Daniel Glasl, Dr. iur., H.E.E. (Bruges), Rechtsanwalt, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, praktiziert als Wirtschaftsanwalt in Zürich. Er ist u. a. spezialisiert in Fragen des Medienrechts und leitet die Fachgruppe Medienrecht des Zürcher Anwaltsverbands. Nebst dem Medienrecht liegen die Schwerpunkte seiner Tätigkeit im Zivilprozessrecht, SchKG und Wirtschaftsrecht. Er publiziert und referiert u. a. im Zivilprozessrecht, Persönlichkeitsschutzrecht und zu Fragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

Daniel.Glasl@bratschi-law.ch

Die Achtung der Privatsphäre und die Verantwortlichkeit von Suchmaschinenbetreibern

Das Recht auf Vergessen ist bei Google angekommen. Zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 13. Mai 2014

Résumé La Cour de justice, dans une cause espagnole, qualifie Google de «responsable» du traitement de données au sens de la directive de l'UE sur la protection des données. Elle estime en effet que l'activité d'un exploitant de moteur de recherche constitue du traitement de données au sens de la directive. Si une pesée des intérêts en cause penche en faveur de la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne concernée, il convient de supprimer les résultats de recherche litigieux quand bien même la publication initiale des données par un éditeur de site Web pouvait être licite. Dans le cas qui lui a été soumis, la Cour estime que le référencement des données litigieuses, datant de 1998, n'est plus pertinent au regard des finalités pour lesquelles elles ont été traitées et du temps qui s'est écoulé depuis lors.

Bahnbrechendes Urteil des EuGH zur Verantwortlichkeit von Google

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 13. Mai 2014 in einem bahnbrechenden Urteil entschieden, dass europäische Bürger aufgrund des Datenschutzrechts von Google die Löschung personenbezogener Daten im Internet verlangen können (EuGH, Rechtssache C-131/12). Das Urteil erging im Rahmen einer Vorabentscheidung zur Auslegung der Europäischen Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281 vom 23. 11. 1995 31).

Im Ausgangsverfahren ging es um die Frage, ob die Datenschutzbehörde das Begehren eines Spaniers auf Löschung zweier Links auf Zeitungsartikel aus den Google-Suchergebnissen zu Recht geschützt hatte. In diesen Artikeln aus dem Jahr 1998 war von seinen Schulden und der Zwangsversteigerung seines Hauses die Rede. Die Angaben waren alt, inhaltlich aber korrekt; die Tageszeitung hatte sie rechtmässig publiziert und in ihrem Onlinearchiv belassen, da sie auf Anordnung des Arbeits- und Sozialministeriums und mit dem Ziel einer höchstmöglichen Publizität der Zwangsversteigerung erfolgt waren. Der Spanier hatte geltend gemacht, die Pfändung, von der er betroffen gewesen sei, sei seit Jahren vollständig erledigt und verdiene keine Erwähnung mehr.

Google Spain SL und Google Inc. erhoben dagegen Klage vor dem Nationalen Obergericht, welches dem EuGH die folgenden Fragen vorlegte: Fällt die Tätigkeit eines Suchmaschinenbetreibers unter den Begriff der Datenverarbeitung (sachlicher Anwendungsbereich)? Fallen Google Inc. und Google Spain in den räumlichen Anwendungsbereich? Kann der Suchmaschinenbetreiber verpflichtet werden, Links zu Internetseiten mit Informationen zu löschen, selbst wenn der Name oder die Informationen auf den Internetseiten des Betreibers der Website nicht gelöscht werden und ihre dortige Veröffentlichung als solche rechtmässig ist? Welches sind die Kriterien, die erfüllt sein müssen, um die Löschung durch einen Suchmaschinenbetreiber anzuordnen?

Der EuGH zieht zunächst die Erwägungsgründe für den Erlass der Datenschutzrichtlinie in Betracht, wo es u. a. (Erw. 2, 10) heisst: «Die Datenverarbeitungssysteme stehen im Dienste des Menschen; sie haben, ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts der natürlichen Personen, deren Grundrechte und -freiheiten und insbesondere deren Privatsphäre zu achten und (…) zum Wohlergehen der Menschen beizutragen. Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten ist die Gewährleistung der Achtung der Grundrechte und -freiheiten, insbesondere des Rechts auf die Privatsphäre.»

Der EuGH bejaht die sachliche und räumliche Anwendbarkeit der EU-Datenschutzrichtlinie auf die Tätigkeit von Google. Damit widerspricht er dem Argument von Google, als kalifornische Firma sei sie für die Inhalte der angezeigten Fundstellen nicht verantwortlich und unterliege ausschliesslich dem US-Recht. Sachlich fällt die Tätigkeit einer Such-

maschine, die darin besteht, von Dritten ins Internet gestellte Informationen zu finden, automatisch zu indexieren, vorübergehend zu speichern und schliesslich den Internetnutzern in einer bestimmten Rangfolge zur Verfügung zu stellen, sofern die Informationen personenbezogene Daten enthalten, unter den Begriff der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Suchmaschinenbetreiber ist der für diese Verarbeitung Verantwortliche. Hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereichs machte Google ohne Erfolg geltend, dass ihre Tochtergesellschaft in Spanien selbst keine Datenverarbeitung ausführe, sondern in Spanien nur Werbefläche verkaufe. Der EuGH widerspricht, da die Richtlinie nicht voraussetzt, dass die Datenverarbeitung «von» der Niederlassung selbst, sondern lediglich «im Rahmen der Tätigkeiten» der Niederlassung ausgeführt wird.

Bemerkenswert ist, dass Google unabhängig vom Verhalten des Herausgebers der Website, auf der die Informationen veröffentlicht wurden, zur Löschung der Suchtreffer verpflichtet wird. Google hatte eingewendet, dass Löschungsanträge nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit an den Herausgeber der betreffenden Website zu richten seien, da dieser die Verantwortung für die Veröffentlichung der Informationen übernehme, die Rechtmässigkeit der Veröffentlichung beurteilen könne und über die wirksamsten Mittel zur Unzugänglichmachung der Informationen verfüge. Die österreichische Regierung war der Ansicht, dass der Suchmaschinenbetreiber erst zur Löschung angewiesen werden könne, wenn zuvor festgestellt worden sei, dass die Daten rechtswidrig oder unzutreffend seien. Der EuGH hält mit Verweis auf den Schutzzweck und die Garantien der Richtlinie, insbesondere zum Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Datenverarbeitung, fest, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten den Grundsätzen der Richtlinie genügen muss. Er weist darauf hin, dass eine solche Datenverarbeitung durch eine Suchmaschine die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen kann, insbesondere wenn die Suche anhand des Namens einer natürlichen Person durchgeführt wird: So kann mit den Ergebnislisten ein detailliertes Profil über diese Person im Internet erstellt werden, das potenziell zahlreiche Aspekte des Privatlebens betrifft und das ohne die Suchmaschine nicht oder nur sehr schwer hätte gefunden werden können. Wegen der potenziellen Schwere kann ein solcher Eingriff nicht allein mit dem wirtschaftlichen Interesse der Suchmaschinenbetreiber gerechtfertigt werden. Ein wirksamer Schutz, so der EuGH, könnte nicht erreicht werden, wenn die Betroffenen vorher oder parallel bei den Herausgebern der Websites die Löschung der sie betreffenden Informationen erwirken müssten, da die auf einer Website veröffentlichten Informationen leicht auf anderen Websites wiedergegeben werden können und die Verantwortlichen nicht immer dem Unionsrecht unterstehen. Zudem können ggf. die Herausgeber von Websites die Verarbeitung «allein zu journalistischen Zwecken» geltend machen, sodass für sie Ausnahmen gelten, während dies bei einem Suchmaschinenbetreiber nicht der Fall ist. Daher ist es möglich, dass der Betroffene unter bestimmten Umständen die Rechte der Richtlinie gegen den Suchmaschinenbetreiber, nicht aber gegen den Herausgeber der Website geltend machen kann. Google kann zur Löschung von Links selbst dann verpflichtet werden, wenn die Veröffentlichung auf den Internetseiten als solche rechtmässig ist. Die Richtlinie kann nicht nur verletzt werden, weil die Daten sachlich unrichtig sind, sondern u. a. auch, weil sie nicht mehr den ursprünglichen Zwecken der Verarbeitung entsprechen. Daraus ergibt sich, dass eine ursprünglich rechtmässige Verarbeitung sachlich richtiger Daten im Laufe der Zeit nicht mehr den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen kann, insbesondere, wenn die Daten den Zwecken, für die sie erhoben oder verarbeitet wurden, in Anbetracht der verstrichenen Zeit nicht mehr entsprechen, dafür nicht oder nicht mehr erheblich sind oder darüber hinausgehen. Wirtschaftliche Interessen des Suchmaschinenbetreibers und das Interesse der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu der Information haben demgegenüber zurückzutreten. Anders wäre nur zu urteilen, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran gerechtfertigt ist.

Verpflichtung von Suchmaschinenbetreibern zur Wahrung des Rechts auf Vergessen

Das Recht auf Vergessen ist nicht neu, sondern in Lehre und Praxis etabliert (BGE 122 III 457 E. 3b; BGE 109 II 356 E. 3; BGer, 23. 10. 2003, 5C.156/2003; Barrelet, Droit à l'oubli: le «Journal de Genève» condamné – Arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2003 (5C.156/2003), medialex 2004, 57 f.; Weber, Der Ruf nach einem Recht auf Vergessen, digma 2011, 102 ff.; Glaus, Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung, medialex 2004, 193 ff.; Riklin, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 7, N 18; Barrelet, Droit suisse des mass media, Bern 1987, Rz. 54 ff.; Barrelet/Werly, Droit de la communication, Bern 2011, Rz. 1536 ff.; Presserat-Richtlinie 7.5). Es bekommt durch die Internetsuchmaschinen natürlich eine neue, grosse Bedeutung. Das Recht auf Vergessen gilt nicht absolut, sondern es bedarf stets einer Güterabwägung im konkreten Einzelfall. (Zur gesetzgeberischen Entwicklung in der Schweiz und in Europa erscheint demnächst eine Abhandlung von Heinrich/Weber im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht 2013/14).

Der Richterspruch aus Luxemburg ist insofern ein sog. Landmark-Entscheid, als Google allein gestützt auf das Recht auf Vergessen zur Löschung verpflichtet wird, unabhängig von der Ursprungswebsite, wo die Daten nicht entfernt werden müssen.

Zusammenfassung Der EuGH qualifiziert Google anhand eines spanischen Ausgangsverfahrens als verantwortlich für die Datenverarbeitung unter der Europäischen Datenschutzrichtlinie. Danach ist die Tätigkeit von Suchmaschinenbetreibern eine Datenverarbeitung. Deren Suchergebnisse sind – unabhängig von der Rechtmässigkeit der Erstpublikation durch die Herausgeber von Websites – zu löschen, falls die Güterabwägung zugunsten der Betroffenen ausfällt. Dies ist vorliegend der Fall, da die Daten von 1998 den Zwecken, für die sie erhoben oder verarbeitet wurden, in Anbetracht der verstrichenen Zeit nicht mehr entsprechen und nicht mehr erheblich sind.

Michael Schweizer, Dr. iur., Fürsprecher, Mitarbeiter im Rechtsdienst der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft. Der Autor vertritt die SRG SSR in der vom Bakom eingesetzten Arbeitsgruppe Netzneutralität.

michael.schweizer@srgssr.ch

Netzneutralität in der Schweiz – eine Debatte, bitte!

Résumé En comparaison avec d'autres pays, le débat public sur la neutralité du Net prend du retard en Suisse, bien qu'il relève aussi de l'intérêt des médias. Internet se transforme en une plate-forme de communication au rôle déterminant, qui revêt une importance particulière pour la liberté de l'information et la liberté des médias. Un Internet ouvert et non discriminatoire favorise l'entrée sur le marché de nouveaux, et notamment aussi petits fournisseurs de contenus. Ce faisant, il assure une égalité des chances en termes de diffusion des contenus en ligne et d'accès au public. Prescrire de manière obligatoire une égalité de traitement pour le transport de données est gage d'innovation et de diversité journalistique à un moment où ces dernières sont menacées par des voies rapides sur Internet, par des structures d'abonnement qui ont la préférence de certains services ou fournisseurs et par d'autres idées commerciales émanant des opérateurs. De surcroît, l'intégration verticale croissante des réseaux, des services et des contenus crée des incitations qui vont à l'encontre du concept d'opérateur «neutre». Le Conseil des Etats va probablement poser des jalons importants cette année encore, soit en fixant un cadre obligatoire qui ouvrira la voie à la régulation de la neutralité du Net lors de la prochaine révision de la loi sur les télécommunications, soit en laissant au Conseil fédéral le soin de décider si la neutralité du Net fera partie de la révision. Quoi qu'il en soit, cette décision cruciale aurait mérité un débat public préalable.

Im Juni dieses Jahres hat der Nationalrat eine Motion angenommen, welche die Netzneutralität als «Grundbaustein der Informations- und Meinungsfreiheit» im Fernmeldegesetz verankern will (www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20124212 [16. Juli 2014]). Ob die öffentliche Diskussion über die Netzneutralität damit auch in der Schweiz an Fahrt gewinnt? Es wäre an der Zeit. Im internationalen Vergleich hinkt die öffentliche Debatte zur Netzneutralität in der Schweiz hinterher. Selbst der Entscheid des Nationalrats fand in den Schweizer Medien, mit wenigen Ausnahmen, keine besondere Beachtung. Anders in der EU, wo das Thema die Medien ebenso beschäftigt wie Regulatoren, politische Entscheidungsträger und natürlich Lobbyisten. Viel Aufmerksamkeit erfuhr etwa der Signalentscheid des europäischen Parlaments: Im Rahmen der Neuregelung des europäischen Binnenmarkts für Telekommunikation beschloss es in erster Lesung, die Netzneutralität umfassend zu regeln.

Es mag überraschen, dass sich die Schweizer Medien für das Thema Netzneutralität noch wenig interessieren. Eine öffentliche Diskussion darüber läge im ureigenen Interesse aller Medien, die ihre Inhalte auch, hauptsächlich oder sogar ausschliesslich über Internet zum Publikum bringen – also praktisch alle.

Was ist Netzneutralität, und was bedeutet sie für die Medien?

Netzneutralität bezeichnet den Grundsatz, nach dem alle Daten beim Transport durch das Internet gleich behandelt werden, unabhängig von Sender, Empfänger, Inhalt, Gerät und so weiter. Das Gremium der europäischen Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation BEREC spricht vom «principle of equal treatment of network traffic» (BoR [12]146).

Bis anhin funktionierte die diskriminierungsfreie Übermittlung von Daten gemäss dem «best effort»-Prinzip: Die Nutzer erhalten die jeweils bestmöglich verfügbare Bandbreite, niemand wird bevorzugt. Viele verbinden damit eine der grossen Errungenschaften des Internet: Anbieter von Inhalten und Diensten hatten so stets freien und gleichberechtigten Zugang zu Konsumenten. Die Konsumenten wiederum konnten stets frei auf Inhalte und Services im Internet zugreifen. Beides erfolgte ohne Beeinflussung durch die Netzbetreiber. Sie verhielten sich neutral. Man spricht deshalb auch vom «offenen Internet».

Diese Offenheit des Internet bedeutete tiefe Hürden für den Zugang zum weltweiten Markt. Dies förderte den Markteintritt gerade auch von Einzelpersonen und Start-ups, was viel zur Rolle des Internet als Innovationsplattform beigetragen hat. Ein offenes Internet bietet also auch neuen oder kleinen

Medienunternehmen mit geringen finanziellen Mitteln die Chance, in den Markt einzutreten und sich national oder sogar international Resonanz zu verschaffen. Was die technische Erreichbarkeit des Publikums betrifft, profitieren sie im neutralen Netz von gleichen Chancen. Damit trägt Netzneutralität zur Sicherung der publizistischen Vielfalt bei und verfolgt bei der Verbreitung von Inhalten über Internet ähnliche Ziele wie die traditionellen Must-carry-Regeln im Rundfunk – wenn auch mit unterschiedlichen Mitteln. Must-carry-Pflichten gewährleisten Meinungsfreiheit und Pluralismus, indem sie die Verfügbarkeit von als besonders wertvoll erachteten Programmen bei der Rundfunkverbreitung sichern (BGE 138 II 269). Netzneutralität dagegen sichert Pluralismus, indem sie die Chancengleichheit aller Inhalteanbieter bezüglich der technischen Erreichbarkeit des Publikums über Internet wahrt. Keiner muss mit dem Betreiber der «letzten Meile» verhandeln, um überhaupt oder in bestimmter Qualität zum Endkunden zu gelangen. Käme es zum Datenstau, wären alle gleichermassen betroffen.

Darüber hinaus – man muss es den Medienaffinen kaum erklären – eröffnete erst das offene Internet Möglichkeiten zur freien Meinungsbildung und Informationsbeschaffung in vorher nicht denkbarem Ausmass. Ideen, Meinungen und Informationen können weltweit empfangen und geteilt werden. «It's the closest thing ever invented to a true free market of ideas» resümierte die American Civil Liberties Union in ihrem «Net Neutrality 101»-Bericht. Für die Medienschaffenden ist das Internet zugleich Quelle und Mittel zur Verbreitung ihrer Inhalte. Überhaupt baut die moderne Informationsgesellschaft auf dem Internet auf und hängt mittlerweile auch davon ab. Im Internet erfolgt heute ein zentraler Teil der gesellschaftlichen Kommunikation, Information und der kommerziellen Transaktion. Es ist zudem Werkzeug, um an politischen Prozessen und an der demokratischen Kontrolle teilzuhaben. Das offene Internet ist deshalb von besonderer Bedeutung für die Ausübung der Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit. Die Bedeutung des Internets für die Verbreitung von Medieninhalten nimmt denn auch in dem Mass zu, in dem sich das Internet als bestimmende gesellschaftliche Kommunikationsplattform etabliert.

Einige Diskussionspunkte …

In der Debatte geht es darum, ob Netzbetreiber alle Daten beim Transport gleich behandeln müssen oder ob sie differenzieren können, etwa nach Art der Inhalte, Inhalteanbietern und so weiter. Netzbetreiber, vor allem Betreiber der «letzten Meile», kämpfen mit verschiedenen Argumenten vehement für ihre Freiheit, in den Datenverkehr eingreifen zu können. Eine regulatorische Festschreibung der Netzneutralität lehnen sie kategorisch ab.

Viele Argumente gegen eine Regulierung zielen schon deshalb ins Leere, weil kein realistisches Regulierungsmodell der Netzneutralität jeden Eingriff in den Datenverkehr ausschliesst. Das zeigt etwa die Regulierung der Netzneutralität in Holland oder auch das vom europäischen Parlament beschlossene Modell. Beide definieren einen abschliessenden Katalog von Situationen, die einen Eingriff in den Datenverkehr rechtfertigen. Unbestritten ist etwa die Zulässigkeit von Eingriffen in den Datenverkehr, um die Sicherheit der Netzwerkinfrastruktur zu gewährleisten oder um einem Gerichtsbeschluss nachzukommen.

Gerne begründen Netzbetreiber die Notwendigkeit von Eingriffen auch damit, dass qualitätssensitive Dienste wie Telemedizin, Konferenz-Services oder IPTV nur markttauglich seien, wenn dem Kunden eine durchgehende Mindestqualität der Übertragung garantiert werden könne. Dies setze notfalls eine Priorisierung der entsprechenden Daten voraus. Auch hier gilt: Netzneutralität schliesst rein technisch gerechtfertigte Priorisierungen für bestimmte Dienste nicht aus. Sie sind aber klar zu definieren, um das Prinzip der Netzneutralität nicht auszuhebeln. Die Tücken zeigt das vom EU-Parlament vorgeschlagene Modell. Unter dem Titel «Spezialdienste» erlaubt es Internetdienste in garantierter Qualität. Schon im Vorfeld wurden Bedenken laut, damit würde eine Hintertür geöffnet. «Spiegel Online» verwies auf die Pläne der Deutschen Telekom rund um ihren TV-Dienst «Entertain»: Datennutzungen in Zusammenhang mit «Entertain» sollten nicht an das monatliche Datenvolumen angerechnet werden («EU-Ausschuss verabschiedet sich von der Netzneutralität», 18. März 2014). Pikant: Auch kommerzielle Dritte können sich mit ihren Angeboten auf die «Entertain»-Plattform einhandeln oder einkaufen. Die Plattform bietet neben TV ein internetbasiertes Multimedia-Angebot mit Videos und beliebig erweiterbaren Apps wie News, Videos oder Spielen. Würden damit auch diese Zusatzdienste von der garantierten Übertragungsqualität und der tariflichen Besserstellung profitieren und sich so einen Vorteil sichern gegenüber Konkurrenzdiensten, die über das «normale» Internet auf dasselbe Endgerät gelangen?

Schliesslich knüpfte das europäische Parlament die Spezialdienste an Voraussetzungen. So sollen sie nicht zulasten der Qualität und Verfügbarkeit des allgemeinen Internetanschlusses angeboten werden, und sie dürfen nicht «zwischen funktional gleichwertigen Diensten und Anwendungen» diskriminieren. Das Tauziehen um den Begriff der Spezialdienste im Vorfeld der Abstimmung beweist, welche Bedeutung Gegner und Befürworter einer grosszügigen oder strengen Definition der Spezialdienste beimessen.

Schon lange schielen Netzbetreiber auf zusätzliche Einnahmen von Inhalteanbietern. «Wir können nicht alles umsonst anbieten», liess sich der damalige Telekom-Chef René Obermann vor vier Jahren im deutschen «Manager-Magazin» zitieren, «zahlen müssen diejenigen, die die Netze stark beanspruchen». Ins gleiche Horn blies Sunrise vor zwei Jahren in «NZZ online»: «Mögliche Kooperationsszenarien zu einer verursachergerechteren Verteilung der Investition sind für die Branche sicherlich denkbar.» Die Netzbetreiber möchten also an den Inhalten mitverdienen. Nur so könnten sie, wird behauptet, längerfristig den zunehmenden Datenverkehr bewältigen, die dafür benötigte Kapazität bereitstellen und den Netzausbau finanzieren. Über viele Modelle wird laut nachgedacht. Sie reichen von Transportgebühren bis zu sogenannten Überholspuren: Wer extra bezahlt, dem wird für seine Daten eine bestimmte Qualität garantiert.

Störend dabei ist, dass Netzbetreiber gerne auf die Gewinne von Google verweisen. Internetgiganten wie Google sind aber nicht repräsentativ für das Gros der Inhalteanbieter (und

haben im Übrigen auch ganz klein angefangen). Die Netzbetreiber zielen auf Google, treffen aber alle Inhalteanbieter. Zusätzliche Kosten für Inhalteanbieter erhöhen die Hürden, gerade auch für kleine Inhalteanbieter, gefährden die Bereitschaft zu Investition und Risiko und damit letztlich die Innovation (vgl. etwa «The innovation-enhancing effects of network neutrality», seo economic research).

Störend ist auch, dass Netzbetreiber fälschlicherweise suggerieren, die Inhalteanbieter seien heute gratis im Internet unterwegs. Tatsächlich zahlen Medien schon heute ihren Netzbetreiber für den Internetzugang und für Datentransportdienste, sogenannte Content Delivery Networks. Das sind je nach Medium erhebliche Kosten. Je mehr Daten sie einspeisen, umso teurer wird es. Sie investieren so schon heute in die Netzinfrastruktur. Viele Inhalteanbieter investieren zudem massgeblich in Technologien, die eine massvolle Nutzung des Internets fördern, z. B. Videodatenkompression.

Völlig unbeachtet bleibt auch die Tatsache, dass erst die zunehmende Vielfalt an Inhalten und Diensten die Konsumenten dazu bringt, nicht nur für ein Internetabo der Provider zu bezahlen, sondern auch für mehrere, für höhere Bandbreite und mehr Abdeckung. Diese Nachfrage erlaubt den Netzbetreibern, ihre Einnahmen primär durch angemessene Preispläne für ihre eigenen Endkunden zu beeinflussen – und nicht durch Forderungen an Kunden anderer Netzbetreiber. Umso mehr erstaunt es, dass Netzbetreiber Kapazitätsengpässe geltend machen und gleichzeitig einen Wettbewerb über die günstigste Flatrate führen.

Auch wenn nur einzelne Inhalteanbieter für Priorisierungen freiwillig bezahlen, zwingt dies andere faktisch zu Mehrausgaben, um Kunden in konkurrenzfähiger Qualität und Verlässlichkeit zu erreichen. Den Vorteil haben finanzstarke Unternehmen, die sich entscheidende Vorteile sichern, oder ihren Markt auch abschotten können. Der Finanzkraft grosser Anbieter aus dem nahen Ausland oder global tätiger Anbieter können die Schweizer Medienhäuser in der Regel nicht viel entgegensetzen. Bezahlte Überholspuren oder vergleichbare Geschäftsmodelle wären im Lichte des Medienpluralismus und der Meinungs- und Medienfreiheit ein grosser Rückschritt. Gleichzeitig vermindern Geschäftsmodelle basierend auf angeblichen Kapazitätsengpässen letztlich den Anreiz zum Netzausbau. Wer will schon für eine Überholspur zahlen, wenn nicht regelmässig Stau besteht?

Womöglich wäre allein schon die Prämisse der Diskussion kritisch zu hinterfragen, inwiefern tatsächlich Kapazitätsengpässe und eine nicht zu bewerkstelligende «Datenexplosion» bestehen (vgl. schon Kenny, Are traffic charges needed to avert a coming capex catastrophe?, 6 f. sowie Williamson/Black/Puntin, The open internet, a platform for growth, 17 ff.; Belli/van Bergen, Protecting Human Rights through network neutrality, 28). Am besten Auskunft geben könnten die Netzbetreiber. Sie sind aber selbst «Partei» in der Diskussion. So oder anders ist unter dem Titel der Netzneutralität nicht zu fordern, dass Netzbetreiber auf Kosten der Kunden «goldene Netze» bereitstellen, die auf Spitzenlasten ausgerichtet sind. Auszugehen ist aber von einem nachfragebasierten Ausbau, wie die Netzbetreiber selber immer beteuern. «Stau»-Situationen müssten demnach ohnehin eine temporäre Erscheinung sein.

So erlaubt etwa auch die holländische Regelung bei «vorübergehendem Datenstau» ein zeitlich begrenztes Traffic Management. Der entscheidende Punkt dabei ist: Wenn Traffic-Management-Massnahmen tatsächlich nötig sind, um einen Datenstau zu verhindern, dann dürfen die Massnahmen der Netzbetreiber niemals diskriminierend sein. Das heisst, es wäre ausgeschlossen, dass ein Netzbetreiber gleiche Arten von Diensten unterschiedlich behandelt. Es müsste insbesondere ausgeschlossen sein, eigene Dienste oder Dienste von Vertragspartnern zu priorisieren und konkurrierende Dienste damit zu benachteiligen.

«A solution looking for a problem?»

Schweizer Netzbetreiber werden sich vermutlich auf den Standpunkt stellen, es existierten keine Verletzungen der Netzneutralität. Kein Versagen des Marktes, kein Problem, keine Notwendigkeit für eine Regulierung. Wer die Diskussion länger verfolgt, weiss: Genau dieselbe Argumentationsstrategie hatten die Netzbetreiber im Ausland, als vor Jahren die öffentliche Debatte zur Netzneutralität in Europa einsetzte. Netzneutralität, spotteten sie, sei die Lösung, die ein Problem sucht.

Mittlerweile ist der Spott gewichen, und die Netzbetreiber sind um sachliche Argumente bemüht. Denn die Fälle hat es dann sehr wohl gegeben. Das Gremium der europäischen Regulierungsstellen BEREC hat schon vor zwei Jahren Verstösse gegen die Netzneutralität aufgezeigt (A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe, BoR [12] 30). Die Fälle, die Eingang in die öffentliche Debatte finden, manifestieren das Interesse der Netzbetreiber und zeigen, wohin die Reise geht. Das holländische Unternehmen KPN beabsichtigte, Mobile-Kunden für den Gebrauch von WhatsApp zahlen zu lassen; der französische Provider Free beabsichtigte, (gewisse) Werbeanzeigen per Einstellung im Router zu blockieren; die Diskussion um die deutsche «Drossel-Kom», die ihre hauseigenen Dienste von der Datenobergrenze ausnehmen wollte; der ominöse Deal zwischen dem Videodienst netflix, der bald auch in der Schweiz erhältlich sein soll, und Comcast, einem der grössten Netzbetreiber der USA und so weiter. Die fragwürdigen Abostrukturen haben bereits in der Schweiz Einzug gehalten. Zu denken ist an Abonnements der Schweizer Mobilfunkanbieter Orange und Swisscom, die den Datenverkehr hauseigener Services oder der Services von kommerziellen Partnern von der monatlichen Datenobergrenze ausnehmen. Sunrise wiederum behielt sich in ihren AGB auch schon das Recht vor, Internettelefonie wie Skype zu sperren.

Viel Beachtung verdienen dabei vertikal integrierte Netzbetreiber. Sie verkaufen ihren Kunden nicht nur den Netzzugang, sondern bieten auch eigene oder eingekaufte Inhalte und Dienste an, die mit Inhalten und Services Dritter im gleichen Netz konkurrieren. Sie haben den wirtschaftlichen Anreiz und als Betreiber des Netzes auch die Möglichkeit, sich beim Transport ihrer eigenen Dienste nicht «neutral» zu verhalten. Hier ist der Interessenkonflikt mit der Netzneutralität quasi «institutionalisiert», wie Dr. Christoph Fiedler für den Verband deutscher Zeitschriftenverleger bemerkte. Im Rahmen

der diesjährigen Anhörung des Ausschusses digitale Agenda des deutschen Bundestags zu den Konsequenzen des eingangs erwähnten EU-Telekom-Pakets unterstrich er, dass Verleger digitaler Presseangebote auf neutrale Netze angewiesen seien. Eine fortschreitende Integration von Netzen und Inhalten wäre eine «Bedrohung ihrer Grundlagen» und letztlich ein «Albtraum demokratischer und marktliberaler Gesellschaften».

Netzneutralität hätte eine breite Debatte verdient

Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass die ganz grosse öffentliche Debatte in der Schweiz bisher ausgeblieben ist – auch nach dem Entscheid des Nationalrats. Aus Sicht der Netzbetreiber ist dieses Schweigen freilich willkommen. Sie sind daran interessiert, dass ihr technischer und kommerzieller Gestaltungsspielraum so lange und so weit wie möglich erhalten bleibt. Aus Sicht der Inhalteanbieter, namentlich der Medien, wäre es wünschenswert, wenn nicht darauf gewartet wird, bis sich Fehlentwicklungen einmal eingestellt haben. Immerhin geht es um eine gesellschaftlich zentrale Kommunikationsplattform. Fehlentwicklungen lassen sich hier nur schwer wieder rückgängig machen. Mit Blick auf das evidente (aus rein kommerzieller Sicht nachvollziehbare) Geschäftsinteresse der Netzbetreiber und auf die zunehmende Entwicklung der Netzbetreiber zu Anbietern von Netzen und Inhalten läge zumindest die Festschreibung eines technischen und wirtschaftlichen Nichtdiskriminierungsgebots beim Datentransport im Internet auf der Hand. Tatsache ist, dass sich die Gefahren für die Informations- und Medienfreiheit, die publizistische Vielfalt und den Innovationszyklus weder mit dem geltenden Telekommunikationsrecht noch mit dem Kartell- oder Wettbewerbsrecht verhindern lassen. Bundesrätin Doris Leuthard äusserte sich vor zwei Jahren auch klar zu den Grenzen der Aufsichtstätigkeit: «Sollten Anbieterinnen aber anfangen, missliebige Inhalte zu unterdrücken oder einzelne Angebote gegenüber anderen zu diskriminieren, könnte die Aufsichtsbehörde aufgrund der aktuellen Rechtslage nicht einschreiten» (Amtl Bull Nr. 2012, 862).

Vermutlich noch dieses Jahr beugt sich auch der Ständerat über die vom Nationalrat angenommene Motion. Vergleicht man das Kräfteverhältnis im Ständerat mit dem Abstimmungsverhalten der Parteien im Nationalrat, spricht das Ergebnis wohl für die Ablehnung der Motion. Der Bundesrat hatte schon im Nationalrat die Ablehnung beantragt. Er sprach sich allerdings nicht gegen das Anliegen aus, sondern verwies auf den Fahrplan für die Teilrevision des FMG. Der Bundesrat beabsichtige, noch in dieser Legislaturperiode einen Auftrag zur Erarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage zu erteilen. Dort würde er dann Vorschläge für die Netzneutralität machen. Dafür sei es jetzt noch zu früh. Der Entscheid liegt nun beim Ständerat: Überlässt er es dem Bundesrat, ob überhaupt und wenn ja, in welchem Umfang er das Thema Netzneutralität in die FMG-Revision einfliessen lässt? Oder erhält der Bundesrat den verbindlichen Auftrag, die Netzneutralität im Sinne eines Diskriminierungsverbots im FMG festzuschreiben? Diese nicht unwichtige Weichenstellung hätte vorgängig eine öffentliche Debatte verdient. Im letzten Jahr hat das BAKOM in Absprache mit dem UVEK eine Arbeitsgruppe Netzneutralität eingesetzt. Der Bericht der Arbeitsgruppe ist für diesen Herbst vorgesehen. Er wird diese Debatte aber nicht ersetzen, höchstens ergänzen. Wie der Beitrag zeigt, gäbe es viel Wichtiges zu diskutieren (Stand des Beitrags 16. Juli 2014).

Zusammenfassung Im internationalen Vergleich hinkt die öffentliche Debatte zur Netzneutralität in der Schweiz hinterher, obwohl sie auch im Interesse der Medien liegt. Das Internet mausert sich zur bestimmenden Kommunikationsplattform und ist für die Ausübung der Informations- und Medienfreiheit von besonderer Bedeutung. Ein offenes, diskriminierungsfreies Internet fördert den Markteintritt neuer, auch kleiner Inhalteanbieter. Es sorgt dabei für Chancengleichheit bei der Verbreitung der Inhalte über Internet und beim Zugang zum Publikum. Die verbindliche Festschreibung eines Gleichbehandlungsgebots für den Datentransport verspricht eine Garantie für Innovation und publizistische Vielfalt. Diese stehen unter dem Druck von Überholspuren, Abonnementsstrukturen, die einzelne Dienste oder Anbieter bevorzugen, und anderen Geschäftsideen der Netzbetreiber. Zudem setzt die zunehmende vertikale Integration von Netzen, Diensten und Inhalten Anreize, die mit der Vorstellung vom «neutralen» Netzbetreiber im Widerspruch stehen. Der Ständerat wird vermutlich noch dieses Jahr eine wichtige Weichenstellung vornehmen. Entweder gibt er verbindliche Eckpunkte zur Regulierung der Netzneutralität für die nächste Revision des Fernmeldegesetzes vor oder aber er überlässt es dem Bundesrat, ob die Netzneutralität in die FMG-Revision Eingang finden soll. Diese Weichenstellung hätte eine vorgängige öffentliche Debatte verdient.

Jascha Schneider-Marfels, Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner der Basler Kanzlei LEXPARTNERS.MCS, u. a. spezialisiert auf Medien-, Urheber- und Lauterkeitsrecht.
schneider@lexpartners.ch

Einsichtnahme in behördliche Dokumente, Strafakten und Strafurteile

Stolpersteine der journalistischen Recherche

Résumé Ces dernières années, les possibilités de prendre connaissance de documents officiels, de dossiers judiciaires et de jugements pénaux dans le cadre de la recherche journalistique ont augmenté avec l'introduction du principe de la transparence dans l'administration ainsi qu'avec l'évolution de la publicité de la justice. Il a toutefois été constaté en pratique que les journalistes qui souhaitent contrôler les agissements des autorités étatiques et rendre transparentes les activités de ces dernières se retrouvent confrontés à de nombreux problèmes juridiques. S'agissant du principe de la transparence, on citera les exceptions légales formulées de manière trop large, la longueur de la procédure ainsi que le manque de sensibilisation des autorités à ce sujet. Dans le cadre du droit pénal, il convient d'adapter le principe de la publicité à notre époque ainsi qu'aux formes de communication modernes et d'y intégrer la motivation des jugements. Malgré l'unification de la procédure pénale au niveau fédéral, il n'existe pas de procédure unifiée réglant les demandes d'accès aux dossiers pénaux, ordonnances de classement, ordonnances pénales, ordonnances de non-entrée en matière ainsi que motivations de jugements. Il s'impose de légiférer en la matière en réfléchissant notamment à une obligation de publier pour tous les tribunaux.

I. Ausgangslage

Die Einsichtnahme in behördliche Dokumente, Strafakten und Gerichtsurteile gehört zum Kernbereich der journalistischen Recherche. Sie dient dazu, staatliches Handeln zu kontrollieren und Transparenz hinsichtlich interner Behördenvorgänge zu schaffen. Noch vor wenigen Jahren waren interne Schriftstücke von Behörden und Gerichten grundsätzlich öffentlich nicht zugänglich. Die Beschaffung solcher Unterlagen stellte nach Schweizer Recht für einen Journalisten regelmässig eine heikle Gratwanderung im Graubereich der Legalität dar – verbunden mit dem Risiko, eine Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses im Sinne von Art. 320 StGB zu begehen.[1]

In den letzten Jahren hat sich die Recherchesituation aus der Sicht der Medien vom Grundsatz her merklich verbessert. Dafür existieren drei Gründe:

Erstens haben der Bund sowie die Mehrheit der Kantone das sog. Öffentlichkeitsprinzip eingeführt,[2] was ein Paradigmenwechsel darstellt.[3] Unterlagen von Behörden gelten seither nicht mehr a priori als geheim, sondern sollen dem Bürger öffentlich zugänglich sein.[4] Lediglich gewisse, in Gesetzen näher umschriebene Dokumente werden nach wie vor als geheim klassifiziert.[5]

Zweitens hat die Digitalisierung dazu beigetragen, dass die Publikation von Gerichtsentscheiden zugenommen hat. Zahlreiche Gerichte – allen voran das Bundesgericht, das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht[6] – publizieren ihre Urteile konsequent im Internet. Zudem veröffentlichen Bürger und Medienunternehmen wichtige Urteile online und machen sie somit für unbestimmte Zeit einer Vielzahl interessierter Rezipienten zugänglich.[7]

Drittens werden zunehmend Strafverfahren ohne öffentliche Hauptverhandlung erledigt, weshalb das Prinzip der Justizöffentlichkeit[8] ausgeweitet und neu definiert werden musste. Es umfasst heute auch das Recht auf Einsichtnahme in Strafbefehle[9] und unter gewissen Voraussetzungen in Einstellungsbeschlüsse bzw. Nichtanhandnahmeverfügungen.[10]

Diese Entwicklung beruht auf einem gesellschaftlichen Wandel. Behörden- und Justizkontrolle haben an Bedeutung gewonnen. Kabinettjustiz soll vermieden werden. Ein moderner Staat ist gehalten, transparent zu handeln, um die freie Meinungsbildung sowie die Wahrnehmung der politischen Rechte zu stärken.[11] Journalisten nehmen in diesem Gefüge eine Stellvertreterrolle ein. Ihre Aufgabe besteht mitunter darin, als verlängerter Arm des Volkes das Schaffen von Justiz und Verwaltung zu überwachen.

1 Z. B. BGE 127 IV 122; 123 IV 236.

2 Vgl. z. B. Art. 17 Abs. 3 Kantonsverfassung [KV] Bern, SR 131.212; § 72 Abs. 1 Kantonsverfassung [KV] Aargau, SR 131.227.

3 Brunner/Mader, Entstehung, Konzept, Kontext, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Rn. 8 m. w. H. (zit. Öffentlichkeitsgesetz).

4 Vgl. Art. 1 BGÖ (SR 152.3) oder § 1 IDG Basel-Stadt (153.260).

5 Vgl. unten II. 1.

6 Vgl. Art. 27 BGG; Art; 29 VGG; Art. 63 StBG.

7 Vgl. z. B. das von Journalisten betriebene Portal www.oeffentlichkeitsgesetz.ch, welches u. a. zahlreiche Entscheide und Verfügungen der Behörden enthält.

8 Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II.

9 Vgl. Art. 69 Abs. 2 StPO; BGE 124 IV 234.

10 BGE 134 I 286; 137 I 16 (Armeechef); Rechtsprechung bestätigt in BGer, 3. 7. 2012, 1B_68/2012 (FIFA).

11 Vgl. explizit § 1 Abs. 2 lit. a IDG Basel-Stadt (153.260).

Auch wenn sich die Recherchemöglichkeiten – grundsätzlich betrachtet – deutlich verbessert haben, bestehen nach wie vor erhebliche Unklarheiten in der konkreten Ausgestaltung. Der vorliegende Artikel soll den aktuellen Entwicklungsstand bzw. die Schwachstellen des geltenden Systems anhand ausgewählter Beispiele aus der Praxis aufzeigen.

II. Einsicht in Dokumente von Behörden

1. Gesetzliche Grundlage

Die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie zahlreiche Kantone haben in den vergangenen Jahren das sog. Öffentlichkeitsprinzip in ihren Verfassungen verankert und im Rahmen konkreter Gesetze näher präzisiert.[12] Beispielsweise hat der Bund gestützt auf Art. 173 Abs. 2 BV das sog. Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ)[13] erlassen.[14] Gemäss Art. 1 BGÖ soll das Gesetz die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung fördern, indem es den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet. In den Kantonen werden die entsprechenden Erlasse oft als Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) bezeichnet. Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips stellt eine Abkehr vom Grundsatz der Geheimhaltung dar.[15]

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten gilt nicht absolut, sondern erfährt gewisse Einschränkungen. Auf Bundesebene ist das BGÖ beispielsweise nicht anwendbar auf Straf- und Zivilverfahren (Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 BGÖ) sowie für Informationen, die von anderen Gesetzen explizit als geheim klassifiziert werden (Art. 4 lit. a BGÖ). Ferner finden sich in Art. 7 und 8 BGÖ zahlreiche Ausnahmen und besondere Fälle, in denen amtliche Dokumente weiterhin nicht öffentlich zugänglich sind, z. B. aus Gründen des Datenschutzes oder der nationalen Sicherheit. In den kantonalen Gesetzen finden sich ähnlich lautende Ausnahmebestimmungen.[16]

Gemäss Art. 13 BGÖ kann ein Gesuchsteller beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten ein Schlichtungsgesuch einreichen, wenn der Zugang zu amtlichen Dokumenten vollständig oder teilweise verweigert wird. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte müsste daraufhin gemäss Art. 14 BGÖ innert 30 Tagen eine schriftliche Empfehlung abgeben. Er verfügt derzeit jedoch nicht über die notwendigen Kapazitäten, die Flut an Schlichtungsgesuchen fristgerecht zu bearbeiten, weshalb mit einer Verfahrensdauer von mehreren Monaten gerechnet werden muss.[17] Findet sich im Rahmen eines solchen Schlichtungsverfahrens keine Lösung, kann der Gesuchsteller in Anwendung von Art. 17 BGÖ den Rechtsweg beschreiten.

2. Ausgewählte Problemfelder

A. Mangelnde Sensibilisierung auf Behördenebene und lange Verfahrensdauer

Exemplarisch für die neu geschaffene Transparenz ist das Gesuch zweier Journalisten der Zeitungen «WoZ» und «Die Zeit» um Einsicht in einen Sponsoringvertrag zwischen der Universität Zürich und der Schweizer Grossbank UBS. Die Universität untersteht gemäss § 2 Abs. 1 IDG ZH[18] dem Öffentlichkeitsprinzip. Dennoch weigerte sich die Hochschule, den Vertrag offenzulegen, mit der Begründung, überwiegende Interessen im Sinne von Art. 23 Abs. 1 IDG ZH sprächen dagegen.

Die Journalisten zogen den Entscheid an die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen weiter. Diese entschied, dass die Universität den Vertrag offenzulegen habe, aber jene Passagen schwärzen dürfe, welche Gegenstand laufender bzw. künftiger Verhandlungen seien.[19] Insgesamt hätten somit ca. 90 Prozent des Textes veröffentlicht werden müssen. Die Journalisten reichten dennoch Beschwerde beim Zürcher Verwaltungsgericht ein. In der Folge kapitulierte die Universität, legte den gesamten Vertrag offen und das Verwaltungsverfahren konnte abgeschrieben werden.

Die Zeitung «TagesWoche» stellte der Universität Basel ein ähnliches Auskunftsgesuch. Sie wollte die Namen der grössten Spender sowie die Höhe ihrer Zuwendungen wissen. Die Universität berief sich zunächst darauf, dass es zu aufwendig sei, diese Daten zusammenzutragen. Auf Druck kam sie dem Ansinnen der Journalisten jedoch nach und lieferte vier Monate nach Einreichung des Gesuchs die entsprechenden Informationen.[20]

Beide Fälle illustrieren, dass auf unterster Behördenebene bzw. in ausgelagerten Behörden noch wenig Sensibilität für das Öffentlichkeitsgesetz besteht. Regelmässig sehen sich Journalisten gezwungen, den oftmals kostspieligen und zeitintensiven Rechtsweg zu beschreiten oder einen externen Anwalt einzuschalten. Weigert sich eine Behörde, ist nicht absehbar, wie lange es dauert, bis ein entsprechendes Verfahren abgeschlossen ist. Ein Journalist der Zeitschrift «Der Schweizerische Beobachter» benötigte z. B. rund ein Jahr, um die Information zu erhalten, wie die Mitglieder eines Entscheids der (ehemaligen) Asylrekurskommission hiessen.[21] Im journalistischen Tagesgeschäft, welches von einer gewissen Schnelllebigkeit geprägt ist, besteht das Bedürfnis, deutlich schneller an Informationen zu gelangen.

12 Vgl hierzu: Nuspliger, Öffentlichkeitsgesetz, Das Öffentlichkeitsprinzip in den Kantonen, Rn. 1 ff. m. w. H.
13 SR 152.3.
14 KommBV/Mastronardi, Art. 173 Abs. 2, Rn. 134.
15 Brunner/Mader (Fn. 3), Rn. 37.
16 Vgl. z. B. § 29 IDG Basel-Stadt (153.260); § 23 IDG Zürich.
17 Verfahren EDÖB, A 2013.09.24-0021/GJA (noch hängig).
18 170.4.
19 Beschluss der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen Nr. 61/12 vom 3. Oktober 2013; veröffentlicht im Internet unter https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/downloads/dokumente/2013/2013_10_03_Reko_ZH-Hochschulen.pdf (4. August 2014).
20 https://www.tageswoche.ch/de/2014_05/basel/637012/ (4. August 2014).
21 BGE 139 I 129.

B. Keine Einsichtnahme in die strittigen Dokumente durch das Gericht

Ein Journalist der Zeitung «TagesWoche» stellte im Zusammenhang mit dem US-Geschäft der Basler Kantonalbank beim Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt ein Gesuch um Einsichtnahme in Dokumente, welche die Geschäftsleitung oder der Bankrat der Basler Regierung hat zukommen lassen. Als Eventualantrag wurde geltend gemacht, schützenswerte und bislang öffentlich nicht bekannte Passagen könnten geschwärzt werden. Das Ziel dieser Anfrage bestand primär darin herauszufinden, ab wann die Basler Regierung Kenntnis von der Tragweite des US-Geschäfts der Basler Kantonalbank hatte. Das Gesuch wurde abgelehnt, der Journalist legte ein Rechtsmittel gegen die ablehnende Verfügung ein.

Das Basler Appellationsgericht hielt in seinem Entscheid zunächst fest, dass das vom Journalisten geltend gemachte Interesse an der Transparenz des Handelns der Regierung dem Zweck des Öffentlichkeitsprinzips entspräche. Anders als die Kantonalbank selber unterstünde das Finanzdepartement dem Öffentlichkeitsprinzip, welches sich im Kanton Basel-Stadt aus § 23 der Kantonsverfassung Basel-Stadt ableite und im IDG Basel-Stadt konkretisiert sei.

Das Gericht gelangt jedoch zum Schluss, dass der Informationszugang nicht unbeschränkt sein könne, weil die Regierungsräte bzw. Mitglieder des Bankrats mitunter dem absolut geltenden Bankgeheimnis unterstünden. Eine Aufteilung der Dokumente oder Schwärzung sei nur schwer vorstellbar. Zudem würde eine Preisgabe der entsprechenden Informationen möglicherweise die Verhandlungen mit den USA erschweren. Die Ablehnung des Gesuchs wurde somit bestätigt.[22]

Der Entscheid überzeugt nur bedingt. Nicht akzeptabel ist, dass das Gericht sich die zur Diskussion stehenden Dokumente nicht hat vorlegen lassen.[23] Es ist kaum möglich, sich ein fundiertes Urteil zu bilden, ob gewisse Informationen dem Bankgeheimnis unterstehen oder die Verhandlungen der Basler Kantonbank mit den USA schwächen, ohne diese Unterlagen begutachtet zu haben. Die urteilende Instanz sollte die zur Diskussion stehenden Dokumente immer einsehen. Aus rechtsstaatlichen Gründen stellt sich sogar die Frage, ob nicht zumindest auch dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers Einsicht zu gewähren ist – verbunden mit der Pflicht, keine Details preiszugeben.[24] Darüber muss sich die Urteilsbegründung zwingend mit dem konkreten Inhalt der Dokumente auseinandersetzen – bei Bestätigung der Nichtherausgabe freilich ohne Preisgabe von Details. Eine schwieriges Unterfangen, welches eine juristische Herausforderung für das Gericht darstellt – verbunden mit einer Prise Fingerspitzengefühl, um die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten.

Anders verhielt es sich in einem Fall, in dem einem Journalisten des «Schweizerischen Beobachters» vom Bundesarchiv Einblick in eine brisante Aktennotiz verwehrt wurde, die im Zusammenhang mit dem Absturz einer Swissair-Maschine in den 70er-Jahren stand. Das BGÖ gelangte nicht zur Anwendung, weil das Archivierungsgesetz (BGA)[25] spezialgesetzliche Regelungen enthält: Das relevante Aktenstück unterlag einer Schutzfrist, welche die Einsicht grundsätzlich untersagt. Nach Art. 13 Abs. 1 BGA und Art. 18 Abs. 3 VBGA kann jedoch Archivgut bereits früher für die Öffentlichkeit freigegeben werden, wenn kumulativ keine gesetzlichen Vorschriften sowie keine überwiegenden, schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

Das Bundesarchiv stellte sich auf den Standpunkt, die Aktennotiz aus dem Jahr 1998 (!) beinhalte nachrichtendienstliche Quellen im Sinne von Art. 29 V-NDB;[26] eine Herausgabe würde die Sicherheit der Schweiz gefährden bzw. die Beziehungen zum Ausland belasten. Die Rechtsmittelinstanz liess sich das strittige Dokument zukommen und riet den Parteien in der Folge, sich zu einigen. Daraufhin wurde dem Journalisten die Aktennotiz ausgehändigt. Er musste sich jedoch schriftlich verpflichten, die darin enthaltenen Namen nicht öffentlich preiszugeben.[27] Diese Lösung ist als rechtsstaatlich vorbildlich sowie bürgerfreundlich anzusehen und hat in der praktischen Umsetzung überzeugt. Zu kritisieren gilt es einmal mehr die lange Verfahrensdauer.

C. Zu offen formulierte Ausnahmebestimmungen

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, stützten sich die Behörden oftmals auf offen formulierte Ausnahmeklauseln, die dehnbare Begriffe wie «nationale Sicherheit», «Störung der Beziehungen zum Ausland» etc. enthalten. Mit derartigen Worthülsen sehen sich Journalisten insbesondere im Rahmen der Einsichtnahme in Dokumente des Geheimdienstes konfrontiert. Der Schweizer Nachrichtendienst untersagte z. B. einem freischaffenden Journalisten die Heraushabe von diversen Aktenstücken, ebenfalls mit dem Verweis auf die Schutzfrist sowie den Umstand, dass es sich um nachrichtendienstliche Quellen handle.[28] Der Journalist verzichtete aus Kostengründen, die Verfügung anzufechten.

Dieser Fall verdeutlicht die allgemeine Problematik: Erstens weisen Begriffe wie «nationale Sicherheit» oder «Beziehungen zum Ausland» keine klaren Konturen auf. Theoretisch könnte jede nachrichtendienstliche Information, und sei sie noch so banal, darunter fallen. Zweitens ist eine Auslotung der Prozesschancen für den Gesuchsteller in solchen Situationen kaum möglich, weil er den Inhalt der von ihm eingeforderten Dokumente nicht kennt. Dies führt unweigerlich zu einem erheblichen Prozesskostenrisiko, welches – abgesehen von der Dauer eines solchen Prozesses – prohibitiv wirkt. Der Gesetzgeber und die Praxis sind daher gefordert, den unbestimmten Ausnahmeklauseln bessere Konturen zu geben und sie restriktiv auszulegen.

22 VGer BS, 19. 6. 2013, VD 2012/179.
23 VGer BS (Fn. 22), E. 8.
24 Zu den entsprechenden Möglichkeiten in Zivilprozess vgl. KommZPO/Hasenböhler, Art. 156 ZPO, Rn. 8 ff.
25 SR 152.1.
26 SR 121.1.
27 EJPD Verfahren 413/001 i. S. O. H. gegen EJPD.
28 Verfügung des NDB vom 29. Januar 2014 i. S. R. T.

D. Prohibitive Gebühren

Oftmals sind Redaktionsbudgets knapp bemessen. Freischaffende Journalisten handeln zudem auf eigenes unternehmerisches Risiko. Die Kostenfrage ist daher von zentraler Bedeutung, ob eine Geschichte überhaupt recherchiert werden kann. In der Praxis hat sich gezeigt, dass bereits auf unterster Behördenstufe angedrohte Verfahrenskosten für eine simple Einsichtnahme prohibitiv wirken können.[29]

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) teilte z. B. einem Journalisten mit, sein Gesuch um Einsicht in einen 43-seitigen (!) Bericht würde von ihm zu tragende Kosten in der Höhe von CHF 8000 bis 10000 auslösen. Es handle sich um vertraulich klassifizierte Akten. Der interne Aufwand für die Abklärung, ob eine teilweise Entklassifizierung möglich sei, betrüge 80 bis 100 Arbeitsstunden.

Der zuständige Journalist wehrte sich gegen diesen Gebührenvoranschlag und stellte beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten ein Schlichtungsgesuch. Dieser gelangte zum Schluss, dass in casu der geschätzte Arbeitsaufwand viel zu hoch und unverhältnismässig bemessen sei. Zudem würden derart hohe Kosten prohibitiv wirken. Er empfahl daher der EFK, die Gebühren neu zu veranschlagen.[30]

Es wäre wünschenswert, die Behörden würden für die Einsichtnahme durch Journalisten und Bürger keine Kosten veranschlagen bzw. allenfalls den Kanzleiaufwand (Kopien etc.) in Rechnung stellen. Die Kostenlosigkeit des Verfahrens müsste gesetzlich verankert werden.[31]

III. Einsicht in Akten und Urteilsbegründungen abgeschlossener Strafverfahren

1. Justizöffentlichkeit

Art. 30 BV und Art. 69 StPO garantieren die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündigungen. Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit ist zudem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II verankert. Die Justizöffentlichkeit dient dazu, eine faire Behandlung der Verfahrensbeteiligten zu garantieren und zudem dem Volk zu ermöglichen, sich ein eigenes Bild von der Tätigkeit der Justiz zu machen.[32]

Dieser Grundsatz stellt ein Kernelement des demokratischen Rechtsstaates dar und bedeutet eine Absage an jegliche Form von Geheim- oder Kabinettsjustiz. Die interessierte Öffentlichkeit soll erfahren können, wie die Richter das Recht verwalten und die Rechtspflege ausgeübt wird. Im Zentrum steht somit die Transparenz in der Rechtspflege, was eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht.[33]

2. Ausweitung auf Strafbefehle, Einstellungsbeschlüsse und Nichtanhandnahmeverfügungen

Im Strafrecht werden zunehmend Entscheide im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens[34] gefällt. Auch in diesem Bereich ist der Grundsatz der Justizöffentlichkeit anwendbar, weshalb interessierten Personen Einblick in Strafbefehle Einblick gewährt werden muss.[35] Ein Einsichtsrecht gilt auch hinsichtlich Einstellungsbeschlüssen und Nichtanhandnahmeverfügungen. Das Bundesgericht leitet diesen Anspruch nicht direkt aus Art. 30 Abs. 3 BV, sondern mittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV ab, weshalb der Gesuchsteller ein überwiegendes und schützenswertes Informationsinteresse nachweisen muss.[36] Dieses ergibt sich bei Journalisten ohne Weiteres aus der Kontrollfunktion der Medien.[37]

In der Regel sind es Persönlichkeitsrechte, welche es im Rahmen einer solchen Interessenabwägung zu berücksichtigen gilt. Oftmals genügt eine Anonymisierung der Verfahrensbeteiligten. Im Fall BGE 137 I 16 wurde z. B. der Name des verfahrensbeteiligten Opfers selbst im Rubrum nicht offengelegt.

Kein taugliches Argument zur Abwehr von Einsichtsgesuchen stellt die Behauptung dar, die Persönlichkeitsrechte des Gesuchgegners überwiegten, weil eine widerrechtliche Publikation in den Medien (z. B. unter voller Namensnennung) drohe. Die Interessensabwägung konzentriert sich ausschliesslich auf die Frage der Einsicht in derartige Entscheide und Beschlüsse. Für allfällige potenzielle Persönlichkeitsverletzungen, die im Anschluss an eine Einsichtnahme infolge einer medialen Berichterstattung rein theoretisch und im Sinne einer Arbeitshypothese denkbar wären, stehen die Behelfe des ZGB und des UWG zur Verfügung. Das Recht auf Einsichtnahme darf auch nicht zu einer richterlichen Vorkontrolle der geplanten Medienbeiträge führen. Vielmehr dreht sich die Frage bloss um die Zulässigkeit der Einsichtnahme als solche. Journalisten dürfen nicht besser oder schlechter gestellt werden wie andere Bürger.

Als unbeachtlich ist auch die Argumentation anzusehen, der strittige Entscheid trage zur konkreten Recherche des Journalisten nichts bei, enthalte keine neuen Erkenntnisse oder sei nicht von öffentlichem Interesse. Hat ein Journalist ein publizistisches Interesse geltend gemacht, obliegt es einzig und alleine ihm zu beurteilen, ob bzw. inwieweit ein Einstellungsbeschluss oder eine Nichtanhandnahmeverfügung für seinen geplanten Artikel zweckdienlich sind.

Ebenso wenig darf die Einsichtnahme verweigert werden, wenn sich die Behörde darauf beruft, der Entscheid sei für eine gewisse Zeit in den Räumlichkeiten der erkennenden Behörde aufgelegen oder dürfe bloss während der Rechtsmittelfrist eingesehen werden. Das Prinzip der Justizöffentlichkeit ist an keine Fristen gebunden.[38] Es ist für einen Journalisten zudem nicht

29 Vgl. BGE 139 I 114.; BGer, 19. 11. 2013, 1C_550/2013.
30 EDÖB, 4. 12. 2012, A 2012.11.15-0009.
31 Vgl. Art. 24 Abs. 1 InfoG FR; Art. 28 Abs. 7 LIPAD GE; Art. 31 LTAE NE; Art. 11 Abs. 1 LInfo VD.
32 Vgl. ausführlich: Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 817 ff., 974.
33 BGE 137 I 16; 134 I 286; 124 IV 234; 133 I 106.
34 Zur Bedeutung des Strafbefehlsverfahren vgl.: KommStPO/Riklin, Vorbemerkungen zu StPO Art. 352–378, Rn. 2.
35 Vgl. Art. 69 Abs. 2 StPO; BGE 124 IV 234.
36 BGE 134 I 286; 137 I 16.
37 BGE 137 I 16 E. 2.4.
38 Vgl. Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen 2011.106-AK i. S. D. S. gegen Untersuchungsamt St. Gallen.

zumutbar, permanent Einsicht in sämtliche in den Gerichtskanzleien des Landes aufgelegten Entscheide zu nehmen.

Das Verfahren zur Einsichtnahme in Strafbefehle, Einstellungsbeschlüsse und Nichtanhandnahmeverfügungen ist in der Schweiz nicht einheitlich geregelt. Die kantonale Rechtslage und deren Handhabung ist vielmehr äusserst unterschiedlich, was grosse Rechtsungleichheit und Rechtsunsicherheit schafft. Es wäre daher wünschenswert, wenn der Gesetzgeber in der Strafprozessordnung eine gesamtschweizerische Regelung (inklusive der Kostenfrage) verankern würde, wie er dies im Rahmen der Einsicht in Akten hängiger Strafverfahren mit Art. 102 StPO bereits getan hat.

3. Einsicht in Akten eines laufenden Strafverfahrens

Die Einsichtnahme in Akten eines laufenden Strafverfahrens regeln Art. 101 f. StPO.[39] Gemäss Art. 101 Abs. 3 StPO können neben den Verfahrensbeteiligten und anderen Behörden Dritte Einsicht nehmen, wenn sie dafür ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.[40]

In der Praxis wird akkreditierten Journalisten vor Prozessbeginn in der Regel Einblick in die Anklageschrift gewährt. In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass eine Akkreditierung nicht prohibitiv wirken darf und rasch und unbürokratisch vorgenommen werden können muss. Ferner erscheint es nicht mehr zeitgemäss, Journalisten die Anklageschrift nicht auszuhändigen und das Anfertigen von Kopien (z. B. mit dem Handy) zu verbieten – während eine handschriftliche Abschrift gestattet sein soll.

Ein Einsichtsgesuch ist lediglich abzuweisen, wenn der Einsichtnahme überwiegende Interessen entgegenstehen,[41] was bei einer Anklageschrift selten der Fall sein dürfte – abgesehen von sensiblen Daten weiterer Verfahrensbeteiligter, welche jedoch mit wenigen Handgriffen anonymisiert werden können.

4. Einsicht in Akten und Urteil eines abgeschlossenen Strafverfahrens

Im Rahmen einer journalistischen Recherche besteht unter Umständen Bedarf, in die schriftliche Urteilsbegründung oder gar weitere Aktenstücke eines abgeschlossenen Strafverfahrens Einsicht zu nehmen. Die StPO regelt diesen Fall nicht – Art. 101 StPO bezieht sich explizit ausschliesslich auf hängige Verfahren. Auf kantonaler Ebene existieren zwar teilweise Bestimmungen, welche die Einsichtnahme in Strafakten abgeschlossener Verfahren zum Gegenstand haben.[42] Diese Regelungen sind gesamtschweizerisch betrachtet jedoch uneinheitlich und unübersichtlich.

Fraglich ist, ob eine entsprechende Einsichtnahme gestützt auf Art. 30 Abs. 3 BV erfolgen könnte. Diese Verfassungsbestimmung garantiert nach ihrem Wortlaut bloss die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung sowie die öffentliche Verkündung des Urteils. Auch die Parallelbestimmungen in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 12 Ziff. 1 Uno-Pakt II reichen materiell gesehen nicht weiter. Nach konventioneller Auslegung soll daher kein Anspruch auf nachträgliche Kenntnisnahme des Urteilstextes bestehen. Diese Rechtsauffassung ist in ihrer Absolutheit indes abzulehnen.[43]

Eine restriktive Interpretation von Art. 30 Abs. 3 BV erscheint nicht mehr zeitgemäss. Nach einem Teil der Lehre stehen die Akten abgeschlossener Strafverfahren den Parteien sowie anderen Behörden und Dritten nach den Grundregeln sowie in den Schranken von Art. 101 Abs. 1 bis 3 StPO und unter Berücksichtigung von Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 3 BV sowie Art. 102 StPO zur Einsicht offen.[44] Unter Würdigung des Grundgedankens der Justizöffentlichkeit sowie mit Blick auf die Abkehr des Staates vom Grundsatz der Geheimhaltung zum Öffentlichkeitsprinzip ist dieser Rechtsauffassung zuzustimmen. Insbesondere stellt die Anonymisierung der Verfahrensbeteiligten ein taugliches Mittel zum Schutz derer Persönlichkeit dar, weshalb das Argument der Transparenz überwiegt.[45]

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ist zumindest von einem bedingten Anspruch auf Einsichtnahme in Akten oder eine Urteilsbegründung eines abgeschlossen Strafverfahrens auszugehen. Fragwürdig ist lediglich, ob eine solche Einsichtnahme von einem besonderen schutzwürdigen Informationsinteresse abhängig gemacht werden soll, weil sich der Anspruch aus Art. 29 Abs. 2 BV ableitet.[46]

Meines Ermessens sollte die Einsichtnahme in Urteilsdispositive und -begründungen absolut gelten, weil sie mit dem Verkündungsgebot in engem Zusammenhang stehen. Bei der Einsicht in weitere Dokumente eines Strafverfahrens sollte jedoch ein schützenswertes und überwiegendes Informationsinteresse nachgewiesen werden müssen. In diese Richtung ist auch das Urteil 1C_390/2012 des Bundesgerichts zu interpretieren.[47] Das Verkündungsgebot gemäss Art. 30 Abs. 3 BV gebietet eine Einsichtnahme in das Dispositiv, selbst wenn ein Urteil bereits im Rahmen einer mündlichen Verhandlung eröffnet worden ist – immer vorausgesetzt, dass die Namen der Beteiligten anonymisiert werden.[48]

39 SR 312.0.
40 Riklin (Fn. 34), Art. 101 Abs. 2 StPO, Rn. 7.
41 Vgl. hierzu BGE 110 Ia 85; 95 I 109.
42 Z. B. Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte, Kanton Zürich, 211.15, insb. § 16 Ziff. 2.
43 So auch Müller/Schefer (Fn. 32), 977 f.
44 Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rn 629; KommStPO/Brüschweiler, Art. 102 StPO, Rn. 1.
45 Vgl. auch Müller/Schefer (Fn. 32), 978; Saxer, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Heer/Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit – Justice et public, Bern 2007, 65.
46 Vgl. BGE 129 I 249; 127 I 145; zum Stand der Diskussion: KommBV/Steinmann/Leuenberger, Art. 30 Abs. 3 BV, Rn. 39 m. w. H.
47 Weiterführend Müller/Schefer (Fn. 32), 977 f., welche ebenfalls eine Veröffentlichung der Begründung des Urteils begrüssen würden.
48 So auch Müller/Schefer (Fn. 32), 978.

Dem Zweck des Verkündungsgebots dürfte mit einer solchen Publikationspraxis sogar besser gedient sein als mit einer mündlichen Eröffnung des Urteils am Ende einer Gerichtsverhandlung, da das Publikum faktisch nur begrenzte Möglichkeiten hat, an derartigen Verhandlungen teilzunehmen.[49] Sofern sich eine Abschrift der mündlichen Begründung in den Akten befindet, ist diese nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls ohne Nachweis eines besonderen Interesses herauszugeben – freilich in anonymisierter Fassung. Das gilt auch für Tonaufnahmen der mündlichen Urteilserläuterung.

Strittig ist in der Praxis oftmals, wie detailliert Einsichtsgesuche begründet bzw. substantiiert sein müssen. In der Regel ist es dem Gesuchsteller nicht oder nur schwer möglich, den Entscheid oder das Aktenstück exakt zu bezeichnen. Auf der anderen Seite darf das Recht auf Vergessen des Verurteilten nicht missachtet werden.[50] Das Gesuch muss insgesamt betrachtet hinreichend präzisiert sein und sollte die Delikte und den Zeitraum möglichst konkret umschreiben. An den Detaillierungsgrad dürfen jedoch keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Das Interesse des Gesuchstellers ist nur massgeblich, wenn Art. 30 Abs. 3 BV keinen unbedingten Anspruch gewährt. Keinesfalls darf es jedoch zu einer richterlichen Vorkontrolle der geplanten Medienberichterstattung kommen.

Fakt ist somit, dass die Rechtsprechung Art. 30 BV weiterentwickeln und unter Würdigung des Transparenzgedankens weniger restriktiv auslegen muss. Denkbar ist in diesem Zusammenhang auch die Konkretisierung der Einsichtnahme in abgeschlossene Strafverfahren in der StPO oder gar die Verankerung einer Publikationspflicht sämtlicher Urteile kantonaler Gerichte.

IV. Fazit

Verwaltung und Justiz befinden sich in einem Wandel. Die Transparenz des Handelns der öffentlichen Organe gewinnt zunehmend an Bedeutung. Der Bürger soll sich ein eigenes Bild machen können, wie die Verwaltung und die Justiz Gesetze anwenden. Die Meinungsbildung und die Demokratie sollen durch diese Abkehr vom Prinzip der Geheimhaltung gestützt werden. Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung sowie die Ausweitung der Justizöffentlichkeit im Strafverfahren fördern die Transparenz und sind aus der Sicht von recherchierenden Journalisten grundsätzlich zu begrüssen. Dennoch besteht konkreter Handlungsbedarf.

Im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips bereitet die Umsetzung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten und schafft Rechtsunsicherheit. Behörden sind oftmals nicht ausreichend sensibilisiert für das Thema, weshalb Einsichtsgesuche unter Vorwand abgewiesen werden. Dadurch verzögern sich die Verfahren, was derzeit auch Regelungen wie die Schaffung eines raschen Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 13 BGÖ angesichts der Flut der Gesuche nicht verhindern können.

Ferner erscheint es unabdingbar, dass die den Entscheid des Geheimnisträgers überprüfende Behörde sich die strittigen Dokumente vorlegen lässt, was in der Praxis nicht immer der Fall ist. Darüber hinaus müssen unbestimmte Rechtsbegriffe wie «nationale Sicherheit» oder «Beziehungen zum Ausland» näher umschrieben und restriktiv interpretiert werden. Der Grundgedanke, der hinter dem Öffentlichkeitsprinzip steckt, darf nicht vergessen gehen. Transparenz und die damit verbundene Meinungsbildung sowie Förderung der demokratischen Strukturen dürfen nicht durch das Vorschieben unbestimmter und dehnbarer Rechtsbegriffe ausgehebelt werden. Andernfalls wird das Prinzip der Geheimhaltung wieder durch die Hintertür eingeführt.

Schliesslich gilt es zu erwähnen, dass Gebühren für die Einsichtnahme in Behördenakten nicht prohibitiv wirken dürfen. Am sinnvollsten wäre die vollständige Befreiung des Einsichtsnehmers von den Kosten. Allerhöchstens sollte ihm der Aufwand für die Erstellung von Kopien in Rechnung gestellt werden dürfen. Mitnichten jedoch der Zeitaufwand, den die Behörde benötigt, um zu überprüfen, ob die Akten freigegeben werden dürfen.

Im Bereich der Justizöffentlichkeit besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Das Verfahren zur Einsichtnahme in Strafbefehle, Einstellungsverfügungen und Nichtanhandnahmeverfügungen muss gesamtschweizerisch einheitlich geregelt werden. Auch hier gilt ein besonderes Augenmerk der Verfahrensdauer sowie den Kosten, die nicht prohibitiv wirken dürfen.

Ferner gilt es, Art. 30 BV weniger restriktiv und zeitgemäss auszulegen. Das Prinzip der Justizöffentlichkeit sollte nach einem zeitgemässen Verfassungsverständnis auch die nachträgliche Einsicht in die Urteilsbegründung beinhalten. Lediglich die Einsicht in Strafakten abgeschlossener Fälle darf – analog der Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen – an ein schützenswertes und überwiegendes Informationsinteresse gekoppelt werden.

Sinnvoll wäre in diesem Zusammenhang allenfalls die Schaffung einer entsprechenden Gesetzesbestimmung in der Strafprozessordnung – analog Art. 101 f. StPO. In Erwägung zu ziehen ist auch eine Publikationspflicht, wie sie das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht sowie das Bundesstrafgericht kennen. Auf diese Weise wäre auch dem Anliegen der Rechtsfindung im Rahmen anwaltlicher Rechtsabklärungen gedient.

Zusammenfassung Die Möglichkeiten der Einsichtnahme in behördliche Dokumente, Gerichtsakten und Strafurteile als Element der journalistischen Recherche haben in den vergangenen Jahren mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung sowie der Weiterentwicklung des Grundsatzes der Justizöffentlichkeit zugenommen. Journalisten, die stellvertretend für den Bürger staatliches Handeln kontrollieren und interne Behördenvorgänge transparent machen wollen, sehen sich in der Praxis jedoch mit zahlreichen juristischen Problemen konfrontiert. Im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips sind insbesondere zu offen formulierte Ausnahmebestimmungen, die lange Verfahrensdauer sowie eine mangelhafte Sensibilisierung der Behörden zu erwähnen. Auf der Ebene des Strafrechts gilt

49 Vgl. BGer, 2. 10. 2001, 1P.229/2001, E. 2c.
50 Vgl. OG BE, 29. 7. 2013, GL 13 35.

es, das Prinzip der Justizöffentlichkeit dem veränderten Zeitgeist und den modernen Formen der Kommunikation anzupassen und Urteilsbegründungen miteinzubeziehen. Ferner existiert – trotz Vereinheitlichung des Strafprozessrechts – kein einheitliches Verfahren, welches den Umgang mit Einsichtsgesuchen in Strafakten, Einstellungsverfügungen, Strafbefehle, Nichtanhandnahmeverfügungen und Urteilsbegründungen regelt. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Zu denken ist u. a. an eine Publikationspflicht für sämtliche Gerichte.

Summary In recent years, the right of access to official documents, judicial case files and court sentences in the context of journalistic research has evolved with the introduction of the principle of transparency and the evolution of the right of the public to open courts. In practice however, reporters who wish to monitor the actions of the authorities by making them public are confronted with numerous legal problems. These include – as regards to the principle of transparency – legal exceptions that are subject to broad interpretation, the length of procedures and the lack of awareness of authorities on the matter. In the context of criminal law, the right of access to case files and sentences should be adapted to current times and modern forms of communication. Despite the unification of criminal procedure, there are no unified rules governing requests to access criminal case files, summary penalty orders, abandoning of proceedings orders, no-proceedings orders and the complete grounds of a criminal sentence. There is a need for legislation on the matter which should include a publication obligation for all courts.

Denise Schmohl, Dr. iur.
denise.schmohl@gmx.net

Die Gewährleistung des Informanten- und Quellenschutzes in Strafverfahren

Medienschaffende in der Rolle des Zeugen und des Beschuldigten

Résumé Les représentants de la presse peuvent se retrouver impliqués dans des procédures pénales de plusieurs manières. En tant que témoins au sens de l'art. 172 al. 1 CPP, ils disposent d'un droit de refuser de témoigner afin de garantir la protection de leurs sources. Pour l'heure, seuls les journalistes exerçant à titre professionnel peuvent se prévaloir d'un tel droit. Il existe dans certains autres Etats européens une protection plus étendue. Si en revanche un journaliste est impliqué dans une procédure pénale en tant que prévenu, la protection de ses sources s'en retrouve affaiblie.

I. Einführung

In einer demokratischen Gesellschaft ist der freie Fluss von Informationen für die Meinungsbildung der Bürger unerlässlich. Die Massenmedien nehmen dabei eine bedeutende Rolle ein. Damit sie ihrer Aufgabe gerecht werden können und der Informationsfluss nicht aus Furcht vor späterer Strafverfolgung versiegt, muss der Kommunikationsprozess zwischen Informanten und Medienschaffenden möglichst weitgehend vor staatlichen Eingriffen geschützt werden. Das Fundament für den Informanten- und Quellenschutz bildet in der Schweiz das Redaktionsgeheimnis, welches in Art. 17 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) und darüber hinaus in Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet wird.

Zufolge stetiger Weiterentwicklung der Medienlandschaft gerieten die Massenmedien in den letzten Jahren in verschiedener Hinsicht zunehmend unter Druck. Zum einen wurde die den Massenmedien zugeschriebene Gatekeeper-Funktion durch neue Medienkanäle im Internet, welche sich direkt an das Publikum wenden, und auch durch neue Formate im Journalismus wie etwa Laienjournalismus oder Publikationen von Organisationen relativiert. Zum andern werden die Massenmedien auch immer wieder durch strafprozessuale Massnahmen unter Druck gesetzt. Die folgenden Ausführungen sollen daher einen Überblick über die Ausgestaltung des Informanten- und Quellenschutzes in der Schweiz und die Rechtslage der Medienschaffenden als Zeugen und Beschuldigte in Strafverfahren verschaffen.[1]

II. Rechtliche Grundlagen

Vorgaben für die rechtliche Ausgestaltung des Informanten- und Quellenschutzes ergeben sich in der Schweiz aus der Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) dazu und aus der schweizerischen Bundesverfassung. Ferner sind verschiedene internationalrechtliche Grundlagen und berufsständische Reglemente richtungsweisend und liefern Empfehlungen für die rechtliche Ausgestaltung. Um es gleich vorwegzunehmen: Das schweizerische Verfassungsrecht definiert die Schutzreichweite des Redaktionsgeheimnisses im Vergleich zu Art. 10 EMRK bzw. zur Rechtsprechung des EGMR weniger weit. Einzig hinsichtlich des Schutzes von selbst recherchiertem Material ist die Schutzwirkung von Art. 17 Abs. 3 BV für die schweizerischen Medienschaffenden von grundlegender Bedeutung, da sich diesbezüglich kein umfassender Schutz aus Art. 10 EMRK ableiten lässt.[2]

Obschon es sich bei Art. 10 EMRK um eine sehr unspezifisch formulierte Rechtsgrundlage handelt, leitet der EGMR in seiner Rechtsprechung zum Informanten- und Quellenschutz daraus den Schutz des Redaktionsgeheimnisses, den Informanten- und Quellenschutz respektive das Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht Medienschaffender in Strafverfahren, den Schutz Medienschaffender vor strafprozessrechtlichen Zwangs- und Überwachungsmassnahmen sowie den Schutz vor geheimdienstlicher Überwachung ab.[3]

Das Redaktionsgeheimnis im Sinne von Art. 17 Abs. 3 BV beschränkt sich hingegen auf den Schutz von sich auf Redaktionen befindenden Informationen. Im Kern geht es dabei um den Informanten- und Quellenschutz, darüber hinaus aber auch um Informationen zu redaktionellen Interna wie etwa Recherchemethoden, organisatorischen Abläufen etc.[4]

Umgesetzt wird der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz vor allem dahingehend, dass professionellen Medienschaffenden unter dem Begriff des Quellenschutzes der Medienschaffenden in Art. 172 StPO ein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht in Strafverfahren eingeräumt und die

1 Die vorliegenden Ausführungen basieren weitgehend auf den Ergebnissen der 2013 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich vorgelegten Dissertation: Schmohl, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Diss. Zürich 2013.

2 Vgl. hierzu EGMR Nordisk Film & TV A/S vs. Dänemark, Zulassungsentscheid vom 8. 12. 2005, Nr. 40485/02; EGMR Sanoma Uitgevers B.V. vs. Niederlande, Urteil der grossen Kammer vom 14. 9. 2010, Nr. 38224/03, Ziff. 66, 72.

3 Eine umfassende Auflistung der Rechtsprechung des EGMR zum Informanten- und Quellenschutz ist abrufbar unter: www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_ENG.pdf (14. 6. 2014).

4 Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11. 1996, BBl 1997 I 1 ff., 160.

Anordnung von strafprozessrechtlichen Zwangs- und Überwachungsmassnahmen verboten wird.[5] Allerdings gilt der Informanten- und Quellenschutz nicht absolut. Vielmehr enthält Art. 172 Abs. 2 StPO eine Liste von Ausnahmen, in denen Medienschaffende die Quellen ihrer Informationen – unter Vorbehalt der Verhältnismässigkeit des Eingriffs ins Redaktionsgeheimnis – grundsätzlich offenlegen müssen.[6]

III. Die verschiedenen Rollen Medienschaffender in Strafverfahren

Werden Medienschaffende im Rahmen von Strafverfahren aufgefordert, die Quellen ihrer Informationen offenzulegen, muss grundsätzlich zwischen den verschiedenen Rollen des Zeugen und des Beschuldigten, in welchen Medienschaffende in Strafverfahren involviert sein können, unterschieden werden, da die Rechte und Pflichten von Zeugen und Beschuldigten unterschiedlich ausgestaltet sind.

1. Medienschaffende als Zeugen

A. Das Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden

a) Allgemein

Werden Medienschaffende als Zeugen in Strafverfahren involviert, haben sie gemäss Art. 172 Abs. 1 StPO grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht, welches sich in sachlicher Hinsicht auf Informationen im redaktionellen Teil von periodisch erscheinenden Medien beschränkt. Im Kern geht es darum, dass Medienschaffende die Identitäten ihrer Informanten und weitere Angaben zu den Quellen ihrer Informationen verschweigen können. Der Informanten- und Quellenschutz ist daher in der Schweiz in der Regel gewährleistet.[7]

b) Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht

Ausnahmsweise kann der Informanten- und Quellenschutz jedoch aufgehoben respektive das Redaktionsgeheimnis durchbrochen werden, wenn das Zeugnis zur Rettung eines Menschen aus einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben benötigt wird (Art. 172 Abs. 2 lit. a StPO) oder wenn das Zeugnis zur Aufklärung einer in Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO aufgezählten Straftat erforderlich ist.

c) Strafprozessrechtliche Konsequenzen

Spiegelbildlich zum Zeugnisverweigerungsrecht kommt Medienschaffenden ein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von Art. 265 Abs. 2 lit. b StPO zu, gemäss welchem zeugnisverweigerungsberechtigte Personen im Rahmen ihres Zeugnisverweigerungsrechts keine Herausgabepflicht trifft. Als logische Konsequenz der Zeugnisverweigerungsberechtigung sind zudem Strafen sowie Zwangs- und Überwachungsmassnahmen gegen Medienschaffende, die das Zeugnis rechtmässig verweigern, verboten, da das Zeugnisverweigerungsrecht ansonsten faktisch relativ einfach umgangen werden könnte.[8]

B. Ein aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung zum journalistischen Zeugnisverweigerungsrecht

a) Sachverhalt

Der soweit ersichtlich aktuellste Fall in der Schweiz, indem Medienschaffende als Zeugen in Strafverfahren involviert wurden, ist jener der für die Basler Zeitung tätigen Journalistin, welche im Oktober 2012 einen auf einem Interview basierenden Artikel über die Tätigkeit eins Cannabishändlers publizierte. Unter dem Titel «Zu Besuch bei einem Dealer» gab die Publikation Einblick in die Tätigkeit eines Cannabishändlers, der mit seinen Drogengeschäften jährlich rund 12000 Schweizer Franken Gewinn erzielte. In der Folge eröffneten die zuständigen Strafverfolgungsorgane ein Strafverfahren wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG und forderten die Journalistin im Laufe des Verfahrens auf, Zeugnis über den Namen des Cannabishändlers abzulegen, damit dieser strafrechtlich belangt werden kann. Die Journalistin kam der Aufforderung jedoch nicht nach. Die Staatsanwaltschaft verfügte darauf, dass ihr kein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe, worauf die Journalistin diese Verfügung beim Appellationsgericht Basel-Stadt anfocht. Dieses hiess die Beschwerde der Journalistin gut, worauf die Staatsanwaltschaft den Entscheid ans Bundesgericht weiterzog.

b) Anmerkungen

Bei der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG handelt es sich um einen der in Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO aufgelisteten Tatbestände, bei welchen das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht ausnahmsweise durchbrochen werden kann, wenn die Interessen der Medienschaffenden hinter den Interessen der Strafverfolgungsbehörden zurückzutreten haben. Dies bedeutet entgegen dem Wortlaut von Art. 172 Abs. 2 StPO hingegen nicht, dass Medienschaffende in solchen Konstellationen stets aussagen müssen. Für eine zulässige Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses muss zum einen hinsichtlich der aufzuklärenden Tat ein dringender Tatverdacht gegeben sein und zum anderen den konventional- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zufolge eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden, welche zum Ergebnis hat, dass die Interessen der Strafverfolgungsbehörden überwiegen.[9]

Das Bundesgericht nahm in seinem viel beachteten Entscheid vom 31. Januar 2014, den konventional- und verfas-

5 Das Verbot von Zwangs- und Überwachungsmassnahmen ergibt sich nicht aus Art. 172 StPO selbst, sondern aus verschiedenen Vorschriften in Verbindung mit Art. 172 StPO.
6 Ausführlich dazu BaslerKomm/Zeller, Art. 172 StPO, N 29 ff.
7 Ausführlich dazu statt vieler BaslerKomm/Zeller, Art. 172 StPO, N 24 ff.
8 Werly, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf/Zürich/Basel 2005, 221; BaslerKomm/Zeller, Art. 172 StPO, N 11.
9 Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, 473 f.; Trechsel/Jean-Richard, Art. 28a StGB, N 7, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013; Werly (Fn. 8), 247 f., 259.

sungsrechtlichen Vorgaben folgend, juristisch korrekt eine Verhältnismässigkeitsprüfung vor und kam nach der Bejahung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen zum Schluss, dass das Interesse an der Strafverfolgung jenes an der Aufrechterhaltung des Informanten- und Quellenschutzes überwiege, weshalb der Journalistin kein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkannt werden könne.[10]

Hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Geeignetheit des Zeugnisses, Licht ins Dunkel dieses Straffalls zu bringen, erübrigt sich – ohne Aktenkenntnis – ein Kommentar an dieser Stelle. Genauer betrachtet werden soll hingegen die bundesgerichtliche Argumentation zur Frage, ob die Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses zumutbar respektive verhältnismässig war. Das Bundesgericht führte hierzu ins Feld, dass die Publikation keine schweren Missstände in der Politik, in der Wirtschaft oder in der öffentlichen Verwaltung aufgedeckt habe, sondern dem Drogenhändler nur eine Werbeplattform gegeben habe, welche dieser dazu benutzt habe, um seine Drogengeschäfte verharmlosend als normales Gebaren unter Kollegen darzustellen. Zudem sei aufgrund der Informationen im Artikel davon auszugehen, dass der Drogenhändler Teil einer gross angelegten Verkaufsorganisation sei, weshalb das Interesse an der Aufklärung der Tat als gross einzustufen sei. Da auf der anderen Seite kein namhaftes öffentliches Interesse an der Berichterstattung bestehe, sei es kein unverhältnismässiger Eingriff, wenn die Journalistin gezwungen werde, den Namen des Cannabis-Händlers preiszugeben.[11]

Dieser Entscheid des Bundesgerichts ist für die Schweizer Medienschaffenden in verschiedener Hinsicht bedeutsam. Zum einen wirft er grundsätzlich die Frage auf, in welchen Fällen von Berichterstattung zu Tatbeständen des Ausnahmekatalogs von Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO Medienschaffende künftig davon ausgehen können, dass ihre Publikation einen derart schweren Missstand aufdeckt, dass das Interesse am Informanten- und Quellenschutz überwiegt und sie ihren Informanten Schutz zusichern können. Die Beschränkung der exemplarischen Aufzählung auf schwere Missstände in Politik, Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung bringt sodann die Frage mit sich, ob andere Missstände wie etwa gesellschaftliche oder soziale diese geforderte Schwere ebenfalls erreichen können oder ob das Bundesgericht diese in seiner Aufzählung bewusst wegliess, da es der Auffassung war, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung in solchen Fällen in aller Regel überwiegt.

Weiter muss man sich nach diesem Entscheid auch fragen, ob dieser als Trendwende weg von einer stetigen Festigung des Redaktionsgeheimnisses verstanden werden muss.[12] Dass die betroffene Journalistin diesen Fall durch den EGMR beurteilen lassen will, erstaunt nicht, zumal ihre Chancen in Strassburg zu obsiegen, nicht schlecht stehen.

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR haben Medienschaffende grundsätzlich das Recht, ihre Informationsquellen unter Verschluss zu halten. Ein Ausnahmekatalog wie jener von Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO ist auf europäischer Ebene nicht vorhanden. Eingriffe ins Redaktionsgeheimnis gemäss Art. 10 EMRK sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, eines der in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgelisteten legitimen Ziele verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sowie verhältnismässig sind.

Die ersten beiden Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall unproblematisch. Der EGMR bejaht die Notwendigkeit eines Eingriffs jeweils dann, wenn dieser einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspricht.[13] Dabei spielt es gemäss der Auffassung des EGMR keine Rolle, aus welcher Motivation heraus der Informant handelte. Eigennützige Motive eines Informanten dürfen nicht zulasten der Medienfreiheit gewichtet werden. Der Informanten- und Quellenschutz Medienschaffender falle bei illegalem Verhalten von Informanten nicht einfach dahin. Vielmehr sei das Verhalten des Informanten bei der Interessenabwägung zwar zu berücksichtigen, doch sei dieses nur einer von mehreren Faktoren.[14] Das Argument des Bundesgerichtes, dass der Cannabishändler die Publikation als Werbeplattform benutzt habe, um seine Drogengeschäfte verharmlosend als normales Gebaren unter Kollegen darzustellen, würde demnach vom EGMR bei seiner Beurteilung des Falls kaum als gewichtiges Argument in die Waagschale gelegt werden.

Hinsichtlich der Abwägung der gegenüberliegenden Interessen hat der EGMR sodann immer wieder betont, dass der Quellenschutz in einer demokratischen Gesellschaft weitestgehend garantiert werden müsse und nur eingeschränkt werden dürfe, wenn ausserordentliche Umstände dies erfordern würden.[15] Eine Pflicht zur Offenlegung der Quellen kann vor Art. 10 EMRK somit nur standhalten, wenn ein überragendes öffentliches Interesse daran besteht.[16]

Ob vom EGMR ein überragendes öffentliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung eines Cannabishändlers, der mit seiner Tätigkeit monatlich rund 1000 Schweizer Franken erzielt, bejaht werden würde, darf an dieser Stelle angezweifelt werden. Schliesslich dürfte der EGMR auch den sog. chilling effect, den Durchbrechungen des Informanten- und Quellenschutzes naturgemäss zur Folge haben, bei seinem Entscheid berücksichtigen.[17] Dies hat das Bundesgericht nicht getan. Überhaupt fällt auf, wie knapp das Bundesgericht bei der Interessenabwägung auf die Bedeutung der Medienfreiheit eingegangen ist.[18]

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit der Schweizer Medienschaffenden (und ihrer Informanten) ist die Beurteilung des schweizerischen Ausnahmekatalogs von Art. 172 Abs. 2

10 BGer, 31.1.2014, 1B_293/2013, E. 2.3.4, medialex 2014, 70 ff.
11 BGer, 31.1.2014, 1B_293/2013, medialex 2014, 70 ff.
12 So jedenfalls Kübler, Strafverfolgungsinteresse überwiegt Interesse am Quellenschutz, medialex 2014, 72.

13 EGMR Goodwin vs. Vereinigtes Königreich, 27.3.1996, Nr. 17488/9, Ziff. 40; EGMR Handyside vs. Vereinigtes Königreich, 7.12.1976, Nr. 5493/72, Ziff. 48; EGMR Ressiot u.a. vs. Frankreich, 28.6.2012, Nr. 15054/07 und 15066/07, Ziff. 110; EGMR Sunday Times vs. Vereinigtes Königreich, 26.4.1979, Nr. 6538/74, Ziff. 59.
14 M.w.H. EGMR Nagla vs. Litauen, 16.10.2013, Nr. 73469/10, Ziff. 97.
15 EGMR Goodwin vs. Vereinigtes Königreich (Fn. 13), Ziff. 40; EGMR Ernst u.a. vs. Belgien, 15.7.2003, Nr. 33400/96, Ziff. 103; EGMR, Ressiot u.a. vs. Frankreich (Fn. 13), Ziff. 124.
16 EGMR Goodwin vs. Vereinigtes Königreich (Fn. 13), Ziff. 39.
17 EGMR Goodwin vs. Vereinigtes Königreich (Fn. 13), Ziff. 39.
18 Kritisch dazu Schwaibold, Kommentar zu BGer, 31.1.2014, 1B_293/2013, forumpoenale 2014, 133.

lit. b StPO durch den EGMR von besonderer Bedeutung, zumal bisher noch nie ein Fall zum Informanten- und Quellenschutz aus der Schweiz an den EGMR gelangte. Der Entscheid aus Strassburg darf daher mit Spannung abgewartet werden.

C. Weitere ausgewählte Aspekte des Zeugnisverweigerungsrechts

a) *Teilweise Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts*

aa) Ausgangslage

Praktisch relevant hinsichtlich der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts ist insbesondere die Frage, ob Medienschaffende auch nur teilweise von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 172 StPO Gebrauch machen können, indem sie gewisse Fragen, die in den sachlichen Schutzbereich von Art. 172 StPO fallen, beantworten, andere hingegen nicht oder ob ein Verzicht auf die Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts umfassend gilt. Die schweizerische Rechtsprechung musste sich bisher soweit ersichtlich erst in einem Fall mit dieser Frage auseinandersetzen.

bb) Ein Fall aus der Praxis

In den Ausgaben der Sonntagszeitung vom 13. und 20. Juli 2008 berichtete ein Journalist über Stalking-Vorwürfe gegen den ehemaligen (dazumal noch amtierenden) Armeechef Roland Nef, der später bekanntlich zurücktrat. Da diese Informationen aus polizeiinternen Dokumenten stammten, wurde in der Folge gegen einen Polizeiangehörigen ein Strafverfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB eröffnet. Das Gericht sah es schliesslich als erwiesen an, dass der beschuldigte Polizeiangehörige der Informant des Journalisten war, obschon dieser seine Schuld bestritt. Während des erstinstanzlichen Verfahrens berief sich der Journalist auf sein Zeugnisverweigerungsrecht und äusserte sich nicht zur Quelle seiner Informationen. Nach dem erstinstanzlichen Urteil, mit dem der Polizeiangehörige wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB verurteilt wurde, zog dieser den Schuldspruch ans Zürcher Obergericht weiter. Im Vorfeld der Verhandlung zeigte sich der Journalist nun zur Zeugenaussage bereit und kündigte an, dass er aussagen werde, dass der Beschuldigte nicht sein Informant gewesen sei, er darüber hinaus die Quelle seiner Informationen jedoch nicht offenlegen werde. Das Obergericht wies den Journalisten in der Folge darauf hin, dass das Zeugnisverweigerungsrecht nicht partiell in Anspruch genommen werden könne und ein allfälliger Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht umfassend gelte.[19]

cc) Anmerkungen

Vorab ist festzuhalten, dass Zeugenaussagen zur Ermittlung der materiellen Wahrheit in Strafverfahren in der Praxis eine zentrale Rolle spielen und es daher allgemein nicht im Interesse der Strafverfolgungsbehörden sein kann, Zeugenaussagen von vornherein auszuschliessen. Gemäss Art. 172 StPO ist das Zeugnisverweigerungsrecht Medienschaffender relativ ausgestaltet und gilt nicht absolut.[20] Folglich dürfen Medienschaffende, die als Zeugen einvernommen werden, nur Aussagen auf Fragen verweigern, die in den sachlichen Schutzbereich von Art. 172 StPO fallen. Beispielsweise müssen Fragen nach den Quellen ihrer Informationen im Allgemeinen nicht beantwortet werden. Bezüglich anderer Fragen trifft sie jedoch eine Aussagepflicht. Dem Sinn und Zweck des Informanten- und Quellenschutzes zufolge sollte eine teilweise Inanspruchnahme des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts zulässig sein. Schliesslich handelt es sich aus strafrechtlicher Perspektive beim journalistischen Zeugnisverweigerungsrecht nicht um eine Pflicht, sondern um ein Recht, das von den Berechtigten nur so weit in Anspruch genommen werden soll, wie es zum Schutz der Quellen erforderlich ist.[21] Erlaubt der Informanten- und Quellenschutz die teilweise Bekanntgabe gewisser Informationen, ohne dabei die Quelle offenzulegen, wäre es nicht im Interesse der Strafverfolgungsbehörden, solche Aussagen von vornherein auszuschliessen.

Dieser Auffassung folgt etwa auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung und lässt eine teilweise Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts zu: Medienschaffende können sich frei entscheiden, ob sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht umfassend, teilweise oder überhaupt nicht Gebrauch machen wollen, sodass ein teilweiser Verzicht auf das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht nicht zum Verlust des gesamten Schutzes führt.[22] Im vorangehend geschilderten Fall wäre es in Deutschland für den Journalisten daher ohne Weiteres möglich, zur Frage, ob er die Informationen vom Beschuldigten erhalten habe, auszusagen, ohne dabei seine Informationsquelle nennen zu müssen. Dem deutschen Rechtsverständnis nach stellt ein solches Aussageverhalten keine verpönte Möglichkeit dar, «aktiv durch zielgerichtete partielle Aussagen zugunsten einer bestimmten Person auf den Wahrheitsfindungsprozess einzuwirken».[23] Schliesslich steht auch die Strafprozessordnung – zumindest dem Wortlaut von Art. 175 Abs. 1 StPO nach – einer teilweisen Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts nicht entgegen. Das Obergericht des Kantons Zürich vertrat im vorhin geschilderte Fall allerdings die Auffassung, Art. 175 Abs. 1 StPO beziehe sich auf die zeitliche Di-

19 OGer ZH, medialex 2012, 96 f.

20 Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 885, N 897; vgl. auch BaslerKomm/Vest/Horber, Art. 168 StPO, N 4.

21 Indes besteht eine standesrechtliche Pflicht zur Geheimhaltung der Quellen, vgl. Art. 6 der Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten, abrufbar unter: www.presserat.ch/Documents/Erklaerung2008.pdf.

22 BVerfG, MDR 1982, 635; Bott, Die Medienprivilegien im Strafprozess. Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot zum Schutz der Medien im Strafverfahren, Frankfurt 2009, 140; Heimann, Der Pressekodex im Spannungsfeld zwischen Medienrecht und Medienethik, Frankfurt 2009, 166; Meyer-Gossner/Schmitt, Strafprozessordnung. Beck'sche Kurzkommentare, 57. Aufl., München 2014, § 53 StPO N 41; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 27. Aufl., München 2012, § 26 StPO N 25; Stender, Journalistischer Quellenschutz durch Aussageverweigerungsrechte im deutschen und im englischen Recht. Verfassungsrechtlicher Hintergrund und konkrete Ausgestaltung, Diss., Berlin 2002, 67.

23 OGer ZH, medialex 2012, 96 f.

mension und nicht auf das Aussageverhalten innerhalb ein und derselben Einvernahme.[24] Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Vielmehr kann das Zeugnisverweigerungsrecht generell in Anspruch genommen werden oder erst gestützt auf bestimmte Fragen oder es kann auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts verzichtet werden.[25]

Einwänden in praktischer Hinsicht, dass partielle Aussagen eines Journalisten nur schlecht oder eventuell auch gar nicht auf ihre Glaubwürdigkeit hin überprüft werden können, ist entgegenzuhalten, dass das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO nicht an eine entlastende Zeugenaussage gebunden ist und es ihm freisteht, Zeugenaussagen mangels Überprüfbarkeit für unglaubwürdig einzustufen.[26] Sodann stellen sich in der Praxis bekanntermassen regelmässig Schwierigkeiten hinsichtlich der Bewertung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, weshalb eine Ablehnung partieller Aussagen basierend auf diesem Einwand allein nicht überzeugend ist.[27] In Anlehnung an die deutsche Lehre und Praxis sollte die teilweise Inanspruchnahme des journalistischen Zeugnisverweigerungsrechts auch in der Schweiz zulässig sein.

b) Ausgestaltung des persönlichen Schutzbereiches

aa) Ausgangslage

Zurzeit können sich in der Schweiz nur professionelle Medienschaffende auf das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Im Kern wird der Begriff der beruflichen Tätigkeit durch folgende zwei Merkmale definiert: Die publizistische Tätigkeit muss mit einer gewissen Kontinuität und Intensität in quantitativer und qualitativer Hinsicht verfolgt werden und zudem zur Meinungsbildung in öffentlichen Angelegenheiten beitragen. Diese Voraussetzungen können grundsätzlich auch durch andere Akteure als professionelle Medienschaffende wie etwa Politiker, Historiker, Politologen etc. erfüllt werden, welche ebenfalls Publikationen im öffentlichen Interesse, die zur Meinungsbildung beitragen, verfassen und auch ein schützenswertes Interesse an der Verheimlichung ihrer Quellen haben können. Die Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit wird daher zum Teil auch kritisiert.[28]

Schaut man über die Landesgrenzen hinaus, sind in verschiedenen Staaten Bestrebungen zu verzeichnen, den persönlichen Schutzbereich des Redaktionsgeheimnisses auszuweiten und auch anderen Akteuren als professionellen Medienschaffenden Informanten- und Quellenschutz zuzuerkennen. Ein Grund für diese Entwicklung ist in der stetigen Weiterentwicklung der Medienlandschaft zu sehen, wobei insbesondere das Internet von Bedeutung ist. Im Internet ist das Publikum nicht mehr länger nur Empfänger von Informationen, sondern auch Kommunikator. Allgemein lässt sich ein Trend zu mehr Partizipation feststellen. In diesem Zusammenhang haben sich im Laufe der letzten Jahre neue Formate im Journalismus wie etwa jene des Laienjournalismus entwickelt. Die Bedeutung von Laienformaten im Journalismus wird unterschiedlich bewertet. Manche Beobachter sehen darin eine ernst zu nehmende neue Form von Journalismus, während andere diesen eher skeptisch begegnen und vor allem in qualitativer Hinsicht Bedenken äussern.[29] Unabhängig davon muss bedacht werden, dass hinsichtlich der Qualität und Bedeutung solcher neuer Formate im Journalismus bisher jedoch praktisch keine empirisch erhärteten Erkenntnisse vorliegen, da die Journalismusforschung die neuen Formate des Laienjournalismus bisher erst wenig erforschte. Für eine fundierte Einschätzung der Bedeutung dieser Formate ist es daher zurzeit zu früh.

bb) Die Ausgestaltung des persönlichen Schutzbereichs auf europäischer Ebene

Die rechtliche Ausgestaltung des persönlichen Schutzbereichs in den einzelnen europäischen Staaten könnte unterschiedlicher nicht sein. Während viele Staaten wie etwa Frankreich, Deutschland oder Österreich das Redaktionsgeheimnis als journalistisches Berufsprivileg auffassen[30] und den Informanten- und Quellenschutz nur professionellen Medienschaffenden einräumen, stellen andere Länder wie etwa Belgien oder Schweden Laien den professionellen Medienschaffenden gleich.[31]

Im Hinblick auf die konventionalrechtlichen Vorgaben durch Art. 10 EMRK ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der EGMR betreffend den Informanten- und Quellenschutz bis anhin nur von professionellen Medienschaffenden angerufen wurde, weshalb aus der bisherigen Rechtsprechung des EGMR die Frage, ob sich auch andere Akteure als professionelle Medienschaffende auf den Schutz von Art. 10 EMRK berufen können, nicht beantwortet werden kann. Immerhin scheint eine Ausweitung auf andere Akteure in Zukunft grundsätzlich nicht undenkbar zu sein, hielt der EGMR in seinem Entscheid Társaság A Szabadságjogokért vs. Ungarn doch fest, dass die

24 OGer ZH, medialex 2012, 96 f.
25 StPO Komm/Riklin, Art. 175 StPO, N 1.
26 Vgl. dazu Groner, Beweisrecht. Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2001, 269; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 54, N 3; BaslerKomm/Hofer, Art. 10 StPO, N 58 ff.
27 Kritisch zum Beweiswert von Zeugenaussagen etwa Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht. Unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011, N 492 ff.
28 Werly (Fn. 8), 211; vgl. auch BaslerKomm/Zeller, Art. 172 StPO, N 13, der darauf hinweist, dass durch die Beschränkung auf berufliche tätige Medienschaffende die Gefahr besteht, dass wichtige Beiträge zur Meinungsbildung schutzlos bleiben.
29 Sehr kritisch Jarren, Unersetzbare soziale Institutionen, Die verkannten Vorteile der klassischen Medien, NZZ vom 6. 3. 2009, 17; vgl. m. w. H. Bucher/Schumacher, Konstante Innovationen, Vom Online-Journalismus zum konvergenten Journalismus – wie neue Medien und alte Paradoxien die öffentliche Kommunikation verändern, in: Pörksen/Loosen/Scholl (Hrsg.), Paradoxien des Journalismus, Theorie – Empirie – Praxis, Wiesbaden 2008, 478; Quandt, Journalisten im Netz, Eine Untersuchung Journalistischen Handelns in Online-Redaktionen, Wiesbaden 2005, 43 ff.
30 Clement/Cottier/Monnier, Journalisme citoyen et protection des sources, medialex 2010, 186; Berka, Redaktionsgeheimnis und Pressefreiheit, Aktuelle Probleme des Schutzes journalistischer Quellen im österreichischen Recht, Wien 2001, 13 f.; Hinterhofer, Zeugenschutz und Zeugnisverweigerungsrechte im österreichischen Strafprozess, Wien 2004, 412, 416 ff.; Rose, Grenzen der journalistischen Recherche im Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Diss. Frankfurt 2001, 126.
31 Clement/Cottier/Monnier (Fn. 30), 186; Valcke/Lievens, Media Law in Belgium, Kluwer Law International 2011, 61.

zentrale Aufgabe der Medien hinsichtlich der Herstellung von Foren für öffentliche Debatten nicht professionellen Medienschaffenden vorbehalten sei. Auch andere Akteure könnten in einer Demokratie die Rolle eines «Wachhundes» einnehmen. Diese würden deshalb den gleichen Schutz verdienen wie die Presse.[32]

cc) Ausblick

Aus sachlicher Sicht ist es somit nicht falsch, darüber nachzudenken, ob und wie einzelnen Akteuren, die ebenfalls seriöse Leistungen für das Publikum erbringen und die mit ihrer Tätigkeit ein öffentliches Interesse wahrnehmen, Informanten- und Quellenschutz eingeräumt werden könnte. Eine absolute Gleichstellung anderer Akteure mit professionellen Medienschaffenden, welche an keinerlei Voraussetzungen anknüpfen würde, würde jedoch zu einem Ungleichgewicht zum öffentlichen Interesse an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten führen und ist daher abzulehnen. Eine Ausweitung des Informanten- und Quellenschutzes ist nur praktikabel, wenn dieser dadurch nicht uferlos wird und sich nicht jede Person, die sich in beliebiger Weise öffentlich äussert, hernach darauf berufen kann.

Richtungsweisend könnte hierbei der von Schweden praktizierte Ansatz sein, welcher Laienpublikationen im Internet professionellen Medienerzeugnissen gleichstellt, sofern sie gewisse Voraussetzungen erfüllen. Gefordert wird eine vorgängige Registrierung bei der zuständigen Behörde und dass sich die Publikation an die Allgemeinheit respektive an eine unbestimmte Anzahl Personen richtet sowie dass die redaktionelle Verantwortung bei einer natürlichen Person mit Domizil in Schweden liegt.[33] In der Schweiz wäre ein solcher Ansatz ebenfalls denkbar, wobei eine Registrierung zusätzlich an die Absichtserklärung, die publizistische Tätigkeit mit einer gewissen Kontinuität und Intensität in quantitativer und qualitativer Hinsicht verfolgen zu wollen, und an die Pflicht zur Beachtung der journalistischen Standesregeln zu knüpfen wäre. In praktischer Hinsicht muss aber eingeräumt werden, dass sich in der Schweiz zurzeit noch keine Ausweitung des persönlichen Schutzbereiches aufdrängt, da den Erkenntnissen aus den Daten zur Mediennutzung der Schweizer Bevölkerung zufolge Laienformate eine eher untergeordnete Rolle zu spielen scheinen.[34]

2. Medienschaffende als Beschuldigte

A. Rechte und Pflichten von Medienschaffenden als Beschuldigte

a) Ausgangslage

Berufsbedingt setzen sich Medienschaffende durch die Publikation brisanter Informationen häufig der Gefahr aus, selbst in den Fokus der Strafverfolgungsorgane zu geraten. Typische Tatvorwürfe gegenüber Medienschaffenden sind die strafbaren Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich nach den Art. 173 ff. StGB, Anstiftung oder Gehilfenschaft zu einer Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 i. V. m. Art. 24 bzw. Art. 25 StGB und Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB.

b) Strafprozessuale Konsequenzen

Beschuldigte Personen trifft grundsätzlich keine Pflicht zur aktiven Teilnahme am Strafverfahren. Sie sind gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO weder zur Aussage verpflichtet, noch unterliegen sie sonst einer aktiven Mitwirkungspflicht (Nemo-tenetur-Prinzip[35]).[36] Daraus abgeleitet haben Beschuldigte auch ein Editionsverweigerungsrecht.[37] Allerdings treffen beschuldigte Personen gewisse passive Pflichten wie etwa die Pflicht, Zwangsmassnahmen zu dulden.[38]

Die Gefahr für den Informanten- und Quellenschutz von gegen Medienschaffende gerichteten Strafverfahren ist nicht zu unterschätzen, da Zwangsmassnahmen für den Informanten- und Quellenschutz naturgemäss heikel sind, weil sie Vertrauensverhältnisse zwischen Medienschaffenden und Informanten tangieren können.

c) Gewährleistung des Informanten- und Quellenschutzes

Der Informanten- und Quellenschutz wird dahingehend gewährleistet, dass durch Zwangsmassnahmen betroffene Medienschaffende die Siegelung gemäss Art. 248 StPO verlangen können.[39] In der StPO wird dies ausdrücklich bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und bei der Beschlagnahme genannt. Analog muss dies jedoch auch für andere Zwangsmassnahmen wie etwa die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten gelten, da ansonsten eine Schutzlücke bestehen würde.[40]

Aus der konventional- und verfassungsrechtlichen Verankerung des Redaktionsgeheimnisses folgt zudem, dass Versuche, den Informanten- und Quellenschutz durch die missbräuchliche Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen Medienschaffende zu umgehen, unzulässig sind.[41] Die Abgrenzung zwischen einer zulässigen Strafuntersuchung gegen Medienschaffende und einem Umgehungsversuch ist allerdings nicht einfach. Für die Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft oder die Anordnung von Zwangsmassnahmen braucht es einen hinreichenden Tatverdacht. Hinreichend ist ein Tatverdacht dann, wenn erhebliche bzw. ernsthafte Gründe für eine strafbare Handlung vorhanden sind. Dabei

32 EGMR Társaság A Szabadságjogokért vs. Ungarn, 14. 4. 2009, Nr. 37374/05, Ziff. 27.
33 Clement/Cottier/Monnier (Fn. 30), 188.
34 Detailliert hierzu Schmohl (Fn. 1), 49 ff.
35 Der Nemo-tenetur-Grundsatz folgt aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR.
36 BaslerKomm/Engler, Art. 113 StPO, N 2.
37 BaslerKomm/Engler, Art. 113 StPO, N 5; Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 26), § 70, N 24; Schmid (Fn. 20), N 673.
38 BaslerKomm/Engler, Art. 113 StPO, N 8; Lieber, Art. 113 StPO, N 42, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010.
39 Métille, Le secret professionnel à l'épreuve des mesures de surveillance prévues par le CPP, medialex 2011, 135.
40 Métille (Fn. 39), 135.
41 EGMR Tillack vs. Belgien, 27. 11. 2007, Nr. 20477/05, Ziff. 63 ff.; BGE 123 IV 246.

muss es sich allerdings nicht unbedingt um konkrete Tatsachen handeln.[42] Hierbei kann der Zeitpunkt, in dem Massnahmen gegen einen Medienschaffenden ergriffen werden, richtungsweisend sein.[43] Wenn etwa alle bereits erfolgten Anstrengungen, einen Sachverhalt aufzuklären, nicht zum gewünschten Erfolg geführt haben und erst zuletzt eine Strafuntersuchung gegen den publizierenden Medienschaffenden eröffnet wird, deutet dies auf einen Umgehungsversuch hin.

B. Aktuelle Schweizer Rechtsprechung

a) Sachverhalt

In der Schweiz wurde letzten Sommer bei einem für «Le Matin» tätigen Medienschaffenden eine Hausdurchsuchung betreffend seine Wohnung und das Hotelzimmer, in dem er sich zu dieser Zeit aufhielt, angeordnet, und es wurden verschiedene Laptops und weitere Gegenstände beschlagnahmt. Dieser hatte zuvor eine Plagiatsaffäre betreffend einen Professor an der Universität Neuchâtel aufgedeckt. In der Folge der Publikation wurde durch die zuständige Strafverfolgungsbehörde gegen den Medienschaffenden ein Strafverfahren wegen Ehrverletzung und Teilnahme an Amtsgeheimnisverletzung eröffnet, in dessen Rahmen die Hausdurchsuchungen angeordnet wurden. Dieser wehrte sich gegen die Zwangsmassnahmen beim Obergericht Neuenburg, welches zu seinen Gunsten entschied, worauf die Staatsanwaltschaft Neuenburg den Entscheid ans Bundesgericht weiterzog. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Staatsanwaltschaft im März dieses Jahres gut und hob den Entscheid des Obergerichtes auf, da nicht das Obergericht, sondern das Zwangsmassnahmengericht zuständig gewesen sei. Dieses wird sich nun mit der Sache befassen müssen.[44]

b) Anmerkungen

Bisher hat das Bundesgericht die von Strafverfahren ausgehende Gefahr für den Informanten- und Quellenschutz indes nicht anerkannt. Seiner Auffassung nach laufe die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen einen Journalisten wegen Verdachts auf Anstiftung zu einer Amtsgeheimnisverletzung dem Sinn und Zweck des Quellenschutzes nicht entgegen.[45] Dem ist zu widersprechen. Wie dies auch durch das Neuenburger Kantonsgericht festgehalten wurde, legt der Fall die Vermutung nahe, dass es den Strafverfolgungsbehörden nicht primär um die strafrechtliche Verfolgung des Korrespondenten ging, sondern dass versucht wurde, den Informanten ausfindig zu machen.[46] Wie gesehen sind vordergründig gegen Medienschaffende gerichtete Strafverfahren, welche in Wahrheit darauf abzielen, die Quelle aufzudecken, unzulässig. Um dieser Gefahr in der Praxis effektiv begegnen zu können, ist analog zur Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu fordern, dass der Tatverdacht hinsichtlich der Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Verdachts auf Teilnahme an einer Amtsgeheimnisverletzung nicht allein auf den Umstand der Veröffentlichung des Amtsgeheimnisses abgestützt wird. Vielmehr sind «spezifische tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vom Geheimnisträger bezweckten Veröffentlichung des Geheimnisses und damit einer beihilfefähigen Haupttat» zu fordern.[47] Ein konkreter Anhaltspunkt für ein strafbares Verhalten im Hinblick auf eine Anstiftung oder Gehilfenschaft zu einer Amtsgeheimnisverletzung läge etwa vor, wenn andere Personen bestätigen würden, dass der Journalist auch bei ihnen versucht habe, an Informationen zu kommen.[48] Liegen keine solche Anhaltspunkte vor und wird der Tatverdacht allein auf der Veröffentlichung der Informationen abgestützt, ist dies nicht ausreichend, da die Veröffentlichung nicht zwingend bedeutet, dass der Medienschaffende den Geheimnisträger tatsächlich angestiftet bzw. zur Haupttat Beihilfe geleistet hat, weil die Informationen etwa auch über eine Drittperson nach aussen gelangt sein könnten.

Auch das Neuenburger Kantonsgericht vertrat die Auffassung, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Hausdurchsuchung keine genügend konkreten Anzeichen für einen hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich des Tatvorwurfs der Anstiftung zu Amtsgeheimnisverletzung vorhanden gewesen seien. Die Anordnung der Hausdurchsuchungen sei daher voreilig gewesen.[49]

Sodann ist im Zusammenhang zum Tatvorwurf der Ehrverletzung auch auf den Konflikt zwischen dem Redaktionsgeheimnis und den Entlastungsbeweisen gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB hinzuweisen. Erhalten Medienschaffende heikle Informationen von Informanten, denen sie Anonymität zugesichert haben, können sie in ein Dilemma geraten, wenn hernach ein Strafverfahren wegen Ehrverletzung gegen sie eröffnet wird. Sie können zwar einer Verurteilung entgehen, indem sie den Entlastungsbeweis gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB erbringen, sähen sich dann aber gezwungen ihre Informanten preiszugeben. Dies wiederum verstiesse jedoch gegen die grundlegenden Prinzipien journalistischer Arbeit. Medienschaffende befinden sich somit in solchen Situationen punkto Informanten- und Quellenschutz in einer schlechteren Ausgangslage als in der Zeugenrolle.

Hinsichtlich der faktischen Druckausübung auf Medienschaffende durch Ehrverletzungsverfahren ist weiter zu erwähnen, dass der EGMR diese bisher nicht als Eingriff ins Redaktionsgeheimnis gemäss Art. 10 EMRK anerkannte, auch wenn er es als legitim erachtete, dass Medienschaffende ihre Quellen nicht offenlegen wollen, um den Entlastungsbeweis zu erbringen.[50] Um das Dilemma ein Stück weit zu überwinden, ist an die Gerichte zu appellieren, die Anforderungen an den Entlastungsbeweis zu lockern und beispielsweise auch anonyme und indirekte Zeugenaussagen zuzulassen. Denkbar wäre etwa, dass der verantwortliche Chefredakteur oder Berufskollegen

42 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 26), § 70, N 12; Riklin (Fn. 25), Art. 309 StPO, N 1; Schmid (Fn. 20), N 1228.
43 Vgl. EGMR Tillack vs. Belgien (Fn. 41), Ziff. 63.
44 KGer NE, 10. 9. 2013, ARMP.2013.94/sk-ae, medialex 2013, 199 f.; BGer, 24. 3. 2014, 1B_360/2013, medialex 2014, 104 f.
45 BGE 127 IV 134.
46 KGer NE (Fn. 43), E. 4, medialex 2013, 199 f.
47 BVerfG, 27. 2. 2007, 1 BvR 538/06, N 62, NJW 2007, 1117.
48 Swoboda, Immunität, Redaktionsgeheimnis & Co, medien und recht 2009, 354.
49 KGer NE (Fn. 44), E. 5c.
50 EGMR De Haes et Gijsels vs. Belgien, 24. 2. 1997, Nr. 19983/92, Ziff. 55.

des Beschuldigten als Zeugen aussagen würden. Hilfsweise könnten auch weitere Presseberichte anderer Medien als Beweise beigezogen werden.[51] Im Hinblick auf das Prinzip der Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind solche Beweisanträge beschuldigter Medienschaffender jedenfalls sorgfältig zu prüfen.

C. Ein aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung des EGMR

a) Sachverhalt

Im Fall EGMR Saint-Paul Luxembourg S. A. vs. Luxemburg publizierte die Zeitung «Contacto» im Dezember 2008 einen kritischen Artikel über die Situation von Familien, welche das elterliche Sorgerecht für ihre Kinder verloren hatten, wobei ein involvierter Sozialarbeiter und weitere Personen namentlich genannt wurden. Dieser beschwerte sich darauf beim Vorstand des Sozialdepartements, welches Strafanzeige wegen übler Nachrede einreichte. In der Folge eröffneten die Strafverfolgungsbehörden im Januar 2009 eine Strafuntersuchung, in dessen Rahmen Anfang Mai 2009 eine Hausdurchsuchung in der Redaktion der Zeitung durchgeführt wurde, mit dem Ziel, alle Dokumente oder Objekte, die zur Identifizierung des Autors führen konnten, sicherzustellen. Anlässlich der Durchsuchung der redaktionellen Räumlichkeiten verhielt sich der Journalist, welcher den Artikel verfasst hatte, kooperativ und händigte unter anderem ein Notizbuch sowie verschiedene Dokumente, welche bei der Vorbereitung des Artikels verwendet worden waren, an die Polizei aus. Diese kopierte zudem Daten von einem Computer auf einen USB-Speicher. Im Polizeirapport zur Hausdurchsuchung hielt die Polizei schliesslich fest, dass die Beschlagnahmen nur erfolgt seien, um den Journalisten von den Tatvorwürfen zu entlasten und dass der Informanten- und Quellenschutz zu keiner Zeit gefährdet gewesen sei. Zudem sei der Eingriff ohne die Ausübung von Druck erfolgt.[52]

b) Beurteilung durch den EGMR

Der EGMR fand, dass die Hausdurchsuchung der Polizei Zugang zu Informationen gegeben habe, welche der Journalist nicht habe veröffentlichen wollen, und welche zur Offenlegung von Informanten des Journalisten hätte führen können. Insbesondere sei der Hausdurchsuchungsbefehl viel zu offen formuliert gewesen, um einem allfälligen Missbrauch vorzubeugen, weshalb die Gefahr der Offenlegung von journalistischen Quellen bestanden habe. Das Kopieren von Daten auf einen USB-Speicher bringe zudem naturgemäss die Möglichkeit mit sich, dass die Behörden Kenntnis über Informationen erhalten, welche nicht mit dem abzuklärenden Sachverhalt in Zusammenhang stehen. Der EGMR kam daher zum Schluss, dass die Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme unverhältnismässig gewesen seien und Art. 10 EMRK verletzt worden sei.[53]

c) Anmerkungen

Der Fall zeigt auf, wie prozessuale Zwangsmassnahmen gegenüber beschuldigten Medienschaffenden zur Gefahr für den Informanten- und Quellenschutz werden können, wenn etwa Durchsuchungsbefehle zu wenig konkret umschriebene Formulierungen enthalten und die Beschlagnahme von beliebigem journalistischen Material ermöglichen. Dass sich der betroffene Journalist nicht schon vor Ort gegen die Beschlagnahme wehrte, sondern die Zwangsmassnahme still erduldete und sich erst drei Tage danach dagegen zur Wehr setzte, spielt nach der Auffassung des EGMR für den Rechtsschutz offenbar keine Rolle.[54] Hierzu ist im Hinblick auf die Schweizer Rechtslage anzumerken, dass die StPO betroffenen Medienschaffenden ermöglicht, in solchen Situationen die Siegelung gemäss Art. 248 StPO zu verlangen, dies jedoch nur unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit der Durchsuchung und Beschlagnahmung. Lehre und Rechtsprechung gehen dabei von einem sehr begrenzten Zeitraum von einigen Stunden nach Abschluss der Durchsuchung aus.[55] Angesichts der grosszügigeren Rechtsauffassung des EGMR sollte die Zeitspanne, in welcher Betroffene die Siegelung beantragen können, in Zukunft nicht allzu eng aufgefasst werden.

Zusammenfassung Medienschaffende können in verschiedenen Rollen in Strafverfahren involviert werden. Als Zeugen haben sie gemäss Art. 172 StPO Abs. 1 grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht, welches den konventional- und verfassungsrechtlich verankerten Informanten- und Quellenschutz gewährleistet. Zurzeit kann das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht nur von beruflich tätigen Medienschaffenden in Anspruch genommen werden. In anderen europäischen Staaten besteht zum Teil ein weiterreichender Schutz. Werden Medienschaffende hingegen als Beschuldigte in Strafverfahren involviert, befinden sie sich punkto Informanten- und Quellenschutz in einer schlechteren Ausgangslage als in der Zeugenrolle.

Summary Members of the press can be involved in a criminal procedure in different ways. As a witness, they have a right to refuse to testify as to the identity of the author or as to the content and sources of their information (article 172 paragraph 1 CrimPC). In Switzerland, only professional journalists have such a right. A broader protection of sources exists in some other European States. If on the other hand a journalist is involved in a criminal procedure as the accused, his right to preserve the anonymity of his sources is very much weakened.

51 Vgl. BezGer ZH, 1. 3. 2004, Nr. DF030002, in welchem dem Journalisten der Gutglaubensbeweis gelang.

52 EGMR Saint-Paul Luxembourg S. A. vs. Luxemburg, 18. 4. 2013, Nr. 26419/10.

53 EGMR Saint-Paul Luxembourg S. A. vs. Luxemburg, 18. 4. 2013, Nr. 26419/10, Ziff. 54 ff.

54 Vgl. dazu auch Zeller, Unverhältnismässige Polizeiaktion zur Überführung eines Autors, medialex 2013, 146 f.

55 BGE 114 Ib 360; Lieber (Fn 38), Art. 248 StPO, N 11; Riklin (Fn. 25), Art. 248 StPO, N 1; Schmid (Fn. 20), N 1077.

entscheidungen **décisions**

Die Entscheidung | La décision

14-84 **La condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations couvertes par le secret de l'instruction porte atteinte à sa liberté d'expression** 139
Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 1er juillet 2014 (nº 56925/08 A. B. c. Suisse)
REMARQUES: PROF. STÉPHANE WERLY, GENÈVE/NEUCHÂTEL

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif
1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

14-85 **Rechtmässige Enthüllung der Vaterschaft des Fürsten von Monaco** 145
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Couderc und Hachette Filipacchi Associés c. Frankreich» vom 12. Juni 2014 (Nº 40454/07)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

14-86 **Professorale Kritik an Verfassungsrichtern respektierte Grenzen des Erlaubten** . . . 146
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Mustafa Erdogan u. a. c. Türkei» vom 27. Mai 2014 (Nº 346/04 und 39779/04)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

14-87 **Übertriebene Schlagzeile macht korrekten Bericht über Auftragsmord rechtswidrig** 147
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Salumäki c. Finnland» vom 29. April 2014 (Nº 23605/09)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

14-88 **Provokativer Auftritt im Parlament rechtfertigt extremes Werturteil** 148
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Mladina D.D. Ljubjana c. Slowenien» vom 17. April 2014 (Nº 20981/10)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

14-89 **Plagiatsvorwurf unter Akademikern: Zivilgericht missachtete Meinungsfreiheit** . . . 148
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Hasan Yazici c. Türkei» vom 15. April 2014 (Nº 40877/07)

14-90 **Übertriebene Illustration macht korrekten Bericht über Mafia rechtswidrig** 149
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Ozon & Candea c. Rumänien» vom 15. April 2014 (Nº 38504/04)

14-91 **Ordnungsbusse war gerechtfertigt** 149
Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2014 (4D_8/2014)

14-92 **Zulässige Formulierung eines Flugblatts gegen kandidierenden «Scharfmacher»** 150
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Brosa c. Deutschland» vom 17. April 2014 (Nº 5709/09)

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

14-93 **Auch geheime Dokumente sind dem EDÖB zuzustellen** 150
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Mai 2014 (ESTV/Dokumente zu angeblichem Steuerruling)
ANMERKUNGEN: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE

14-94 **BFM muss Zugang zu Rahmenvertrag über Asylunterkünfte gewähren** 151
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 19. Mai 2014 (BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte)

14-95 **EMI-Daten sind zugänglich zu machen** 152
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Mai 2014 (ENSI/EMI-Daten aller Schweizer Atomkraftwerke)

14-96 **Zugang zu Projektlisten 2012 und 2013 der KTI ist ebenfalls zu gewähren** 152
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 2. Mai 2014 (KTI/Innovationsförderung 2012/2013)

14-97 **Le caviardage de documents faisant l'objet d'une demande d'accès peut valablement être effectué pour plusieurs motifs** 153
Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) du 17 avril 2014

14-98 **Behörde muss gerichtlich angeordnete Information tatsächlich liefern** 153
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Rosiianu c. Rumänien» vom 24. Juni 2014 (N° 27329/06)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-99 **Angefochtenen Entscheid verspätet eingereicht** 154
Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juni 2014 (2C_430/2014)

14-100 **Veranstalterkonzession ist höchstpersönliches Recht** 155
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 2014 (A-6569/2013)

14-101 **«Kassensturz»-Beitrag über Sozialhilfe verstiess nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot** 156
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 14. Februar 2014 (b. 682)

14-102 **La présentation fidèle des événements doit être réalisée dans chaque émission rédactionnelle ayant un contenu informatif** 156
Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) du 14 février 2014 (b. 683)

2. Recht der Onlinemedien – Droit des médias en ligne

14-103 **Falschinformation auf Onlineportal rechtfertigt zivilrechtliche Sanktion** 157
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Eryk Schuman c. Polen» vom 3. Juni 2014 (N° 52517/13)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

3. Strafrecht – Droit pénal

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

14-104 **Mangelnde Substantiierung: Bundesgericht bestätigt Verurteilung wegen übler Nachrede** 157
Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2014 (6B_138/2013)

14-105 **Bundesgericht bestätigt: Bezeichnung als «Hochstaplerin» ist ehrverletzend** . . . 158
Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2014 (6B_8/2014)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

14-106 **Anzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung: Nichtanhandnahme war gerechtfertigt** 159
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 3. Juni 2014 (BB.2013.192)

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

14-107 **Hitlergruss auf Rütli verstösst nicht gegen Rassismus-Strafnorm** 159
Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2014 (6B_697/2013)
ANMERKUNGEN: PROF. STÉPHANE WERLY, GENÈVE/NEUCHÂTEL

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

14-108 **Zulässiger Polizeigriff auf Bekennerschreiben zu Bombenanschlägen** 161
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Stichting Ostade Blade c. Niederlande» vom 27. Mai 2014 (N° 8406/06)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

14-109 **Interview eines Gutachters: kein Strafverfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung** 162
Urteil des Bundesgerichts vom 1. Mai 2014 (6B_962/2013)

14-110 **Freispruch: Festsetzung von Genugtuung** 163
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 23. April 2014 (SK.2014.4)

14-111 **Veröffentlichung von Strafbefehl führt nicht zu einer Entschädigung/Genugtuung gestützt auf Art. 434 StPO** 163
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 12. März 2014 (BB.2013.166)

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

14-112 **Bundesverwaltungsgericht ist für Beschwerde des EDÖB zuständig** 164
Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 2014 (A-788/2014)

14-113 **Klage gegen Tamedia: Mehrheit der Artikel verletzt Persönlichkeit von Hirschmann nicht** 164
Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2014 (HG110029-O/U)

5. Urheberrecht – Droit d'auteur
5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

14-114 **Urheberrechtsentschädigungen für Sendeempfang in Gästezimmern** 166
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 (B-6540/2012)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. WILLI EGLOFF, BERN

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation
8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

14-115 **Le Conseil suisse de la presse ne peut imposer aux médias une attitude politiquement correcte** 167
Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 mai 2014 (8/2014: X. c. «20 minutes»)

14-116 **Artikel über Hildebrand verstösst gegen «Erklärung»** 168
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. Mai 2014 (7/2014; Hildebrand c. «Blick»)

14-117 **Beschwerde gegen «Weltwoche»-Artikel abgewiesen** 168
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. Mai 2014 (6/2014; X. c. «Weltwoche»)

14-118 **Nichteintreten auf Beschwerde wegen hängigen Gerichtsverfahrens** 168
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Mai 2014 (5/2014; X. c. «K-Tipp»)

14-119 **Agenturmeldung über Klage gegen Weltwoche verstösst nicht gegen «Erklärung»** 169
Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Mai 2014 (4/2014; Baur c. SDA)

La condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations couvertes par le secret de l'instruction porte atteinte à sa liberté d'expression

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 1er juillet 2014 (nº 56925/08 *A. B. c. Suisse*)

14-84

Die Verurteilung eines Journalisten zu einer Busse von CHF 4000.– wegen einer Publikation von Dokumenten unter Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses in einem Strafverfahren Art. 293 StGB ist unverhältnismässig. Es muss im Einzelfall dargelegt werden, weshalb die Veröffentlichung der vertraulichen Informationen einen negativen Einfluss auf die Unschuldsvermutung oder das Urteil in der Sache haben könnte.

La condamnation d'un journaliste à une amende de 4000 francs suisses pour avoir publié des documents en violation du secret de l'instruction dans une affaire pénale art. 293 CP est disproportionnée par rapport au but poursuivi. Il faut établir, dans les circonstances de l'espèce, en quoi la divulgation de ce type d'informations confidentielles aurait pu avoir une influence négative tant sur le droit à la présomption d'innocence que sur le jugement du prévenu.

Mots-clés Identification; informations confidentielles; liberté d'expression; présomption d'innocence; secret de l'instruction; sphère privée

Art. 10 CEDH; art. 293 CP; art. 184 CPP/VD; Directives 3.8 et 7.2 relatives à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste

Faits (résumé)

Le 15 octobre 2003, le requérant A. B., journaliste, fit paraître dans «L'Illustré» un article intitulé «Drame du Grand-Pont à Lausanne – la version du chauffard – l'interrogatoire du conducteur fou» qui concernait une procédure pénale dirigée contre M. B., automobiliste en détention préventive pour avoir foncé sur des piétons avant de se jeter du Grand-Pont de Lausanne. Il tua trois personnes et en blessa huit autres. L'article dressait le portrait du prévenu, présentait un résumé des questions des policiers et du juge d'instruction, les réponses du prévenu et était accompagné de plusieurs photographies des lettres qu'il avait adressées au juge d'instruction. Cet article comportait également un bref résumé des déclarations de l'épouse et du médecin traitant de M. B., intitulé «Il a perdu la boule …».

M. B. ne porta pas plainte contre le requérant, qui fit cependant l'objet de poursuites pénales d'office pour avoir publié des documents secrets. Il apparut qu'une des parties civiles aurait égaré un des exemplaires (du dossier), qu'un inconnu aurait alors apporté à la rédaction de l'hebdomadaire dans lequel était paru l'article litigieux.

Par ordonnance du 23 juin 2004, le juge d'instruction de Lausanne condamna le requérant à un mois de prison avec sursis pendant un an. Sur opposition du requérant, le Tribunal de police de Lausanne, par jugement du 22 septembre 2005, remplaça la condamnation à une peine de prison par une amende de 4000 francs suisses (CHF). Le requérant se pourvut en cassation. Il fut débouté, le 30 janvier 2006, par la Cour de cassation pénale du canton de Vaud. Le requérant saisit le Tribunal fédéral qui rejeta, le 29 avril 2008, le recours de droit public et le pourvoi en nullité interjetés par le requérant.

Considérant en droit

La Cour note que le public a, de manière générale, un intérêt légitime à être informé sur les procès en matière pénale. Cependant, quiconque, y compris des journalistes, exerce sa liberté d'expression assume des «devoirs et responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé.

En l'occurrence, les juges internes ont considéré que l'auteur, journaliste expérimenté, ne pouvait ignorer que lesdits documents reproduits dans l'article litigieux provenaient du dossier d'instruction et étaient couverts par le secret de l'instruction. Tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient à la presse dans une société démocratique, la Cour souligne que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de la Convention de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun.

(…)

«d) ‹Nécessaire dans une société démocratique›

(…)

44. La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique: si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant

notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. (…)

45. (…) Toutefois, il convient de tenir compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6 § 1 de la Convention, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial. (…)

47. La Cour doit d'abord établir si l'article en question concernait un sujet d'intérêt général. A cet égard, la Cour note que le public a, de manière générale, un intérêt légitime à être informé sur les procès en matière pénale (*Dupuis et autres c. France,* précité, § 42). Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a, quant à lui, adopté la Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales; celle-ci rappelle à juste titre que les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ce dernier à recevoir des informations et souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. Parmi les principes posés par cette Recommandation figure notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale.

48. La Cour note qu'à l'origine de l'article litigieux se trouvait une procédure judiciaire entamée suite à un incident survenu dans des circonstances exceptionnelles ayant immédiatement suscité une vive émotion au sein de la population locale. L'intérêt du public à la compréhension de cet événement inhabituel a conduit de nombreux médias à s'intéresser à cette affaire et à la manière dont la justice pénale la traitait, raison pour laquelle l'incident en question a été l'objet de nombreux commentaires dans la presse à l'époque.

49. Dans l'article incriminé, le requérant se penchait sur la personnalité de l'accusé – M. B. – et cherchait à comprendre son animus, tout en mettant en exergue la manière dont les autorités de police et judiciaire traitaient avec ledit M. B. qui semblait atteint de troubles psychiatriques. La Cour accepte dès lors qu'un tel article abordait un sujet relevant de l'intérêt général.

50. La Cour rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine des questions d'intérêt général (*Wingrove c. Royaume-Uni,* 25 novembre 1996, § 58, Recueil 1996V; *Sürek c. Turquie* (nº 1) [GC], nº 26682/95, § 61, CEDH 999-IV; *Dupuis et autres,* précité, § 40; *Stoll,* précité, § 106).

51. Cependant, quiconque, y compris des journalistes, exerce sa liberté d'expression assume des «devoirs et responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, *mutatis mutandis, Handyside c. Royaume-Uni,* 7 décembre 1976, § 49 *in fine,* série A nº 24). En l'occurrence, les juges internes ont considéré, compte tenu de la nature des documents reproduits dans l'article ou ayant servi de support à certains passages de ce dernier, que l'auteur, journaliste expérimenté, ne pouvait ignorer que lesdits documents provenaient du dossier d'instruction et étaient couverts, selon les personnes à l'origine de la remise des documents, par le secret de l'instruction. Tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient à la presse dans une société démocratique, la Cour souligne que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun.

52. La Cour est consciente de la volonté des plus hautes juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe de réagir, avec force, à la pression néfaste que pourraient exercer des médias sur les parties civiles et les prévenus, amoindrissant ainsi la garantie de la présomption d'innocence. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs des limites à l'exercice de la liberté d'expression. Il échet de déterminer si, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'intérêt d'informer le public l'emportait sur les «devoirs et responsabilités» pesant sur le requérant en raison de l'origine douteuse des documents qui lui avaient été adressés.

53. La Cour doit plus particulièrement déterminer si l'objectif de préservation du secret de l'instruction offrait une justification pertinente et suffisante à l'ingérence. Comme il vient d'être souligné, il est légitime de vouloir accorder une protection au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen. En outre, ainsi qu'elle l'a déjà établi dans l'arrêt *Stoll* (précité, § 139), la conception formelle de la notion de secret en droit suisse, sur laquelle repose l'article 293 du Code pénal suisse, n'empêche pas, *per se,* le Tribunal fédéral, ainsi qu'il l'a déjà fait, de contrôler en dernière instance la compatibilité d'une ingérence avec l'article 10 de la Convention.

54. La Cour doit, dès lors, analyser la manière dont le Tribunal fédéral s'est livré à la balance des intérêts en litige dans le cas d'espèce. Or il apparaît que le Tribunal fédéral s'est borné à constater que tant la divulgation prématurée des procès-verbaux d'audition que celle des correspondances adressées au juge par le prévenu portaient nécessairement atteinte à la présomption d'innocence et plus largement au droit à un procès équitable de M. B.

55. Or la Cour souligne que l'imputabilité des faits à M. B. n'était pas le sujet principal de l'article pour lequel le requérant a été sanctionné. En outre, la principale audience concernant le procès de M. B. a eu lieu en novembre 2005, soit plus de deux ans après la publication de l'article. Par ailleurs, les deux parties s'accordent sur le fait que les préoccupations exprimées par le prévenu dans les documents litigieux étaient secondaires et ne permettaient pas de tirer de conclusion sur l'in-

tentionnalité de l'acte. Enfin, comme le soutient le requérant, des magistrats professionnels ont été amenés à se prononcer sur l'affaire, à l'exclusion d'un jury populaire, ce qui réduisait également les risques de voir des articles tels que celui de l'espèce affecter l'issue de la procédure judiciaire (voir, *mutatis mutandis, Campos Dâmaso,* précité, § 35; *Worm c. Autriche,* 83/1996/702/894, § 9; *Tourancheau et July c. France,* précité, § 75). Ainsi, la Cour conclut qu'en l'espèce, à l'instar de l'affaire *Dupuis et autres c. France* (précitée), le Gouvernement n'établit pas en quoi, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation de ce type d'informations confidentielles aurait pu avoir une influence négative tant sur le droit à la présomption d'innocence que sur le jugement du prévenu.

56. Dans la mesure où le Gouvernement a allégué que la divulgation des documents couverts par le secret de l'instruction a constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de M. B., la Cour note que ce dernier disposait de recours en droit helvétique pour faire réparer l'atteinte à sa réputation dont il n'a cependant pas fait usage. Or, c'est à M. B. qu'il incombait au premier chef de faire respecter sa vie privée. Ainsi le second but légitime invoqué par le Gouvernement perd nécessairement de la force dans les circonstances de l'espèce. La Cour conclut que le Gouvernement n'a donc pas suffisamment justifié la sanction infligée au requérant en raison de la divulgation d'informations personnelles concernant M. B.

57. S'agissant des critiques du Gouvernement à l'encontre de la forme de l'article incriminé, il y a lieu de rappeler qu'outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression. En conséquence, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions internes d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter (voir, par exemple, *Jersild,* précité, § 31, et *De Haes et Gijsels,* précité, § 48). La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (*Prager et Oberschlick c. Autriche,* 26 avril 1995, § 38, série A nº 313; *Thoma,* précité, §§ 45 et 46; *Perna c. Italie* [GC], nº 48898/99, § 39, CEDH 2003V, et *Ormanni c. Italie,* nº 30278/04, § 59, 17 juillet 2007).

58. Si l'on ne saurait certes nier la présentation provocatrice de l'article litigieux, la Cour rappelle que la liberté d'expression vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique» (*Stoll,* précité, § 101; *Steel et Morris c. Royaume-Uni,* nº 68416/01, § 87, CEDH 2005II, et *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], nº 16354/06, § 48, CEDH 2012 [extraits]). Que certaines expressions vraisemblablement destinées à capter l'attention du public aient été employées par le requérant ne saurait en soi poser un problème au regard de la jurisprudence de la Cour (*Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], nº 39954/08, § 108, 7 février 2012). L'on ne saurait considérer en l'espèce que l'article litigieux concernait des détails de la vie strictement privée d'une personne, situation dans laquelle la protection de l'article 10 est moins forte (*Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. France,* nº 12268/03, § 40, 23 juillet 2009); il portait plutôt, comme la Cour l'a déjà relevé, sur le fonctionnement de la justice pénale dans une affaire donnée.

59. La Cour rappelle enfin que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence (voir, par exemple, *Sürek c. Turquie* (nº 1) [GC], précité, § 64, deuxième alinéa, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nºs 21279/02 et 36448/02, § 59, CEDH 2007IV, et *Stoll,* précité, § 153).

60. Elle doit en effet veiller à ce que la sanction ne constitue pas une espèce de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques. Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle (voir, *mutatis mutandis, Barthold c. Allemagne,* 25 mars 1985, § 58, série A nº 90; *Lingens c. Autriche,* 8 juillet 1986, § 44, série A nº 103; *Monnat c. Suisse,* nº 73604/01, § 70, CEDH 2006X; et *Stoll,* précité, § 154).

61. Contrairement à l'affaire *Stoll,* le montant de l'amende (4000 CHF environ 2667 EUR) est relativement élevé (dans l'affaire *Stoll,* le montant de l'amende était de 800 CHF, soit environ 476 EUR aujourd'hui).

62. Si l'amende a été infligée pour une infraction relevant des «contraventions» au sens de l'article 101 du Code pénal en vigueur au moment des événements pertinents, qui constituaient la catégorie la plus faible des actes réprimés par le Code pénal suisse et que des sanctions plus lourdes, englobant des peines privatives de liberté, sont envisagées pour la même infraction à l'article 293 du Code pénal, l'effet dissuasif de l'amende, même s'il est inhérent à toute sanction pénale, n'est pas négligeable en l'espèce. A cet égard, il peut arriver que le fait même de la condamnation importe plus que le caractère mineur de la peine infligée (voir, par exemple, Jersild, précité, § 35, premier alinéa; *Lopes Gomes da Silva c. Portugal,* nº 37698/97, § 36, CEDH 2000X; *Dammann c. Suisse,* nº 77551/01, § 57, 25 avril 2006; et *Stoll,* précité, § 154).

63. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la Cour considère l'amende infligée en l'espèce comme disproportionnée au but poursuivi. (…)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. (…)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;

3. *Dit* (…) que l'Etat défendeur doit verser au requérant (…) 5000 Euros (…).»

Opinion dissidente des juges Karakaş, Keller et Lemmens

«1. À notre regret, nous ne sommes pas en mesure de nous rallier à l'avis de la majorité selon lequel il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. Notre désaccord porte sur l'appréciation de la nécessité, dans une société démocratique, de l'ingérence litigieuse. Cette affaire nous semble de portée générale pour la détermination de la charge et du niveau de la preuve sur le terrain de l'article 10 de la Convention dans les affaires de divulgation d'informations confidentielles par la presse.

2. La majorité estime que l'article en question concernait un sujet d'intérêt général (§§ 47–49 de l'arrêt).

Sans doute, comme le constate la majorité, à l'origine de l'article litigieux se trouvait un accident survenu dans des circonstances exceptionnelles, et cette affaire était largement médiatisée. Toutefois, l'article concernait une action pénale au sujet de laquelle des informations importantes avaient déjà fait l'objet d'une communication par les autorités cantonales. Selon nous, il s'ensuit qu'en l'espèce l'intérêt pour le public du sujet de l'article doit être relativisé (voir *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique,* nº 64772/01, § 76, 9 novembre 2006).

Même si le sujet de l'article était dans une certaine mesure d'intérêt général, il nous semble important d'examiner plus avant s'il était susceptible de nourrir le débat public sur le sujet en question (*Stoll c. Suisse* [GC], nº 69698/01, § 121, CEDH 2007-V; voir également *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue,* précité, § 72). A cet égard, le Tribunal fédéral considéra que ni la divulgation des procès-verbaux d'audition ni celle des lettres adressées par le prévenu au juge d'instruction n'avaient apporté un éclairage pertinent au discours public. En ce qui concerne les procès-verbaux d'audition, le Tribunal fédéral renvoya à la constatation faite par les autorités cantonales, qui avaient exclu l'existence d'un traumatisme collectif qui aurait justifié de rassurer la population ou de la renseigner. En ce qui concerne les lettres adressées au juge d'instruction, le Tribunal fédéral releva que les informations qu'elles contenaient n'apportaient aucun éclairage pertinent sur l'accident et les circonstances l'entourant, de sorte qu'elles relevaient de la sphère privée, voire intime, de la personne détenue préventivement. Ces constatations amenèrent le Tribunal fédéral à conclure que l'intérêt du public relevait en l'espèce «tout au plus de la satisfaction d'une curiosité malsaine». A défaut d'éléments pertinents soulevés par le requérant, nous n'avons aucune raison de mettre en doute les conclusions des autorités nationales.

3. Les procès-verbaux d'audition du prévenu, d'une part, et les lettres adressées par le prévenu au juge d'instruction, d'autre part, étaient couverts par le secret de l'instruction. La majorité rappelle à juste titre qu'il est légitime d'accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen (§ 53 de l'arrêt; voir *Dupuis et autres c. France,* nº 1914/02, § 44, 7 juin 2007; voir aussi le principe 2 des Principes concernant la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, annexés à la Recommandation Rec(2003)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 juillet 2003 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales). Sur ce point, nous voudrions rappeler l'appréciation à laquelle se livra le Tribunal fédéral. Celui-ci estima qu'il était justifié de soumettre au secret les procès-verbaux d'audition et les correspondances adressées au juge d'instruction au motif qu'il était inadmissible que ces documents puissent faire l'objet d'exégèses sur la place publique, hors contexte, au risque d'influencer le processus des décisions du juge d'instruction et, plus tard, de l'autorité de jugement. Spécialement en ce qui concerne les correspondances adressées au juge d'instruction, le Tribunal fédéral releva qu'il n'était pas exclu qu'on puisse en tirer des conclusions sur la personnalité du détenu.

En l'occurrence, le secret de l'instruction visait également à protéger la vie privée de la personne détenue préventivement, qui ne pouvait être considérée comme un personnage public ou politique. Cette préoccupation est conforme au principe 8 des Principes concernant la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, précités, selon lequel «la fourniture d'informations sur les personnes suspectées, accusées ou condamnées, ainsi que sur les autres parties aux procédures pénales devrait respecter leur droit à la protection de la vie privée conformément à l'article 8 de la Convention.»

Nous sommes pleinement conscients que, si la confidentialité des informations couvertes par le secret de l'instruction se justifie a priori, elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix. Les médias peuvent en principe librement rendre compte de et effectuer des commentaires sur le fonctionnement du système judiciaire pénal (voir § 45 de l'arrêt et principe 1 des Principes concernant la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, précités). Dès lors, la Cour n'admet pas l'exclusion absolue du débat public des questions relatives à une affaire pénale en cours en raison de la protection due au secret de l'enquête (voir, *mutatis mutandis, Stoll,* précité, § 128). Ce qui importe dans la mise en balance des intérêts, ce sont le contenu des informations en question et le danger potentiel que représente leur publication (voir, *mutatis mutandis, Stoll,* précité, § 129).

Se référant notamment à l'affaire *Campos Dâmaso c. Portugal* (nº 17107/05, § 36, 24 avril 2008), la majorité estime qu'il n'est pas établi que la publication litigieuse ait pu avoir une influence négative sur le droit à la présomption d'innocence ou sur le jugement du prévenu (§ 55 de l'arrêt). Nous estimons en revanche qu'on ne peut pas exiger du gouvernement défendeur qu'il apporte la preuve que la divulgation d'informations confidentielles a effectivement et concrètement porté préjudice aux intérêts protégés. Une telle exigence viderait d'une grande partie de son sens le secret de l'instruction. A notre avis, il convient plutôt de vérifier si l'article en cause était, au moment de la publication, de nature à causer un préjudice aux intérêts protégés (voir, *mutatis mutandis, Stoll,* précité, § 130).

Nous sommes d'avis que tel était le cas en l'espèce. Même si les deux parties s'accordent à dire que l'article ne permettait pas de tirer des conclusions sur l'intentionnalité de l'acte reproché au prévenu, le contenu des informations divulguées ainsi que la manière dont celles-ci ont été présentées ont pu avoir une influence négative sur le droit à la présomption d'innocence de l'intéressé ainsi que sur le bon déroulement de la procédure pénale, tant au stade de l'instruction qu'au stade ultérieur du jugement. Comme le fit remarquer le Tribunal fédéral,

la publication en cause, «loin d'être neutre et complète, comportait (…) des commentaires et des appréciations qui présentaient sous un jour particulier les informations litigieuses, sans offrir les possibilités de discussion contradictoire qui sont l'essence même des débats devant l'autorité de jugement».

L'article litigieux comportait en outre des informations à caractère personnel: la photographie en gros plan du détenu, son nom, sa profession, l'état de ses problèmes psychiatriques ainsi que des éléments très personnels concernant son épouse, par exemple l'âge de celle-ci. Il est clair que la publication de ces informations constituait une ingérence dans la vie privée de M. B. La majorité estime que le but légitime de la protection de la vie privée de M. B. perdait de sa force du fait que M. B. disposait lui-même de recours en droit helvétique pour faire respecter, a posteriori, sa réputation, et qu'il n'en a pas fait usage (§ 56 de l'arrêt). Nous estimons que l'existence de telles voies de recours ne libérait pas l'Etat de son obligation de rechercher un juste équilibre entre les intérêts conflictuels en jeu et de chercher à prévenir les atteintes au droit au respect de la vie privée.

4. La majorité souligne que l'article 10 protège non seulement la substance des idées et des informations exprimées, mais aussi leur mode d'expression. Elle en conclut que la présentation provocatrice de l'article litigieux ne le soustrayait pas à la protection de l'article 10 (§§ 57–58 de l'arrêt).

S'il est vrai que la forme d'une publication est protégée par l'article 10, il n'en demeure pas moins que des «carences» dans la forme peuvent être prises en compte lorsque sont mis en balance les intérêts en jeu (voir *Stoll,* précité, § 147).

Sur ce point, le Tribunal fédéral, se référant à l'appréciation faite par la cour de cassation cantonale, estima que le ton adopté par le requérant dans son article démontrait qu'il n'était pas principalement animé par la volonté d'informer le public sur l'activité étatique que constituait l'enquête pénale. Selon lui, le titre de l'article ainsi que la mise en situation des extraits des procès-verbaux des auditions et la reproduction des lettres du prévenu au juge d'instruction «étaient révélatrices des mobiles qui avaient animé [le requérant], qui s'était borné à faire dans le sensationnel, ne cherchant par son opération qu'à satisfaire la curiosité relativement malsaine que tout un chacun ressent pour ce genre d'affaires». Nous ne voyons rien d'arbitraire ou de manifestement déraisonnable dans cette appréciation.

A notre avis, la présentation sensationnelle de l'article en question a considérablement limité l'importance de sa contribution au débat public spécialement protégé par l'article 10 de la Convention (voir, *mutatis mutandis, Stoll,* précité, § 152).

5. La majorité analyse enfin la nature et la lourdeur des sanctions infligées (§§ 59–63 de l'arrêt).

Sur ce point, nous constatons en premier lieu que la peine prononcée contre le requérant ne l'a guère empêché de s'exprimer, puisqu'elle est intervenue après la publication de l'article (voir, *mutatis mutandis, Stoll,* précité, § 156).

Ensuite, nous ne contestons pas que le montant de l'amende (4000 CHF, soit environ 2667 EUR) est relativement élevé, ni que l'amende a pu avoir un effet dissuasif, inhérent à toute sanction pénale. Toutefois, vu les circonstances, nous n'estimons pas que cette sanction soit de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de la liberté des médias dans le respect de la déontologie journalistique. En outre, comme le constata le Tribunal fédéral, le montant de l'amende, dont la quotité tenait compte d'un antécédent en 1998, n'excédait pas la moitié du revenu mensuel que le requérant réalisait au moment des faits. Enfin, comme l'admet la majorité (§ 62 de l'arrêt), l'amende a été infligée pour une infraction relevant des «contraventions», au sens de l'article 101 du Code pénal en vigueur au moment des événements pertinents, lesquelles constituent la catégorie la plus faible des actes réprimés par le Code pénal suisse. Eu égard à ces circonstances, nous sommes d'avis que l'amende infligée en l'espèce n'était pas disproportionnée aux buts poursuivis (voir, *mutatis mutandis, Tourancheau et July c. France,* n° 53886/00, § 93, 24 novembre 2005, et *Masschelin c. Belgique* (déc.), n° 20528/05, 20 novembre 2007).

6. En conclusion, nous constatons que les juridictions nationales se sont livrées à une mise en balance des droits et intérêts en jeu, dont le droit du requérant à la liberté d'expression. Ces juridictions disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger si une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression est nécessaire, dans une société démocratique, et donc pour mettre en balance les droits et intérêts en jeu. Si ladite mise en balance a été effectuée dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes (voir, notamment, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, § 57, CEDH 2011; *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, § 88, 7 février 2012; *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, § 107, CEDH 2012, et *Aksu c. Turquie* [GC], n°s 4149/04 et 41029/04, § 67, CEDH 2012).

La présente affaire concerne, comme l'affaire *Stoll* précitée, la divulgation d'informations confidentielles en Suisse. A notre avis, les juridictions nationales ont fidèlement suivi et appliqué les critères que la Cour a établis dans cette affaire antérieure. Nous estimons, eu égard à la marge d'appréciation dont disposent ces juridictions, que la condamnation du requérant pouvait passer pour répondre à «un besoin social impérieux», que les motifs de la condamnation étaient «pertinents» et «suffisants» pour justifier une telle ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression du requérant, et que la sanction infligée n'était pas disproportionnée aux buts poursuivis.

Nous sommes donc d'avis qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.»

Remarques Après le désormais célèbre cas *Stoll* (69698/01, 10 décembre 2007), les juges alsaciens ont à nouveau rendu un arrêt concernant la publication de débats officiels secrets. Avec une conclusion toutefois différente, qui va encore renforcer la position des nombreux auteurs de doctrine critiquant régulièrement la conception formelle du secret consacrée par l'art. 293 CP. Sans parler des tentatives parlementaires tendant à voir cette disposition purement et simplement biffée de notre ordre juridique.

A l'origine de la requête se trouve un triste fait divers, connu sous l'appellation «drame du Grand-Pont à Lausanne», qui a affecté notre pays en 2003. Devant les instances helvétiques, le rédacteur de l'article querellé a certes reconnu que les informations diffusées relevaient de l'art. 293 CP, mais il a estimé qu'en sa qualité de journaliste professionnel, il avait le devoir de les divulguer en raison de l'intérêt évident que sus-

citait cet accident inhabituel pour l'opinion publique de Suisse romande. Il a par ailleurs avancé avoir reçu de bonne foi et sans se les procurer de façon illicite les procès-verbaux d'audition et de correspondances figurant dans le dossier de l'instruction pénale en cours (un inconnu aurait apporté à la rédaction de l'hebdomadaire une copie des documents égarée dans un centre commercial).

Les autorités judiciaires de notre pays ont réfuté cette manière de voir. Pour elles, le fait justificatif invoqué ne permettait pas de rendre licite la violation de l'art. 293 CP. Certes, le drame avait suscité une vive émotion au sein de la population, mais il n'en demeurait pas moins que cela restait, sur le plan juridique, un accident de la circulation aux conséquences mortelles, ce qui ne revêtait pas en soi un intérêt général évident. On ne pouvait, de plus, parler de traumatisme collectif de la population lausannoise qui aurait justifié qu'elle soit rassurée et renseignée séance tenante sur l'état de l'enquête. D'autre part, les informations publiées ne constituaient pas un secret de peu d'importance au sens de l'art. 293 al. 3 CP. Elles relevaient au contraire du secret matériel, car elles n'étaient accessibles qu'à un nombre restreint de personnes (le juge d'instruction et les parties à la procédure). Au surplus, cette conception formelle du secret n'était pas contraire à l'art. 10 CEDH, dans la mesure où elle n'empêchait pas les magistrats lausannois de vérifier la compatibilité d'une ingérence avec cette dernière norme, en procédant à un contrôle de la justification de la classification d'une information, d'une part, et à une mise en balance des intérêts en jeu, d'autre part.

La Cour admet que la mesure incriminée poursuivait *in casu* le but légitime de la prévention de «divulgation d'informations confidentielles». A cet égard, le secret de l'enquête (art. 73 CPP) est motivé par les nécessités de protéger les intérêts de l'action pénale, en prévenant les risques de collusion, de même que le danger de disparition et d'altération de moyens de preuve. En outre, doivent aussi être considérés les intérêts du prévenu, notamment sous l'angle de la présomption d'innocence et, plus généralement, de ses relations et intérêts personnels, ainsi que la nécessité de protéger le processus de formation de l'opinion et de prise de décision au sein d'un organe de l'Etat.

Les juges strasbourgeois rappellent ensuite la mission qui échoit aux médias de communiquer des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. La prérogative, pour le public, de recevoir ces dernières doit cependant tenir compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'art. 6 § 1 CEDH, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial. Ainsi, les journalistes qui rédigent des papiers sur des procédures pénales en cours doivent s'en souvenir, les limites du commentaire admissible pouvant ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance des citoyens dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice.

Si l'article litigieux aborde certes un sujet relevant de l'intérêt général, il faut encore savoir si le requérant a respecté les «devoirs et responsabilités» que tout un chacun doit assumer lorsqu'il exerce sa liberté d'expression. L'analyse est brève, vraisemblablement parce que la bonne foi d'A. B. dans l'obtention des documents ne prêtait pas à discussion. Ce point n'est pas à négliger, car, dans l'affaire *Stoll,* la Cour avait suivi la prise de position du Conseil suisse de la presse, selon laquelle le journaliste était très certainement entré en possession des informations suite à une violation du secret de fonction.

L'organe alsacien constate par la suite que, lors de la balance des intérêts, le Tribunal fédéral s'est borné à constater que tant la divulgation prématurée des procès-verbaux d'audition que celle des correspondances adressées au juge par le prévenu portaient nécessairement atteinte à la présomption d'innocence et, plus largement, au droit à un procès équitable de M. B.

Quant aux critiques du Gouvernement à l'encontre de la forme de l'article incriminé, il faut, selon les magistrats strasbourgeois, se souvenir qu'outre la substance des idées et des informations exprimées, l'art. 10 CEDH protège aussi leur mode d'expression. En l'espèce, le fait que certaines formules probablement destinées à capter l'attention du public aient été employées par A. B. ne saurait en soi poser un problème. En effet, l'écrit controversé ne concernait pas des détails de la vie strictement privée d'une personne, situation dans laquelle la protection de l'art. 10 CEDH est moins forte. Il portait plutôt sur le fonctionnement de la justice pénale dans un cas donné. Il en allait différemment dans l'arrêt rendu le 10 décembre 2007, le requérant ayant eu comme intention première non pas tant d'informer les lecteurs sur une question d'intérêt général, mais de faire du rapport de l'ambassadeur Jagmetti un sujet de scandale inutile, contrevenant dès lors clairement à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste. Sans compter que le contenu du papier était manifestement réducteur et tronqué.

Pour finir, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont également des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence. Il convient à cet égard de veiller à ce que la sanction ne constitue pas une sorte de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques, car, dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par rapport à l'affaire *Stoll* (CHF 800.–) le montant de l'amende (CHF 4000.–) infligé présentement, s'il n'apparaît pas exorbitant, est sensiblement plus élevé. Pourtant, sur ce point, l'opinion dissidente émise emporte davantage notre adhésion, dès lors que l'effet dissuasif de la peine, même s'il est inhérent à toute sanction pénale, semblait négligeable *in casu* et n'était pas de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle. De surcroît, le montant de l'amende n'excédait d'ailleurs pas la moitié du revenu mensuel d'A.B à l'époque des faits. Enfin, l'amende a été infligée pour une infraction relevant des contraventions, lesquelles constituent la catégorie la plus faible des actes réprimés par le Code pénal suisse.

Prof. Stéphane Werly, Genève/Neuchâtel

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

14-85

Rechtmässige Enthüllung der Vaterschaft des Fürsten von Monaco

Foto; Fürstensohn; Genugtuung; Intimsphäre; Medienfreiheit; Persönlichkeitsrecht; Privatleben; Recht am eigenen Bild

Art. 8, Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Couderc und Hachette Filipacchi Associés c. Frankreich» vom 12. Juni 2014 (N° 40454/07)

In einem ausführlichen Bericht enthüllte die Wochenzeitschrift «Paris Match» im Mai 2005, dass der seit Kurzem regierende Fürst von Monaco (Albert Grimaldi) Vater eines unehelichen Sohns ist. Die umfangreiche Titelgeschichte beruhte auf Informationen der Kindsmutter, welche «Paris Match» zahlreiche Fotos zur Verfügung stellte und verschiedene private Einzelheiten publik machte. Grimaldi hatte das «Paris Match»-Interview zwei Tage vor der Veröffentlichung vergeblich zu verhindern versucht. Zwei Wochen nach der Publikation (die ihn dazu bewegte, seine Vaterschaft im Juli öffentlich zu bestätigen) reichte er Klage gegen die Verantwortlichen von «Paris Match» ein.

Wegen Verletzung des Privatlebens und des Rechts am eigenen Bild sprach die französische Ziviljustiz dem Fürsten eine Genugtuungssumme von 50 000 Euro zu und verpflichtete «Paris Match» zur Publikation eines vom Gericht formulierten Texts auf der Titelseite.

Die 5. Kammer des EGMR urteilt mehrheitlich (4 : 3), dass die Beschränkung der Meinungsfreiheit gegen Art. 10 EMRK verstösst. Nach Prüfung des für Konflikte mit dem Persönlichkeitsschutz massgebenden Kriterienkatalogs kommt die Mehrheit zum Schluss, die französische Justiz habe ihren Beurteilungsspielraum überschritten, als sie der umstrittenen Publikation jeden Beitrag zu einer Debatte von legitimem allgemeinem Interesse abgesprochen habe. Die Mehrheit räumt zwar ein, dass verschiedene Details des rund zehn Seiten umfassenden Berichts das Privatleben und sogar die Intimsphäre des Fürsten tangierten. Die Hauptinformation über die Vaterschaft des Fürsten betreffe hingegen die Diskussion um die Zukunft der Erbmonarchie. Selbst wenn der ausseereheliche Sohn nach aktuellem Verfassungsrecht nicht als Thronfolger in Frage komme, sei dessen blosse Existenz von öffentlichem Interesse. Das Verhalten des Fürsten könne auch Erkenntnisse über seine Persönlichkeit und seine Eignung als Staatsoberhaupt liefern.

Die Mehrheit nennt eine Reihe weiterer Aspekte, welche für die Rechtmässigkeit der Publikation sprechen. Anders als viele bisher vom EGMR zu beurteilende Fälle beruhe der Bericht nicht auf journalistischen Enthüllungen, sondern auf der Initiative einer direkt betroffenen Person, welche die veröffentlichten Fotos aus freien Stücken zur Verfügung gestellt habe. Die Publikation in einer Zeitschrift mit einer Auflage in Millionenhöhe habe zwar grosse Aufmerksamkeit geweckt, doch war sie nicht diffamierend. Darüber hinaus hatten auch Medien in anderen Ländern Ausschnitte aus dem Gespräch mit der Mutter veröffentlicht.

Die dreiköpfige Gerichtsminderheit entgegnet der Mehrheit in ihrer abweichenden Meinung, die Geburt des Kindes sei eine reine Privatsache, denn es komme als Thronfolger nicht in Betracht. Selbst wenn man ein gewisses öffentliches Interesse am «Paris Match»-Bericht bejahe, sei die Schilderung einer grossen Zahl von Details aus dem Kern von Grimaldis Privatleben (wie seine Reaktion auf die Nachricht der Schwangerschaft und seinen Umgang mit dem Kind) inakzeptabel. «Paris Match» habe die Geschichte spektakulär aufgemacht und damit das Hauptziel verfolgt, die Neugier einer bestimmten Leserschaft zu befriedigen. Die beträchtliche Genugtuungssumme sei vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Stärke von «Paris Match» zu sehen. (fz)

Anmerkungen Die Publikation der «Paris Match»-Enthüllung über Fürst Grimaldis Sohn schlug nach den Worten der Gerichtsminderheit bei der Leserschaft ein wie eine Bombe. Dass in einer offenkundig orchestrierten Aktion auch «Daily Mail» und «Bunte» an die Öffentlichkeit gelangten, vermöge an der Schmälerung von Grimaldis Privatsphäre nichts zu ändern. Die deutsche Justiz beurteilte die Publikation wohlwollender als die französische, weshalb das Oberlandesgericht Karlsruhe ein gegen die «Bunte» gerichtetes Veröffentlichungsverbot ablehnte. Es stufte das öffentliche Interesse an der Neuigkeit ungleich höher ein als das Appellationsgericht von Versailles (und später die EGMR-Minderheit).

Der Fall illustriert, wie stark sich auch unter Richtern die Auffassungen über die Grenzen erlaubter massenmedialer Enthüllungen aus dem Privatleben von Mächtigen und Prominenten unterscheiden können. Die – in der Urteilsbegründung dargestellte – Strassburger Rechtsprechung ist zwar mittlerweile recht umfangreich, und der vom EGMR entwickelte Kriterienkatalog erleichtert eine strukturierte Diskussion. Dennoch kann man sich über die Bewertung einzelner Medienbeiträge trefflich streiten. Die Lektüre von Mehr- und Minderheitsmeinung hinterlässt den Eindruck, dass es für beide Positionen vertretbare Argumente gibt. Dies macht die vorliegende Urteilsbegründung und die substanzreiche dissenting opinion der von Richter Mark Villiger angeführten Minderheit zur lohnenden Lektüre.

Nützlich ist der Ansatz der Mehrheit, eine spektakuläre Mediengeschichte nicht unbesehen als blosse Sensationsberichterstattung ohne legitimen Informationsgehalt abzutun. Die von der Kammermehrheit vorgenommene Differenzierung zwischen allgemein interessierenden und bloss auf die Neugier der Leserschaft zielenden Aspekten ist im vorliegenden Fall nachvollziehbar. Mit der Kammerminderheit auf das (mutmassliche) Hauptmotiv der Publizierenden abzustellen, scheint hingegen weniger zielführend. Auch die Aufdeckung eines für das Staatswesen bedeutsamen Missstan-

des braucht nicht zwingend auf hehren Zielen zu beruhen. Aus Sicht der Allgemeinheit geht es weniger um die Antriebsfeder als um die Wirkung der Publikation.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-86

Professorale Kritik an Verfassungsrichtern respektierte Grenzen des Erlaubten

Akademiker; Ansehensschutz; Fachzeitschrift; Genugtuung; Justizkritik; Verfassungsrichter; Werturteil; Wissenschaftsfreiheit; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Mustafa Erdogan u. a. c. Türkei» vom 27. Mai 2014 (Nº 346/04 und 39779/04)

Der an der Universität Ankara lehrende Verfassungsrechtsprofessor Mustafa Erdogan übte 2001 in einer vierteljährlich erscheinenden Fachzeitschrift scharfe Kritik am türkischen Verfassungsgerichtshof. Anlass war dessen umstrittenes Urteil zur Auflösung der Fazilet-Partei, welches der Rechtsgelehrte einer umfangreichen Analyse unterzog. Erdogan war sich nicht sicher, dass das Gericht – wie oft behauptet – tatsächlich dem direkten Druck militärischer Kreise ausgesetzt war. Aus rechtlicher Sicht sei wichtiger, ob das achtköpfige Gericht das nötige professionelle Rüstzeug und die intellektuellen Fähigkeiten für seine Tätigkeit habe. Die meisten Mitglieder des Gerichts hätten einen engen Horizont, keine genügenden Rechtskenntnisse und keine Leidenschaft für ihren Job.

Sämtliche Mitglieder des Verfassungsgerichts klagten gegen Erdogan, den Chefredaktor und den Herausgeber. Wegen rufschädigender Äusserungen verurteilte die türkische Ziviljustiz die Beklagten zu Genugtuungszahlungen in jeweils vierstelliger Höhe (umgerechnet bis zu rund 2500 Franken). Der Autor habe die Richter diffamiert und damit die Grenzen objektiver und rechtstechnischer Kritik am Verfassungsgericht gesprengt.

Die 2. EGMR-Kammer hält einstimmig fest, die Verurteilung Erdogans verstosse gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die kritisierten Richter konnten zwar einige seiner Formulierungen als beleidigend empfinden. Es handle sich aber überwiegend um Werturteile, die auf einer ausreichenden Faktengrundlage beruhten. Die unter dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit stehenden Äusserungen eines Akademikers betrafen ein wichtiges Thema, an dessen Kenntnis die Leserschaft ein berechtigtes Interesse hatte. Zwar seien die Gerichte wegen ihrer zentralen Bedeutung in einem Rechtsstaat auf öffentliches Vertrauen angewiesen und könne es nötig sein, sie gegen unbegründete und destruktive Vorwürfe abzuschirmen (zumal kritisierte Richter diesen Vorwürfen wegen ihrer Verschwiegenheitspflicht oft nicht öffentlich entgegnen können).

Die türkische Justiz habe es jedoch unterlassen, die Kritik an der beruflichen Kompetenz und der Unparteilichkeit der Verfassungsrichter in ihren Zusammenhang zu stellen. Die Schelte des Akademikers stellte keinen grundlosen persönlichen Angriff dar. Dabei ist für die Gerichtsmehrheit auch bedeutsam, dass Erdogans Text nicht in einer populären Tageszeitung veröffentlicht wurde, sondern in einer quasi-akademischen Zeitschrift. Diesen Hinweis in der Urteilsbegründung bezeichnen drei der sieben Kammermitglieder in ihrem Sondervotum allerdings als irreführend, denn die Publikationsart vermöge die Äusserung für sich allein klarerweise nicht zu rechtfertigen.

Vielmehr sollte die Urteilsbegründung nach Auffassung der Minderheit ausdrücklich unterstreichen, dass die Werturteile aus der wissenschaftlichen Analyse eines im betreffenden Fachgebiet anerkannten Akademikers flossen und deshalb im Rahmen der Meinungsfreiheit den höchst möglichen Schutzstandard verdienten. Losgelöst von der wissenschaftlichen Analyse könnten die scharfen Formulierungen als diffamierend eingestuft werden. Im fraglichen Kontext waren sie aber auch nach Auffassung der Minderheit legitim. (fz)

Anmerkungen Scharfe Kritik an Richterinnen und Richtern hat den Gerichtshof in der Vergangenheit immer wieder beschäftigt. Dabei ging es oft um Äusserungen von Medienschaffenden (vgl. etwa EGMR-Urteil Nº 3084/07 «Falter Zeitschriften GmbH c. Österreich [No. 2]» vom 18. September 2012, medialex 2012, 225 f.), mitunter auch von Verfahrensbeteiligten und ihren Anwälten. Der vorliegende Fall betrifft die seltene Konstellation, dass angeblich übers Ziel hinaus schiessende Äusserungen von einem auf das fragliche Rechtsgebiet spezialisierten Akademiker stammen.

Dass die 2. Kammer des Gerichtshofs die Sanktion gegen Professor Erdogan einhellig als konventionswidrig eingestuft hat, ist angesichts der Umstände des Falles keine Überraschung. Das Urteil passt auch in die Linie der bisherigen Rechtsprechung. Der gegenüber Politikern oder anderen Gewählten erhöhte Schutz der Reputation von Richtern gründet nicht zuletzt auf dem Umstand, dass sie negative Äusserungen über ihre Verfahrensführung in der Öffentlichkeit oft nicht kontern können. Dies gilt primär für Kritik an der richterlichen Tätigkeit in einem bestimmten Fall, bspw. den Vorwurf der Befangenheit. Dieser wurde von Professor Erdogan zwar auch diskutiert (Druck durch das Militär), stand aber nicht im Vordergrund.

Zielen abschätzige Bemerkungen auf die Eignung fürs Amt (z. B. die beruflichen und intellektuellen Fähigkeiten), so bedarf die Richterschaft kaum eines wesentlich intensiveren Schutzes als andere Amtsträger. In dieser Hinsicht kann man sich fragen, ob es wirklich so entscheidend ist, ob die Pauschalkritik an den Fähigkeiten der Verfassungsrichter von einem spezialisierten Wissenschaftler in einer Fachpublikation geäussert worden ist. Wäre der Fall – wie die Minderheit antönt – wirklich fundamental anders zu beurteilen gewesen, wenn identisch formulierte Kritik von einem Medienschaffenden in einer Zeitungskolumne geäussert worden wäre?

Das Sondervotum der drei Mitglieder der 2. Kammer ist jedenfalls lesenswert, weil es sich um eine grundsätzliche Sicht der Dinge bemüht. Es bemängelt, dass die Urteilsbegründung zu sehr am Einzelfall klebe: «When it comes to the use of concepts and principles which are not yet clearly spelled out in the Court's case-law, it is imperative to explain the reasons for and scope of those concepts and principles. This is

required by the judicial duty to ensure that judgments are convincing and transparent. Without transparency of the underlying considerations, the meaning which is attributed to a concept and the scope of the applicability of a principle run the risk of being seen as arbitrary and do not offer sufficient guidance for the determination of future cases.» Der Versuch der Minderheit, die auf die Besonderheiten der gerade beurteilten Beschwerde gemünzten Überlegungen verallgemeinernd zu Regeln zu verdichten und so die Beurteilung künftiger Fälle zu erleichtern, verdient Anerkennung und Nachahmung.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-87

Übertriebene Schlagzeile macht korrekten Bericht über Auftragsmord rechtswidrig

Ansehensschutz; Anspielung; Auftragsmord; Formulierung; Frageform; Medienfreiheit; Prominenter; Schlagzeile; strafrechtliche Busse; Tatverdacht; Titel; Unschuldsvermutung; Vorverurteilung; Zeitung

Art. 6 Abs. 2, Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Salumäki c. Finnland» vom 29. April 2014 (Nº 23605/09)

Im Juli 2004 publizierte die finnische Abendzeitung «Ilta-Sanomat» einen von Tiina Johanna Salumäki verfassten Artikel über einen Mord in Vantaa. Der brutal exekutierte Mann sei 2002 beim versuchten Schmuggel von Geldsäcken erwischt worden. Die Polizei vermute, dass deren Inhalt dem bekannten finnischen Geschäftsmann K.U. gehörte. Bei der nun laufenden Morduntersuchung gehe die Polizei auch diesem Bezug nach. Der von ihr festgenommene 39-jährige Tatverdächtige habe allerdings gemäss Auskunft des Polizeiinspektors nach bisherigen Erkenntnissen keine Beziehungen zum Geschäftsmann (den die Zeitung mit vollem Namen nannte und dessen Foto sie veröffentlichte). Die Zeitung zitierte auch die Aussage des Inspektors, es handle sich möglicherweise um einen Auftragsmord. Die Schlagzeile auf der Frontseite warf die Frage auf, ob das Mordopfer mit dem Geschäftsmann in Beziehung stand (in der englischen Übersetzung des finnischen Originalwortlauts: «Cruel killing in Vantaa: The executed man had connections with K.U.?»).

Auf Strafklage des Geschäftsmanns hin verurteilte die finnische Justiz die Journalistin wegen Ehrverletzung zu einer Busse von 30 Tagessätzen (insgesamt rund 720 Euro) sowie – solidarisch mit dem ebenfalls verurteilten Chefredaktor – zur Bezahlung einer Genugtuung von 2000 Euro an K.U. Diese Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) ist nach einhelliger Ansicht der 4. EGMR-Kammer konventionskonform.

Wohl betraf der Zeitungsbericht über das schwere Verbrechen klarerweise ein Thema von öffentlichem Interesse, war Geschäftsmann K.U. schon vorher im öffentlichen Rampenlicht gestanden, beruhte der Artikel auf Informationen der Behörden, enthielt er unbestrittenermassen weder falsche Tatsachenbehauptungen noch gab es Anzeichen für Fehlinterpretationen oder bösen Glauben der Journalistin. Die Schlagzeile weckte aber trotz des Fragezeichens bei der Leserschaft den Eindruck, es bestehe eine Verbindung zwischen dem Mord und dem Geschäftsmann. Der von der Zeitung hergestellte Konnex zwischen zwei verschiedenen Strafuntersuchungen (Mord und Geldschmuggel) suggerierte, dass sich hinter dem Mord mehr verbarg, als der Text des Zeitungsberichts selber enthielt. Die Journalistin implizierte, dass der Geschäftsmann irgendwie für den Mord verantwortlich war. Der Gerichtshof erinnert auch daran, dass der Geschäftsmann unter der Garantie der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) steht. Diese schütze nicht nur vor klaren journalistischen Schuldzuweisungen, sondern auch vor Medienberichten, welche die Schuld lediglich unterstellen:

«58. The Court notes that the Court of Appeal found in its judgment that the applicant must have considered it probable that her article contained a false insinuation and that this false insinuation was capable of causing suffering to K.U. The Court would in this context refer to the principle of presumption of innocence under Article 6 § 2 of the Convention and to emphasise that this principle may be relevant also in Article 10 contexts in situations in which nothing is clearly stated but only insinuated (compare and contrast *Ruokanen and Others v. Finland*, no. 45130/06, § 48, 6 April 2010).»

Auch die Höhe der Genugtuung und die Schärfe der von der finnischen Justiz ausgefällten Strafe sind gemäss Gerichtshof nicht exzessiv, zumal die Busse keinen Eintrag im Strafregister zur Folge hatte. (fz)

Anmerkungen Mit diesem Urteil räumt der Gerichtshof dem Schutz der Unschuldsvermutung vor journalistischer Vorverurteilung einen hohen Stellenwert ein. Gleichzeitig misst er die Sorgfalt journalistischer Formulierungen an einem ungewöhnlich strengen Massstab. Die Urteilsbegründung wirft in zweifacher Hinsicht Fragen auf.

1. Dass die Unschuldsvermutung auch gewissermassen zwischen den Zeilen geäusserte Anspielungen untersagt, lässt sich aus der bisherigen Strassburger Rechtsprechung nicht ableiten. Selbst die Kommunikation von Behörden wird soweit ersichtlich weniger streng beurteilt. Das in Ziff. 58 erwähnte Präjudiz «Ruokanen u. a. c. Finnland» (medialex 2010, 153) betraf gerade keine verklausulierte journalistische Unterstellung, sondern einen klaren Schuldvorwurf («the alleged rape was presented in the article as a fact although the criminal investigation only started after the publication of the article. Article 6 § 2 requires that everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. The Court therefore considers that the article violated the presumption of innocence of the players and defamed them by stating something as a fact which had not yet been established.») Es bleibt abzuwarten, ob das eher oberflächlich begründete Urteil im Fall Salumäki einen Trend zu einer schärferen Bewertung journalistischer Berichte über hängige Straffälle einleiten wird.

2. Im viel klarer liegenden Fall Ruokanen hatte die Kammerminderheit auch daran erinnert, dass auf solche Publikationen eher mit zivilrechtlichen als mit strafrechtlichen Sank-

tionen reagiert werden sollte («the Court has on several occasions placed reliance on the fact that recourse could have been had to measures other than criminal sanctions, notably civil remedies»). Das einstimmige Urteil im nun entschiedenen Fall Salumäki befasst sich nicht wirklich mit der vom EGMR immer wieder problematisierten Frage des Einsatzes strafrechtlicher Mittel zum Schutz des Ansehens. Es beschränkt sich auf die lapidare Feststellung des fehlenden Eintrags im Strafregister. Auch in dieser Hinsicht sind die Ausführungen der 4. Kammer zu knapp ausgefallen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-88

Provokativer Auftritt im Parlament rechtfertigt extremes Werturteil

Ansehensschutz; Genugtuung; Homosexuelle; Medienfreiheit; Metapher; Parlamentarier; Provokation; Stil; Übertreibung; Verachtung; Werturteil; Ziviljustiz

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Mladina D. D. Ljubljana c. Slowenien» vom 17. April 2014 (Nº 20981/10)

Im Rahmen der parlamentarischen Debatte über gleichgeschlechtliche Partnerschaften äffte ein Abgeordneter 2005 Homosexuelle nach. Seine Imitation der Gestik eines schwulen Mannes transportierte negative Stereotype. Das Wochenmagazin «Mladina» kritisierte diesen Auftritt heftig. Der Parlamentarier sei geistig bankrott und würde in einem Land mit weniger beschränkten Ressourcen nicht einmal eine Anstellung als Hauswart einer Primarschule finden. Auf Klage des Parlamentariers bezeichnete die slowenische Ziviljustiz diesen persönlichen Angriff als rechtswidrig und verurteilte den Zeitungsverlag zur Bezahlung einer Genugtuung von umgerechnet rund 3000 Euro.

Der Gerichtshof räumt in seinem einstimmigen Urteil ein, die Formulierung in der Zeitschrift sei extrem gewesen und könne als rufschädigend empfunden werden. Das Werturteil habe aber die von Medienschaffenden zu respektierenden Grenzen zulässiger Übertreibung nicht gesprengt. Es wurde im Rahmen einer intensiven Kontroverse geäussert, bei der sich die Beteiligten wenig Zurückhaltung auferlegten. Der Journalist machte weniger eine ernsthafte Aussage zu den intellektuellen Fähigkeiten des Parlamentariers, sondern gab primär seiner Verachtung metaphorisch Ausdruck. Vor diesem Hintergrund beruhe die Abkanzelung des Verhaltens des Abgeordneten auf einer ausreichenden Basis und handle es sich nicht um einen grundlosen persönlichen Angriff. Die slowenische Justiz habe den Kontext der Äusserung ungenügend berücksichtigt und dadurch die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtet. (fz)

Anmerkungen Das Urteil setzt die EGMR-Rechtsprechung zur Rechtmässigkeit extremer Reaktionen auf bewusste Provokationen politischer Extremisten fort. Diese Praxis begann mit dem Urteil Nº 20834/92 «Oberschlick c. Österreich (Nº 2)» vom 1. Juli 1997. Angesichts der konkreten Umstände bezeichnete der EGMR die Bestrafung eines Journalisten, der den öffentlich provozierenden Politiker Haider als «Trottel» bezeichnet und die Gründe für diese Wortwahl ausführlich dargelegt hatte, als konventionswidrig.
Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die journalistische Kritik einen Auftritt im Parlament betraf. Dort genoss der Abgeordnete absolute parlamentarische Immunität, die er mit seinem deplatzierten Auftritt auch auskostete. Selber im Genuss rechtlicher Narrenfreiheit, reagierte der Parlamentarier auf den unvermeidlichen publizistischen Gegenschlag mit juristischen Mitteln. Man kann dies als übertriebene Empfindlichkeit bezeichnen, die in einer demokratischen Gesellschaft keinen rechtlichen Schutz verdient.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-89

Plagiatsvorwurf unter Akademikern: Zivilgericht missachtete Meinungsfreiheit

Ansehensschutz; Berufsethik; Expertengutachten; Genugtuung; Gutgläubigkeit; Mediziner; Plagiatsvorwurf; Tageszeitung; Tatsachenbehauptung; Verfahrensdauer; Wahrheit; Zivilverfahren

Art. 6 Abs. 1, Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Hasan Yazici c. Türkei» vom 15. April 2014 (Nº 40877/07)

In einem Artikel der Tageszeitung «Milliyet» über die Schaffung eines Ethikkomitees des Erziehungsrats wiederholte Medizinprofessor Hasan Yazici im November 2000 seine bereits früher geäusserte Kritik am früheren Erziehungsratsvorsitzenden I. D., den er des Plagiats bezichtigte. Anlass war ein 1952 von Professor I. D. publiziertes Buch («Mother's Book»), welches Ähnlichkeiten mit einem 1946 von Dr. Benjamin Spock veröffentlichten Werk («Baby and Childcare») aufwies.

Nach langjährigem prozessualem Hin und Her verurteilte das zuständige Zivilgericht Yazici 2006 wegen Persönlichkeitsverletzung zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von 2500 türkischen Lira. Gestützt auf ein Expertengutachten hielt das Kassationsgericht fest, Yazici habe mit unwahren und sachfremden Vorwürfen gegen I. D. die Grenzen erlaubter Kritik überschritten.

Die 2. Kammer des EGMR stellt einstimmig einen Verstoss gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) fest. Der Plagiatsvorwurf gegen den früheren Erziehungsratsvorsitzenden sei von öffentlichem Interesse – was die türkische Ziviljustiz ebenso wenig berücksichtigt habe wie den Umstand, dass schon früher ähnliche Vorwürfe gegen I. D. veröffentlicht worden waren.

Auch die nötige Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen habe das türkische Gericht unterlassen. Der Vorwurf des Plagiats sei klarerweise eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung. Das Gericht habe sich ausschliesslich auf die Ansicht der verschiedenen Experten gestützt, deren Neutralität Yazici stets bestritten hatte. Zudem hatte die dritte Expertise festgehalten, das 1952 veröffentlichte Werk enthalte verschiedene aus Spocks Buch übersetzte Passagen. Ob dies genüge, um die Wahrheit oder Gutgläubigkeit der Plagiatsvorwürfe zu belegen, lässt der EGMR offen. Jedenfalls lasse die Urteilsbegründung des türkischen Gerichts in diesem Punkt die geforderte Klarheit vermissen.

Mit 6 gegen 1 Stimmen bejaht der Gerichtshof zudem eine Verletzung des Gebots angemessener Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Das türkische Verfahren dauerte mehr als sechs Jahre, was die Kammermehrheit als übertrieben bezeichnet. Der isländische Richter hält die Verfahrensdauer zwar für objektiv eher lang, erachtet sie aber wegen der Komplexität der faktischen und rechtlichen Fragen, den auf dem Spiel stehenden Interessen, der Notwendigkeit von Expertisen und dem Streit um die Sachverständigen gesamthaft als gerechtfertigt. (fz)

Die Beschwerde der verurteilten Journalisten wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) bezeichnet der EGMR einstimmig als offensichtlich unbegründet. Ihre Recherche betreffe zwar fraglos ein Thema von bedeutendem öffentlichem Interesse. Sie seien aber den Beweis schuldig geblieben, dass der Einbezug von Parlamentarier C. N. im Diagramm über die sizilianische Mafia auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhte. Sie stützten sich gemäss der rumänischen Justiz auf blosse Vermutungen und konnten den durch ihre Berichterstattung ausgelösten politischen Skandal vorhersehen. Diese Einschätzung scheint dem EGMR akzeptabel. Habe die nationale Justiz wie hier das Strassburger Fallrecht berücksichtigt, so ersetze der Gerichtshof deren Sichtweise nur aus triftigen Gründen («strong reasons») durch seine eigene.

Auch eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) vermag der EGMR nicht zu erkennen. Die Journalisten behaupteten, die ihnen auferlegte Genugtuungssumme betreffe auch einen zweiten Artikel über C. N., bei dem die rumänische Justiz ihre Autorenschaft als nicht erwiesen erachtet hatte. Der Gerichtshof ist aber nicht überzeugt, dass dieser zweite Zeitungsbericht tatsächlich in die Berechnung des C. N. zugesprochenen Betrags eingeflossen ist. (fz)

14-90

Übertriebene Illustration macht korrekten Bericht über Mafia rechtswidrig

Ansehensschutz; Anspielung; Autor; Faktenbasis; Genugtuung; Illustration; Korruption; Mafia; Politiker; Tatsachenbehauptung; Unschuldsvermutung; Unterstellung; Wahrheitsbeweis; Zeitung

Art. 6 Abs. 2, Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Ozon & Candea c. Rumänien» vom 15. April 2014 (Nº 38504/04)

Die beiden Investigativjournalisten Vasile-Sorin Ozon und Stefan Candea publizierten 2002 eine Reihe von Zeitungsartikeln über die Verbindungen der italienischen Mafia zur rumänischen Politik. Ein von ihnen verfasster Bericht in der nationalen Zeitung «Evenimentul zilei» war mit einem Diagramm über die Organisation und Funktionsweise der sizilianischen Mafia illustriert. Der in der Mitte des Diagramms platzierte Name des mysteriösen Hauptverdächtigen P. B. war umgeben von mit ihm verbundenen Personen, darunter dem Parlamentarier C. N. Im Zeitungsbericht selber erklärte Parlamentarier C. N., er habe P. B. seit 1996 nicht mehr gesehen und mit ihm keine Geschäfte abgeschlossen, sondern lediglich Gespräche geführt.

Auf Klage von Parlamentarier C. N. wurden die beiden Journalisten in strafrechtlicher Hinsicht (mangels eines Beleidigungsvorsatzes) zwar freigesprochen, zivilrechtlich aber zur Bezahlung einer Genugtuung von umgerechnet rund 2600 Euro verurteilt. Der Vorwurf von Verbindungen zur Mafia sei übertrieben und damit rufschädigend.

14-91

Ordnungsbusse war gerechtfertigt

Kunstfreiheit; Meinungsäusserungsfreiheit; Ordnungsbusse; Willkürverbot

Art. 9, 16, 21 BV; Art. 128 ZPO

Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2014 (4D_8/2014)

A. gab sich in einem Verfahren, in dem er nicht Partei war, als Parteivertreter aus und schrieb in einer Rechtsschrift «Drittem Reich wie BRD pari turpitudine», worauf ihn das Obergericht des Kantons Zürich mit einer Ordnungsbusse von Fr. 1000.– belegte. Es begründete den Entscheid damit, mit dieser Aussage werde erklärt, die BRD sei kriminell wie seinerzeit das Nazi-Regime, was in höchstem Mass unanständig im Sinne von Art. 128 ZPO sei. Gegen diesen Entscheid führt A. Beschwerde ans Bundesgericht und macht ein Verstoss gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) und die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) geltend. Das Bundesgericht führt aus, es sei nicht ersichtlich, inwiefern eine Verletzung von Art. 9 und 21 BV vorliegen soll. Ebenso sei die Berufung auf die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) erfolglos, weil überhaupt kein sachlicher Grund bestanden habe, sich im Berufungsverfahren vor Obergericht ehrverletzend gegenüber Deutschland zu äussern. Es weist die Beschwerde deshalb ab.

14-92

Zulässige Formulierung eines Flugblatts gegen kandidierenden «Scharfmacher»

Ansehensschutz; Flugblatt; Genugtuung; Kandidat; Neonazi; Politiker; Publikationsverbot; Rechtsextremismus; Sorgfaltspflicht; Tatsachenbehauptung; Wahlkampf; Werturteil

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Brosa c. Deutschland» vom 17. April 2014 (Nº 5709/09)

Ulrich Brosa publizierte im April 2005 in einer Lokalzeitung einen kritischen Bericht über die rechtsextreme Vereinigung Berger-88. Wenig später hielt der für das Amt des Bürgermeisters kandidierende F. G. in einem Leserbrief fest, Berger-88 sei «keine rechtsradikale Vereinigung». Er warf Brosa ständige Bespitzelungen und Falschbehauptungen vor. Brosa reagierte mit Flugblättern. Unter dem Titel «Wählen Sie keinen Scharfmacher» warf er F. G. vor, er decke die besonders gefährliche Neonaziorganisation Berger-88.

F. G. erwirkte eine richterliche Unterlassungsverfügung, die Brosa verbot, ihn als Unterstützer von Neonaziorganisationen zu bezeichnen. Für den Fall einer Zuwiderhandlung drohte das Zivilgericht eine Geldstrafe (bis 250 000 Euro) oder eine Haftstrafe (bis zu sechs Monaten) an.

Nach einstimmiger Ansicht der 5. EGMR-Kammer ist diese Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) konventionswidrig. Als gewähltes Gemeinderatsmitglied müsse sich Kandidat F. G. auch scharfer öffentlicher Kritik stellen. Im vorliegenden Fall habe Brosa die Grenzen des Erlaubten nicht gesprengt. Die Einstufung von Berger-88 als Neonaziorganisation sei entgegen der Auffassung der deutschen Ziviljustiz keine reine Tatsachenbehauptung, sondern enthalte klarerweise auch ein wertendes Element. An eine derartige moralische Einordnung dürfe nicht der gleiche Beweismassstab angelegt werden wie an den Nachweis eines strafbaren Verhaltens in einem Gerichtsverfahren. Vorliegend beruhe die Einstufung von Berger-88 auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage, zumal der deutsche Verfassungsschutz die Organisation wegen Verdachts auf extremistische Tendenzen überwache.

Auch die Behauptung, F. G. decke die fragliche Organisation, ist nach Ansicht des Gerichtshofs in Zeiten des Wahlkampfs nicht exzessiv. Sie habe ebenfalls eine genügende Faktenbasis (in den Aussagen des Leserbriefs). Brosa habe F. G. nicht unterstellt, er selber sei ein Neonazi. Die deutsche Justiz interpretierte den Vorwurf des Deckens zu restriktiv.

Wegen des Verstosses gegen die Meinungsfreiheit verurteilt der EGMR Deutschland dazu, Brosa eine Genugtuungssumme von 3000 Euro zu bezahlen. (fz)

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

14-93

Auch geheime Dokumente sind dem EDÖB zuzustellen

Steuergeheimnis; Vorbehalt von Spezialbestimmungen; Zustellung von Dokumenten an EDÖB

Art. 4, 7, 20 Abs. 1 BGÖ; Art. 110 Abs. 1 DSG; Art. 33 Abs. 1 StG; Art. 39 StHG; Art. 12b Abs. 1 Bst. b VBGÖ; Art. 37 Abs. 1 VStG

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Mai 2014 (ESTV/Dokumente zu angeblichem Steuerruling)

Der EDÖB stellt in dieser Empfehlung klar, dass ihm in einem Schlichtungsverfahren auch geheime Dokumente zugestellt werden müssen. Er bringt mehrere Gründe vor, die gegen eine Einsichtnahme vor Ort sprechen.

Ein Journalist ersuchte bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) um Zugang zu Dokumenten in Zusammenhang mit einer Absprache des Kantons Bern mit der Ammann-Gruppe. Die ESTV verweigerte den Zugang mit dem Hinweis, dass das Öffentlichkeitsgesetz gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ nicht zur Anwendung gelange, wenn spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze bestehen, die abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen. Dies sei beim Steuergeheimnis der Fall, das in sämtlichen Bundessteuergesetzen verankert sei (Art. 110 Abs. 1 DSG, Art. 33 Abs. 1 StG, Art. 39 StHG, Art. 37 Abs. 1 VStG). Der Journalist gelangte mittels Schlichtungsantrag an den EDÖB. Die ESTV weigerte sich mit Berufung auf das Steuergeheimnis allerdings standhaft, dem EDÖB die zu beurteilenden Dokumente herauszugeben.

In einem ersten Teil seiner Erwägungen kommt der EDÖB zum Schluss, dass die von der ESTV angerufenen Geheimhaltungsbestimmungen keine Spezialbestimmungen im Sinne von Art. 4 Bst. a BGÖ darstellen, welche dem Öffentlichkeitsgesetz vorgehen.

Im zweiten Teil setzt er sich mit der Weigerung der ESTV auseinander, ihm die massgebenden Dokumente zuzustellen. Er weist zuerst darauf hin, Art. 20 Abs. 1 BGÖ stelle unmissverständlich klar, dass er auch Zugang zu amtlichen Dokumenten habe, die der Geheimhaltung unterliegen. Damit widerspricht er der in der Lehre vertretenen Ansicht, die Behörde könne vom Beauftragten verlangen, dass er vor Ort Einsicht in die fraglichen Dokumente nehme. Erstens obliege die Ausgestaltung des Verfahrens alleine dem Beauftragten. Zweitens sei in Art. 12b Abs. 1 Bst. b VBGÖ festgehalten, dass die Behörde dem Beauftragten die relevanten Dokumente «zuzustellen» hat. Drittens sei es dem Beauftragten bei einer Einsichtnahme vor Ort kaum möglich, sich ein abschliessendes Bild über die be-

troffenen Dokumente und deren Inhalt zu machen. Dies gelte insbesondere, wenn es sich um eine Vielzahl von Dokumenten handle und der Beauftragte eine Empfehlung abzugeben habe. Viertens werde in der Lehre ausgeführt, dass sich in der Praxis Probleme mit der Geheimhaltungspflicht ergeben können, wenn der Beauftragte über Dokumente verfügt, auf die er in einer allfälligen Empfehlung nicht Bezug nehmen kann, ohne die in Art. 7 BGÖ genannten Interessen zu verletzen. Dies vor allem deshalb, weil er die betroffenen Informationen aufgrund seiner Aufsichtsaufgabe im Rahmen des DSG erhalten hat oder weil ihm die Behörde Informationen weitergegeben hat, die geheim bleiben sollen. Der EDÖB führt dazu aus, diese Vermischung der Aufgaben gestützt auf das DSG und der Aufgaben gestützt auf das BGÖ bestehe in der Praxis nicht. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Beauftragte für die Durchführung von Schlichtungsverfahren nach dem BGÖ eine eigene, administrativ unabhängige Abteilung zur Verfügung habe. Darüber hinaus habe der Beauftragte in der Vergangenheit immer Empfehlungen abgegeben, in denen er die Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten zu beurteilen hatte, ohne dabei schützenswerte Inhalte daraus bekannt zu geben. Abschliessend bleibt dem EDÖB keine andere Möglichkeit, als entsprechend dem Grundprinzip des BGÖ, nämlich der gesetzlichen Vermutung des Zugangs mit Geheimhaltungsvorbehalt, im Zweifel für die Transparenz und somit zugunsten eines Zugangs zu den verlangten Dokumenten zu entscheiden.

Annotations La présente recommandation est intéressante pour deux raisons. D'abord, parce qu'elle se prononce sur la relation entre la loi fédérale sur la transparence (LTrans) et la législation instituant le secret fiscal. Ensuite, parce qu'elle pénalise une fois de plus les entités qui refusent de coopérer à la procédure de médiation devant le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (le Préposé).
Le conflit de loi pour commencer. Au contraire de nombre de législations étrangères sur la publicité des documents administratifs, la LTrans ne régit pas exhaustivement la consultation des documents administratifs. Son art. 4 réserve en effet, suivant le principe bien connu *lex specialis derogat legi generali,* les normes de secret (ou de publicité) contenues dans d'autres lois fédérales, qu'elles aient été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur de la LTrans. Encore faut-il que la norme de secret pertinente spécifie les informations protégées. Et le Préposé de souligner, à juste titre, qu'aucune primauté ne sera accordée à des obligations de silence formulées en termes généraux, tel le secret de fonction consacré par l'art. 22 de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération. Tel est aussi le cas des divers devoirs de discrétion invoqués, en l'espèce, par l'Administration fédérale des contributions, lesquels décrètent le mutisme le plus absolu, à l'instar de l'art. 110 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt direct, qui dispose que: «Les personnes chargées de l'application de la présente loi ou qui y collaborent doivent garder le secret sur les faits dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction ainsi que sur les délibérations des autorités et refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux.»
En revanche, il en va autrement de la confidentialité imposée par l'art. 8 al. 1 lit. d de la loi fédérale sur les marchés publics dont il a justement été question dans la précédente recommandation du Préposé (Recommandation du 19 mai 2014/ Office fédéral des migrations, résumée ci-dessus). Là, la norme n'occulte pas l'ensemble de la procédure d'attribution des marchés publics, mais seulement «les indications fournies par les soumissionnaires». Circonstanciée, cette disposition l'emporte sur la LTrans.
Il convient de relever que si les devoirs de totale discrétion sont dénués d'effet à l'encontre de la LTrans, cela ne veut pas dire que toutes les informations qu'ils étaient censés protéger sont pour autant accessibles. Mais simplement que leur caractère public ou non se mesure aux conditions posées par la LTrans; partant, la requête de consultation peut être rejetée si la remise des documents demandés risque sérieusement de porter atteinte à l'un ou l'autre des intérêts protégés par l'art. 7 LTrans (sécurité publique, relations internationales, sphère privée, etc.).
Deuxième raison de prêter attention à la présente recommandation: la réaction, sèche et sonnante, du Préposé au refus de l'Administration fédérale des contributions de lui soumettre les documents litigieux pour examen; refus qui contrevient à l'art. 20 LTrans, qui souligne que «Le préposé a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets». Pareille tentative de blocage de la procédure de médiation a tourné court: faute de pouvoir apprécier l'accessibilité du document requis, le Préposé a conclu à son caractère public. C'est logique: il appartient à l'autorité requise de prouver le caractère secret d'un document qu'elle entend occulter; or il est impossible d'apporter cette preuve décisive sans communiquer à l'autorité de surveillance les informations litigieuses.
L'Administration fédérale des contributions n'est pas la première autorité à ignorer l'obligation de collaborer à la procédure de médiation. Jusqu'alors le Préposé avait fait preuve de patience, répétant les avertissements. Cette fois, il a rapidement tiré les conséquences d'un refus de jouer le jeu. Le signal est clair: les manœuvres d'obstruction ne seront plus tolérées.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

14-94

BFM muss Zugang zu Rahmenvertrag über Asylunterkünfte gewähren

Personendaten; Schutz von Geschäftsgeheimnissen; vertrauliche Angaben; Zugangsgesuch

Art. 3, 7 Abs. 1 Bst. g, h, 9 BGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 19. Mai 2014 (BFM/Rahmenvertrag Logen- und Sicherheitsleistungen Asylunterkünfte)

Der EDÖB kommt in einer Empfehlung zum Schluss, dass das Bundesamt für Migration (BFM) den Zugang zu einem zwischen einem Unternehmen und dem Bund geschlossenen Rahmenvertrag über die Unterbringung von Asylsuchenden gewähren muss. Einzig die Personendaten von Mitarbeitenden des betroffenen Unternehmens seien zu schwärzen.

Ein Journalist ersuchte beim BFM um Einsicht in den Rahmenvertrag zwischen dem Unternehmen C. und dem BFM be-

treffend Logen- und Sicherheitsdienstleistungen in den Unterkünften des Bundes für die Unterbringung von Asylsuchenden. Das Unternehmen C. reichte aufgrund der Absicht des BFM, dem Gesuch zu entsprechen, einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein. Darin machte es geltend, dem Gesuch dürfe nicht entsprochen werden, weil es sich um ein vertrauliches Dokument handle, dem der Schutz des Geschäftsgeheimnisses zukomme und das nach den Grundsätzen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu beurteilen sei.

Der EDÖB setzt sich zuerst mit der Frage auseinander, ob der Vertrag nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts zu beurteilen ist. Dabei kommt er zum Schluss, dass die speziellen Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts konkret nicht anwendbar sind, da diese für laufende Verfahren gelten und vorliegend der Rahmenvertrag schon abgeschlossen wurde. Ebenso vertritt der EDÖB die Meinung, dass keine laufenden oder hängigen Verfahren im Sinne von Art. 3 BGÖ bestehen, weshalb die speziellen Verfahrensgesetze, insbesondere spezielle Akteneinsichtsrechte, nicht gelten. Die Zugänglichkeit des Rahmenvertrages beurteile sich deshalb einzig nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes. Schliesslich stellt der EDÖB klar, dass der Journalist im Zugangsverfahren kein Interesse nachweisen müsse.

Im Weiteren beschäftigt sich der EDÖB mit der Frage, ob die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, welche vertrauliche Angaben schützt, vorliegend Anwendung findet. Dabei sieht er das erste Tatbestandselement, wonach die Information von einer Privatperson stammen muss, als erfüllt an. Allerdings fehle die zweite Voraussetzung, dass die Information freiwillig mitgeteilt wurde, da der Informationsfluss zum BFM auf einer vertraglichen Verpflichtung beruhe. Schliesslich mangle es auch an der dritten Tatbestandsvoraussetzung, da C. nicht nachgewiesen habe, dass das BFM ihr die Vertraulichkeit zugesichert hat. Der EDÖB kommt folglich zum Schluss, dass der Ausnahmegrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht gegeben ist. Weiter beschäftigt er sich mit der Frage, ob der Rahmenvertrag Geschäftsgeheimnisse i. S. v. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ enthält. Er folgert aus dieser Prüfung, dass der Ausnahmegrund betreffend Geschäftsgeheimnisse für die vom BFM eingeschwärzten Textpassagen, d. h. Preise in der Spezialpreistabelle sowie bezüglich der persönlichen Schutzmassnahmen, gegeben sei.

Schliesslich stellt sich der EDÖB noch die Frage, ob der Rahmenvertrag Personendaten enthält, die nach Art. 9 BGÖ zu schützen sind. Dabei führt er aus, die Personendaten der Mitarbeitenden des Unternehmens seien zu anonymisieren, da für ein Zugänglichmachen dieser Namen kein öffentliches Interesse erkennbar sei. Hingegen seien die Personendaten der Verwaltungsangestellten nicht zu anonymisieren. Ebenso verneint er eine Pflicht zur Anonymisierung der Personendaten des Unternehmens, die eine unzulässige Beschränkung des Zugangsrechts darstellen würde. Abschliessend bilanziert der EDÖB, dass das BFM den Zugang mit den erwähnten Anonymisierungen der Personendaten der Mitarbeiter zu gewähren hat.

14-95

EMI-Daten sind zugänglich zu machen

Beschwerdemöglichkeit; Zugangsgesuch

Art. 5 Abs. 2 BGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Mai 2014 (ENSI/EMI-Daten aller Schweizer Atomkraftwerke)

Ein Antragsteller ersuchte beim Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) zum wiederholten Mal um Zugang zu EMI-Daten. Das ENSI verweigerte den Zugang mit dem Argument, dass die gemäss ANPA-Reglement übermittelten Messdaten kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ darstellen würden. Darauf reichte der Antragsteller einen weiteren Schlichtungsantrag beim EDÖB ein. Dieser hält fest, er habe schon in seinen Empfehlungen vom 18. März 2013 und 28. Februar 2014 ausgeführt, dass diese Messdaten zugänglich zu machen seien. Er weist zudem darauf hin, dass es nicht zielführend sei, wenn der Antragsteller sich mit mehreren Schlichtungsanträgen zu wehren versucht. Da die Empfehlungen des EDÖB nicht rechtsverbindlich seien, könne er nur mit einer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht eine gerichtliche Überprüfung und damit Rechtssicherheit erlangen.

14-96

Zugang zu Projektlisten 2012 und 2013 der KTI ist ebenfalls zu gewähren

Öffentlich zugänglich; Zugangsgesuch

Art. 13 BGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 2. Mai 2014 (KTI/Innovationsförderung 2012/2013)

Ein Journalist hat bei der Kommission für Technologie und Innovation (KTI) im Anschluss an eine Empfehlung des EDÖB vom 29. Januar 2014 Einsicht in die Listen mit den aus dem ordentlichen Budget der KTI bewilligten Projekten der Jahre 2012 und 2013 verlangt. Die KTI verweigerte den Zugang, weshalb der Journalist erneut einen Schlichtungsantrag (Art. 13 BGÖ) beim EDÖB einreichte. Der EDÖB führt in seiner Empfehlung aus, er habe bereits in seiner vorhergehenden Empfehlung dargelegt, dass diese Listen zugänglich zu machen seien. Die vom Journalisten verlangten Projektlisten 2012 und 2013 seien ebenfalls in der ARAMIS-Datenbank publiziert worden, weshalb sie wie die Projektliste 2011 öffentlich zugänglich seien und der Zugang daher nicht verweigert werden dürfe.

14-97

Le caviardage de documents faisant l'objet d'une demande d'accès peut valablement être effectué pour plusieurs motifs

Données ne concernant pas la demande; données personnelles; secrets d'affaires et de fabrication

Art. 7, 9, 10, 11, 13, 14 LTrans; art. 1, 2 LPD

Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) du 17 avril 2014

La demanderesse (X.) a déposé auprès de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) une demande d'accès aux documents concernant l'admission du médicament «Z.» sur la Liste des spécialités (LS). Après avoir consulté le fabricant (Y.) du médicament «Z.», conformément à l'art. 11 LTrans, l'OFSP a remis à X. les documents en partie caviardés. Saisi d'une demande de médiation (art. 13 al. 1, let. a LTrans) de la part de X., le Préposé recommande le maintien du caviardage litigieux.

Motivant point par point les caviardages effectués dans chaque document, l'OFSP indique les avoir divisés en trois catégories:

- Première catégorie: «Données ne concernant pas la demande»
- Deuxième catégorie: «Secrets d'affaires et de fabrication (art. 7 al. 1 let. g LTrans)»
- Troisième catégorie: «Protection des données personnelles (art. 9 al. 1 LTrans)».

En substance, pour ce qui a trait à la première catégorie, le Préposé relève que, dans la procédure d'admission d'un médicament dans la LS, la Commission fédérale des médicaments (CFM) traite plusieurs demandes d'entreprises différentes lors de chacune de ses séances; dès lors, le caviardage d'informations concernant des tiers, qui figurent certes dans les documents demandés, mais ne constituent pas l'objet de la demande d'accès, est justifié.

Deuxième catégorie:

La demanderesse critique aussi le fait que l'OFSP a considéré globalement et parfois sans fondement tangible, qu'à l'exception d'informations déjà publiées, la plupart des données constituaient des secrets d'entreprise.

En vertu de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, l'accès à un document officiel est limité, différé ou refusé lorsqu'il peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication.

L'OFSP a motivé l'existence de l'exception au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans notamment comme suit: «En regard du dossier, […] un intérêt légitime au maintien du secret est en l'espèce fondé, concernant les informations relatives au médicament Z. En effet, les conditions d'admission d'un médicament dans la LS imposent (art. 65 ss OAMal notamment) au fabricant de remettre toutes les informations utiles à l'évaluation de l'efficacité, adéquation et économicité de la préparation en question. Cela représente un volume de données importantes, au surplus confidentielles quant à la nature du médicament.»

Troisième catégorie:

La loi fédérale sur la protection des données (LPD) vise à protéger les données personnelles de personnes physiques et morales (art. 1 et 2 LPD). Selon l'art. 9 al. 1 LTrans, les documents officiels qui contiennent des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés. L'obligation découle des circonstances de chaque cas d'espèce.

Si une entreprise peut être identifiée sur la base d'indications tirées des documents, sans que son nom soit connu, il convient de caviarder ce genre de données, sauf si elle s'est exprimée en faveur de leur publication lors d'une audition. Il en va de même de données relatives à des collaborateurs ou toute autre personne impliquée à un titre ou un autre.

En l'espèce, il n'existe aucun intérêt public prépondérant à rompre l'obligation de rendre anonyme au sens de l'art. 9 al. 1 LTrans et à publier les données personnelles. De l'avis du Préposé, cela n'empêche pas de contrôler le travail administratif de l'OFSP et de la CFM qui le conseille lors de l'évaluation de demandes concernant la LS.

Dès lors, le Préposé juge que l'octroi partiel de l'accès accordé par l'OFSP est approprié et conforme au droit. Cela vaut pour le caviardage d'informations de tiers qui ne sont pas l'objet de la demande d'accès, pour l'existence de secrets d'affaires et de fabrication au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ainsi que pour l'anonymisation de données personnelles au sens de l'art. 9 al. 1 LTrans.

14-98

Behörde muss gerichtlich angeordnete Information tatsächlich liefern

Amtsmissbrauch; Behördenaufwand; Bürgermeister; Fernsehen; Informationszugang; Journalist; Kopien; Kosten für Einsicht; Medienfreiheit; Urteilsvollzug; Vollstreckung; Willkür; Zensur

Art. 6 Abs. 1, Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Rosiianu c. Rumänien» vom 24. Juni 2014 (N° 27329/06)

Gestützt auf das rumänische Gesetz über die Informationsfreiheit stellte Fernsehjournalist Ioan Romeo Rosiianu 2005 beim Bürgermeister von Baia Mare mehrere Gesuche um Auskunft zu verschiedenen Themen (u. a. zu Dienstreisen, Werbeverträgen, Ausgaben für verschiedene Aktivitäten, städtischen Investitionen und den Einkünften des Bürgermeisters aus verschiedenen Verwaltungsratsmandaten). Nachdem der Bürgermeister den Journalisten mit lakonischen Antwortschreiben abgespeist hatte, wandte sich Rosiianu erfolgreich an die rumänische Justiz. Das zuständige Verwaltungsgericht verpflichtete den Bürgermeister in drei Urteilen dazu, dem Journalisten den Grossteil der verlangten Informationen herauszugeben.

Die rechtskräftigen Entscheide wurden nach Rosiianus Auffassung aber nicht vollstreckt. Nachdem der Journalist eine Strafklage wegen Amtsmissbrauchs eingereicht hatte, schrieb ihm der Bürgermeister lediglich, er könne bei der Stadt gegen Bezahlung der Unkosten die Kopien verschiedener Dokumente abholen (welche einen Umfang von mehreren tausend Seiten aufwiesen).

Die 3. Kammer des Gerichtshofs verwirft in ihrem einstimmigen Urteil das Argument der rumänischen Regierung, durch seine Einladung sei der Bürgermeister den Entscheiden des Verwaltungsgerichts letztlich nachgekommen. Die fraglichen Schreiben genügten nach Ansicht des EGMR keineswegs den Anforderungen an eine adäquate Vollstreckung der Gerichtsurteile. Unzureichend sei der Hinweis auf eine Vielzahl verschiedener Dokumente, deren Inhalt wohl unterschiedlichen Interpretationen offen stehe. Darüber hinaus könne der EGMR gar nicht ausreichend beurteilen, ob die vom Bürgermeister erwähnten Kopien die vom Journalisten gewünschten Informationen enthielten, denn die rumänische Regierung habe für das Verfahren in Strassburg nicht einmal eine Zusammenfassung ihres Inhalts geliefert.

Der Bürgermeister habe auch nie behauptet, die fraglichen Informationen seien nicht verfügbar. Dass es um eine komplexe Sache gehe und die Zusammenstellung der Informationen aufwändig sei, habe er lediglich als Begründung für die Unmöglichkeit einer Orientierung innert kurzer Frist angeführt.

Der ungenügende Vollzug der Gerichtsurteile verletze den menschenrechtlichen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK), welcher mangels Vollstreckung endgültiger Entscheide illusorisch würde. Darüber hinaus werde, so der EGMR, auch die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) des Journalisten missachtet. Das Publikum habe ein Recht auf Zugang zu allgemein interessierenden Informationen. Bei staatlichen Massnahmen, welche die Medien von der Ausübung ihrer Wächterrolle abschrecken könnten, sei grösste Zurückhaltung angezeigt. Dies gelte auch für Vorkehren, welche lediglich den Zugang zur Information erschweren («même lorsqu'il s'agit de mesures qui ne font que compliquer l'accès à l'information»).

«62. Eu égard à l'intérêt protégé par l'article 10, la loi ne peut permettre des restrictions arbitraires qui pourraient devenir une forme de censure indirecte si les autorités devaient faire obstacle à la collecte des informations. Cette collecte est en effet, par exemple, une démarche préalable essentielle à l'exercice du journalisme. Elle est inhérente à la liberté de la presse et, à ce titre, protégée. L'ouverture d'espaces de débat public fait partie du rôle de la presse (Dammann c. Suisse [nº 77551/01, § 52, 25 avril 2006, et Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie, nº 37374/05, § 27, 14 avril 2009).»

Der Beschränkung der Meinungsfreiheit fehle sowohl die in Art. 10 Abs. 2 EMRK verlangte Grundlage im rumänischen Recht als auch ein legitimer Eingriffszweck. Sie sei daher konventionswidrig.

Der Gerichtshof verurteilt Rumänien dazu, Rosiianu eine Genugtuungssumme von 4000 Euro zu bezahlen. (fz)

Anmerkungen Das vom rumänischen Journalisten Rosiianu erstrittene Urteil weist gewisse Parallelen zum Fall des ungarischen Historikers Kenedi auf (EGMR, 26.5.2009, Nº 31475/05, medialex 2009, 156; 09-117). Dort hatte das Innenministerium den gerichtlich angeordneten Zugang zu Dokumenten durch jahrelange Obstruktion hintertrieben. Der EGMR bezeichnete dies als Willkür und Machtmissbrauch und sprach dem Historiker 6000 Euro Genugtuung zu.
Die nun vorliegende Begründung nimmt (auch) auf den Fall Kenedi Bezug. Sie geht aber in verschiedener Hinsicht stärker in die Tiefe.
1. Dies gilt einmal für die Frage, ob die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK überhaupt auf derartige Konflikte um den Zugang zu amtlichen Dokumenten anwendbar sind. Dies setzt voraus, dass das Verfahren (droit civil) eine Streitigkeit um ein Recht zivilrechtlichen Charakters betrifft. Die rumänische Regierung wandte ein, es gehe hier nicht um einen privatrechtlichen Anspruch des Medienschaffenden, sondern bloss um die Wahrung seiner öffentlichen Wachhundfunktion («chien de garde des réalités publiques»). Der Gerichtshof hält unmissverständlich fest, dass die von Journalist Rosiianu angestrengten Verfahren seine privaten und professionellen Interessen betrafen. Die fraglichen Informationsansprüche sind nach den Worten des EGMR durch das rumänische Recht garantiert und fliessen auch aus der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), welche ihrerseits ein «droit civil» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstelle.
2. Näher unter die Lupe nimmt der Gerichtshof auch die Frage, wann die behördliche Orientierung als ausreichend anzusehen ist. Wichtig scheint hier v. a. der Hinweis auf die Problematik unspezifischer behördlicher Information, welche allen möglichen Interpretationen offensteht («plusieurs documents disparates contenant des informations susceptibles d'interprétations diverses»). In einer solchen Konstellation müsste die informationspflichtige Behörde meines Erachtens mit überzeugenden Argumenten dartun, dass eine gezieltere Orientierung unmöglich oder zumindest nicht mit vernünftigem Aufwand zu realisieren ist.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-99

Angefochtenen Entscheid verspätet eingereicht

Angefochtener Entscheid; Nichteintreten; Säumnis

Art. 42 Abs. 3, 5 BGG

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juni 2014 (2C_430/2014)

Nachdem Christoph Mörgeli mit seiner Beschwerde bei der UBI nicht durchgedrungen war, gelangte er gegen den «Rundschau»-Beitrag «Professor in der Kritik» ans Bundesgericht. Das Bundesgericht teilte Mörgeli mit, er habe innert Frist den angefochtenen Entscheid nachzureichen, andernfalls seine Rechtsschrift unbeachtet bleibe (Art. 42 Abs. 3 i. V. m. Art. 42

Abs. 5 BGG). Mörgeli reichte den angefochtenen Entscheid erst nach Ablauf der Frist ein, ohne die Gründe dafür zu nennen. Das Bundesgericht tritt deshalb nicht auf die Beschwerde ein, da der angezeigte Mangel verspätet behoben wurde.

14-100

Veranstalterkonzession ist höchstpersönliches Recht

Höchstpersönliche Rechte und Pflichten; Parteiwechsel; Veranstalterkonzession

Art. 44, 48 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 2014 (A-6569/2013)

Roger Schawinski, Christoph Bürge und Heinz Lang, gemeinsam Radio AG (in Gründung), wollten mittels Beschwerde erreichen, dass ihnen und nicht der Radio Argovia AG die Konzession für das Versorgungsgebiet Aargau zugeteilt wird. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens erlangte die Radio 1 AG mit ihrem Inhaber Schawinski die Radiokonzession von Radio 105. Deshalb brachte die Radio Argovia AG vor, dass mit einer Zusprechung der Konzession für das Versorgungsgebiet Aargau an die Radio AG (in Gründung) die «2+2»-Regel verletzt würde. Die Radio AG (in Gründung) nahm darauf einen Gesellschafterwechsel vor. Das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Entscheid zum Schluss, dass der mit dem Gesellschafterwechsel einhergehende Parteiwechsel unzulässig ist, da es sich bei der Konzession um ein höchstpersönliches und damit unübertragbares Recht handelt. Es schreibt das Verfahren deshalb als gegenstandslos ab.

Nachdem es aufgrund einer Beschwerde eine Neubeurteilung vorzunehmen hatte, teilte das UVEK mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 erneut der Radio Argovia AG die Konzession für das Versorgungsgebiet Nr. 15 (Aargau) zu. Die Bewerbung der Radio AG (in Gründung) wurde abgewiesen. Gegen diese Verfügung erhoben Roger Schawinski, Christoph Bürge und Heinz Lang, gemeinsam Radio AG (in Gründung), Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung der Konzession an die Radio AG (in Gründung). Zur Begründung machten sie eine unzutreffende Auslegung der Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG geltend sowie eine Verletzung der «2+2»-Regel durch die Radio Argovia AG. Nach Einreichung der Beschwerde wurde bekannt, dass die Radio 1 AG die Radiokonzession von Radio 105 aus der Konkursmasse der Music First Network AG in Liquidation erhalten hat. Deshalb machte die Radio Argovia AG geltend, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da bei einem Verbleib von Roger Schawinski in der Radio AG (in Gründung) die «2+2»-Regel verletzt werde. Sollte er hingegen vollständig oder teilweise aus der Gründungsgesellschaft ausscheiden, seien die Konzessionsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt. Zudem führe dies zu einem unzulässigen Parteiwechsel. Die Radio AG (in Gründung) gab in einer Stellungnahme den Eintritt zweier neuer Gesellschafter bekannt, die zusammen mit dem bisherigen Gesellschafter Christoph Bürge eine Liberierungspflicht von 60% des gesamten Aktienkapitals der Radio AG (in Gründung) von Roger Schawinski übernehmen. Ebenso soll neuerdings die Finanzierung mittels Darlehen nicht mehr mehrheitlich durch Roger Schawinski erfolgen. Aufgrund dieser Anpassungen komme es im Falle einer Konzessionserteilung an die Radio AG (in Gründung) nicht zu einer Verletzung der «2+2»-Regel, so die Radio AG (in Gründung). Zudem sei der Gesellschafterwechsel und der damit einhergehende Parteiwechsel zulässig, da keine höchstpersönlichen Rechte oder Pflichten Verfahrensgegenstand bilden. Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2014 wurde das Beschwerdeverfahren vorläufig auf die Frage der Sistierung und die Zulässigkeit des erfolgten Parteiwechsels beschränkt.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft zuerst die Zulässigkeit des Eintritts der neuen Gesellschafter in die einfache Gesellschaft. Es kommt dabei zum Ergebnis, dass dieser Eintritt in die Radio AG (in Gründung) ohne Weiteres zulässig ist und seitens der Gesellschafter die Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind, um als notwendige Streitgenossenschaft am Beschwerdeverfahren teilzunehmen. In der Folge prüft das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit des vorgenommenen Parteiwechsels. Es klärt dazu, ob es sich bei den Veranstalterkonzessionen des RTVG um höchstpersönliche Rechte handelt, die nicht übertragen werden können, oder um beschränkt übertragbare Rechte, deren Übertragung nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Dazu nimmt es eine Auslegung von Art. 48 RTVG vor, der die Übertragbarkeit von Konzessionen regelt. Art. 48 RTVG sieht vor, dass die Übertragung der Konzession vor ihrem Vollzug dem Departement zu melden ist und von diesem genehmigt werden muss (Abs. 1). Dabei prüft das Departement, ob die Konzessionsvoraussetzungen auch nach der Übertragung erfüllt sind (Abs. 2). Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, auf den ersten Blick deute diese Bestimmung darauf hin, dass die Konzessionen des RTVG nicht höchstpersönlicher Natur sind. Bei näherer Betrachtung falle jedoch auf, dass die Genehmigung die Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen von Art. 44 RTVG umfasst. Die in Art. 44 RTVG enthaltenen Bestimmungen verdeutlichen nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Person des Konzessionärs von elementarer Bedeutung ist und im Zentrum der Beurteilung steht. Dies deute entgegen der zuvor gemachten Feststellung darauf hin, dass die Veranstalterkonzessionen höchstpersönlicher Natur und damit nicht übertragbar sind. Da sich die Rechtsnatur der Konzession noch nicht aus dem Wortlaut ergibt, zog das Bundesverwaltungsgericht weitere Auslegungsmethoden hinzu. Diese Auslegung führt zum Ergebnis, dass die Veranstaltungskonzessionen gemäss RTVG höchstpersönlicher Natur sind. Dafür spreche nicht nur die Tatsache, dass die Übertragung der Veranstalterkonzession einer Genehmigung durch das UVEK bedarf, sondern darüber hinaus seien auch die mit der Konzession zusammenhängenden Rechte und Pflichten derart eng mit der Person des Konzessionärs verbunden, dass eine freie Übertragbarkeit ausgeschlossen ist. Da sich die Frage nach der Zulässigkeit des Parteiwechsels danach richtet, ob höchstpersönliche Rechte und Pflichten den Streitgegenstand bilden, mangelt es im vorliegenden Fall bereits an einer zentralen Voraussetzung für den vorgenommenen Parteiwechsel. Das Bundesver-

waltungsgericht fügt hinzu, der Parteiwechsel scheitere auch daran, dass er eine Übertragung des Gesuchs erfordere, welche im vorliegenden Fall jedoch mit einer im derzeitigen Verfahrensstadium unzulässigen inhaltlichen Anpassung des Gesuchs verbunden sei. Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass das vorliegende Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

14-101

«Kassensturz»-Beitrag über Sozialhilfe verstiess nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot

Medienfreiheit; Programmautonomie; Rundfunkfreiheit; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 14. Februar 2014 (b. 682)

Der «Kassensturz» berichtete über die Gemeinde Zuchwil, die einer Sozialhilfeempfängerin die Sozialhilfe gestrichen habe, bis ihr Alterskapital der zweiten und dritten Säule aufgebraucht sei. Die Gemeinde Zuchwil erhob Beschwerde und machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots geltend. Die UBI kommt zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde, weil sich das Publikum zum behandelten Thema eine eigene Meinung bilden konnte und die Mängel nur Nebenpunkte betrafen.

In der Sendung «Kassensturz» wurde am 28. Mai 2013 ein Beitrag über die Geschichte von B. aus Zuchwil ausgestrahlt. Darin kam zum Ausdruck, dass ihr die Gemeinde die Sozialhilfeunterstützung vorerst nicht mehr ausrichten will. Sie müsse zuerst ihr Alterskapital aus der zweiten und dritten Säule aufbrauchen, bevor sie wieder Unterstützungsleistungen beziehen könne. Die Gemeinde nahm schriftlich und in allgemeiner Weise Stellung. Im Anschluss an den Filmbericht befragte der Moderator in einem Studiogespräch die SKOS-Geschäftsführerin zur dargestellten Problematik. Die Einwohnergemeinde Zuchwil erhob gegen den Beitrag Beschwerde bei der UBI und machte geltend, durch eine unpräzise und falsche Darstellung sei das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) verletzt worden. Es sei der falsche Eindruck erweckt worden, es liege im Zusammenhang mit dem dargestellten Fall bereits ein Entscheid vor. Zudem seien die rechtlichen Grundlagen nicht korrekt wiedergegeben worden.

Die UBI kommt in ihren Erwägungen zum Ergebnis, dass sich das Publikum eine eigene Meinung zu den im Beitrag präsentierten Fakten und Meinungen bilden konnte. Die wesentlichen Tatsachen zum Fall von B. und zur grundsätzlichen Problematik hinsichtlich des Verhältnisses von Sozialhilfeanspruch und Alterskapital seien korrekt und verständlich vermittelt worden. Dies gelte namentlich auch für die in diesem Zusammenhang relevanten rechtlichen Grundlagen. Die transparente Gestaltung des Beitrags habe dem Publikum zudem erlaubt, zwischen Fakten und persönlichen Meinungsäusserungen unterscheiden zu können. Letztere seien ohne Weiteres als solche erkennbar gewesen wie auch die anwaltschaftliche Optik der Redaktion. Die nicht zutreffenden Anmerkungen des Moderators zum Verfahrensstand beträfen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung Nebenpunkte und würden für sich alleine keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots begründen. Die Kritik am Verhalten der Gemeinde Zuchwil im Fall von B. sei durch die Medien- bzw. Rundfunkfreiheit bzw. durch die Programmautonomie gedeckt. Folglich weist die UBI die Beschwerde ab.

14-102

La présentation fidèle des événements doit être réalisée dans chaque émission rédactionnelle ayant un contenu informatif

Circonstances concrètes; émissions à contenu informatif; présentation fidèle des événements

Art. 4 LRTV

Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) du 14 février 2014 (b. 683)

L'AIEP a considéré qu'en donnant pour établi le fait que des armes chimiques avaient été utilisées par le régime syrien, alors que des doutes objectifs subsistaient sur la question, le présentateur du «Journal du matin» n'avait pas respecté le principe de la représentation fidèle des événements prescrit par l'art. 4 al. 2 LRTV.

Le 18 avril 2013, le présentateur de l'émission «Le Journal du matin» sur la chaîne de la Radio Télévision Suisse la Première (RTS 1ère) annonçait, en particulier:

«La Syrie, deux ans de conflit, des armes chimiques utilisées par le régime de Bachar el-Assad (…)». Puis a débuté le reportage «L'invité de la rédaction». L'interview en direct du Professeur Filiu, historien, a été introduite ainsi: *«(…) elles ont été utilisées, ces armes chimiques par le régime de Bachar el-Assad (…)»*. Le professeur a confirmé à plusieurs reprises l'utilisation de telles armes.

Le plaignant a contesté le reportage ainsi que les deux annonces de titres qui l'ont précédé.

L'obligation de présenter fidèlement les événements (art. 4 al. 2 LRTV) s'applique aux émissions d'information ou aux parties d'émissions qui prétendent transmettre des informations – comme en l'espèce –, de même que leurs bandes-annonces.

Le public doit pouvoir se faire l'idée la plus juste possible des faits, être à même de se forger son propre avis et de reconnaître les commentaires sujets à controverse. L'ampleur de la diligence requise dépend des circonstances concrètes, du caractère et des particularités de l'émission ainsi que des connaissances préalables du public. Affirmer que des armes chimiques avaient été utilisées par le régime syrien ne correspondait ni à l'état de la situation en Syrie au moment de la diffusion de l'émission ni aux connaissances du public. Les opinions expri-

mées par le journaliste et le professeur n'étaient pas clairement reconnaissables comme telles.

Le plaignant a contesté uniquement l'émission litigieuse et non l'ensemble des émissions diffusés sur RTS 1ère sur la situation en Syrie. Ainsi, le principe de la pluralité de l'art. 4 al. 4 LRTV, qui vise plusieurs émissions sur le même sujet sur une certaine période, ne s'applique pas en l'espèce. Qui plus est, la présentation fidèle des événements doit être réalisée au sein même de chaque émission rédactionnelle ayant un contenu informatif.

Enfin, si pour les émissions en direct, certains risques sont inévitables, on demandera au journaliste d'être préparé à apporter les correctifs qui s'imposent, ce qui n'a pas été le cas ici.

2. Recht der Onlinemedien – Droit des médias en ligne

14-103

Falschinformation auf Onlineportal rechtfertigt zivilrechtliche Sanktion

Ansehensschutz; chilling effect; Entschuldigung; Genugtuung; Internetportal; Korruptionsvorwurf; Lokalpolitiker; Student; Tatsachenbehauptung; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Eryk Schuman c. Polen» vom 3. Juni 2014 (N° 52517/13)

Als Chefredaktor des lokalen Internetportals «dlachorzowa.pl» verfasste der 26-jährige Student Eryk Schuman im Juli 2011 einen kritischen Beitrag über einen Lokalpolitiker, dem er die Verwendung öffentlicher Ressourcen für private Tätigkeiten (Führung eines Sportclubs) vorwarf. Dabei erziele der Politiker einen Verdienst von 275 000 polnischen Zlotys (umgerechnet rund 69 000 Euro). Die tatsächlichen Einkünfte betrugen jedoch lediglich 275 Zlotys (d. h. rund 69 Euro). Durch die Angabe eines überhöhten Betrags äusserte Schuman nach Auffassung der polnischen Ziviljustiz einen unwahren Vorwurf über das Ausmass der dem Politiker vorgeworfenen Straftaten. Wegen der rufschädigenden Publikation verurteilte sie Schuman zur Veröffentlichung einer Entschuldigung sowie zur Bezahlung von 1000 Zlotys (ca. 250 Euro) an eine wohltätige Organisation.

Die 4. EGMR-Kammer stuft Schumans Beschwerde in Dreierbesetzung einstimmig als offensichtlich unbegründet ein. Sie betrachtet die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als rechtmässig. Der Gerichtshof verwirft Schumans Einwand, es habe sich um ein offensichtliches Versehen gehandelt, welches die Hauptaussage seines Berichts nicht beeinflusse. Die polnische Justiz habe die Fehlinformation als entscheidendes Element für die gravierenden Vorwürfe gegen den Politiker bezeichnet. In dieser Situation seien die gegen Schuman verhängten Sanktionen angemessen. (fz)

Anmerkungen Ausserordentlich rasch erledigt und entsprechend knapp begründet – dies war für den dreiköpfigen Ausschuss der 4. Kammer offenkundig ein klarer Fall. Vor dem Hintergrund des (in der Begründung nur summarisch geschilderten) Sachverhalts ist dies nachvollziehbar. Gewisses Unbehagen weckt aber der Umstand, dass der (Un-)Zulässigkeitsentscheid sich nicht mit dem Einwand des verurteilten Autors befasst, als Student erziele er kein Erwerbseinkommen. Sein Onlineportal sei nicht profitorientiert und diene der Gesellschaft. Der Schuman zur Bezahlung auferlegte Geldbetrag bewegt sich angesichts der polnischen Kaufkraft nicht mehr im Bagatellbereich. Es wäre deshalb nicht abwegig gewesen, hätte der Gerichtshof einen allfälligen «chilling effect» des polnischen Urteils auf andere Onlinepublikationen diskutiert.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

3. Strafrecht – Droit pénal

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

14-104

Mangelnde Substantiierung: Bundesgericht bestätigt Verurteilung wegen übler Nachrede

Gutglaubensbeweis; Substantiierungspflicht; üble Nachrede; Wahrheitsbeweis

Art. 173 Ziff. 1, 2 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2014 (6B_138/2013)

Das Bundesgericht weist eine Beschwerde gegen eine Verurteilung wegen übler Nachrede ab. Der Beschwerdeführer konnte nicht genügend substantiieren, weshalb seine Äusserungen wahr sind bzw. weshalb er sie in guten Treuen für wahr halten durfte.

Zwischen A. und der Gemeinde U. schwelt ein langjähriger Konflikt wegen einer Landumlegung und -erschliessung. A. verfasste verschiedene Schreiben an den Leiter des Bauamtes, den Bauvorstand, den Hochbau- und Planungsvorstand, den Gemeindepräsidenten und zwei Gemeindeschreiber, in denen er ihnen Nötigung, Erpressung, Verleumdung, Begünstigung, Bestechung und Amtsmissbrauch vorwarf. Er unterstellte ihnen zudem, «charakterlos und arglistig», «gaunerhaft erpressend», «eigenmächtig und despotisch» vorzugehen und «gegen Rechte und Pflichten» oder «gegen jede Sorgfaltspflicht» zu verstossen. Sowohl das Bezirksgericht Meilen als auch das Obergericht des Kantons Zürich kamen zum Schluss, dass sich A. mit diesen Äusserungen der üblen Nachrede im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat. A. gelangte gegen den Entscheid des Obergerichts ans Bundesgericht und verlangt, vom Vorwurf der üblen Nachrede freigesprochen zu werden.

Das Bundesgericht vertritt in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen die Ansicht, dass sich A. der üblen Nachrede

schuldig gemacht hat, indem er den betroffenen Personen unterstellt hat, moralisch verwerflich zu handeln und damit ihren Ruf, ehrbare Menschen zu sein, in Abrede gestellt hat. A. macht in seiner Beschwerde geltend, das Obergericht habe ihn zwar zum Wahrheits- und Gutglaubensbeweis (Art. 173 Ziff. 2 StGB) zugelassen. Materiell habe es diesen aber nicht geprüft. Das Bundesgericht führt dazu an, die Ausführungen von A. würden zur Erfüllung der Substantiierungspflicht nicht ausreichen. A. habe nicht genügend konkret dargetan, weshalb seine Vorwürfe im Einzelnen der Wahrheit entsprachen oder er sie in gutem Glauben für wahr halten durfte. Mangels ausreichender Substantiierung seiner Tatsachenbehauptungen habe A. vor dem Obergericht keinen Beweisanspruch begründet. Das Obergericht durfte nach Meinung des Bundesgerichts deshalb auf Beweislosigkeit schliessen. Dessen Entscheid, wonach A. der Wahrheits- bzw. Gutglaubensbeweis hinsichtlich der inkriminierten Äusserungen nicht gelungen sei, sei materiell richtig. Das Bundesgericht weist die Beschwerde von A. deshalb ab.

14-105

Bundesgericht bestätigt: Bezeichnung als «Hochstaplerin» ist ehrverletzend

Gutglaubensbeweis; üble Nachrede; Wahrheitsbeweis

Art. 173 Ziff. 1, 2 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2014 (6B_8/2014)

Eine Astrophysikerin wurde von den Schweizer Medien als NASA-Astronautin gefeiert, was einen Journalisten des «Tages-Anzeiger» zu einem kritischen Artikel veranlasste. In diesem Artikel bezeichnete er die Astrophysikerin als «Hochstaplerin», was ihm eine Verurteilung wegen übler Nachrede einbrachte. Diese Verurteilung bestätigt nun das Bundesgericht. Das höchste Schweizer Gericht kommt zum Schluss, dass die Bezeichnung als «Hochstaplerin» im Kontext dieses Zeitungsartikels ehrverletzend sei. Zudem sei es dem Journalisten nicht gelungen, den Wahrheits- oder Gutglaubensbeweis zu erbringen.

Im «Tages-Anzeiger» erschien unter dem Titel «Die eingebildete Astronautin» ein von X. verfasster Artikel. Darin wurde die Geschichte von A. hinterfragt, die von der Schweizer Medien als «unsere Frau bei der NASA» («Blick») gefeiert wurde. Im Text wird unter anderem von «ihrer kurzen Karriere als Hochstaplerin» geschrieben. A. erhob Ehrverletzungsklage gegen X. Der Journalist wurde vom Bezirksgericht und Obergericht Zürich wegen übler Nachrede (Art. 173 Ziff. 1 StGB) verurteilt. Er gelangte ans Bundesgericht und beantragte einen Freispruch.

Das Bundesgericht hat zuerst zu prüfen, ob X. durch die Bezeichnung von A. als «Hochstaplerin» den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllt hat. Es weist dabei auf einen älteren (1951) und einen jüngeren (2011) Bundesgerichtsentscheid hin, in denen es zum Schluss kam, dass die Bezeichnung eines Menschen als Hochstapler ehrverletzend sei. Dem Studium verschiedener Wörterbücher und Lexika entnimmt das Bundesgericht, dass der Begriff «Hochstapler» mehrere, verschiedene Bedeutungen haben kann. Massgebend sei, wie der unbefangene Durchschnittsleser die Bezeichnung von A. als «Hochstaplerin» im Kontext des Zeitungsartikels verstanden habe. Obwohl der Begriff im Zeitungsartikel eher beiläufig verwendet werde, springe er dem Leser in die Augen und bleibe haften. Der unbefangene Durchschnittsleser, so das Bundesgericht weiter, verstehe die Bezeichnung von A. in diesem Kontext dahingehend, dass diese betreffend ihre Tätigkeit bei der NASA eine Lügnerin und Betrügerin sei. Zwar könne «Hochstaplerin» auch ein Synonym für Angeberin, Prahlerin oder Wichtigtuerin sein, im Textzusammenhang könne der Begriff aber nicht so verstanden werden. Durch die Bezeichnung von A. als «Hochstaplerin» habe X. im Gesamtzusammenhang des Zeitungsartikels zum Ausdruck gebracht, dass A. in zahlreichen Medienauftritten während eines gewissen Zeitraums vorsätzlich und systematisch die Öffentlichkeit über Art und Inhalt ihrer Beschäftigung bei der NASA getäuscht und belogen habe. Das Bundesgericht kommt folglich zum Schluss, dass X. den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllt hat.

Weiter prüft das Bundesgericht, ob X. den Wahrheits- oder Gutglaubensbeweis erbringen kann und damit nicht strafbar ist (Art. 173 Ziff. 2 StGB). Es führt dazu aus, A. habe mehrfach klargestellt, dass sie keine angehende NASA-Astronautin sei, sondern Astronautentrainings auf privater Basis über private Unternehmen absolviere und in dem von ihr so bezeichneten «NASA Education Center» Lehrer ausbilde. Zwar habe A., so das Bundesgericht, den Kontakt mit den Medien intensiv gesucht und genossen. Allenfalls könne ihr vorgeworfen werden, sie habe nicht früh, nicht oft und nicht deutlich genug klargestellt, dass sie keine angehende NASA-Astronautin sei. Daraus ergibt sich gemäss Bundesgericht aber nicht, dass sie eine Hochstaplerin ist. Ihr werde durch diese Bezeichnung nicht vorgeworfen, sie habe es unterlassen, eine unwahre Medienberichterstattung zu korrigieren. Vielmehr werde A. zur Last gelegt, dass sie die Journalisten durch unwahre Angaben über sich als angehende NASA-Astronautin getäuscht habe. Damit habe sich die Bezeichnung von A. als «Hochstaplerin» im Kontext des Zeitungsartikels nicht als wahr erwiesen. Ebenso habe X. keine ernsthaften Gründe gehabt, die inkriminierte Äusserung in guten Treuen für wahr zu halten. Die Klarstellungen von A., sie sei keine angehende NASA-Astronautin und habe Trainings auf privater Basis absolviert, seien X. bekannt oder zugänglich gewesen. Daher weist das Bundesgericht die Beschwerde von X. ab.

Anmerkungen Das Bundesgericht hat die unterinstanzlichen Zürcher Urteile bestätigt, wonach der «Tages-Anzeiger»-Journalist Roger Thiriet die Ehre der Astrophysikerin Barbara Burtscher (Bachelor) verletzt habe, als er sie in einem TA-Artikel unter dem Titel «Die eingebildete Astronautin» als «Hochstaplerin» bezeichnete. Nur noch dieser spitze Ausdruck stand zur Diskussion. Vom Titel «Die eingebildete Astronautin» hatte sich Thiriet bereits früher freigestrampelt – die Titelgebung stamme von der Redaktion.
Wenden wir uns also dem Schlüsselwort «Hochstaplerin» zu: Der Begriff werde «im Zeitungsartikel mittendrin eher beiläufig verwendet», räumt das Bundesgericht ein. Noch bevor es die verschiedenen Wortbedeutungen gemäss Brockhaus

und Duden ausbreitet, holt es ein freilich recht angejahrtes Präjudiz hervor. Im Jahr 1951 (!) habe das Bundesgericht festgehalten, die Bezeichnung eines Menschen als Hochstapler «sei bereits an und für sich ehrverletzend. Es handle sich um einen weltmännisch auftretenden Betrüger, der sich auf Kosten anderer ein luxuriöses Leben verschaffe … ohne solide Arbeit zu leisten». Eine genaue Lektüre des – übrigens prämierten – Textes offenbart, dass Thiriet gerade das nicht gemeint haben kann. Burtscher habe sich nicht «auf Kosten anderer» profiliert.

Erst jetzt prüft das Bundesgericht, wie weit der Begriff «Hochstaplerin» auch als «Synonym beispielsweise für Angeberin, Prahlerin oder Wichtigtuerin verstanden werden kann». Jedenfalls in einer ersten Phase liess es die junge Naturwissenschaftslehrerin zu, dass sich die Printmedien «besonders reisserische Titel, Leads und Bildlegenden» einfallen liessen: «Unsere Frau bei der Nasa», «Schweizerin trainiert Mars-Landung für Nasa», «Unsere Frau auf dem Mars». Von all dem konnte keine Rede sein. Sie sei für kurze Zeit als (begabte) Ausbildnerin für Lehrer und nicht als Astronautenausbildnerin oder gar selber als künftige Astronautin auf dem weiten Weltraum-Geländekomplex tätig gewesen. Laut Thiriet habe es nach ersten Medienauftritten «kein Innehalten» mehr gegeben. Sie wurde auch zum «SamschtigJass» und in die Sendung «Aeschbacher» eingeladen. In dieser zweiten Phase hat sie aber mehrmals ausdrücklich erklärt, nicht Astronautin zu sein. Dem habe Thiriet zu wenig Rechnung getragen.

In einem früheren, auch in medialex (2009, 88) breit diskutierten Entscheid (BGer, 9.3.2009, 6B_333/2008, «Rote Anneliese») hatte die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts klar herausgearbeitet, dass ein kritischer Autor nicht einfach nach dem für ihn ungünstigsten – weil schärfsten oder verletzendsten – Ausdruck beurteilt werden darf. Ob sich das hohe Gericht vom alten Präjudiz aus dem Jahr 1951 – als es Medienhypes in dieser Unverfrorenheit noch gar nicht gab – allzu direkt lenken liess? Schliesslich haben Thomas Mann («Die Bekenntnisse des Hochstaplers Felix Krull» und Tagebücher) wie auch, lange vor ihm, Gottfried Keller («Kleider machen Leute») die «Hochstapelei» als menschlich-allzumenschliches Verhalten noch unterhalb der strafrechtlichen Ehrverletzungsdrohung gezeichnet.

Dr. iur. Peter Studer, Rüschlikon

14-106

Anzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung: Nichtanhandnahme war gerechtfertigt

Amtsgeheimnisverletzung; Nichtanhandnahmeverfügung

Art. 320 Ziff. 1 StGB; Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 3. Juni 2014 (BB.2013.192)

Das Bundesgericht bestätigt, dass die Bundesanwaltschaft eine Anzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung zu Recht nicht an die Hand genommen hat. Bezüglich der angezeigten Sachverhalte lag offensichtlich keine Verletzung des Amtsgeheimnisses vor.

A., ein ehemaliges Mitglied der Kommission für nukleare Sicherheit (KNS), erhob bei der Bundesanwaltschaft Strafanzeige. Darin verlangte er, es sei eine Strafuntersuchung gegen Unbekannt durchzuführen, wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 Ziff. 1 StGB) im Zusammenhang mit der Bekanntmachung von Bezügen des Geschädigten sowie der Veröffentlichung von Ergebnissen einer hängigen Untersuchung. Die Bundesanwaltschaft verfügte die Nichtanhandnahme der Strafanzeige (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO), wogegen A. Beschwerde ans Bundesgericht führte.

Das Bundesgericht stellt in seinen Erwägungen fest, auf die Beschwerde von A. sei nur soweit einzutreten, als sie mögliche Amtsgeheimnisverletzungen zum Gegenstand hat, welche auch Tatsachen aus seiner Privatsphäre betreffen. In materieller Hinsicht prüft das Bundesgericht zunächst einen Presseartikel, der die Rolle von A. als Mitglied der KNS und die Umstände seines Rücktritts thematisiert. Soweit in diesem Artikel die Höhe der Entschädigungen von A. als Kommissionsmitglied thematisiert wird, handelt es sich nach Meinung des Bundesgerichts eindeutig nicht um ein Geheimnis, weil die Höhe dieser Entschädigungen öffentlich ist. Soweit im Presseartikel auf die Tätigkeiten von A. auf privater Mandatbasis und die diesbezüglichen Entscheidungen Bezug genommen wird, so sind die betreffenden Informationen nicht öffentlich-rechtlicher Natur und können damit keine Verletzung des Amtsgeheimnisses begründen. Weiter untersucht das Bundesgericht, ob die an eine Kommunikationsagentur adressierte Sendung eine Verletzung des Amtsgeheimnisses darstellt. Dazu führt es aus, es fehle hinsichtlich dieser Schreiben offensichtlich an einem Geheimnis und damit auch an der Grundlage für eine Amtsgeheimnisverletzung. Folglich kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Bundesanwaltschaft die Strafanzeige zu Recht nicht an die Hand genommen hat.

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

14-107

Hitlergruss auf Rütli verstösst nicht gegen Rassismus-Strafnorm

Hitlergruss; Rassendiskriminierung

Art. 261bis Abs. 2 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2014 (6B_697/2013)

Weil er auf dem Rütli den Hitlergruss gezeigt hat, wurde X. wegen Rassendiskriminierung verurteilt. Das Bundesgericht heisst eine dagegen erhobene Beschwerde gut und hebt die Verurteilung auf. Es führt aus, ein öffentlich gezeigter Hitlergruss erfülle den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB erst dann, wenn dadurch Dritte für die damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologien werbend beeinflusst werden sol-

len. Eine solche werbende Beeinflussung gegenüber unbeteiligten Dritten habe vorliegend nicht stattgefunden, weshalb der Tatbestand nicht erfüllt sei.

X. nahm am 8. August 2011 an einer Veranstaltung der Partei National Orientierter Schweizer (Pnos) auf dem Rütli teil. Beim gemeinsamen Aufsagen des Rütlischwurs aus Friedrich Schillers «Wilhelm Tell» hob er während ca. 20 Sekunden seinen Arm zum Hitlergruss. Neben den übrigen Veranstaltungsteilnehmern waren zur fraglichen Zeit auch einige unbeteiligte Dritte als Wanderer und Spaziergänger auf der Rütliwiese zugegen, welche die Veranstaltung wahrnehmen konnten. Das Obergericht des Kantons Uri sprach X. in einer Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils wegen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261bis Abs. 2 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe. X. erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht führt in seinen Erwägungen aus, wer heutzutage den Arm zum Hitlergruss hebe, bringe nach dem Eindruck des unbefangenen durchschnittlichen Betrachters zum Ausdruck, dass er sich zum nationalsozialistischen Gedankengut zumindest in Teilen bekennt. Der Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB erfülle aber nicht schon, wer sich öffentlich zu einer rassendiskriminierenden Ideologie bekennt. Vielmehr setze Art. 261bis Abs. 2 StGB voraus, dass der Täter die rassendiskriminierende Ideologie «verbreitet». Mit «Verbreiten» sei ein «Werben», ein «Propagieren» gemeint. Nach der Auslegung der fraglichen Bestimmung, bei der sich das Bundesgericht vor allem mit der Botschaft und der gescheiterten Einführung eines Straftatbestandes betreffend die Verwendung rassistischer Symbole auseinandersetzt, kommt es zu den folgenden Schlüssen: Das Ausführen des Hitlergrusses im privaten Rahmen sei nicht strafbar. Die Verwendung des fraglichen Grusses in der Öffentlichkeit unter Gesinnungsgenossen falle ebenfalls nicht unter die Strafnorm, da das Erfordernis der werbenden Beeinflussung und damit das Merkmal des «Verbreitens» nicht gegeben sei. Der Hitlergruss in der Öffentlichkeit erfülle den Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB nicht schon, wenn er (auch) an unbeteiligte Dritte gerichtet wird, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass dadurch Dritte für die damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologien werbend beeinflusst werden sollen. Das Element der werbenden Einflussnahme sei nicht ohne Weiteres gegeben, wenn und weil sich die Gebärde an unbeteiligte Dritte richtet. Auch in diesem Fall könne sich der Gruss in einem eigenen Bekenntnis zur damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie erschöpfen. Ob die Verwendung des Hitlergrusses in der Öffentlichkeit gegenüber Dritten objektiv und subjektiv lediglich eine Bekundung eines eigenen Bekenntnisses oder ein tatbestandsmässiges Propagieren und damit Verbreiten der durch das Symbol gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie sei, hange von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass die Gebärde von X. bei objektiver Betrachtung nicht dazu bestimmt gewesen sei, über das dadurch allenfalls bekundete eigene Bekenntnis zur nationalsozialistischen Ideologie hinaus werbend unbeteiligte Dritte für diese Ideologie zu gewinnen. Der Tatbestand von Art. 261bis Abs. 2 StGB sei daher nicht erfüllt und die Beschwerde gutzuheissen.

Annotations Cet arrêt touche un domaine très sensible, particulièrement pour de nombreux pays, dont les plaies sont encore largement ouvertes près de 70 ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale. C'est donc tout naturellement qu'il a suscité de vives et excessives réactions, notamment dans la presse hexagonale et allemande, dont certains titres, sensationnalistes, semblent rédigés avant tout pour des raisons mercantiles (parmi d'autres: «La Suisse, pays autrefois synonyme de neutralité, peut dire adieu à sa réputation: le Tribunal fédéral de Lausanne a en effet réhabilité le salut nazi»; «La Suisse a accepté le salut hitlérien dans le langage des signes»).

Effectué par le bras et la main droite tendus, le salut hitlérien trouve son origine dans le fascisme italien, dont il était le signe de ralliement. Il est désormais associé au nazisme, car il a plus tard été choisi par le Parti national-socialiste des travailleurs allemands. Maints Etats, le considérant comme une incitation à la haine raciale ou une apologie d'une organisation criminelle, l'érigent en infraction dans leur arsenal législatif, assortissant le non-respect de cette interdiction d'une amende ou d'une peine privative de liberté.

Dans le cas présent, en 2010, un néonazi avait fait ce salut durant une vingtaine de secondes pendant le récit du serment du Grütli, extrait du «Guillaume Tell» de Friedrich Schiller. Il avait été condamné par la justice uranaise à 300 francs d'amende et dix jours-amende avec sursis pour discrimination raciale, avant d'être acquitté par notre Haute Cour.

Parmi les comportements punissables énumérés par l'article 261bis CP, le fait de propager publiquement une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion (al. 2) concerne notamment l'antisémitisme. Le verbe «propager» implique une volonté de faire avancer l'idéologie en question, par de la publicité ou de la propagande. Quant au terme «rabaisser», il suppose que l'on porte atteinte à la dignité des personnes. Ainsi, une théorie qui non seulement affirme la supériorité de la race blanche, mais qui en déduit un devoir de refuser aux races inférieures les mêmes droits, est répréhensible. Le verbe «dénigrer» ajoute en plus, à l'idéologie incriminée, un élément de mensonge.

Dans sa décision l'amenant à annuler la condamnation cantonale, les juges de Mon-Repos rappellent que si le nationalsocialisme constitue certes une idéologie raciste, encore faut-il qu'il y ait propagation pour tomber sous le coup de la loi. Or, le simple fait d'oser le salut hitlérien pour afficher sa position d'extrême droite en présence de camarades ou d'autres individus étrangers à son mouvement n'entre pas dans le champ de la norme antiraciste. Pour être punissable, il faut que le geste vise à influencer d'autres personnes pour les rallier à ses idées. Autrement dit, pas d'intervention du droit si le geste du bras tendu n'a pas de connotation politique.

Finalement, cette décision, que d'aucuns ont taxée de juridiquement indulgente, va non seulement dans le sens de la loi, mais apparaît également conforme à la position du Conseil fédéral, qui avait avancé une opinion identique dans un rapport du 30 juin 2010 concernant le classement de la motion 04.3224, laquelle le chargeait de soumettre au Parlement un projet d'acte législatif prévoyant des mesures destinées à lutter contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence. Le texte devait notamment instituer une norme pénale punissant l'utilisation en public de symboles faisant l'apologie de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale (http://www.parlament.

ch/afs/data/f/bericht/2011/f_bericht_s_k25_0_20110012_0_20110818.htm (2. août 2014)). Le 20 septembre 2011, le Conseil des Etats, suivant la Chambre basse, a approuvé la décision du Gouvernement de renoncer à ancrer une telle disposition dans notre législation (BO CE 2011, 852). En effet, nos sept sages ont estimé qu'il n'était pas possible de donner des symboles racistes une définition claire englobant ceux qui sont connus et ceux qui le sont moins. Or, le principe de la précision des normes pénales est d'autant plus important qu'il s'agissait de restreindre un droit fondamental, en l'occurrence la liberté d'expression.

Sur le même sujet, mais dans une optique différente avait été déposée, le 23 juillet 2007, l'initiative populaire fédérale «Pour la liberté d'expression – non aux muselières!», laquelle souhaitait introduire dans la Constitution fédérale un article 16 alinéa 4 ainsi libellé: «Dans le cadre de la formation de l'opinion et du débat démocratique, la liberté d'expression est garantie dans tous les cas et ne peut être restreinte par aucune disposition légale.» Il était dès lors envisagé d'abroger les articles 261bis CP et 171c CPM (FF 2007 5685 ss). Cette initiative a toutefois échoué au stade de la récolte des signatures (FF 2009 837).

Prof. Stéphane Werly, Genève/Neuchâtel

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

14-108

Zulässiger Polizeigriff auf Bekennerschreiben zu Bombenanschlägen

Attentat; Bekennerschreiben; Bombenanschlag; chilling effect; Hausdurchsuchung; Informant; Quellenschutz; Redaktion; Verfahrensdauer; Zeitschrift

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Stichting Ostade Blade c. Niederlande» vom 27. Mai 2014 (N° 8406/06)

Nach drei Bombenanschlägen in der niederländischen Stadt Arnheim kündigte die zweiwöchentlich erscheinende Zeitschrift «Ravage» am 2. Mai 1996 in einer Medienmitteilung für den folgenden Tag die Publikation eines Briefs der «Earth Liberation Front (ELF)» an. In ihrem Schreiben übernehme die ELF die Verantwortung für den Anschlag auf das Chemieunternehmen BASF vom April. Die Redaktion habe den Brief neun Tage nach dem Anschlag erhalten.

Gestützt auf einen richterlichen Durchsuchungsbefehl und unter Aufsicht eines Untersuchungsrichters führte die Polizei am 3. Mai in der «Ravage»-Redaktion eine umfangreiche Hausdurchsuchung durch und beschlagnahmte verschiedenes Material, welches sie einige Tage später grösstenteils zurückgab. Nach eigenen Aussagen hatte die Redaktion das Bekennerschreiben schon am Tag seines Empfangs vernichtet. Die Polizei konnte die Täterschaft vorerst nicht ermitteln. Der Attentäter konnte erst ein Jahrzehnt später überführt werden. Er wurde 2008 wegen der Bombenanschläge, einem 2005 begangenen Mord und anderer Delikte zu einer lebenslangen Gefängnisstrafe verurteilt.

Die «Ravage»-Redaktion prozessierte während Jahren gegen die Polizeiaktion und obsiegte 2007 in einem Punkt: Das Appellationsgericht beanstandete das eine Ziel der Aktion, mögliche Verbindungen zwischen den Attentätern und der Redaktion zu ermitteln. Mangels ausreichender Anhaltspunkte für diese Vermutung verstiess dies gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Rechtmässig war hingegen das Hauptziel der Aktion, den Bekennerbrief zu finden und so der Täterschaft auf die Spur zu kommen. Diese Auffassung der niederländischen Justiz teilt die 3. EGMR-Kammer. Sie beurteilt die Beschwerde der für die «Ravage»-Publikation verantwortlichen Stiftung mehrheitlich als offensichtlich unbegründet.

Die Begründung des Zulässigkeitsentscheides macht deutlich, dass es vorliegend nicht um den herkömmlichen Schutz journalistischer Informationsquellen geht. Zwar tangiere das Vorgehen der niederländischen Polizei Art. 10 EMRK. Der Schutz vor einer Zwangsmassnahme sei aber weniger stark ausgeprägt als beim traditionellen Quellenschutz, da es hier nicht um die Abschirmung von Informanten gehe, welche die Presse aus freien Stücken bei der Orientierung der Leserschaft unterstützen:

«64. It is undeniable that, even though the protection of a journalistic "source" properly so-called is not in issue, an order directed to a journalist to hand over original materials may have a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression. That said, the degree of protection under Article 10 of the Convention to be applied in a situation like the present one does not necessarily reach the same level as that afforded to journalists when it comes to their right to keep their "sources" confidential. The distinction lies in that the latter protection is twofold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the "source" who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest (see Nordisk Film & TV A/S v. Denmark [dec.], Reports 2005-XIII).

65. In the present case the magazine's informant was not motivated by the desire to provide information which the public were entitled to know. On the contrary, the informant, identified in 2006 as T. (…), was claiming responsibility for crimes which he had himself committed; his purpose in seeking publicity through the magazine Ravage was to don the veil of anonymity with a view to evading his own criminal accountability. For this reason, the Court takes the view that he was not, in principle, entitled to the same protection as the "sources" in cases like Goodwin, Roemen and Schmit, Ernst and Others, Voskuil, Tillack, Financial Times, Sanoma, and Telegraaf.»

Vor diesem Hintergrund sei die Hausdurchsuchung konventionskonform gewesen. Die Mehrheit der Kammer lässt das Argument nicht gelten, es sei bloss um die Aufklärung von Sachbeschädigungen gegangen. Angesichts der Gefährlichkeit der fraglichen Bombenanschläge sei die polizeiliche Zwangsmassnahme verhältnismässig gewesen. Es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass das Originaldokument der Polizei nützliche Hinweise auf die Täterschaft hätte liefern können.

Dass die Hausdurchsuchung auch die Vertraulichkeit anderer der Zeitschrift zugespielter Informationen zerstörte, erachtet die Kammermehrheit als unbelegte Behauptung der Stiftung. Weder sei über derartige Informationen aus anderer Quelle etwas bekannt noch habe die Stiftung untermauert, dass Informanten oder die Leserschaft zu Schaden kamen. (fz)

Anmerkungen Sagenhafte 18 Jahre (und einige Wochen) nach der spektakulären Polizeiaktion in der «Ravage»-Redaktion hat der Gerichtshof in dieser Angelegenheit einen Schlusspunkt gesetzt. Im Verlauf der Jahrzehnte mag bei manchen Prozessbeteiligten das Feuer für ihren juristischen Kampf erloschen sein. Stehen allerdings über den fraglichen Einzelfall hinaus allgemein gültige Grundsätze zur Diskussion, so verdient auch ein (allzu) spät gefällter Entscheid die Aufmerksamkeit der Fachwelt. Dies trifft auf die Beschwerde der «Stichting Ostade Blade» zu, denn die bisherige Strassburger Rechtsprechung zur fraglichen Konstellation war bislang spärlich.

Die EGMR-Praxis zum Schutz des einem Journalisten anvertrauten Materials vor staatlichem Zugriff (herkömmlicher Quellenschutz) ist zwar relativ umfangreich. Hinsichtlich anderer von den Medien abgeschirmter Informationen ist sie bislang aber wenig ergiebig – mit Ausnahme eines Zulässigkeitsentscheids zur Herausgabe von nicht ausgestrahltem Filmmaterial aus einer verdeckten TV-Recherche bei Pädophilen (EGMR, 8. 12. 2005, N° 40485/02 «Nordisk Film & TV A/S c. Dänemark», medialex 2006, 53 f.).

Vor diesem Hintergrund ist es unbefriedigend, dass der Gerichtshof die beinahe unendliche Geschichte um den Bekennerbrief eines holländischen Bombenlegers im Verfahren für offensichtlich unbegründete Beschwerden abgetan hat. Immerhin dokumentiert die Begründung dieses (Un-)Zulässigkeitsentscheides das Bemühen um Klärung allgemein interessierender Rechtsfragen. Diese stellten sich hier, weil nicht der schon oft beurteilte herkömmliche Schutz journalistischer Informationsquellen zur Diskussion stand, sondern – lediglich, aber immerhin – das Redaktionsgeheimnis in einem weiteren Sinne. Der Gerichtshof macht deutlich, dass Art. 10 EMRK auch in dieser Konstellation zu respektieren ist.

Bei der Abwägung gegen die Interessen der Strafverfolgung haben die Diskretionsbedürfnisse der Medienschaffenden aber weniger Gewicht. Der Gerichtshof begründet dies damit, dass die Person des Informanten geringeren Schutz verdiene. Das scheint im vorliegenden Fall nachvollziehbar.

Nach schweizerischem Recht wäre die Hausdurchsuchung übrigens kaum rechtmässig gewesen: Die aufzuklärende Straftat findet sich nicht im Katalog jener rund zwei Dutzend Delikte, bei denen Art. 28a Abs. 2 StGB bzw. Art. 172 Abs. 2 StPO ausnahmsweise eine (verhältnismässige) Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses erlaubt. Eine Hausdurchsuchung wäre daher nur bei einem ausreichenden Tatverdacht gegen die Redaktionsmitglieder selber in Betracht gekommen. Das Urteil der niederländischen Strafjustiz unterstreicht, dass die Behörden nicht leichthin von einer Mitwirkung der Medienschaffenden ausgehen dürfen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

14-109

Interview eines Gutachters: kein Strafverfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung

Amtsgeheimnisverletzung; fehlendes Strafbedürfnis; Nichtanhandnahme

Art. 52, 320 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 1. Mai 2014 (6B_962/2013)

Ein Gutachter, der dem Schweizer Fernsehen während eines laufenden Verfahrens ein Interview gab, wurde wegen Amtsgeheimnisverletzung angezeigt. Das Bundesgericht bestätigt nun, dass die Nichtanhandnahme durch die Staatsanwaltschaft zulässig war. Einerseits sei davon auszugehen, dass die Äusserungen des Gutachters aufgrund der hohen Medienpräsenz am Prozess bereits bekannt waren, andererseits wären die Tatfolgen einer allfälligen Amtsgeheimnisverletzung gering.

X. erstattete gegen den in seinem Strafverfahren bestellten psychiatrischen Sachverständigen Dr. Y. Strafanzeige wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB). Anlass war folgende Aussage, welche der Gutachter gegenüber «Schweiz aktuell» während des hängigen Verfahrens gemacht hat:

«Es ist so, dass bei allen dreien erhebliche Auffälligkeiten im Bereich der Persönlichkeit festzustellen waren und die ich in meinem Gutachten umfangreich dargelegt habe. Es ist aber nicht so, dass psychische Störungen vorliegen, die irgendwelche Rechtsfolgen zur Folge hätten, also zum Beispiel eine verminderte Schuldfähigkeit oder eine Therapieempfehlung zur Konsequenz haben.»

Ferner sei folgender Kommentar in Mundart erfolgt, welcher auf Aussagen zurückzuführen sei, die Dr. Y. zusätzlich gemacht haben soll:

«Was die Zukunft von den Angeklagten betrifft, seien die Prognosen unterschiedlich, sagte der Gutachter, besonders bei den Männern bestehe die erhebliche Gefahr, dass sie rückfällig würden.»

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn ersuchte das Amtsgericht um verschiedene Dokumente, die anlässlich der öffentlichen Verfahren gegen X. verfasst wurden. Anschliessend entschied sie, das Verfahren nicht an die Hand zu nehmen. Gegen die Nichtanhandnahmeverfügung führte X. erfolglos Beschwerde ans Obergericht Solothurn. Er gelangte in der Folge mittels Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht führt aus, X. habe zu Recht eingewendet, dass die Staatsanwaltschaft mit dem Aktenbeizug eine Untersuchungshandlung getätigt habe und deshalb ein Verfahren hätte eröffnen müssen. Folglich hätte sie das Verfahren durch Einstellung nach Art. 319 ff. StPO und nicht durch Nichtanhandnahme nach Art. 310 StPO abschliessen sollen. Es rechtfertige sich allerdings nicht, die Nichtanhandnahmeverfügung aufzuheben, weil nicht ersichtlich sei, wie X. daraus ein Vorteil erwachsen sein könnte.

Für das Bundesgericht ist unbestritten, dass der Gutachter als gerichtlicher Sachverständiger dem Amtsgeheimnis unterliegt. Er habe sich zur Persönlichkeit von X. und allenfalls auch zur Rückfallgefahr vernehmen lassen. Allerdings habe X. nicht darlegen können, inwiefern die Annahme des Obergerichts, die gutachterlichen Äusserungen seien im Zeitpunkt des Interviews publik gewesen, willkürlich sei. Weiter ist das Bundesgericht der Ansicht, das vorinstanzliche Obergericht sei mit zutreffender Begründung zum Schluss gekommen, dass das Verschulden und die Tatfolgen einer allfälligen Amtsgeheimnisverletzung geringfügig wären. Das Obergericht hat nämlich ausgeführt, das erstinstanzliche Gericht sei der gutachterlichen Einschätzung zur Wiederholungsgefahr nicht gefolgt, weshalb nicht das Interview des Gutachters, sondern das Urteil im «öffentlichen Gedächtnis» verbleibe. Zudem habe der Gutachter angesichts der enormen Medienpräsenz annehmen dürfen, er erzähle nichts, was nicht bereits öffentlich bekannt sei. Deshalb sei auch nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht ein etwaiges Verschulden als geringfügig erachte. Das Bundesgericht kommt folglich zum Schluss, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht an die Hand nehmen musste.

14-110

Freispruch: Festsetzung von Genugtuung

Genugtuung; Vorverurteilung wegen Medienberichterstattung

Art. 429 lit. c StPO

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 23. April 2014 (SK.2014.4)

Wegen eines vollumfänglichen Freispruchs hat das Bundesstrafgericht auch über eine Genugtuung befunden. Es kommt dabei zum Schluss, dass bloss eine Genugtuung von Fr. 2000.– geschuldet ist, insbesondere weil das erhobene Strafverfahren für die negative Medienberichterstattung nicht kausal war.

Das Bundesstrafgericht hat den Beschuldigten X. von allen gegen ihn erhobenen Vorwürfen freigesprochen. Es hat folglich auch darüber zu befinden, ob X. eine Genugtuung zusteht.

Gemäss Art. 429 lit. c StPO muss eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse vorliegen, damit eine Anspruchsgrundlage für eine Genugtuung vorhanden ist. Das Bundesstrafgericht führt diesbezüglich aus, dass X. durch die Darstellung seiner Person als Mafioso und das häufige Publizieren seines vollständigen Namens in den schweizerischen Medien in seiner Persönlichkeit verletzt wurde und demzufolge zu entschädigen sei. Es sei ihm jedoch entgegenzuhalten, dass er zumindest in Kauf genommen habe, öffentlich mit der «Zigarettenmafia» in Verbindung gebracht zu werden, indem er unbeeindruckt von der Berichterstattung in den Medien nach wie vor Zigarettenschmuggel betrieben habe. Darüber hinaus hält das Bundesstrafgericht fest, dass die schweizerischen Behörden nicht kausal dafür verantwortlich gewesen seien, dass X. in einen Zusammenhang mit mafiösen Vereinigungen gebracht wurde. Denn X. sei schon weit vor der Eröffnung des Strafverfahrens in der Schweiz in der italienischen, aber auch in der schweizerischen Medienlandschaft mit der Mafia in Verbindung gebracht und als Mafioso betitelt worden. Schliesslich sei aufgrund einer Verurteilung von X. wegen Drogendelikten auch dessen verminderte Rufempfindlichkeit zu berücksichtigen. Aus den genannten Gründen setzt das Bundesstrafgericht die Genugtuung von X. auf Fr. 2000.– fest.

14-111

Veröffentlichung von Strafbefehl führt nicht zu einer Entschädigung/Genugtuung gestützt auf Art. 434 StPO

Genugtuung; Schaden; Staatshaftung; Strafbefehl

Art. 434 StPO

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 12. März 2014 (BB.2013.166)

Die Bundesanwaltschaft (BA) veröffentlichte einen nicht anonymisierten Strafbefehl auf ihrer Website, woraufhin ein Betroffener Entschädigung und Genugtuung gestützt auf Art. 434 StPO verlangte. Das Bundesstrafgericht lehnt einen solchen Anspruch ab, weil die Veröffentlichung des Strafbefehls keine Verfahrenshandlung darstelle, wie sie Art. 434 StPO voraussetzt.

Die BA erklärte mittels Strafbefehl die B. AG der Bestechung fremder Amtsträger schuldig. Dabei soll A. ein Empfänger von Bestechungszahlungen gewesen sei. Nachdem der Strafbefehl rechtskräftig wurde, schaltete die BA das Dispositiv inklusive der Begründung in vollem Wortlaut und nicht anonymisiert auf ihrer Website auf. Infolge dieser Aufschaltung stellte A. bei der BA ein Gesuch um Entschädigung und Genugtuung gemäss Art. 434 StPO, welches die BA zuständigkeitshalber an das Eidgenössische Finanzdepartement weiterleitete. Mit dieser Weiterleitung war A. nicht einverstanden und verlangte deshalb eine anfechtbare Verfügung, die er mit Beschwerde ans Bundesstrafgericht weiterzog.

Die BA begründete die Weiterleitung damit, dass über die von A. geltend gemachten Ansprüche nicht nach Art. 434 StPO, sondern in Anwendung der Regeln über die allgemeine Staatshaftung zu befinden sei. Gemäss Art. 434 StPO haben Dritte Anspruch auf angemessenen Ersatz ihres nicht auf andere Weise gedeckten Schadens sowie auf Genugtuung, wenn sie durch Verfahrenshandlungen Schaden erlitten haben. Das Bundesstrafgericht führt aus, Dritte im Sinne von Art. 434 StPO seien im Strafverfahren weder als Beschuldigte noch als Privatkläger beteiligte Personen. Der Artikel setze zudem eine Verfahrenshandlung, vorliegend von der Staatsanwaltschaft, voraus. Dabei gelte zu beachten, dass nicht jede Handlung der Staatsanwaltschaft eine Verfahrenshandlung ist. Unter Verfahrenshandlungen fallen nur Akte, welche das Strafverfahren vorantreiben und auf diese Weise die Rechtstellung von

Verfahrensbeteiligten berühren. Das Bundesstrafgericht ist der Ansicht, die Aufschaltung des vorliegenden Strafbefehls habe die zu diesem Zeitpunkt bereits beendete Strafuntersuchung weder vorangetrieben, noch sei bezweckt worden, die Strafuntersuchung voranzutreiben. Vielmehr habe lediglich die Öffentlichkeit über den Erlass des Strafbefehls und dessen Inhalt informiert werden sollen. Dabei habe es sich nicht um eine Verfahrenshandlung gehandelt, weswegen A. keine Ansprüche auf Art. 434 Abs. 1 StPO geltend machen könne. Mit dieser Begründung weist das Bundesstrafgericht die Beschwerde ab.

4. Privatrecht – Droit privé

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

14-112

Bundesverwaltungsgericht ist für Beschwerde des EDÖB zuständig

Frist; Verfügungsbegriff; Vertrauensprinzip; Zuständigkeit

Art. 11a Abs. 2, 27 Abs. 6 DSG; Art. 36, 50 Abs. 1 VwVG; Art. 21 VDSG

Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 2014 (A-788/2014)

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) teilte dem EDÖB in einem Schreiben mit, dass sie seine Empfehlungen nicht vollumfänglich beachten will. Gegen dieses Schreiben gelangte der EDÖB ans Bundesverwaltungsgericht. Dieses klärt in einem Zwischenentscheid, ob es für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist. Es kommt dabei zum Schluss, dass das Schreiben die materiellen Voraussetzungen einer Verfügung erfüllt. Zudem habe es keine Rechtsbelehrung enthalten und sei nicht klar als Verfügung zu erkennen gewesen, weshalb es aufgrund des Vertrauensschutzes auf die Beschwerde einzutreten habe.

Der EDÖB überprüfte die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch die Whistleblowing-Meldestelle bei der EFK. Er empfahl darauf der EFK, ihre Datensammlung «Whistleblowing» beim EDÖB anzumelden, ein Reglement für die Datenbearbeitung in dieser Datensammlung zu erstellen und darin die Dauer der Aufbewahrungsfrist und die Löschung oder Archivierung der nicht mehr benötigten Meldungen zu regeln. Die EFK erklärte sich in einem Schreiben bereit, die Empfehlungen des EDÖB betreffend die Aufbewahrung, Löschung und Archivierung der Meldungen umzusetzen. Weitergehend lehnte sie jedoch ab, die Datensammlung anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen. Mit einer als «Antrag auf Entscheid» bezeichneten Eingabe gelangte der EDÖB ans Bundesverwaltungsgericht und ersuchte dieses darum, die EFK zu verpflichten, gemäss Art. 11a Abs. 2 DSG ihre Datensammlung «Whistleblowing» innerhalb von zwei Monaten bei ihm anzumelden und ein Bearbeitungsreglement gemäss Art. 21 VDSG zu erstellen.

Der Instruktionsrichter will zuerst in einem Zwischenentscheid die Frage der Zuständigkeit klären. Er prüft, ob es sich beim Schreiben der EFK, in der sie es ablehnt, den Empfehlungen des EDÖB nachzukommen, um eine Verfügung handelt. Er stellt fest, dass eine die formellen Merkmale erfüllende, als solche bezeichnete und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Verfügung nicht vorliege. Der Instruktionsrichter prüft deshalb weiter, ob das Schreiben die materiellen Voraussetzungen einer Verfügung erfüllt. Dazu führt er aus, das fragliche Schreiben sei von der EFK und damit hoheitlich erlassen worden und betreffe einen individuell-konkreten Fall. Die EFK halte im Schreiben unter Anführung einer Begründung fest, welche Empfehlungen des EDÖB sie befolgen werde und welche nicht. Daher ist der Instruktionsrichter der Ansicht, dass die materiellen Voraussetzungen einer Verfügung erfüllt sind. Es sei davon auszugehen, dass die EFK, würde sie zum Erlass einer formellen Verfügung aufgefordert, nicht anders verfahren würde. Eine Rückweisung würde daher einem prozessualen Leerlauf gleichkommen. Da das Schreiben materiell den Anforderungen an eine Verfügung genüge, sei es dem EDÖB offengestanden, mangels eines für die Aufsicht über die EFK zuständigen Departements direkt an das Bundesverwaltungsgericht zu gelangen (Art. 27 Abs. 6 DSG). Weiter führt der Instruktionsrichter aus, die Beschwerde sei zwar nach Ablauf der Frist von 30 Tagen nach Eröffnung des Schreibens eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Allerdings habe das Schreiben der EFK keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Zudem sei die Rechtslage in diesem Bereich nicht eindeutig, und das Schreiben der EFK habe auch nicht offensichtlich als Verfügung angesehen werden müssen. Unter diesen Umständen könne in Anwendung von Art. 36 VwVG und gestützt auf den Vertrauensschutz ausnahmsweise vom Erfordernis der Beschwerdeerhebung innert Frist abgesehen werden. Folglich kommt der Instruktionsrichter zum Ergebnis, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der vorliegenden Angelegenheit zuständig ist und erteilt der EFK Gelegenheit zur Stellungnahme in der Hauptsache.

14-113

Klage gegen Tamedia: Mehrheit der Artikel verletzt Persönlichkeit von Hirschmann nicht

Genugtuung; Gewinnherausgabe; Persönlichkeitsverletzung; Person der Zeitgeschichte; Schadenersatz; unlauterer Wettbewerb; Urteilspublikation

Art. 423 OR; Art. 3 lit. a UWG; Art. 28 ZGB

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2014 (HG110029-O/U)

Eine Klage von Carl Hirschmann gegen die Tamedia AG veranlasst das Handelsgericht des Kantons Zürich zum Erlass eines Urteils im Umfang von 115 Seiten. Hirschmann hat gel-

tend gemacht, die Tamedia-Medien hätten eine regelrechte Kampagne gegen ihn geführt und seine Persönlichkeit durch eine Vielzahl von Artikeln verletzt. Das Handelsgericht kommt allerdings zum Schluss, bloss je ein Artikel von «20 Minuten»/«20 Minutes» bzw. «20 Minuten Online» sei persönlichkeitsverletzend gewesen. Die zahlreichen übrigen Artikel der Tamedia-Medien hätten die Persönlichkeit von Hirschmann respektiert.

Carl Hirschmann und die Saint Germain Ent. AG reichten gegen die Tamedia AG und einige Tochtergesellschaften Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein. Die beiden Kläger machen geltend, «Radio 24», «TeleZüri», der «Tages-Anzeiger», die «Sonntagszeitung», «20 Minuten», «20 Minutes», «Der Bund», die «Berner Zeitung» sowie «Newsnetz», die allesamt von der Tamedia AG oder ihren Tochtergesellschaften herausgegeben werden, hätten mit einer Vielzahl von Berichten die Persönlichkeit beider Kläger verletzt (Art. 28 ZGB). Die eingeklagte Berichterstattung sei von Falschaussagen, ungesicherten Gerüchten und Spekulationen geprägt und verstosse gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Ferner führe die Tamedia AG eine Medienkampagne von präzedenzloser Intensität gegen Carl Hirschmann. Gegenüber der Saint Germain Ent. AG sei durch die Berichte zudem ein Verstoss gegen das UWG begangen worden.

Das Handelsgericht setzt sich zunächst mit der Frage auseinander, ob es sich bei Carl Hirschmann um eine Person der Zeitgeschichte handelt. Dazu führt es aus, Hirschmann sei nicht primär wegen seines Lebenswandels bekannt. Das Interesse an seiner Person reiche vielmehr auf seine Familiengeschichte als Sohn der Jet-Aviation-Familie, seine Tätigkeit als Partyveranstalter und seine Teilnahme an unzähligen Veranstaltungen des öffentlichen Lebens zurück. Zwar findet es das Handelsgericht vermessen, zu behaupten, Hirschmann sei eine absolute Person der Zeitgeschichte. Jedoch sei er auch nicht «nur» als relative Person der Zeitgeschichte zu betrachten. Nicht bloss ein Ereignis habe Hirschmann zu dem gemacht, was er heute ist, sondern seine ganze Person, sein Lebensstil, seine positiven und negativen Schlagzeilen. Deshalb sei er bildlich zwischen die relative und absolute Person der Zeitgeschichte zu rücken. Folglich sei seine Privatsphäre entsprechend enger zu bemessen als jene eines unbekannten Zeitgenossen. Die Tatsache, dass Hirschmann im Interesse der Medienöffentlichkeit steht, berechtige aber noch nicht zur wahllosen Berichterstattung über private und intime Details. Es müsse zwischen dem Interesse der Medienöffentlichkeit und dem öffentlichen Interesse unterschieden werden, wobei das öffentliche Interesse tendenziell höher zu werten sei.

Das Handelsgericht nimmt sich der Reihe nach den verschiedenen gerügten Berichten an. Zunächst setzt es sich mit dem Vorwurf der Verletzung des Prinzips der Unschuldsvermutung auseinander. Von den 30 geprüften Berichten stellt das Handelsgericht bei einem Bericht, der am 14. Mai 2010 parallel in «20 Minuten» und «20 Minutes» veröffentlicht wurde, eine Verletzung der Unschuldsvermutung fest. In diesem Beitrag wurde der Suizidversuch einer Exfreundin von Hirschmann thematisiert und unter anderem auf die Berichterstattung von britischen Zeitungen Bezug genommen, die behaupteten, Carl Hirschmann trage eine Mitschuld an diesem Suizidversuch. Das Handelsgericht ist der Ansicht, die Tatsache allein, dass Hirschmann aufgrund von wilden Spekulationen in einen kausalen Zusammenhang mit dem Suizidversuch seiner Exfreundin gebracht wurde, könne nicht vom Informationsauftrag der Presse gedeckt sein. Dadurch sei die Intimsphäre von Hirschmann verletzt worden, weshalb der Bericht als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren sei. Einen weiteren Bericht von «20 Minuten online» vom 6. November 2009 beurteilt das Handelsgericht ebenfalls als persönlichkeitsverletzend. In diesem Artikel wurde die Aussage eines «Szenegängers» thematisiert, wonach Hirschmann sogenannte «Love Juices» benutzt haben soll, um seine weiblichen Opfer für sexuelle Handlungen willig zu machen. Der betreffende Absatz wurde mit dem Titel «Strafe wird folgen» eingeleitet. Dieser Titel suggeriert nach Ansicht des Handelsgerichts, dass zulasten von Hirschmann so oder anders eine Strafe folgen wird, obwohl es auch zu einer Einstellung oder einem Freispruch kommen könnte. Damit werde Hirschmann vorverurteilt, weshalb seine Persönlichkeit verletzt werde. Bei den übrigen 28 inkriminierten Berichten kommt das Handelsgericht zum Schluss, dass diese die Persönlichkeit von Hirschmann nicht verletzen. Weiter prüft das Handelsgericht den Vorwurf der Verbreitung unwahrer Tatsachen. Da keiner der drei angeführten Artikel persönlichkeitsverletzende Unwahrheiten enthält, weist das Handelsgericht die Klage in diesem Punkt ab. Zum gleichen Resultat kommt das Handelsgericht bezüglich eines Artikels, der Hirschmann unnötig verunglimpfen soll.

Weiter prüft das Handelsgericht, ob durch die Führung einer von der Tamedia AG instruierten Medienkampagne die Persönlichkeit der Kläger verletzt wurde. Es könne zwar nicht wegdiskutiert werden, so das Handelsgericht, dass es rund um die laufenden Strafverfahren eine grosse Anzahl von Berichterstattungen über Hirschmann gegeben hat. Allerdings könne von einem systematischen Informationsfeldzug, der bewusst, geplant und abgestimmt initiiert worden sein soll, vorliegend keine Rede sein. Es liege keine Medienkampagne vor, womit die Klage in diesem Punkt abzuweisen sei.

Schliesslich untersucht das Handelsgericht, ob die Tamedia AG bzw. ihre Tochtergesellschaften mit ihrer Berichterstattung gegen Art. 3 lit. a UWG verstossen haben. Diesbezüglich haben die Kläger nicht konkret vorgebracht, inwiefern sie aufgrund der inkriminierten Berichterstattungen in ihrem wirtschaftlichen Tun hätten beeinträchtigt werden sollen. Deshalb kommt das Handelsgericht zum Schluss, dass vorliegend kein Anspruch aus UWG festgestellt werden kann, weshalb die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

Ein Begehren der Kläger um Urteilspublikation weist das Handelsgericht mit der Begründung ab, das Negativbild von Hirschmann sei zum grössten Teil nicht auf die inkriminierte Berichterstattung, sondern auf dessen Involvierung in ein Strafverfahren über Sexual- und Gewaltdelikte zurückzuführen. Vor diesem Hintergrund sei eine Urteilspublikation nicht geeignet, um das Negativbild oder einen wesentlichen Teil davon zu beseitigen. Allerdings anerkennt das Handelsgericht den Anspruch der Kläger, die als persönlichkeitsverletzend beurteilten Zeitungsartikel von der Website und aus den Archiven zu löschen und Google sowie die schweizerischen Mediendatenbanken anzuweisen, die entsprechenden Berichte zu entfernen. Einen Anspruch der Beklagten auf Gewinnherausgabe (Art. 423 OR) lehnt das Handelsgericht wiederum ab. Die als persönlich-

keitsverletzend qualifizierten Zeitungsberichte von «20 Minuten» und «20 Minutes» würden vorliegend nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als geeignet erscheinen, eine Auflagesteigerung oder -haltung zu bewirken. Auch die vom Kläger geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen weist das Handelsgericht mangels ausreichender Substantiierung ab.

5. Urheberrecht – Droit d'auteur
5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

14-114

Urheberrechtsentschädigungen für Sendeempfang in Gästezimmern

Eigengebrauch; Sendeempfang in Gästezimmern; Wahrnehmbarmachung von Sendungen; Weitersendung

Art. 19 Abs. 1, 22 Abs. 2, 35 Abs. 1 URG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 (B-6540/2012)

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt die Genehmigung eines Zusatztarifs durch die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK), der den Sendeempfang in Gästezimmern zum Inhalt hat. In formeller Hinsicht stellt es eine unheilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs fest. In materieller Hinsicht bestätigt es, dass die Nutzung von Sendungen und Aufführungen in Gästezimmern gebührenpflichtig ist. Aus diesen Gründen hebt das Bundesverwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die ESchK zurück.

Die Verwertungsgesellschaften stellten nach ergebnislos verlaufenen Verhandlungen mit den Verbänden des Gastgewerbes GastroSuisse und hotelleriesuisse bei der ESchK den Antrag um Genehmigung eines Zusatztarifs zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a) für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern ohne Veranstaltungscharakter in Gästezimmern (GT-3a-Zusatz). Die ESchK genehmigte die geänderte Version des GT-3a-Zusatzes. Sie begründete diesen Entscheid folgendermassen: Der Empfang von Radio- und Fernsehsendungen in Gästezimmern sei kein Eigengebrauch und daher entschädigungspflichtig. Der Maximalsatz von 13% könne in einem neuen Tarif jedoch nicht von Beginn an ausgeschöpft werden und sei zu hoch. Der abgeänderte Tarif, der auf Schwellenwerte sowie die Gesamtfläche des Betriebs abstelle, trage diesen Einwänden jedoch Rechnung und werde daher genehmigt. Gegen diesen Entscheid gelangten die Gastgewerbeverbände ans Bundesverwaltungsgericht. Sie verlangten die Aufhebung der Verfügung und machten unter anderem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Zudem brachten sie vor, beim Radio- und Fernsehgebrauch in Gästezimmern handle es sich um eine vergütungsfreie Nutzung.

Zunächst prüft das Bundesverwaltungsgericht die formellen Rügen. Es führt diesbezüglich aus, die ESchK habe den völlig neuen Tarifvorschlag der Verwertungsgesellschaften entgegengenommen, ohne die Gastgewerbeverbände zu informieren oder zu einer Stellungnahme aufzufordern. Damit habe die ESchK ihnen eine aktive Rolle im Verfahren vorenthalten, was eine Ungleichbehandlung der Parteien darstelle. Es handle sich dabei um eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die schwerwiegend und somit nicht heilbar sei. Zudem sei die Verhandlungspflicht von Art. 46 Abs. 2 URG nicht eingehalten worden. Deshalb sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

Trotz diesem Zwischenergebnis nimmt das Bundesverwaltungsgericht aus prozessökonomischen Überlegungen ausnahmsweise auch eine materielle Beurteilung vor. Die Gastgewerbeverbände stellen sich auf den Standpunkt, die Nutzung von Sendeinhalten in Gästezimmern sei vergütungsfrei, da es sich weder um eine Wahrnehmbarmachung i. S. v. Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG noch um eine Weitersendung i. S. v. Art. 10 Abs. 2 Bst. e URG handle. Die Verwertungsgesellschaften vertreten hingegen die Ansicht, es handle sich nicht um einen Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 URG. Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich zunächst ausführlich mit dem Begriff Weitersendung auseinander. Danach widmet es sich der Frage, falls eine Weitersendung vorliege, ob diese erlaubt und damit entschädigungsfrei sei. Schliesslich erklärt es, diese beiden Fragen könnten offenbleiben, wenn sich eine Entschädigungspflicht aus der öffentlichen Wahrnehmbarmachung i. S. v. Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG i. V. m. Art. 35 Abs. 1 URG ergebe. Nach längeren Abklärungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, der Begriff Öffentlichkeit sei wenig scharf definiert und beziehe sich schwerpunktmässig auf das Abrufen von Onlineinhalten. Er erscheine daher nicht geeignet, um zuverlässig gebührenpflichtige von gebührenfreien Werknutzungen zu unterscheiden. Deshalb nähert sich das Bundesverwaltungsgericht von der anderen Seite, vom erlaubten Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) an. Es kommt dabei zum Ergebnis, ein Gewinnzweck des Werkverwenders lasse sich auch nach geltendem Recht nicht mit dem erlaubten Eigengebrauch vereinbaren. Da beim Betreiber des Gästezimmers im Gegensatz zum Gast in der Regel ein Gewinnzweck vorliege, sei abzuklären, ob der Gast oder der Betreiber des Gästezimmers Werkverwender sei. Für das Bundesverwaltungsgericht ist nicht der Gast, sondern der Werkvermittler, also beispielsweise der Hotelier, der Werknutzer. Nachdem dieser für gewöhnlich einen Gewinnzweck verfolge, könne er keinen erlaubten Eigengebrauch geltend machen. Daher habe die ESchK zurecht entschieden, dass die fraglichen Nutzungen von Sendungen und Aufführungen in Gästezimmern gebührenpflichtig sind.

Anmerkungen Vordergründig handelt es sich bei diesem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts um einen Verfahrensentscheid: Die Verfügung der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 30. November 2012, durch welche ein Zusatztarif zum Gemeinsamen Tarif 3a genehmigt worden war, wird

aufgehoben, weil der Anspruch der Nutzerverbände auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Wesentlich bedeutsamer als dieser Rückweisungentscheid sind aber die anschliessenden materiellen Ausführungen des Gerichts zur geltenden Rechtslage: Aus prozessökonomischen Gründen beurteilt es nämlich auch die zwischen den Parteien strittigen materiellen Rechtsfragen, wobei es der Vorinstanz und den Verwertungsgesellschaften zumindest im Ergebnis vollumfänglich recht gibt.

Die beschwerdeführenden Verbände des Gastgewerbes hatten sich auf den Standpunkt gestellt, Sendeempfang in Gästezimmern sei ein vergütungsfreier Privatgebrauch von Werken und Leistungen. Es handle sich weder um eine öffentliche Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG, noch liege dem Empfang eine Weitersendung zugrunde. Gemäss Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 URG sei eine solche Nutzung vergütungsfrei. Demgegenüber machten die Verwertungsgesellschaften geltend, es handle sich keineswegs um Eigengebrauch, sondern einerseits um eine Weitersendung und andererseits um eine Wahrnehmbarmachung gesendeter Werke und Leistungen ausserhalb des Privatbereichs. Es liege auch keine Weitersendung im Sinne von Art. 22 Abs. 2 URG vor, die «von vorneherein auf eine kleine Empfängerzahl beschränkt» und daher erlaubt sei, weshalb beide Vorgänge entschädigungspflichtig seien.

Ob tatsächlich eine Weitersendung vorliege, lässt das Bundesverwaltungsgericht letztlich offen. Es referiert die Praxis des Bundesgerichts zu diesem Rechtsbegriff, verweist aber zu Recht darauf, dass diese noch auf der Rechtslage vor der Gesamtrevision des URG beruht. Das geltende URG verzichtet bei der Definition der entschädigungspflichtigen Weitersendung bewusst auf das im früheren Gesetz massgebliche Kriterium der «öffentlichen Mitteilung», weshalb diese Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf die heutige Rechtslage übertragen werden kann. Auch die vom Bundesverwaltungsgericht referierte Lehre ist sich hinsichtlich der Definition einer Weitersendung keineswegs einig. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob es sich, falls denn überhaupt eine Weiterleitung vorliegt, um eine nach Art. 22 Abs. 2 URG erlaubte und damit entschädigungsfreie Nutzung handle. Das Bundesverwaltungsgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass beide Rechtsfragen offenbleiben können, wenn sich die Entschädigungspflicht aus einer andern Rechtsgrundlage ergebe, namentlich wenn es sich um eine öffentliche Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG und Art. 35 Abs. 1 URG handle.

Nachdem sich das Bundesverwaltungsgericht zunächst mit verschiedenen Begriffen der «Öffentlichkeit», einschliesslich der vom EuGH konstruierten «sukzessiven Öffentlichkeit», abmüht, hält es fest, dass gemäss geltendem URG der Unterschied zwischen entschädigungspflichtigen und nicht entschädigungspflichtigen Nutzungen am Begriff des erlaubten Privatgebrauchs festgemacht werde. Dabei sei eine Tätigkeit, welche auf wirtschaftlichen Gewinn ziele, mit einem erlaubten Privatgebrauch nicht vereinbar (E. 8.9.2). Somit ist für das Bundesverwaltungsgericht zu Recht die Frage entscheidend, wer denn überhaupt der Nutzer oder die Nutzerin solcher Sendeempfangsanlagen in Hotels und andern Gaststätten sei, da es nur um deren Privatgebrauch gehen könne. Das Gericht hält fest, dass dies nicht etwa die Gäste seien, «sondern der Werkvermittler, mithin also beispielsweise der Hotelier» (E. 8.9.6). Da dieser in aller Regel einen Gewinnzweck verfolge, handle es sich nicht um Eigengebrauch, sondern um eine entschädigungspflichtige Nutzung von Werken und Leistungen.

Damit dürfte die in der Lehre umstrittene Frage, ob ein erlaubter Privatgebrauch auch kommerziellen Zielen dienen dürfe, ein für allemal entschieden sein, und zwar im negativen Sinne. Fraglich bleibt, ob es diesen Umweg über den Ausschluss von gewinnorientierten Tätigkeiten aus dem Bereich des Eigengebrauchs wirklich gebraucht hätte. Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG definiert den Privatgebrauch als Werkverwendung «im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde». Da Hotelgäste keineswegs Verwandte oder Freunde der Hotelbetreiberinnen und -betreiber sein müssen, hätte schon aufgrund dieses Kriteriums auf der Hand gelegen, dass es sich bei der Bereitstellung von Empfangsmöglichkeiten in Gästezimmern um keinen Eigengebrauch handeln kann. Das zusätzliche Abstellen auf das Nichtvorliegen eines Gewinnzwecks erscheint als künstlich und dürfte, wie das Bundesverwaltungsgericht in E. 8.9.1 selber feststellt, zu neuen Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

Unabhängig von der rechtsdogmatischen Begründung steht mit diesem Entscheid fest, dass das Zurverfügungstellen von Empfangsgeräten in Gästezimmern eine vergütungspflichtige Nutzung von Werken und Leistungen ist. Das Gericht kommt damit auf teilweise anderer Rechtsgrundlage zum gleichen Ergebnis, zu welchem auch der Europäische Gerichtshof in den Verfahren C-136/09 vom 20. Juni 2009 und C-306/05 vom 30. Dezember 2006 gelangt war.

Dr. iur. Willi Egloff, Bern

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

14-115

Le Conseil suisse de la presse ne peut imposer aux médias une attitude politiquement correcte

Compétences du Conseil suisse de la presse; déontologie; mesures correctrices; plaintes parallèles

Art. 7.2 de la Directive relative à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» (identification)

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 23 mai 2014 (8/2014: X. c. «20 minutes»)

Le «20 minutes» a publié un article au sujet de X., condamné algérien, et centré sur la colère du président du Tribunal, selon qui X. aurait profité des lenteurs de la justice en ne récoltant qu'une peine clémente et déplorant que malgré une décision de renvoi, le condamné ait pu rester en Suisse, faute d'un accord de renvoi avec l'Algérie. En parallèle à une

plainte civile, X. a saisi le Conseil suisse de la presse (CSP), estimant l'article discriminatoire, calomnieux, constitutif de «provocation publique» et d'«appel à la haine». Il a demandé au CSP de lui assurer un droit de réponse, d'ordonner à «20 minutes» d'effacer l'article de son site et d'adresser une «mise en garde» à la presse suisse en général. Le CSP refuse l'entrée en matière pour manque de questions déontologiques fondamentales.

Selon l'art. 10 al. 2 de son règlement, le CSP peut entrer en matière sur des plaintes indépendamment du fait qu'une procédure judiciaire ait été engagée en rapport avec l'objet de la plainte, à condition que des questions déontologiques fondamentales soient soulevées.

Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. D'une part, les reproches de «diffamation, calomnie, provocation publique ou appel à la haine» ne figurent pas dans la «Déclaration». De plus, l'article n'est pas discriminatoire. L'absence d'une convention de renvoi entre la Suisse et l'Algérie fait partie du débat public. Enfin, le plaignant n'étant pas nommé et les indications le concernant étant nécessaires à la bonne compréhension du récit, il n'y a pas de violation du chiffre 7 de la «Déclaration» sous l'angle de l'identification. Le CSP rappelle qu'il n'est pas compétent pour ordonner des mesures correctrices – droit de réponse ou élimination d'un article d'un site –, ni ne peut enjoindre les médias à adopter des attitudes politiquement correctes, sa tâche première consistant à défendre la liberté de l'information. L'entrée en matière est refusée.

14-116

Artikel über Hildebrand verstösst gegen «Erklärung»

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Berichtigung; Privatsphäre; Wahrheit

Ziffern 1, 3, 5, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 16. Mai 2014 (7/2014; Hildebrand c. «Blick»)

Darf eine Zeitung einen Leserbrief mit ungeprüften Gerüchten und Unterstellungen zum Frontartikel aufbauschen, aber die Verantwortung für deren Wahrheitsgehalt und für die Verletzung der Privatsphäre von sich weisen? Nein, sagt der Presserat. Vor allem nicht, wenn die Aufmachung mit Anriss und Schlagzeile auf der Frontseite so wirkt, als handle es sich dabei um Tatsachen.

Am 13. November 2013 hat «Blick» einen Leserbrief der ehemaligen Sekretärin von Christoph Blocher zur Titelgeschichte erhoben. Und die darin enthaltenen Unterstellungen über das Privatleben des ehemaligen Notenbankchefs Philipp Hildebrand mit fetten Schlagzeilen aufgemacht. Die Zeitung bot den Vorwürfen und Diffamierungen dieser Zuschrift breiten redaktionellen Platz. Sie wies sie zwar als Inhalt eines privaten Leserbriefs aus, stellte aber gleichzeitig ein neues Gerücht in den Raum: Der Brief sei womöglich von Christoph Blocher diktiert, so der «Blick».

«Blick» macht geltend, dieser Artikel sei infolge eines Missverständnisses zwischen Produktion und Autor entstanden, und die Redaktion hätte ihn am folgenden Tag berichtigt. Damit wurde die Story allerdings nur weiter gedreht und von der persönlichen in die politische Ecke der Gerüchteküche verschoben: Der Leserbrief, so die ungeprüfte Behauptung, sei eine neue Eskalationsstufe des tiefen Hasses der SVP auf Hildebrand.

«Blick» hat mit diesem redaktionellen Vorgehen gegen die Wahrheitspflicht ebenso verstossen wie gegen die Pflicht zur Anhörung bei schweren Vorwürfen, zur Berichtigung und zur Wahrung der Privatsphäre.

14-117

Beschwerde gegen «Weltwoche»-Artikel abgewiesen

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Identifizierung; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 3, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. Mai 2014 (6/2014; X. c. «Weltwoche»)

Da es nicht zu den Aufgaben des Presserates gehört, ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen, kann er im Fall eines umstrittenen «Weltwoche»-Artikels keine Verletzung der Wahrheitspflicht feststellen. Weiter kommt er zum Schluss, dass die Anhörungspflicht entfällt, da kein schwerer Vorwurf vorliegt, und dass die Namensnennung zulässig war.

14-118

Nichteintreten auf Beschwerde wegen hängigen Gerichtsverfahrens

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Mai 2014 (5/2014; X. c. «K-Tipp»)

Der Presserat tritt auf eine Beschwerde gegen einen Artikel des «K-Tipp» nicht ein, da in der gleichen Sache bereits ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen beim Bezirksgericht Zürich eingeleitet worden war.

14-119

Agenturmeldung über Klage gegen Weltwoche verstösst nicht gegen «Erklärung»

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Kommentarfreiheit

Ziffern 2, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 8. Mai 2014 (4/2014; Baur c. SDA)

Die Beschwerde eines «Weltwoche»-Journalisten gegen eine Pressemeldung der Schweizerischen Depeschenagentur (SDA) wurde abgewiesen, da die darin enthaltene Wertung zulässig war und es sich nicht um schwerwiegende Vorwürfe handelte, zu denen die «Weltwoche» hätte angehört werden müssen.

Neuerscheinungen

Peter Studer, Medienrecht der Schweiz in a nutshell, Verlag Dicke, Zürich/St. Gallen 2013, 165 Seiten

Das Buch enthält, was es verspricht: eine knappe Einführung in das Medienrecht mit Betonung der praktischen Aspekte. Peter Studer, früher als Journalist und Chefredakteur tätig, kennt das Medienrecht aus der Praxis. Dank seiner Funktion als ehemaliger Präsident des schweizerischen Presserats hat er sich zudem intensiv mit medienethischen Fragen auseinandergesetzt. Die vorliegende Publikation von Studer gibt deshalb nicht nur einen Überblick in die medienrechtlich relevanten Rechtsgebiete (Kommunikationsverfassung, zivil- und strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Datenschutz und Öffentlichkeitsrecht, unlauterer Wettbewerb, Medienurheberrecht und allgemeines Medienstrafrecht), sondern behandelt in den jeweiligen Kapiteln immer auch wieder die dazugehörigen medienethischen Aspekte. Angereichert werden die Ausführungen von unzähligen Beispielen aus der Gerichtspraxis, welche der Leserschaft die oft trocken daherkommenden Gesetzesartikel lebendig erscheinen lassen. Das Buch eignet sich nicht nur für Journalistinnen und Journalisten sowie sonstige an Medienrecht interessierte Personen, sondern auch für Juristen und Anwälte, die schnell einen Überblick über die Rechtsmaterie und insbesondere Beispielsfälle erhalten möchten.

Studers Einführung in das schweizerische Medienrecht orientiert sich überwiegend an den klassischen Medien (Presse, Radio und Fernsehen). Neuere Entwicklungen werden erwähnt, eine vertiefte Auseinandersetzung fehlt aber. So wäre es beispielsweise wünschenswert gewesen, vom Autor mehr über die Auswirkungen des Google-Streetview-Urteils (BGE 138 II 346) auf den persönlichkeitsrechtlichen Schutz des Rechts am eigenen Bild und deren Verwendung im Internet zu erfahren. Interessant wären auch Ausführungen zu medienrechtlichen Problemen in sozialen Medien. Dies schmälert jedoch die Qualität der Ausführungen von Studer keineswegs.

Dr. Oliver Sidler, Zug

Bücher/Livres

Bulak Begüm, La liberté d'expression face à la présomption d'innocence: justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Genève 2014.

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht, Zürich 2014.

Jaïco Carranza Carlos/Micotti Sébastien, Whistleblowing: perspectives en droit suisse, Genève 2014.

Von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel 2014.

Weber Rolf/Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz, Zürich 2014.

Aufsätze/Etudes

Guggisberg Peter, Das Öffentlichkeitsprinzip im Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Landschaft, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal 2012, S. 137–155.

Nuspliger Kurt, Das Öffentlichkeitsprinzip: Erfahrungen und Perspektiven, in: Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal 2012, S. 123–136.

Treis Michael/Leis Timo/Schnyder Marion/Strobel Eva Maria, Immaterialgüterrecht, in: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht, Zürich 2013/2014, S. 125–150.

Weislehner Kathleen/Reinert Peter, Wettbewerbsrecht, in: McKenzie Baker, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht, Zürich 2013/2014, S. 151–184.

Zeitschriften/Revues

Baeriswyl Bruno, Eine Lektion «Datenschutz» bitte!: die Vermittlung von Medienkompetenz greift beim Thema Datenschutz oft zu kurz: nicht ohne Folgen, Digma 1/2014, S. 10–13.

Benedick Gilles, Die prozessuale Behandlung des Informationsanspruchs in der neueren Rechtsprechung, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht, Basel 3/2014, S. 297–304.

Bettex Christian, Le whistleblowing: quelques considérations sur le whistleblowing et le droit suisse, L'expert-comptable suisse, Zurich 6/7/2014, S. 492–494.

De Werra Jacques, Défis du droit d'auteur dans un monde connecté: perspective «Inside-Out», sic! 4/2014, S. 194–211.

Fanti Sébastien, Vidéosurveillance par des personnages privés: la boîte de Pandore est-elle ouverte?, Plädoyer, Lausanne 4/2014, S. 34–40.

Hören Thomas, Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe: Outside-in-Perspektive, sic! 4/2014, S. 212–217.

Mock Patrick, La «googlelisation» des candidats et des employés, in: Questions de droit, Lausanne 87/2014, S. 7–10.

Nadakavukaren Schefer Krista, Ein völkerrechtlicher Schutz der kollektiven Privatsphäre? Der Schutz der Privatsphäre und die Anonymität im Zeitalter kommerzieller Drohnen, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 3/2014, S. 259–288.

Reusser Steve, L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur européen, Jusletter, 28. April 2014.

Smith Tiffany, L'article 293 CP à la lumière du code de procédure pénale, Jusletter, 5. Mai 2014.

Schulze Gernot, Beuys-Aktion 1964: Aspekte zum Urheberrechtschutz bei multimedialen Werken, Kunst & Recht, 2013, S. 35–59.

Schürer Stefan, Im Grenzbereich der freien Rede: der Fall Perinçek und das Verbot der Völkermord-Leugnung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 3/2014, S. 347–364.

Vischer Daniel, Nachrichtendienstgesetz (NDG), Jusletter, 15. Mai 2014.