In heimlich gedrehten Filmaufnahmen waren fünf Frauen (neben drei Journalistinnen auch eine Lehrerin und eine Bibliothekarin) in Unterwäsche zu sehen. Die ausgestrahlten Aufnahmen zeigten einzelne Frauen beim Küssen und beim Aufführen eines erotischen Tanzes. Anders als bei den Männern waren ihre Gesichter nicht verdeckt.

Der Veröffentlichung vorausgegangen war angeblich eine Drohung eines der Polizisten gegenüber einer Journalistin. Die ohne ihr Wissen angefertigten Filmaufnahmen würden im Fernsehen gezeigt, wenn die Zeitung nicht auf einen vorgesehenen Artikel über Unregelmässigkeiten im Innenministerium verzichte. Zwei Tage nach Publikation des Artikels wurde das kompromittierende Video im Fernsehen gezeigt.

Eine Strafanzeige der Journalistin wegen Erpressung und Amtsmissbrauch blieb erfolglos. Vor Zivilgericht erwirkten sie u.a. eine Verurteilung des Fernsehveranstalters. Er wurde zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von je 3600 Lei (umgerechnet je 214 Euro) an jede der fünf Klägerinnen verpflichtet. Dies entsprach dem Höchstbetrag, den Art. 7 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs in seiner damals noch geltenden Fassung vorsah.

Der EGMR entschied einstimmig, dass die geringe Genugtuungssumme den Anspruch der Klägerinnen auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) missachte. Diese Beträge waren zu niedrig, um dem gravierenden Eingriff angemessen zu begegnen. Dass das moldawische Gesetzesrecht keinen höheren Beitrag vorsah, ändere nichts an der Konventionsverletzung. Der Gerichtshof verurteilte die Republik Moldau zur Bezahlung von Genugtuungssummen von 4000 (an drei Frauen), 5000 und 6000 Euro.

4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen – Autres questions de droit privé

11-180

Droit de réponse: admissibilité d'une précision de la rédaction – conditions d'une publication en ligne

Droit de réponse; médias à caractère périodique; publication d'une rectification de l'entreprise de média

Art. 28g, 28h, 28k, 28l CC

Arrêt du Tribunal fédéral du 8 août 2011 (5A_275/2011 et 5A_276/2011)

L'arrêt commenté concerne la publication dans le magazine «K-Tipp» en allemand et dans le magazine «Bon à savoir» en français ainsi que sur leurs sites internet respectifs (www.ktipp.ch et www.bonasavoir.ch) d'un sondage portant sur la satisfaction des clients des principales caisses maladie suisses. Sous le titre «certaines caisses vous ont déçu», il était mentionné que la caisse ÖKK/Sympany avait passé de la 5^e à la 10^e position par rapport à l'année précédente, avec un taux de 49% de clients satisfaits contre un taux de satisfaction de 67% l'année précédente pour la même caisse.

La caisse maladie ÖKK a réagi immédiatement à cet article en demandant la publication d'un droit de réponse faisant valoir que les caisses ÖKK et Sympany étaient désormais deux entreprises indépendantes l'une de l'autre et qu'elles ne pouvaient pas être mentionnées ensemble dans le sondage et dans l'appréciation du taux de satisfaction des clients.

Suite à la demande de la caisse maladie, les éditeurs des magazines «K-Tipp» et «Bon à Savoir» décidèrent de publier, sans le consentement de la caisse maladie, une rectification sous la rubrique «courrier des lecteurs» des magazines papier ainsi que sous la rubrique «commentaire» sur le site internet www.ktipp.ch, mais directement en dessous de l'article litigieux sur le site internet www.bonasavoir.ch. Cette rectification avait la teneur suivante: «Précision: les résultats du sondage sur le taux de satisfaction des caisses maladie, réalisé sur mandat par l'Institut de sondages Link et publiés dans notre dernière édition, indiquaient 49% pour ÖKK et Sympany. Or, ces deux caisses sont aujourd'hui distinctes. Leur taux de satisfaction respectif est donc de 50,9% pour ÖKK et 47,6% pour Sympany».

La caisse maladie ne se contenta toutefois pas de cette «précision de la rédaction» et saisit le tribunal de Landquart afin de faire valoir judiciairement son droit de réponse. Ce dernier ordonna aux deux éditeurs de publier sur leurs sites web respectifs ainsi que dans l'édition papier de leurs magazines le droit de réponse requis par la caisse ÖKK dont la teneur était la suivante: «1. ÖKK et Sympany sont deux entreprises indépendantes. 2. Pour que le sondage soit représentatif, chaque assurance aurait dû être évaluée séparément. Une confusion des deux entreprises mène à des résultats qui ne sont pas probants.»

Les éditeurs recoururent devant le Tribunal cantonal du canton des Grisons, qui rejeta le recours. Ils recoururent dès lors devant le Tribunal fédéral.

Dans sa décision, le Tribunal fédéral commence par examiner si le droit de réponse prévu par l'art. 28g CC peut être satisfait, au sens de l'art. 28h CC, par la publication d'une «précision de la rédaction». A cet égard, la Haute Cour commence par relever les divergences de la doctrine et de la jurisprudence cantonale sur cette question. Effectivement, deux points de vue s'opposent.

Les premiers soutiennent que la publication par l'entreprise de médias d'une «rectification», après qu'elle a pris connaissance de la demande de droit de réponse, constitue une manière de contourner le droit protégé par les art. 28g ss CC. D'après cette conception, le droit de réponse doit permettre à la personne touchée dans sa personnalité par la présentation que font les médias à caractère périodique de faire valoir son point de vue. Ainsi, une rectification de la rédaction ne peut jamais satisfaire le droit de réponse. Selon cette opinion, la publication d'une «rectification» ne ferait dès lors nullement obstacle à la publication subséquente d'un droit de réponse (Jugement du Tribunal cantonal du canton d'Obwald du 9 juillet 1986, cons. 1, on: SJZ 82/1986, p. 319; Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4^e éd. 1993, p. 170; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., 1997, n. 3 ad art. 215 ZPO; Barrelet/Werly, Droit de la communication, 2^e éd., 2011, n. 1727, p. 518; Rodondi, Le droit de réponse dans les médias, Thèse, Lausanne, 1990, p. 249).

Les seconds font valoir que le but du droit de réponse est de pouvoir rectifier un état de fait relatif à la personne touchée. Ainsi, dans la mesure où le média expose le point de vue factuel de cette personne et respecte les conditions posées par l'art. 28k al. 1 CC, le droit de réponse n'a plus d'intérêt digne de protection. Ainsi, le but du droit de réponse serait atteint même si la personne n'a pas pu exprimer son point de vue avec ses propres mots, mais que l'état de fait la concernant a été rectifié. Selon cette conception, il ne ferait aucune différence de savoir si la rectification a été publiée avant ou après la demande de droit de réponse (Bänninger, Die Gegendarstellung in der Praxis, Thèse, Zürich, 1997, pp. 164 ss; Schwaibold, Basler Kommentar, 2010, n. 7 ad art. 28l CC; Jeandin, Commentaire romand, 2010, n. 32 ad art. 28g CC; Barrelet/Werly, op. cit., n. 1702, p. 511; Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13^e éd., 2009, § 11 n. 49, p. 117; Deschenaux/Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4^e éd., 2001, n. 697a, p. 247).

Le Tribunal fédéral rappelle les principes fondamentaux relatifs au droit de réponse, notamment le fait que ce dernier doit permettre à une personne «touchée dans sa personnalité» de présenter sa version des faits contestés. Il s'agit d'une égalité des armes. Le but du droit de réponse est ainsi atteint lorsque le droit de réponse est publié et touche le même public que l'article litigieux. Le Tribunal fédéral relève toutefois qu'une condamnation judiciaire à la publication d'un droit de réponse peut constituer un abus de droit lorsque la personne touchée a déjà eu l'occasion de faire valoir son point de vue, par exemple sous la forme d'une interview, et que cette publication remplit les conditions légales du droit de réponse. La publication doit toutefois être faite dans le délai utile, toucher le même public que la publication litigieuse et un lien doit être fait, de ma-

nière adéquate, avec la présentation des faits contestés. En outre, le média ne peut pas faire des commentaires supplémentaires.

Le Tribunal fédéral admet donc qu'une rectification de l'entreprise de médias peut, dans certains cas, être considérée comme suffisante pour satisfaire le droit de réponse de la personne touchée. Toutefois, la Haute cour nous dit que les conditions devront être examinées, au cas par cas, à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce, en veillant à ce que l'abus de droit de la personne touchée ne soit retenu que de façon exceptionnelle.

La Haute cour fait encore remarquer que la rectification de l'entreprise de médias, à la différence des cas d'interviews, ne retranscrit pas le point de vue de la personne touchée et ne sera dès lors pas reconnaissable en tant que «droit de réponse», soit en tant que point de vue de la personne touchée. La question se poserait différemment si l'entreprise de médias publie de son propre chef et avant même d'avoir reçu une demande de droit de réponse une rectification, ou si elle réagit à la demande de droit de réponse par la publication d'une rectification. Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral relève que le risque est grand que le droit de réponse soit vidé de sa substance et contourné de cette manière. Toutefois, il estime que, même dans cette situation, il n'est pas possible d'exclure des cas d'abus de droit manifeste. En effet, celui qui demande au tribunal ce qu'il a déjà obtenu ne mérite aucune protection. Ainsi, dans chaque cas concret, il faudra être attentif à ce que la rectification de l'entreprise des médias fasse état d'un exposé des faits relatif à la personne concernée qui soit complet et correct, et qu'il respecte les autres conditions du droit de réponse prescrites par l'art. 28k al. 1 CC.

In casu, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que la publication dans les magazines «K-Tipp» et «Bon à Savoir» d'une «précision de la rédaction» sous la rubrique «courrier des lecteurs» n'est pas suffisante pour satisfaire le droit de réponse de la caisse maladie, puisqu'elle n'est pas propre à atteindre le même public que la publication litigieuse. Cette première condition n'étant pas remplie, le Tribunal fédéral renonce à examiner si les autres conditions du droit de réponse étaient par ailleurs remplies et rejettent le recours des éditeurs sur ce point.

Le Tribunal fédéral analyse en suite le droit de réponse sur internet.

La Haute Cour admet ainsi sans difficultés qu'un droit de réponse puisse être publié en ligne pour autant que toutes les conditions légales soient par ailleurs remplies.

A cet égard, il examine en premier lieu si l'on peut qualifier les sites www.ktipp.ch et www.bonsavoir.ch de média périodique au sens de l'art. 28g CC, et conclut par l'affirmative dans la mesure où ces sites publient le même contenu que les magazines papier du même nom, pour lesquels le caractère de média périodique ne fait aucun doute. Il relève toutefois que les modalités du droit de réponse seront spécifiques à internet.

In casu, le Tribunal fédéral reproche au site www.ktipp.ch d'avoir publié la rectification, certes immédiatement, mais sous la rubrique «commentaires» du site internet, qui permet aux utilisateurs de s'enregistrer et de laisser un commentaire pour réagir aux publications. Le Tribunal fédéral assimile dès lors cette rubrique au traditionnel «courrier des lecteurs». Il considère ainsi que cette publication n'est pas suffisante pour satisfaire le droit de réponse de la personne touchée.

En revanche, sur le site web www.bonasavoir.ch, la précision de la rédaction avait été publiée immédiatement sous l'article litigieux précisant que les caisses ÖKK et Sympany étaient deux caisses totalement distinctes. En outre, un sondage rectifié avec le niveau de satisfaction pour chacune des deux caisses était également accessible en ligne. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que la caisse maladie n'avait pas demandé plus ou autre chose, que son point de vue avait été correctement retranscrit, et que la publication de la rectification était conforme à l'art. 28k CC, si bien qu'elle ne pouvait être critiquée. Le recours a dès lors été admis sur ce point.

Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à examiner de quelle façon, de manière générale, une publication devait être faite sur internet pour atteindre le même cercle de personnes que la publication litigieuse.

Commentaire Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral prend position sur deux questions intéressantes relatives au droit de réponse. Premièrement, il se prononce sur la question controversée en doctrine de l'admissibilité de la publication d'une «précision de la rédaction» en lieu et place d'un droit de réponse. Deuxièmement, il examine le droit de réponse en ligne.

La «précision de la rédaction» vaut-elle droit de réponse? Même si le Tribunal fédéral fait preuve de prudence dans son raisonnement et insiste sur la nécessité d'apprécier la particularité du cas, il admet toutefois, sur le principe, que la publication du droit de réponse sous une autre forme (précision, rectificatif) peut satisfaire – même après que la demande de droit de réponse a été reçue par la rédaction – le droit de réponse de la personne touchée. Il ressort ainsi de cette jurisprudence qu'une personne touchée dans sa personnalité commettrait un abus de droit à continuer de réclamer la publication d'un droit de réponse si l'entreprise de médias a publié un rectificatif qui fait état de son point de vue sur les faits contestés et respecte par ailleurs toutes les conditions légales du droit de réponse.

En admettant l'équivalence possible de la «précision de la rédaction» – toujours soumise au risque de la subjectivité – et du droit de réponse, le Tribunal fédéral risque de restreindre ce dernier qui affronte déjà la réticence des entreprises de médias.

En pratique, la «précision de la rédaction» ne pourrait-elle pas devenir une sorte de contre-feu face au véritable droit de réponse obligeant la partie demanderesse à prouver que «la précision de la rédaction» n'a pas annihilé son droit de réponse?

Il s'agira donc d'observer l'usage que feront les médias de cette nouvelle décision ainsi que la jurisprudence qu'elle suscitera.

S'agissant du deuxième sujet abordé par le Tribunal fédéral, la décision, qui admet un droit de réponse en ligne, doit être saluée. Il paraît effectivement évident, dans l'environnement actuel, qu'un droit de réponse doit pouvoir s'exercer sur internet, ce d'autant que rien ne s'y oppose dans la loi, le législateur ayant laissé, à l'art. 28g CC, la porte ouverte à l'évolution des technologies de l'information.

On peut toutefois regretter que la Haute Cour n'ait pas profité de cette occasion pour définir quelques principes en la matière, qui auraient permis de guider les praticiens et de renforcer la sécurité du droit.

En effet, il aurait été judicieux que le Tribunal fédéral donne plus de précisions sur la qualification d'un média périodique

dans l'environnement d'internet, sur le calcul des délais lors d'une publication sur le web ainsi que sur les modes de diffusion permettant de réaliser les conditions légales du droit de réponse, question laissée volontairement ouverte.

lic. iur. Sophia Ciola-Dutoit, Lausanne

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

11-181

Kritische Berichterstattung im Vorfeld einer Medienkonferenz – Beschwerde gegen «SonntagsZeitung» in den Hauptpunkten abgewiesen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung; Quellenennung; Unterschlagung und Entstellung von Tatsachen; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5, 6 der «Erklärung»; Richtlinie 3.8 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011
(PubliGroupe c. «SonntagsZeitung»)

Der Schweizer Presserat heisst eine Beschwerde der PubliGroupe gegen die «SonntagsZeitung» in den Hauptpunkten ab. Die Zeitung berichtete im Vorfeld einer Medienorientierung über die Halbjahresergebnisse im August 2010 kritisch über die Firma. Für den Presserat ist dies nicht zu beanstanden. Er heisst die Beschwerde bloss in einem Nebenpunkt gut.

Im Vorfeld einer Medienorientierung über die Halbjahresergebnisse der PubliGroupe konfrontierte die «SonntagsZeitung» den CEO und Verwaltungsratspräsidenten Hanspeter Rohner mit zirkulierenden Gerüchten, Rohner wolle die Gesellschaft nur noch fit machen für einen Verkauf oder eine Aufspaltung sowie mit der Kritik, ein neues Preismodell im Bereich Media Sales sei ein «Rohrkrepierer». Rohner wollte sich vor der bevorstehenden Medienkonferenz nicht äussern. Die «SonntagsZeitung» liess sich dadurch nicht von der Veröffentlichung eines kritischen Berichts abhalten, worauf sich die PubliGroupe an den Presserat wandte.

Der Presserat erinnert in seiner Stellungnahme daran, dass sich Wirtschaftsjournalismus nicht auf blossen Verlautbarungsjournalismus beschränkt, sondern investigativ sein muss. Deshalb sei nicht zu beanstanden, dass die «SonntagsZeitung» der Veröffentlichung der Halbjahresresultate der PubliGroupe zuvorkam, selbst wenn dies für die Firma unangenehm gewesen sei. Von den zahlreichen weiteren Beanstandungen der PubliGroupe hält der Presserat lediglich eine einzige für begründet. Wie auch die «SonntagsZeitung» anerkenne,

stimme die im Bericht enthaltene Behauptung nicht, wonach die Abteilung Media Sales in fünf Jahren fünf CEOs gehabt habe. Da die Korrektur, wonach es drei CEOs in acht Jahren waren, das Bild nicht wesentlich verändert hätte, war aber eine Berichtigung nicht erforderlich.

11-182

Achtung bei höchstpersönlichen Informationen! – Beschwerde gegen «Thuner Tagblatt» teilweise gutgeheissen

höchstpersönliche Informationen; Menschenwürde

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinie 7.2 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011
(Aidshilfe Schweiz c. «Thuner Tagblatt»)

Auch wenn ein Artikel lauter Angaben enthält, die für das Verständnis der Leserschaft wichtig sind, ist bei höchstpersönlichen Informationen, beispielsweise bei der Erwähnung einer HIV-Infektion, darauf zu achten, dass der Betroffene aufgrund der Berichterstattung nicht für Personen erkennbar ist, die davon bisher keine Kenntnis hatten. Darauf weist der Presserat in seiner Stellungnahme zu einer Beschwerde der Aidshilfe Schweiz gegen das «Thuner Tagblatt» hin.

Im Januar 2011 berichtete das «Thuner Tagblatt» über die IV-Beschwerde eines Berufsmannes aus der Region, der wegen einer HIV-Infektion sein Geschäft aufgab. Die Aidshilfe Schweiz, die den Mann betreute, beanstandete beim Presserat, jede Person, die ihren Klienten kenne, könne aufgrund des Berichts Rückschlüsse ziehen. Das «Thuner Tagblatt» entgegnete, der Bericht sei sorgfältig und zurückhaltend formuliert und der Betroffene sei aufgrund der Berichts kaum über seine näheres familiäres und soziales Umfeld hinaus erkennbar.

Dies anerkennt der Presserat. Doch je persönlicher und intimer die Informationen in einem Medienbericht sind, desto enger sollte der Kreis jener Personen sein, die jemanden aufgrund eines Bericht wiedererkennen. Bei einer HIV-Erkrankung müsse es der Betroffene nicht hinnehmen, dass nahe Angehörige, denen er diese Information bisher vorenthielt, nun via Medien davon Kenntnis nehmen. Nach Auffassung des Presserates hätte das «Thuner Tagblatt» deshalb beispielsweise darauf verzichten sollen, den genauen Beruf und die Geschäftsaufgabe zu erwähnen. Nicht verletzt habe die Zeitung hingegen die Menschenwürde des Betroffenen. Weder werde er durch die blosser Angabe der HIV-Infektion in seinem Menschsein herabgesetzt noch stelle das «Thuner Tagblatt» die Fakten sensationistisch dar.

11-183

Falsche Bildlegende – Beschwerde gegen «Tages-Anzeiger» abgewiesen

Illustrationen; Trennen von Fakten und Kommentar; Wahrheitssuche

Ziffern 1, 2, 3 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 2.3, 3.4 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 13. Juli 2011
(X. c. «Tages-Anzeiger»)

Es ist zulässig, einen Artikel zur aktuellen Zuwanderungsdebatte mit dem Bild einer in den 1970er-Jahren entstandenen Überbauung zu illustrieren. Offensichtlich falsch ist es hingegen, die abgebildeten Wohnblöcke in der Bildlegende als «neu» zu bezeichnen. Trotzdem besteht für den Presserat keine Täuschungsgefahr. Er weist deshalb eine Beschwerde gegen den «Tages-Anzeiger» ab.

Im April 2011 berichtete der «Tages-Anzeiger», die Stimmung im Parlament zur Personenfreizügigkeit kippe langsam. Die Forderung der SVP nach einer Lenkung der Zuwanderung finde zunehmend auch in anderen bürgerlichen Parteien Unterstützung. Illustriert war der Artikel mit einem Bild der Siedlung Telli in Aarau. Die Bildlegende lautete: «Neue Wohnblöcke in Aarau zeugen von der Zuwanderung. 90000 Menschen sind allein im letzten Jahr aus dem Ausland in die Schweiz gekommen.» Ein Leser beanstandete beim Presserat, mit der falschen Bildlegende – die Siedlung Telli sei nicht neu, sondern zwischen 1970 und 1990 entstanden – werde die Leserschaft in die Irre geführt.

Der Presserat erinnert in seiner Stellungnahme daran, nicht aus jedem Fehler sei eine Verletzung des Journalistenkodex abzuleiten. Die falsche Bezeichnung der Wohnblöcke als «neu» sei zwar bedauerlich, aber nicht geeignet, die Leserschaft dahingehend zu täuschen, als Folge der aktuellen Zuwanderung werde nun gerade die abgebildete oder eine mit dieser vergleichbare Überbauung erstellt.

11-184

Opferbild ohne Informationswert – Beschwerde gegen «Blick am Abend» gutgeheissen

Menschenwürde

Ziffer 8 der «Erklärung»; Richtlinien 8.3, 8.5 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 9. Juni 2011
(X. c. «Blick am Abend»)

Der Schweizer Presserat heisst eine Beschwerde gegen «Blick am Abend» gut. Die Zeitung brachte auf ihrer täglichen Doppelseite «Bilder des Tages» ein Bild eines Arbeitsunfalls mit zehn, auf dem Bild teilweise erkennbaren Todesopfern. Für den

Presserat hat die Zeitung damit die Menschenwürde der Verstorbenen verletzt.

Im Januar 2011 veröffentlichte «Blick am Abend» in der Rubrik «Bilder des Tages» das Foto eines Unfalls in der philippinischen Hauptstadt Manila, bei dem zehn Bauarbeiter ihr Leben verloren, weil ein Lift kollabierte. Auf dem fast seitenhohen Bild des Tabloids sind mehrere Tote mit teils verrenkten Gliedmassen, vereinzelt Blut und eher undeutlich einige Gesichter der Opfer zu erkennen. Ein Leser beschwerte sich beim Presserat, das Bild verletze die Menschenwürde der Opfer. «Blick am Abend» entgegnete, das Bild sei zwar heikel, die Menschenwürde sei aber nicht schon deshalb verletzt, weil einzelne Opfer eines Unfalls in einem weit entfernten Land erkennbar seien.

Der Presserat gelangt zum gegenteiligen Schluss. Das Bild habe über die Tatsache hinaus, dass bei einem Unfall in Manila zehn Arbeiter ihr Leben verloren, für den Leser keinerlei Informationswert. Werde ein Foto von Leichen einzig wegen des ausdrucksstarken Arrangements der toten Körper ausgewählt und ohne Erklärung der näheren Umstände des Unfalls abgedruckt, so missbrauche die Redaktion diese unbekanntem Unfallopfer als überraschenden puren Schockreiz und verletze damit deren Menschenwürde.

11-185

Presserat fordert Transparenz über Besitzverhältnisse – Beschwerde gegen «Basler Zeitung Medien» gutgeheissen

Offenlegen der Besitzverhältnisse

Art. 20, 21 BEHG; Art. 16, 17, 75 RTVG; Art. 322 Abs. 1 StGB; Bst. b der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Juli 2011
(Arbus Schweiz/«Rettet Basel»/Syndicom/Eugster c. «Basler Zeitung Medien»)

Da ernstzunehmende, begründete Zweifel daran bestehen, ob Verleger Moritz Suter den Kurs der «Basler Zeitung» allein bestimmt, fordert der Presserat die «Basler Zeitung Medien» auf, gegenüber Redaktion und Öffentlichkeit Transparenz darüber herzustellen, ob Suter das Unternehmen auch wirtschaftlich beherrscht oder wer gegebenenfalls im Hintergrund das «Sagen» hat. Der Presserat heisst deshalb eine Reihe von Beschwerden gegen die «Basler Zeitung Medien» gut.

Im Frühjahr 2011 beschwerten sich verschiedene Organisationen beim Presserat, es sei unklar, ob die «Basler Zeitung» effektiv dem Basler Unternehmer Moritz Suter gehöre, der die Unternehmensgruppe im November 2010 zu angeblich 100 Prozent übernommen hat. Die mangelnde Information des Unternehmens verstosse gegen die im Journalistenkodex verankerte Forderung nach Offenlegung der Besitzverhältnisse, auf die sowohl die Redaktion als auch die Öffentlichkeit Anspruch hätten. «Die Basler Zeitung Medien» entgegneten, sie hätten das Offenlegungspostulat längst erfüllt. Das Unternehmen habe

bereits Ende November 2010 mitgeteilt, Suter sei alleiniger Besitzer und Verleger der «Basler Zeitung».

Der Presserat heisst die Beschwerden gut. Zwar reichten in der Regel Angaben über die Beteiligungsstruktur, um abzuschätzen, wer eine Aktiengesellschaft beherrscht. Weisen jedoch deutliche Indizien darauf hin, dass das rechtliche Eigentum möglicherweise nicht mit den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten übereinstimmt, genüge die Bekanntgabe der rechtlichen Eigentumsverhältnisse nicht. Gestützt auf die von den Beschwerdeführern eingereichten Medienrecherchen erscheine es unklar, ob die «Basler Zeitung» bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise tatsächlich Moritz Suter oder ob sie einem oder mehreren unbekanntem Dritten gehört. Der Presserat fordert die «Basler Zeitung Medien» deshalb auf, sich unzweideutig zu erklären, ob und falls ja, welche Drittperson(en) und/oder Institution(en) den Kauf der «Basler Zeitung Medien» finanziert und welche (Mitsprache-)Rechte sie sich dafür ausbedungen haben. Die Forderung nach Offenlegung der direkten und indirekten Beteiligungen an Medienunternehmen ist laut Presserat mit der Medien- und Wirtschaftsfreiheit vereinbar. Medien, deren Aufgabe es ist, Transparenz über gesellschaftliche Akteure und wichtige gesellschaftliche Vorgänge herzustellen, dürften bei sich selber keinen anderen Massstab anlegen als bei anderen wichtigen gesellschaftlichen Akteuren.

11-186

Dokumentarische Begleitung eines Suizids – Beschwerde gegen SF «DOK» abgewiesen

Dokumentarische Begleitung eines Suizids

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»; Richtlinien 7.9, 8.1, 8.3 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Presserates vom 13. Juli 2011 (Human Life International – Schweiz/Vereinigung katholischer Ärzte der Schweiz c. Schweizer Fernsehen «Dok»)

Der Schweizer Presserat weist eine Beschwerde gegen den von SF «DOK» ausgestrahlten Dokumentarfilm «Tod nach Plan» ab. Da der Protagonist des Films sowie seine Freunde und Bekannte freiwillig mitwirkten, sei ihre Privatsphäre nicht verletzt. Und die «Live-Begleitung» des angekündigten und mit Hilfe von Exit ausgeführten Suizids sei zwar nicht unproblematisch, jedoch respektiere der zurückhaltend aufgemachte, differenzierte Film die Menschenwürde der Beteiligten.

Im Februar 2011 strahlte das Schweizer Fernsehen den Dokumentarfilm «Tod nach Plan» aus. Der Film dokumentiert die letzten 30 Tage eines psychisch kranken Arztes, der sich mit Unterstützung der Sterbehilfeorganisation Exit das Leben nahm. Human Life International Schweiz (HLI) und die Vereinigung katholischer Ärzte der Schweiz (VKAS) beschwerten sich beim Presserat, der Film verletze die Presseratsrichtlinie zur Suizidberichterstattung sowie die Menschenwürde der Beteiligten. SF «Dok» entgegnete, der Film behandle das politisch und gesellschaftlich relevante Thema differenziert und kontrovers.

Der Presserat erinnert daran, dass bei seiner Suizidrichtlinie der Persönlichkeitsschutz im Vordergrund steht. Da der Verstorbene und die ihn im letzten Lebensabschnitt begleitenden Personen einwilligten, im Film mitzuwirken, sei dessen Ausstrahlung unter dem Gesichtspunkt der Respektierung der Privatsphäre nicht zu beanstanden. Zudem erscheine ein Nachahmereffekt bei begleiteten Suiziden kaum plausibel. Und da die organisierte Sterbehilfe in der Schweiz seit Jahren kontrovers diskutiert werde, sei es nachvollziehbar, dass das Schweizer Fernsehen auf das Angebot des Protagonisten eingegangen sei und den Dok-Film über seine letzten Wochen und Tage realisiert habe.

11-187

Wahrheit/Trennung von Fakten und Kommentar/Anhörung bei schweren Vorwürfen/Berichtigung

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigungspflicht; Vermischung von Fakten und Kommentar; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 5 der «Erklärung»; Richtlinien 1.1, 2.1, 2.3, 3.8, 5.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. September 2011 (Allgemeiner Wirtschaftsdienst Schweiz c. «K-Tipp»)

Der Presserat wies eine Beschwerde gegen den im «K-Tipp» erschienen Artikel «Über den Tisch gezogen» ab, da keine Verletzung der Ziffern 1 (Wahrheit), 2 (Trennung von Fakten und Kommentar), 3 (Anhörung bei schweren Vorwürfen) und 5 (Berichtigung) der «Erklärung» gegeben war.

11-188

Fehlende Beschwerdebegründung

Nichteintreten

Art. 8, 12 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 9. September 2011 (Curaviva Thurgau c. «Kreuzlinger Nachrichten»)

Der Presserat trat aufgrund einer mangelhaften Begründung nicht auf eine Beschwerde gegen einen unter dem Titel «Verlorene Wertschätzung» in den «Kreuzlinger Nachrichten» erschienen Artikel ein.

11-189

Verarbeitung eines Leserbriefs zu einem redaktionellen Beitrag

Leserbrief

Ziffer 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 24. August 2011 (38/2011; X. c. «Gossauer Nachrichten»)

Die «Gossauer Nachrichten» veröffentlichten einen Leserbrief vom Präsidenten einer Lokalsektion der SP, in dem dieser einen Kandidaten zur Wahl in den Stadtrat empfahl. Dieser Leserbrief veranlasste X. zu einer langen Entgegnung, worin er sich über die «wiederholte und haltlose SP-Schmutzkampagne» entsetzte. Diese stellte er den «Gossauer Nachrichten» in zwei Varianten zum Abdruck als Leserbrief zu. Die «Gossauer Nachrichten» druckten keinen der beiden Leserbriefvarianten ab, sondern veröffentlichten einen redaktionellen Beitrag mit dem Titel «Heftige Anschuldigungen». Dieser wurde mit «red» gezeichnet und fasste zusammen, dass X. «scharf» gegen den Präsidenten der SP-Lokalsektion schieße und dass sein Leserbrief dazu «in diesem Stil nicht abgedruckt werden» konnte. X. protestierte gegen diese Veröffentlichung bei den «Gossauer Nachrichten» und schaltete den Presserat ein. In seiner Beschwerde beanstandete er «den einseitigen Verriss meiner Person» und den Bruch einer getroffenen Vereinbarung mit der Zeitung.

Der Presserat hielt in Übereinstimmung mit seiner ständigen Praxis fest, dass es im Ermessen der Redaktion liege, ob sie einen bestimmten Leserbrief abdruckt oder nicht. Folglich seien die «Gossauer Nachrichten» nicht verpflichtet gewesen, den Leserbrief von X. zu veröffentlichen. Weiter erinnerte der Presserat daran, er habe in einem anderen Zusammenhang dafür plädiert, dass Redaktionen unkorrekt verfasste Leserbriefe durch Weglassung unrichtiger oder ehrverletzender Passagen in eine korrekte Form bringen können, statt deren Abdruck abzulehnen. Die «Gossauer Nachrichten» hätten vorliegend einen anderen Weg gewählt und gestützt auf den Leserbrief einen kurzen redaktionellen Beitrag verfasst. Dabei habe sich die Zeitung fair verhalten und die wichtigsten Vorwürfe von X. im Bericht korrekt zusammengefasst.

Dem Presserat stellte sich zudem die bisher noch nie aufgetauchte Frage, ob eine Redaktion einen ihr zur Veröffentlichung zugestellten Leserbrief überhaupt zu einem redaktionellen Bericht verarbeiten darf, ohne den Leserbrief abzudrucken. Er vertrat diesbezüglich die Ansicht, dass Leserbriefe in dieser Hinsicht ähnlich wie Medienmitteilungen zu behandeln seien und somit redaktionell bearbeitet werden dürften. Problematisch wäre hingegen, so der Presserat weiter, wenn der redaktionell bearbeitete Text als solcher von X. gezeichnet worden wäre. Mit der Kennzeichnung «red» hätten die «Gossauer Nachrichten» jedoch transparent gemacht, dass die Reaktion den Leserbrief selbst bearbeitet und wertend eingeordnet hat.

Was den Inhalt des Leserbriefs betraf, führte der Presserat aus, dass wenn X. mit einem polemischen Leserbrief einen anderen Leserbriefschreiber angreife, müsse sie sich ihrerseits öffentliche Kritik gefallen lassen. Soweit X. ausführte, die «Gos-

sauer Nachrichten» hätten ihr den bearbeiteten Leserbrief entgegen der gemachten Zusicherung vor der Veröffentlichung nicht zur Stellungnahme unterbreitet, stehe Aussage gegen Aussage, weshalb für den Presserat das Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung nicht erstellt war. Aus all diesen Gründen kam er zum Schluss, dass die «Gossauer Nachrichten» mit der Publikation des beanstandeten Artikels nicht gegen Ziffer 5 der «Erklärung» (Leserbriefe) verstossen habe und wies folglich die Beschwerde ab.

11-190

La relation d'informations notoires et accessibles à tous exonère largement le journaliste des devoirs figurant dans la Déclaration

Information complète; loyauté de la recherche; mention du nom

Chiffres 1, 3, 5 de la «Déclaration»; directives 3.8, 7.2 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 16 septembre 2011 (39/2011, X. c. «Le Nouvelliste»)

En comparant l'arrêt du Tribunal fédéral et l'article du «Nouveliste» contesté par le plaignant, le Conseil suisse de la presse ne constate aucune différence majeure. Pour le lectorat du journal, il ressort clairement qu'il s'agit d'une affaire d'incapacité de postuler à cause d'un conflit d'intérêt. Tous les aspects et citations contenus dans l'article se basent sur le jugement; dès lors ni les chiffres 1 (vérité) et 3 (information complète) ni le chiffre 5 (rectification) de la «Déclaration» n'ont été enfreints. De même, comme l'article résume le contenu d'un document officiel et cite la décision du Tribunal fédéral comme source de l'information, une audition du plaignant avant publication (directive 3.8 relative à la «Déclaration») n'était pas obligatoire.

Selon la directive 7.2 (identification), «les journalistes soupèsent avec soin les intérêts en jeu» (droit du public à être informé, protection de la vie privée). La mention du nom des personnes qui exercent une profession libérale est admissible s'il y a un lien étroit entre l'activité professionnelle et le compte-rendu.

En l'espèce, l'inimitié entre X. et Y. est de notoriété publique dans le milieu judiciaire valaisan, et le plaignant est déjà apparu à plusieurs occasions dans les médias dans un contexte professionnel semblable. La mention de son nom dans l'article contesté est donc admissible; de plus, celui-ci relate un jugement du Tribunal fédéral accessible à tout le monde via internet. La plainte est rejetée.

8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation – Ethique de la communication commerciale

11-191

Radiospot «Wir produzieren CO₂-freien Strom»

Beschluss der Schweizerischen Lauterkeitskommission vom
11. Mai 2011 (158/11)

Kernenergie wurde als «CO₂-freier Strom» angepriesen, was von der Lauterkeitskommission als unlauter befunden wurde, da die Werbende die Richtigkeit ihrer Werbeaussage nicht beweisen konnte und deshalb gegen Art. 3 lit. b UWG versties.

Protection des données: deux ouvrages qui feront date

Eva Marie Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldman
Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht
Spämpfli juristische Lehrbücher, Berne 2011: Stämpfli,
1076 pages

Philippe Meier
Protection des données – Fondements, principes généraux
et droit privé, Berne 2011: Stämpfli, 807 pages

Coup sur coup, les éditions Stämpfli viennent de publier deux ouvrages conséquents sur la protection des données. Disons-le d'emblée, celui qui, par commodité linguistique ou par souci d'économie, se contente d'en acquérir un seul commet une erreur. Certes, les deux livres passent en revue, l'un et l'autre, les fondements de la protection des données, son évolution historique, ses principes généraux et ses mécanismes de mise en œuvre. Mais leurs auteurs ne portent pas le même regard sur ces thématiques obligées. Alors que Meier se focalise sur le droit privé, Belser/Epiney/Waldmann ciblent le droit public (avec, heureuse surprise, un large panorama du droit cantonal). En outre, les éclairages divergent: si le trio de l'Université de Fribourg met l'accent sur le développement du cadre international (Conseil de l'Europe mais aussi Union Européenne depuis que la Suisse a adhéré au traité de Schengen), le professeur lausannois se place dans une perspective dynamique, portant une attention constante aux nouvelles technologies et à leur impact sur la vie privée; il fait notamment la part belle à des questions aussi controversées que l'usage de données biométriques ou la surveillance électronique des employés par leur employeur. On l'aura compris: plutôt que d'être concurrents, les deux traités sont complémentaires.

Complémentaires, et des plus bienvenus. Les ouvrages sur la protection des données en droit suisse se comptent en effet sur les doigts d'une main. En langue allemande un commentaire ici, un précis là; en français: rien ... Autant dire que Meier fait œuvre de pionnier.

Pendant longtemps, le manque de littérature topique était regrettable, mais finalement ne portait guère à préjudice: la protection des données ne concernait, en pratique, que les autorités publiques et les grandes entreprises. Exploitant de vastes fichiers et registres, eux seuls mettaient vraiment en péril la vie privée. Aujourd'hui, les menaces viennent de tout un chacun: l'avènement d'internet, et en particulier du web participatif – réseaux sociaux, wikis, blogs – a multiplié les possibilités de collecter (clandestinement s'il le faut) des données personnelles, de les copier, de les modifier, de les combiner et de les transmettre tous azimuts, en deux-trois clics de souris. Voilà chacun d'entre nous à la fois susceptible de subir des atteintes mais aussi d'en causer. Nul doute, la protection des données nous interpelle désormais au quotidien.

De domaine du droit réservé à une poignée de spécialistes (à l'image du droit aérien ou du droit agraire), la protection des

données est ainsi devenue un *must* pour tout juriste qui se respecte. Or cette matière ne se laisse pas appréhender sans efforts et réflexions. Les principes pertinents (licéité, bonne foi, finalité, proportionnalité, sécurité, sans oublier le petit dernier qu'est la reconnaissabilité) sont à géométrie variable et d'interprétation délicate; il en va de même des vagues motifs justificatifs d'un traitement, à commencer par l'intérêt prépondérant. A quoi s'ajoute des voies de droit d'une rare complexité.

Bref, il y avait un grand et urgent besoin d'éclaircissements. Se fondant sur la somme des décisions judiciaires et des recommandations du Préposé fédéral à la protection des données jusqu'à ce jour, les deux ouvrages en question explicitent, commentent et critiquent. Mais ils ne peuvent apporter réponse à tout; en particulier ils ne sont pas en mesure de pallier aux insuffisances d'un cadre législatif qui date; mis-à-part quelques ravalements de façades de première nécessité, le siège de la matière est encore et toujours une loi qui remonte à avant la révolution internet.

Des révisions totales des textes fondateurs suisses et européens s'annoncent pour demain; et après-demain, qui sait, des principes contraignants globaux, si l'obstacle des différences de culture en matière de *privacy* peut être surmonté. Quoi qu'il en soit, il sera bientôt temps pour les auteurs de préparer la seconde édition de leurs ouvrages respectifs. Si elle se devait se révéler de la même veine que la première, le succès sera garanti!

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

Aufsätze/Etudes

Auf der Maur Rolf/Steiner Thomas, Technologiegerechte Haftungsstandards für Online-Diensteanbieter, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 413 ff.

Dumermuth Martin, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 667 ff.

Martenet Vincent, L'entreprise ou la division défailante et le contrôle des concentrations, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 701 ff.

Osterwalder Simon, Die Must Carry-Regel für die Verbreitung von Fernsehprogrammen gemäss Art. 60 RTVG, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 719 ff.

Rehbinder Manfred, Litigation-PR als professionelle Dienstleistung, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 771 ff.

Spindler Gerald, Streaming, Internetradios und Content-Portale im Urheber- und Medienrecht, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber, Bern, 2011, S. 781 ff.

Steiner Thomas, Menschenrechtsimplikationen von Werbung in Online Games: Medienregulierung im digitalen Alltag, in: Kirchschräger Peter G./Kirchschräger Thomas (Hrsg.), Menschenrechte und Digitalisierung des Alltags, Internationales Menschenrechtsforum Luzern (IHRF), Bd. VII, Bern 2010, S. 197 ff.

Bücher/Livres

Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, 1075 Seiten.

Stebler Elisabeth, Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft, Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der beschuldigten Personen in Vorverfahren, Europäische Hochschulschriften, Bern 2011, 233 Seiten.

Zeitschriften/Revues

Kogler Michael R., Hybrid-TV – Modernes «Fernsehen» im unmodernen EU-Rechtsrahmen?, in: Kommunikation & Recht 2011, S. 642 ff.

Plum Martin, Pressetendenzschutz in Europa in: AfP 2011, S. 227–231.

Schrader Paul T., Das Vervielfältigungsrecht: dogmatischer Ausgangspunkt oder praktischer Auffangtatbestand des Urheberschutzes, in: UFITA 2011, S. 494–518.

Schnabel Christoph, Geistiges Eigentum als Grenze der Informationsfreiheit, in: Kommunikation & Recht 2011, S. 626 ff.

Waiblinger Julian, Zum Plagiat in der Wissenschaft: Umfang und Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Schriftwerke, in: UFITA 2011, S. 323–446.

NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG

Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/
Peter Nobel/Roger Zäch

Kommunikation

Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag

992 Seiten, gebunden, CHF 148.–,
ISBN 978-3-7272-2963-3, 6/2011

Im Juni 2011 feiert Professor Dr. Rolf H. Weber, Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, seinen 60. Geburtstag. Zu diesem Anlass überreichen ihm seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten die vorliegende Festschrift.

Die Forschungsschwerpunkte von Rolf H. Weber liegen im Privat- und Wirtschaftsrecht. Im letzten Jahrzehnt war ihm insbesondere das Recht der Kommunikation ein besonderes Anliegen, weshalb der Schwerpunkt der Festschrift auf diesem Gebiet liegt. Sie vereint Beiträge aus Wissenschaft, Justiz, Praxis und Rechtspolitik zu den Themenkomplexen «Private und Unternehmen», «Märkte», «Staat» und «Medien». Die in- und ausländischen Beiträge reichen vom Insiderrecht und der Unternehmenskommunikation auf der einen Seite bis zur staatlichen Regulierung von Internet und anderen Medien auf der anderen Seite und spiegeln damit auch die ganze Breite des Schaffens von Rolf H. Weber wider.

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____



Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

3001 Bern

Telefon 031 300 66 77

Fax 031 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG

www.staempfliverlag.com

Herausgeber/Directeurs de la publication:

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

Redaktionsleiter/Chef de rédaction:

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

Ressortleiter/Responsables de ressorts:

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

Informationsrecht/Droit de l'information:

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

Zivilrecht/Droit civil:

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

Strafrecht/Droit pénal:

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

Urheberrecht/Droit d'auteur:

Dr. Willi Egloff (info@advocomplex.ch)

Recht der neuen Technologien/Droit des nouvelles technologies:

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

Radio- und Fernsehrecht/Droit de la radiodiffusion:

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

Dr. Thomas Steiner (tsteiner@vischer.com)

Medienethik, Selbstregulierung/Ethique des médias, autorégulation:

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

Druck/Impression:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Verlag/Editeur:

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

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

Zitierweise:

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

Abréviation suggérée:

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

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 146.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 154.– inkl. Versandkosten

Onlinezugang CHF 114.–

Abonnements/Abonnements:

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

Inserate/Annonces

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

medialex

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

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

www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011

ISSN 1420-3723

Gliederung für Entscheide

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

Index des décisions

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

