

Jörg Paul Müller, em. Ordinarius für Verfassungs- und Völkerrecht an der Universität Bern, Dr. iur., Dr. iur. h.c., LL.M. (Harvard)

Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der SRG zu privaten Anbietern

Rechtsgutachten zur Frage der Tragweite des Subsidiaritätsprinzips für die Abwägung zwischen Medientätigkeit der SRG und privaten Medien, erstellt im Auftrag der SRG

Résumé Le principe de la subsidiarité selon l'art 5 Cst. est un principe national sans impact dans le domaine de radio, télévision et d'autre forme de la communication public télétechnique. Il ne se réfère pas au rapport Etat-privé. Il ne se laisse pas déduire des principes généraux de l'économie du marché une règle selon laquelle l'Etat – en tant que prestataire de services ou en tant que état de garantie – ne peut seulement devenir actif s'il y a une base légale et dans le cadre des intérêts public visée dedans s'il y a ou une défaillance du marché ou il peut être prouvé que des privés peuvent rendre des services aussi bien. Des limites de l'activité publique de la SSR existent là où des activités privées de tiers sont supplantés dans la partie non licenciée. Ils n'existent par contre pas là où la concurrence des entreprises privées complique l'activité ou l'expansion. En tant que principe constitutionnel par rapport à la question de l'effet légitime et l'étendue de la SSR, il faut considérer le principe de la proportionnalité selon l'art 5 al. 2 Cst.

Problemstellung

Die Studie bezieht sich im Wesentlichen auf ein Postulat von NR Wasserfallen vom 18.06.2015, in dem der Bundesrat ersucht wird, den Bericht zum Service public-Auftrag der SRG vom 17. Juni 2016 «am Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a der Bundesverfassung (zu) orientieren», und auf den Auftrag der nationalrätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF NR 16-20) vom August 2016. Die Kommission beauftragt die Verwaltung, den Bericht des Bundesrats über den 'Service public der SRG'¹ um «eine detaillierte Analyse gemäss Subsidiaritätsprinzip» zu ergänzen. Diese Analyse soll die Fragen beantworten:

- «Wo liegt Marktversagen vor, das staatliches Eingreifen bzw. ein öffentliches Angebot rechtfertigt?
- Was machen private Anbieter schon heute, bzw. welche Leistungen könnten sie erbringen, wenn sie nicht mehr von der SRG konkurriert würden?»

Kern des Auftrags ist die Frage nach der Tragweite des verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der Leistungen der SRG zu den möglichen oder realen Angeboten der privaten elektronischen Medien.²

I. Zum Begriff der Subsidiarität

1. Das allgemeine und das bundesstaatliche Prinzip

Das Subsidiaritätsprinzip wurde in der katholischen Lehre in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts formuliert und bezog sich namentlich auf das Verhältnis Staat–Familie. Es folgt aber auch aus älteren Traditionen. Was der Einzelne oder die untergeordnete Gruppe zu leisten vermag, soll von der übergeordneten Gemeinschaft unterstützt, aber nicht selbst erledigt werden.² Auf die Verhältnisse in einem Bundesstaat wie die Schweiz angewandt, bedeutet Subsidiarität, dass der Bund als höhere Ebene nicht Zuständigkeiten und Aufgaben an sich ziehen soll, die bei den Kantonen besser oder ebenso gut aufgehoben sind. Das Subsidiaritätsprinzip wird in analoger Weise

¹ Bericht des Bundesrates zum 'Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien' vom 17. Juni 2016

² Ottfried Höffe, Lexikon der Ethik, 4. Aufl. München 1992, S. 34; Paul Richli, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR I 2007 S. 157.

auf das Verhältnis Gemeinde – Kanton und im Europarecht sowohl auf das Verhältnis Mitgliedstaat – EU als auch auf die Beziehung Konventionsstaat – EMRK bezogen. In der Literatur wird das Subsidiaritätsprinzip auch allgemein als ein Ordnungsprinzip im zeitgemässen «Mehrebenenstaat» verstanden³.

- 4 Der Begriff Subsidiarität wurde in der staatsrechtlichen Lehre und Praxis der Schweiz schon vor der verfassungsrechtlichen Verankerung verwendet, um das Verhältnis Bund – Kantone zu charakterisieren. Die Festschreibung im Verfassungstext erfolgte in Zusammenhang mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) von 2004. Die ausdrückliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips war bereits im Rahmen der Nachführung der Verfassung vorgeschlagen worden, wurde indessen in der parlamentarischen Beratung abgelehnt. Der Bundesrat führte in seiner Botschaft zur NFA aus: «Das Subsidiaritätsprinzip als staatspolitische Maxime soll neu in der Bundesverfassung im Artikel 3a [später Art. 5a] verankert werden. Es soll ihm eine generelle Beachtung in der bundesstaatlichen Aufgabenteilung zukommen. Primärer Adressat der neuen Verfassungsnorm ist der Bundesgesetzgeber. Ihm wird die Aufgabe zufallen, das Subsidiaritätsprinzip von Fall zu Fall zu konkretisieren.»⁴ Das Subsidiaritätsprinzip kann nicht nur als Begrenzung der höheren Einheit, sondern auch als Zuständigkeitszuweisung an die übergeordnete Ebene verstanden werden⁵.

2. Ist das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV ausser im bundesstaatlichen Verhältnis auch in weiteren Rechtsbereichen relevant?

a) Stellungnahmen der Rechtswissenschaft

- 5 Für die Beantwortung der vorliegenden Gutachtensfrage ist zu prüfen, ob sich der Grundsatz der Subsidiarität auch auf andere Beziehungen als die bundesstaatliche beziehe und ob er insbesondere auch für das allgemeine Verhältnis Staat/Gesellschaft und Staat/Privatwirtschaft verfassungsrechtlich bindend sei. Eine solche Ausdehnung des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5a BV wird heute von der Lehre überwiegend abgelehnt. Auch die beiden grossen Kommentare zur Bundesverfassung in der St. Galler (2014) und Basler Reihe (2015) stimmen darin überein⁶. In der Literatur ist allerdings nicht immer eindeutig, wann das spezifische Subsidiaritätsgebot des Art. 5a BV gemeint sei oder ein allgemeiner Ordnungsgrundsatz bzw. eine (normativ sehr offene) staatspolitische Leitlinie der gesamten Verfassungsordnung.
- 6 **Giovanni Biaggini**⁷ stellt fest, Art. 5a BV befasse sich mit der Zuordnung staatlicher Aufgaben auf die verschiedenen staatlichen Ebenen. Dagegen sei Art. 5a BV nicht Gegenstand der ebenfalls oft unter dem Begriff der Subsidiarität erörterten Frage, ob «der Staat überhaupt tätig werden soll bzw. ob eine Aufgabe besser den Individuen (Privaten) oder der Gesellschaft überlassen bleiben soll.» Die bundesrätliche NFA-Botschaft lasse tatsächlich keinen Zweifel daran aufkommen, dass es bei der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen der NFA-Vorlage allein um die bundesstaatliche Dimension gehen sollte.⁸
- 7 Auch für **Rainer Schweizer/Lucien Müller**⁹ hat der Grundsatz des Art. 5a BV «im Wesentlichen die Funktion einer staatspolitischen Maxime». Für sie erscheint eine Geltung von Art. 5a BV im Verhältnis Staat-Gesellschaft zwar «nicht ausgeschlossen»; nach Prüfung verschiedener Materialien¹⁰ und Literaturstellen scheinere aber doch die Überzeugung zu überwiegen, «dass das Prinzip sich insbesondere nicht auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft beziehen soll.»¹¹
- 8 **René Rhinow et al.**¹² verweisen unter den Grundsätzen der Wirtschaftsverfassung allgemein auf das Subsidiaritätsprinzip (unter Nennung von Art. 5a BV) und prüfen, wie weit die Zulässigkeit unternehmerischen Tätigwerdens des Staates am Massstab des Subsidiaritätsprinzips gemessen werden könne. Sie kommen zum Schluss, die Abstützung der Unternehmensfreiheit auf das Subsidiaritätsprinzip sei mit etlichen Unsicherheiten belastet, denn die Konturen des Grundsatzes der Subsidiarität seien bis heute unscharf geblieben, und es sei für den Be-

3 René Rhinow, *Ausgewählte Schriften*, Basel 2016, S. 546 (prov. Paginierung).

4 BBl 2002 2338

5 René Rhinow, *Ausgewählte Schriften*, Basel 2016 S. 582 (prov. Paginierung).

6 Rainer J. Schweizer/ Lucien Müller, in Ehrenzeller-Schindler et al., *St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2014, zu Art. 5a; Giovanni Biaggini, in Waldmann-Belser-Epiney, *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015, zu Art. 5a.

7 Biaggini, a.a.O., Rz 16 ff. zu Art. 5a.

8 Der Bundesrat führte namentlich aus: Eine «Ausdehnung auf das Verhältnis Staat- Private müsste zwangsläufig eine Vielzahl von grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Fragen aufwerfen und damit den Rahmen der NFA sprengen.» (zit. aus Botschaft zur NFA I, 2457).

9 Schweizer/Müller, a.a.O., Rz 16 zu Art. 5a.

10 Rainer Schweizer verweist insbesondere auf die Botschaft des Bundesrates NFA I 245.

11 Schweizer/Müller, a.a.O., zu Art. 5a Rz 16.

12 René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlman, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. Basel, 2011, § 4 Rz 14.

reich des Wirtschaftsrechts *umstritten, ob das Subsidiaritätsprinzip überhaupt als rechtlich bindender Grundsatz Geltung beanspruchen könne* oder ob ihm nur der Charakter einer rechtspolitischen Maxime zukomme.¹³

Haefelin/Haller et al. betrachten Art. 5a BV lediglich unter dem Gesichtspunkt der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen.¹⁴

Eine differenzierende Meinung vertritt Paul Richli¹⁵ in seinem Referat vor dem Schweizerischen Juristenverein im Jahr 1998. Richli legt dort eine breite, auch interdisziplinäre Auslegeordnung über Verständnisse und Anwendungen des Subsidiaritätsprinzips vor und stellt neben der bundesstaatlichen auch die ökonomische Sicht dar, etwa im Sinne von Friedrich August Hayek. Nach Richli hat sich *im Wirtschaftsrecht* das Subsidiaritätsprinzip zwar «fest etabliert»; in der Lehre *fehle es allerdings an einer allgemeinen Dogmatik*¹⁶. Richli plädiert vor allem für eine weitere Klärung und Vertiefung des Prinzips auch in den verschiedenen Verfassungsbereichen. In einer späteren Publikation (2007) hat Paul Richli sein Referat von 1998 vertieft und erweitert, ohne zur Frage weiter Stellung zu nehmen, inwieweit das Subsidiaritätsprinzip auch für das Verhältnis Staat/Wirtschaft wesentlich sei¹⁷.

Eine relativierende Position wird auch vertreten von Astrid Epiney¹⁸.

Nach Pierre Moor¹⁹ kommt das Subsidiaritätsprinzip für staatliche Wirtschaftstätigkeit ganz allgemein zum Zug.

Für Georg Müller²⁰ handelt es sich beim Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV «um eine verfassungspolitische Verhaltensmaxime mit eher unscharfen Konturen (...), welche zudem primär das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen betrifft.»

b) Zur Entstehungsgeschichte von Art. 5a BV

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 5a BV ist erwähnenswert, dass eine Ausdehnung des Subsidiaritätsprinzips auf die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft vom Bundesrat in seiner Botschaft klar abgelehnt worden war.²¹ Bei den parlamentarischen Beratungen war dann nicht so sehr das Prinzip als seine Platzierung umstritten²²; die Verschiebung von Art. 3a BV (gemäss Botschaft Bundesrat) nach Art. 5a BV wurde auch damit begründet, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht nur das bundesstaatliche, sondern auch das Verhältnis Kantone – Gemeinden betreffen könne. Umstritten war auch, ob nicht der in Art. 43a Abs. 1 (heutige BV) festgehaltene föderale Grundsatz für das bundesstaatliche Verhältnis hinreichend sei. Für die Einordnung des neuen Subsidiaritätsprinzips zwischen den Artikeln 5 und 6 (BV von 2000) als Art. 5a BV plädierten bürgerliche Ratsmitglieder²³ auch mit dem Argument, dass der Subsidiaritätsgrundsatz «auch im Prinzip des Staates gegenüber der Gesellschaft spürbar sein soll.»²⁴ BR Villiger nahm diesen Gedanken ohne weitere Präzisierung auf und empfahl, das Subsidiaritätsprinzip «als eine breite Maxime für unser Verhältnis Staat/Gesellschaft überhaupt (...)» aufzunehmen.²⁵ Das Prinzip habe aber «ganz klar einen programmatischen Charakter. Es (sei) eine Maxime, eine Leitplanke,

13 Rhinow et al., aaO §18 Rz 60.

14 Ulrich Häfelin/ Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016 Rz 1051.

15 Paul Richli, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 1998/II, S. 195 ff.

16 Paul Richli, a.a.O., S. 225, 255.

17 Paul Richli, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 676.

18 Astrid Epiney, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in *Rapports suisses présentés au Congrès XIVe international de droit comparé*, Zürich 1994, 20 ff. S. 32.

19 *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992 S. 333.

20 Rechtsgutachten, gemeinsam mit Stefan Vogel, 2014 S. 16.

¹⁴In der Botschaft vom 14. November 2001 führt der Bundesrat unter Ziffer 2.6.1 aus: Das Subsidiaritätsprinzip soll «als staatspolitische Maxime neu in der Bundesverfassung im Artikel 3a verankert werden. Es soll ihm eine generelle Beachtung in der bundesstaatlichen Aufgabenteilung zukommen. Primärer Adressat der neuen Verfassungsnorm ist der Bundesgesetzgeber. Ihm wird die Aufgabe zufallen, das Subsidiaritätsprinzip von Fall zu Fall zu konkretisieren.» BBl 2002 2338. Weiter führt der Bundesrat aus: «Für die (...) Reform des Föderalismus kommt dem Grundsatz der Subsidiarität eine grosse Bedeutung zu als staatspolitische Maxime für die künftige Zuteilung staatlicher Aufgaben auf jene Ebene, die sie am besten zu lösen vermag. Anders als im Rahmen der Verfassungsnachführung soll sich der Grundsatz der Subsidiarität nicht mehr auf das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen beschränken, sondern umfassend auf das Verhältnis zwischen allen staatlichen Ebenen, also unter Einschluss der Gemeinden, beziehen. Entsprechend wird vorgeschlagen, die betreffende Bestimmung unter die Allgemeinen Bestimmungen des ersten Titels der Verfassung aufzunehmen und nicht im Kapitel über das Verhältnis von Bund und Kantonen. Es wäre dem schweizerischen Staatsverständnis fremd, die Interpretation des Subsidiaritätsprinzips gerichtlichen Institutionen übertragen zu wollen. Vielmehr handelt es sich bei dessen Anwendung um eine grundsätzliche staatspolitische Frage, die zeitgebunden ihre jeweilige Konkretisierung durch den Verfassungs- und Gesetzgeber finden muss. Dies ergibt sich auch aus der Platzierung dieser Bestimmung (zunächst als Art.3a, *der Gutachter*) im ersten Titel der Bundesverfassung. In dieser Konzeption erweist sich das Subsidiaritätsprinzip als nicht justiziabel.» BBl 2002 2458. Zu dieser Auseinandersetzung siehe auch Rainer J. Schweizer/ Lucien Müller, in Ehrenzeller-Schindler et al., St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2014, zu Art. 5a Rz 1 – 5 und Rz 12.

²³Andererseits spricht sich gegen die Ausdehnung des Prinzips auf den Bereich Staat/Gesellschaft etwa das Votum von NR Stähelin aus (Amtl. Bull. SR 2002 S. 852).

²⁴Amtl. Bull. NR 2003 S. 954.

²⁵Amtl. Bull. SR 2002 S.854; s. auch NR 954, 956.

aber nicht justiziabel»²⁶. Die Befürworter einer Einfügung eines Art. 5a BV machten auch geltend, das Subsidiaritätsprinzip weise eine bestimmte Nähe zu Art. 6 BV²⁷ auf, weil auch dort die primäre Verantwortlichkeit der untersten Ebene, nämlich des Individuums, angesprochen werde.

- 15 Mit dieser Argumentation wurde nach Ansicht des Gutachters im Parlament jedoch übersehen, dass Art. 6 ebenso deutlich von einer gesellschaftlichen wie von der individuellen Verantwortung spricht, indem jede Person verpflichtet wird, auch ‚Verantwortung‘ für die ‚Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft‘ mitzutragen.²⁸ Eine klare Verankerung einer Vorzugsstellung der individuellen vor der gesellschaftlichen Verantwortung kann der Bestimmung nicht entnommen werden.

c) Bundesgericht

- 16 Die Auffassung, dass das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV nicht justiziabel sei, sondern nur eine Leitlinie darstelle, und dass dem Prinzip keine Aussage über das Verhältnis Staat/Gesellschaft oder Staat/Wirtschaft entnommen werden könne, wird heute – wie dargestellt – von der überwiegenden Lehre geteilt²⁹. Das *Bundesgericht* führt zur Massgeblichkeit des Subsidiaritätsprinzips in der Wirtschaftsverfassung Folgendes aus:

«In der Lehre wird teilweise ein Subsidiaritätsprinzip postuliert in dem Sinne, dass eine staatliche unternehmerische Tätigkeit nur zulässig sei, wenn ein Marktversagen vorliegt oder die Privatwirtschaft nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken. Zwar mag zutreffen, dass staatliche Wirtschaftsunternehmen vor allem dort gegründet wurden und werden, wo Private ein Bedürfnis nicht abzudecken vermögen. Dass dies Voraussetzung für wirtschaftliches Handeln des Staates wäre, ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut noch den Materialien zu Art. 94 BV und stünde in Widerspruch zur gelebten Verfassungswirklichkeit. Es wäre zudem auch widersprüchlich, einerseits zu postulieren, dass unternehmerisches Staatshandeln unter gleichen Bedingungen erfolgen soll wie entsprechende Tätigkeiten Privater, andererseits aber staatliche Tätigkeit nur dann zuzulassen, wenn kein genügendes privates Angebot besteht. (...). Auch Art. 5a BV (...) ist kaum mehr als eine staatspolitische Maxime und bezieht sich zudem nach seiner Entstehungsgeschichte und Konzeption in erster Linie auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Staatsebenen, nicht auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft.»³⁰

d) Analoge Anwendung des bundesstaatlichen Prinzips von Art. 5a BV im Bereich der Wirtschaftsverfassung?

- 17 Zwar kann man im bundesstaatlichen Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV formal ähnliche Ordnungsstrukturen erblicken, wie sie in einem liberalen Verständnis der Schweizer Wirtschaftsordnung gesehen werden. Aus

26 Amtl. Bull. SR 2002, S. 854.

27 Art. 6 BV hält unter dem Titel «individuelle und gesellschaftliche Verantwortung» fest:

«Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.»

28 Die Frage, ob die Nähe des neuen Art. 5a zu Art. 6 BV (Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung) eher das individualistische oder das solidarische Prinzip stärker zum Ausdruck bringe, wird auch diskutiert bei Rainer Schweiz/Lucien Müller ad Art. 5a Rz 7. Zum (auch) sozialverpflichtenden Gehalt von Art. 6 BV siehe René Rhinow, *Ausgewählte Aufsätze*, Basel, 2016, S. 524 f. (prov. Paginierung).

29 Die Kommentierung von Beat Graber in SG-Komm. Rz. 3 zu Art. 93 BV Rz 10 und 12 ist insofern ungenau, als sie Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätserfordernis gleichwertig nebeneinander stellt.

Unbestritten ist, dass das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV jedenfalls keine justiziable Norm enthält. Anderes gilt im Bereich des EU-Rechts oder des deutschen Verfassungsrechts, wo jedenfalls im Verhältnis zur EU in Art. 23a GG Justiziabilität vorausgesetzt wird. (Art.23 GG Abs. 1a).

30 BGE 138 I 378 E 8.4. Das Zitat des Bundesgerichts stammt aus einem Fall, in dem die unternehmerische Tätigkeit einer selbständigen kantonalen Anstalt neben ihrem Monopolbereich auch ausserhalb des Kantons im Wettbewerb mit Privaten mit dem Argument einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 BV angefochten wurde. Mit diesem Hinweis wird nicht etwa die Meinung vertreten, das Handeln der SRG stelle ein *staatliches* Unternehmen dar, vergleichbar der im betreffenden Fall betroffenen kantonalen Anstalt. Die SRG muss ja unabhängig, staatsfern sein. Ihr Handeln ist öffentlich und wird vom Staat privilegiert, ist aber nicht staatliches Handeln.

Trotz des nicht-staatlichen Charakters der SRG zeigt der zitierte Passus für unseren Zusammenhang auf, dass sogar bei einer stärker staatsgebundenen Wirtschaftstätigkeit, die durch ein öffentliches Interesse bestimmt ist und eine gesetzliche Grundlage hat, keine Konkurrenzsituation in dem Sinn angenommen werden muss, dass das öffentliche Unternehmen sich einem Vorrang *möglicher* privater Tätigkeit schon präventiv beugen und einem nur angenommenen gleichwertigen Privatangebot weichen müsste; soweit die Tätigkeit der SRG konzessioniert ist, untersteht sie nicht den Regeln des freien Wettbewerbs; die Tätigkeit eines solchen öffentlichen Unternehmens ist zulässig, wenn es einem gesetzlich konkretisierten öffentlichen Interesse entspricht, und nicht unzulässig eine Wettbewerbssituation verzerrt wird, wie dies bei einer Quersubventionierung nicht konzessionierter Tätigkeiten der SRG aus dem Gebührenertrag zutreffen könnte. Kurz, es zeigt sich, dass dann, wenn ein öffentliches Unternehmen aufgrund von Verfassung und Gesetz wirtschaftlich tätig wird, auch kein «analoges» Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis öffentliches Unternehmen/private Anbieter von Verfassungswegen gilt.

dieser analytischen Erkenntnis lässt sich aber nicht auf einen normativen Parallelismus in der bundesstaatlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung schliessen. Für eine verfassungsrechtliche Geltung einer grundsätzlichen Vorrangregel im Verhältnis Staat/Wirtschaft genügt ein blosser Analogieschluss nicht. Sie müsste aus den Normen über die Wirtschaftsordnung selbst erschlossen werden. (dazu unten II 2)

e) Subsidiäre Verhältnisse ausserhalb der allgemeinen öffentlichen Wirtschaftsverfassung

Ein bereichsspezifisches «wirtschafts- oder gesellschaftspolitisches» Subsidiaritätsprinzip kommt in anderen Verfassungsbereichen in der BV zum Ausdruck, so im Landwirtschaftsrecht (BV Art. 104 Abs.2) oder in der Sozialverfassung (Art. 6, 41 Abs.1 BV).³¹ Daraus kann aber nicht auf ein allgemeines Verfassungsprinzip der Subsidiarität ausserhalb der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung geschlossen werden. 18

II. Zur verfassungsrechtlichen Stellung der SRG

Im bisherigen Teil des Gutachtens wurde erkannt, dass das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV nicht justizierbar ist, sondern nur eine Leitlinie darstellt, und dass dem Prinzip keine Aussage über das Verhältnis Staat/Gesellschaft oder Staat/Wirtschaft entnommen werden kann. Es ist somit nicht zur Eingrenzung der Tätigkeit der SRG zugunsten einer erhöhten Wirkungsmöglichkeit Privater geeignet. Um noch auf einer breiteren Basis an die Gutachtensfrage heranzugehen, wird im Folgenden geprüft, ob es neben Art. 5a BV andere Verfassungsbestimmungen gebe, die zum Schluss führen könnten, die SRG dürfe ihr Angebot nur soweit ausdehnen, als Private analoge Leistungen ohne finanzielle staatliche Einbettung und andere Privilegien ebenso gut erbringen könnten. Dies führt zu einer genaueren Prüfung der Art. 93, 27 und 94 der Bundesverfassung. Von besonderer Relevanz wird Art. 5 Abs. 2 der BV sein. 19

1. Radio- und Fernsehartikel (Art. 93 BV)

Die BV weist in Art. 93 BV dem Bund den Auftrag zu, ein für Demokratie, Bildung und Unterhaltung optimales System der öffentlichen elektronischen Kommunikation sicherzustellen. Verfassungs- und Gesetzgeber sind davon ausgegangen, dass insbesondere die geforderte demokratische Meinungsbildung und der nationale Zusammenhalt in einem vielsprachigen Staat nicht allein durch den freien Wettbewerb sichergestellt werden können, sondern einer besonderen Ordnung bedürfen, die eine ausschliessliche Orientierung am Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ausschliesst. Soweit die Gesetzgebung durch Konzessionen, besondere Leistungsaufträge und Finanzierungsformen dem Verfassungsauftrag gerecht zu werden sucht, sind die dadurch geforderten oder ermöglichten Leistungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen, wie er in Art. 94 BV angesprochen wird. 20

Der Bund darf die in Art. 93 BV angesprochenen Leistungen nicht in eigener Regie erbringen. Der Grundsatz der Staatsferne der öffentlichen Kommunikation, wie er aus Art. 16 und 17 BV hervorgeht und wie er für Radio und Fernsehen in Art. 93 Abs. 3 BV besonders formuliert wird, verbietet unmittelbaren Staatseinfluss. Der in Art. 93 BV primär angesprochene Bundesgesetzgeber muss also sowohl die versprochene Medienleistung sicherstellen, als auch durch Organisation, Verfahren und eine Finanzierungsordnung die Unabhängigkeit öffentlicher Kommunikation gewährleisten. Für den Gesetzgeber kommt dies einer «Quadratur des Zirkels» nahe: Durch staatliche Gestaltung (u.a. programmliche Leistungsaufträge) muss er ein Mediensystem gewährleisten, das sich gerade durch Staatsfreiheit auszeichnet.³² 21

Die SRG ist darum nicht staatlich, sondern privat organisiert; sie übt keine hoheitliche Tätigkeit aus und ist sowohl aufgrund von Art. 16 f. BV als auch von Art. 93 BV staatsunabhängig. Sie ist kein staatliches Unternehmen. Sie hat einen öffentlichen Auftrag aufgrund von Verfassung, Gesetz und Konzession. Sie wird durch pauschal erhobene Gebühren finanziert, wobei der Weg dieser Finanzierung durch besondere Erhebungs- und Verteilungsverfahren dem Status der Unabhängigkeit so weit wie möglich Rechnung trägt oder tragen soll. 22

Soweit die SRG also im Rahmen der Konzession in Erfüllung eines Verfassungsauftrags handelt, ist sie vom Grundsatz der Marktfreiheit des Art. 94 BV ausgenommen und untersteht nicht der Wettbewerbsfreiheit. Wie weit ein allgemeiner Grundsatz von der Staatsfreiheit der Schweizer Wirtschaft in einem nicht streng juristischen Sinn mit zu beachten ist, wird besonders geprüft.³³ 23

Der Wettbewerbsgedanke des Art. 94 BV greift jedoch dort, wo die SRG ausserhalb des von ihr geforderten Service public wie ein Privater eine wirtschaftliche Tätigkeit vornimmt, z.B. im nicht konzessionierten online- 24

31 Für den besonderen Bereich des Bundesgerichtsgesetzes wird der Ausdruck im Begriff der «subsidiären Verfassungsbeschwerde» verwendet, was aber keine Verallgemeinerung zulässt.

32 Franz Zeller/Martin Dumermuth, BS-Kommentar, Rz 34 zu Art. 93 BV.

33 Unten lit. b

Geschäft oder weiteren Dienstleistungen ausserhalb des Leistungsauftrags. Hier wird die SRG wie ein anderer Marktteilnehmer behandelt, den der Staat weder begünstigen noch behindern darf. Soweit die SRG sich in solche Geschäfte – etwa um die Wirtschaftlichkeit ihrer Infrastruktur durch kommerzielle Drittnutzungen zu steigern – einlässt, hat sie verschiedene Bestimmungen zu beachten, die der Abgrenzung konzessionierter und nicht konzessionierter Tätigkeit der SRG dienen und eine Ausschaltung privaten Wettbewerbs – etwa durch Quersubventionierung – verhindern sollen. Im Ergebnis führt dies zu ähnlichen Regeln, wie sie das Bundesgericht im Fall 'Glarner-sach' für staatliche Unternehmen ausgesprochen hat, die sich jenseits ihres Service public, bzw. ihres Monopol - Angebots auch im freien Wettbewerb wirtschaftlich betätigen.³⁴ Gemäss BGE 138 I 378, 394 liegt keine Beeinträchtigung der individualrechtlichen Unternehmensfreiheit privater Mitbewerber i.S. von Art. 27 BV vor, solange das Angebot durch die Betätigungen ausserhalb des Service public «nicht geradezu verdrängt wird»³⁵.

- 25 Die primäre Funktion der SRG ist nun aber nicht diejenige eines Privatunternehmers in einem bestimmten Wirtschaftszweig, sondern die Erfüllung eines auf Verfassung und Gesetz beruhenden Leistungsauftrags³⁶, der im Rahmen politisch-demokratischer Prozesse festgelegt wurde und nur im Rahmen von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen erneuert oder geändert werden kann. In Erfüllung des ihr durch Verfassung und Gesetz gestellten Auftrags braucht die SRG verfassungsrechtlich nicht wie in einem System des freien Wettbewerbs vor Konkurrenten zu bestehen. m.a.W.: Private können in diesem Bereich nicht aus dem Grundsatz der gleichen Wirtschaftsfreiheit aller Konkurrenten (Art. 94 BV) aus der Verfassung Gleichbehandlungsansprüche im Sinne der Wettbewerbsneutralität des Staates ableiten.³⁷

2. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV)

- 26 Art. 94 BV enthält den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Er gebietet dem Staat, sich gegenüber dem wirtschaftlichen Wettbewerb neutral zu verhalten. Er darf nicht regulatorisch, nicht privilegierend, nicht diskriminierend eingreifen. Abweichungen von diesem Gebot sind nach Art. 94 Abs. 4 BV dann zulässig, «wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen» sind. Art. 93 BV über die Verfassungsstellung der elektronischen Massenmedien enthält (jedenfalls implizit³⁸) eine entsprechende Bestimmung. Der Gesetzgeber durfte daher bei der Schöpfung des RTVG von den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Solche Abweichungen sind keine Beschränkungen wirtschaftlicher Grundrechte, die an den Massstäben von Art. 36 BV zu messen wären. Es sind verfassungsrechtlich legitimierte Ausnahmen von einem objektiven Prinzip (dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit), nicht aber Schranken individueller Betätigungsansprüche auf wirtschaftlichem Gebiet, wie sie in Art. 27 BV angesprochen sind.³⁹

- 27 Das Wettbewerbsprinzip greift erst dort wieder, wo die SRG ausserhalb des von ihr geforderten Service public wie ein Privater eine wirtschaftliche Tätigkeit vornimmt, z.B. im Bereich audiovisueller Auftragsproduktionen für Dritte oder weiteren Dienstleistungen ausserhalb des Leistungsauftrags. Hier wird die SRG grundsätzlich wie ein anderer Marktteilnehmer behandelt, den der Staat weder begünstigen noch behindern darf. Soweit die SRG sich in solche Geschäfte – etwa um die Wirtschaftlichkeit ihrer Infrastruktur durch kommerzielle Drittnutzungen zu steigern – einlässt, hat sie verschiedene Bestimmungen zu beachten, die der Abgrenzung konzessionierter und nicht konzessionierter Tätigkeit der SRG dienen und eine Ausschaltung privaten Wettbewerbs – etwa durch Quersubventionierung – verhindern sollen⁴⁰. Gegen den (parallelen) Konkurrenten SRG als solchen können sich private Veranstalter nicht mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit wehren. Die Einschränkungen von Art. 29 RTVG für nicht konzessionierte Tätigkeiten führen zu einem vergleichbaren Ergebnis wie ihn das Bundesgericht für ein staatliches Unternehmen (kantonale selbständige Anstalt) formulierte, das sich neben der Monopoltätigkeit im Bereich Sachversicherungen auch im Wettbewerb mit Privaten wirtschaftlich betätigte: Tritt ein solches Unternehmen «mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entsteht den Privaten bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) darstellt, solange das private Angebot durch die staatliche Wirtschaftstätigkeit

34 BGE 138 I 378,394. Festzuhalten ist, dass die SRG – im Gegensatz zu einer staatlichen Anstalt – keinen «staatlichen Betrieb darstellt, sondern als private Körperschaft einen Leistungsauftrag wahrnimmt, der in Unabhängigkeit vom Staat betrieben werden muss.» BGE 138 I 378 E. 6.2.

35 BGE 138 I 378 E. 6.2.1.

36 RTVG Art. 23-25, Konzession 2016 Art. 2 f.

37 Statt vieler: Uhlmann, Felix, BS-Kommentar Rz 63 und 67 ad Art.27 BV.

38 Felix Uhlmann, BS-Kommentar Rz 21 ff., insbes. 24 zu Art. 94 BV: Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, St. Gallen/Zürich 2011 S. 494 ff.

39 Martin Dumermuth, BS-Kommentar Rz 8 (Satz 2) und Rz.41 zu Art. 93 BV.

40 Art. 29 Abs. 2 RTVG.

nicht geradezu verdrängt wird.»⁴¹ Was die Grundrechtsstellung der privaten Veranstalter im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit betrifft, können sie sich also gegenüber der gesetzlich vorgesehenen Tätigkeit der SRG im nicht konzessionierten Bereich⁴² auf keine verfassungsrechtlichen Individualrechte berufen, weder gestützt auf BV Art. 27 noch Art. 94.⁴³

3. Ineinandergreifen von Medien- und Wirtschaftsverfassung

Die verschiedenen Verfassungsbereiche wie Wirtschafts- oder Medienverfassung sind nicht völlig isoliert voneinander zu betrachten. So war der Gesetzgeber bei der Konkretisierung von Art. 93 BV nicht blind für die Marktfreiheit als ein gesellschaftliches Leitbild der schweizerischen Wirtschaft. Die Aufgabe war ihm gestellt, einerseits den Auftrag des Art. 93 BV und mit ihm die Meinungs- und Informationsfreiheit aller Beteiligten, d.h. des Publikums, der Veranstalter und der Medienschaffenden⁴⁴ unter allen relevanten politischen und kulturellen Aspekten optimal zu verwirklichen und dennoch die Tätigkeit Privater auf den entsprechenden Gebieten nicht mehr als nötig einzuschränken. Diese Rücksicht ergibt sich nicht aus einem scharf definierbaren Imperativ der BV, sondern gleicht eher einem «weniger verbindlichen Gehalt» des grösstmöglichen Wettbewerbs⁴⁵, den man der Wirtschaftsverfassung der BV als ein wirtschafts-theoretisches Leitbild entnehmen kann und das insbesondere durch die Politik zu verwirklichen ist.⁴⁶ Die Frage der Tragweite eines solchen weitgefassten, eher leitbildartigen als juristisch streng umrissenen und umfassend durchsetzbaren Prinzips der Staatsfreiheit der Wirtschaft ist durch gesetzgeberische oder richterliche Abwägung zu lösen; sie ist auch ideologisch und parteipolitisch umstritten und findet in der BV selbst keine abschliessende Antwort.⁴⁷

4. Grundrechtliche Anforderungen an das Mediensystem

Betrachtet man das vorliegende Problem einer verfassungskonformen Ausgestaltung des von Art. 93 BV geforderten Mediensystems unter dem Aspekt individueller Grundrechte, stehen im Vordergrund die *Freiheiten der Meinungsäusserung und der Information*. Da diese nicht einfach nur Abwehrrechte gegen eine unerwünschte Staatsgewalt, sondern zugleich konstituierend für demokratische Prozesse sind⁴⁸, und somit dem Gemeinwesen auch Aufgaben stellen können, die es selbst erbringen⁴⁹ oder doch im Ergebnis gewährleisten muss, erwächst dem Staat aus ihnen, «wo immer er kommunikationsrelevante Lebensbereiche regelt, der grundsätzliche Auftrag, seine Regelung so zu gestalten, dass die Meinungsfreiheit eine möglichst hohe Verwirklichungschance erhält.»⁵⁰ Zentral

41 BGE 138 I 378 E. 6. 2.1; dazu nun etwa auch Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. Basel 2016 S. 606 Rz 3182.

42 RTVG Art. 29.

43 Martin Dumermuth, BS-Kommentar Rz 8, Satz 2 zu Art. 93 BV; vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zur Totalrevision des RTVG von 2002 (Ziffer 1.3.5.3.3) unter dem Titel: «Grenzen für nicht konzessionierte Tätigkeiten»:

44 Martin Dumermuth, FS Weber S. 688 f.

45 Dazu Felix Uhlmann, BS-Kommentar, Rz 4 und 9 zu Art. 94 BV. Differenzierend zur Tragweite von Art. 94 BV Klaus A. Vallender, SG-Kommentar Rz 15 ff. zu Art. 94.

46 In diesem Sinn schreibt Martin Dumermuth: Es obliege behördlicher Abwägung, wie viele Nachteile anderen Medienträgern zugemutet werden können, um die verfassungsrechtlichen Ziele für R+F zu erreichen. Andererseits sei Art. 93 Abs.4 jedenfalls «keine Aufforderung zur Strukturhaltung und zur Abschottung etablierter Mediengattungen gegenüber Konkurrenz»; Martin Dumermuth, BS-Kommentar, Rz 41 zu Art. 93 BV FN 36.

47 Auch in der Lehre wird dieses Grundsatzproblem kontrovers behandelt. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht § 18 Rz. 57 schreiben: «Die Wirtschaft ist prinzipiell staatsfrei»; Thomas Poledna, Gutachten Rz 162 bezeichnet diese Position als zu restriktiv, unter Bezugnahme auf die Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts. Gemäss Felix Uhlmann BS-Kommentar Rz. 2 zu Art. 94 BV kann das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit am ehesten als «Grundnorm der schweizerischen Wirtschaftsordnung bezeichnet werden, nicht im Sinne einer unverrückbaren Fundamentalnorm, sondern vielmehr als Massstab und Bezugspunkt weiterer Verfassungsbestimmungen.». Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. Basel 2016 halten fest: «Die BV enthält kein explizites Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem. Eine Bestimmung, die (...) ein bestimmtes Modell oder System festschreiben würde, fehlt. Eine Charakterisierung der Wirtschaftsverfassung ergibt sich erst aus einer Gesamtschau und Gewichtung der verschiedenen wirtschaftsbezogenen und -relevanten Normen der Wirtschaftsverfassung. (...) Bei der Deutung der Grundelemente der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist die ganze Verfassung im Auge zu behalten und nicht nur auf einzelne wichtige Bestimmungen abzustellen.» Rz 3165 und Rz 3168.

47 Franz Zeller/Martin Dumermuth, Rz 41 zu Art. 93 BV.

48 Zum heutigen Stand der verfassungsrechtlichen Diskussion über die konstitutive Dimension der Grundrechte siehe statt vieler Waldmann BS-Kommentar, ad Art. 35 Rz 9 – 11 und Dumermuth, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in FS Rolf H. Weber, Bern 2011 S. 667 ff.

49 Als Beispiel diene der Informationsauftrag des Bundesrates gemäss Art. 180 Abs.2 BV.

50 Martin Dumermuth, FS Weber, S. 686.

ist dabei – neben dem *Recht des Einzelnen* auf Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung – das *Recht des Publikums* auf angemessene Information und auf ein vielfältiges Angebot zur Meinungsbildung in politischen und kulturellen Bereichen,⁵¹ auch in den öffentlichen elektronischen Medien. Solche gesellschaftlich-kommunikative Anliegen haben zum heutigen rechtlichen Regime im Bereich der elektronischen Massenmedien geführt, wie es insbesondere in den Artikeln 17 und 93 BV heute Ausdruck findet; das in Art. 93 BV konstituierte System der elektronischen Medien konsumiert aber nicht gleichsam die Grundrechte, auf deren Entfaltung es angelegt ist (namentlich Art. 16 und 17 BV), sondern die Kommunikationsgrundrechte können innerhalb der so gestalteten Medienverfassung unmittelbar als Individualrechte weiter wirksam werden. Darum hat das Bundesgericht jedenfalls für den Werbebereich eine gewisse Bindung der SRG an die individuelle Meinungsfreiheit anerkannt,⁵² und darum ist nach der Rechtsprechung des EGMR mit Art. 10 EMRK auch ein individuelles Recht auf Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen gewährleistet, ein Recht, das allerdings nicht absolut zu verstehen, sondern etwa wie der Gebrauch des öffentlichen Grund und Bodens für meinungsbildende Veranstaltungen, nur «bedingt» zugesichert ist.⁵³ Auch dem einzelnen Medienschaffenden, z.B. einem Redaktor der SRG, steht die individualrechtliche Medienfreiheit für seine Tätigkeit innerhalb von Radio und Fernsehen zu.⁵⁴

30 Die *individuelle Wirtschaftsfreiheit* wird relevant, wo keine verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Sonderregelungen aus einem in Verfassung oder Gesetz umschriebenen bestimmten öffentlichen Interesse massgeblich sind, also z.B. für den nicht konzessionierten, nicht gebührenfinanzierten Teil der SRG, wo die SRG in Konkurrenz zu anderen Anbietern steht⁵⁵. Art. 29 RTVG ist gesetzliche Grundlage für diese nicht konzessionierten, ‚freiwilligen‘ Tätigkeiten, zu deren Vornahme die SRG berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Das Gesetz sorgt in diesem Bereich selbst für eine gewisse Berücksichtigung der Wirtschaftsfreiheit, indem sein Art. 29 Abs. 1 RTVG dem Gebot der Wettbewerbsneutralität entgegen kommt.⁵⁶ Die Bestimmung sieht eine Meldepflicht der SRG für nicht konzessionierte Tätigkeiten vor, «welche die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen beeinträchtigen könnten» und sieht für den Fall, dass eine erhebliche Beschränkung des Entfaltungsspielraums anderer Medienunternehmen festgestellt wird, verschiedene Massnahmen des UVEK vor, so etwa besondere Auflagen zur getrennten Rechnungsführung für beide Sparten der SRG oder sogar ein Verbot entsprechender Tätigkeit der SRG. Damit wird der Gefahr begegnet, dass etwa eine Querfinanzierung die Wirtschaftsneutralität in Frage stellen könnte. Auch für die Gefahr eines Missbrauchs unternehmerischer Tätigkeit ist das RTVG nicht blind: Art. 75 RTVG sieht Massnahmen des UVEK für den Fall vor, dass eine im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet. Vor einer Massnahme ist ein Gutachten der Wettbewerbskommission einzuholen.

51 dazu statt vieler Franz Zeller/Martin Dumermuth, BS-Kommentar Rz 6 zu Art. 93.

52 BGE 139 I 306; im Urteil wird auch auf den (geringeren) Einfluss der individuellen Meinungsfreiheit auf den redaktionellen Bereich Bezug genommen wird. (E 2 und 3). Nach Meinung des Gutachters war nicht nötig, die Tätigkeit der SRG als «staatliche Aufgabe» zu charakterisieren, die Grundrechtsbindung hätte auch schlicht dem Abs. 1 des Art. 35 entnommen werden können.

53 Belege bei Franz Zeller/Martin Dumermuth, BS-Kommentar Rz 38 zu Art. 93 BV mit weiteren Hinweisen.

54 BGE 137 I 8; Franz Zeller/Regina Kiener BS-Kommentar, Rz 17 zu Art. 17 BV mit FN 71; vgl. ferner aaO Rz 21.

55 Dass die SRG auch im nicht konzessionierten Bereich de facto einen gewissen Vorsprung gegenüber privaten Anbietern hat, hält der Bundesrat auch in der Botschaft zur Totalrevision des RTVG 2002 in Ziffer 1.3.5.3.3 fest: «Dabei ist zu bedenken, dass die SRG auf dem freien Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrenten selbst dann Vorteile hat, wenn sie eine entsprechende Tätigkeit weder mit Gebührengeldern querfinanziert noch ihre starke Marktposition in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise (Art. 7 des Kartellgesetzes) missbraucht. Angesichts der Tatsache, dass die SRG dank der Gebührenfinanzierung eine für schweizerische Verhältnisse überragende Grösse erreicht, ein beachtliches Know-how erarbeitet und eine starke Marke aufgebaut hat, ist es für privatwirtschaftlich agierende Konkurrenten auch in Märkten ausserhalb der Veranstaltung von Programmen schwierig, sich gegenüber der SRG im Wettbewerb zu behaupten.»

56 Siehe dazu die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zur Totalrevision des RTVG von 2002 (Ziffer 1.3.5.3.3) unter dem Titel: «Grenzen für nicht konzessionierte Tätigkeiten»:

«Heute ist es üblich und angesichts der Verschmelzung verschiedener Märkte in Richtung Multimedia nicht vermeidbar, dass Radio- und Fernsehveranstalter ihr Tätigkeitsfeld über die eigentliche Veranstaltung von Programmen hinaus erweitern. Zu denken ist etwa an gewisse, nicht programmartig gestaltete Auftritte im Internet und E-Commerce-Angebote sowie Bestrebungen, Leistungen für Dritte – beispielsweise im Bereich Film – auf dem freien Markt anzubieten. Dies führt zu neuen Konkurrenzsituationen (...). So trifft beispielsweise die SRG heute im Online-Bereich auf Verleger und andere Inhaltsanbieter als Konkurrenten und bietet in diesem neuen Markt eigene Leistungen an. Solche Bestrebungen können durchaus sinnvoll sein, um eine effiziente Auslastung der teuren Infrastruktur und eine sinnvolle Zweitnutzung von aufwändig produzierten Inhalten zu gewährleisten.

Die unternehmerische Freiheit der SRG darf allerdings nicht absolut gesetzt werden, sondern ist mit den legitimen Interessen der anderen, nicht mit Gebühren finanzierten Marktteilnehmer in ein Gleichgewicht zu bringen. Dies gebietet auch Artikel 93 Absatz 4 der Bundesverfassung, wonach bei der Gestaltung der Rundfunkordnung auf die Stellung und Aufgabe anderer Medien Rücksicht zu nehmen ist.»

5. Bedeutung des Prinzips der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs.2 BV

Anzuknüpfen ist hier an das oben angesprochene Problem des «weniger verbindlichen Gehalts» des grösstmöglichen Wettbewerbs⁵⁷. In der Lehre wird in ähnlicher Weise auch vertreten, dass der Gesetzgeber – neben dem individualrechtlichen – auch den sog. programmatischen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit und «die Auswirkungen seiner Tätigkeit auf den freien Wettbewerb» in jedem Fall im Auge haben sollte⁵⁸. Diese Forderung muss auch im Bereich der elektronischen Medien gelten. 31

Wie ist eine solche Berücksichtigungspflicht juristisch zu bewältigen? Zur juristischen Klärung, wie weit ganz generell wirtschaftliches Handeln Privater durch staatliche Regulierung rechtlich oder faktisch beschränkt werden darf, trägt das **Verhältnismässigkeitsprinzip** bei. Es wird als eines der grundlegendsten Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung betrachtet. Es gilt für die sog. Eingriffs- wie die Leistungsverwaltung. Es beschränkt einerseits die Möglichkeit von Eingriffen in Grundrechte (Art. 36 BV) und dient andererseits als umfassendes Rechtsstaatsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV. Dieses greift auch dort, wo es nicht um Grundrechtsbeschränkungen geht. Es findet also z.B. Anwendung, wo das Individualrecht oder das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit wegen der Ausnahmen des Art. 94 BV nicht zum Zug kommt. In unserem Zusammenhang bedeutet es, dass auch das Verfassungsziel des Art. 93 Abs. 2 BV (nämlich durch qualifizierte Information und pluralistische Auseinandersetzung den besonderen politischen und kulturellen Bedürfnissen der demokratischen, vielsprachigen und multikulturellen Schweiz gerecht zu werden) nicht mit beliebigen, sondern nur mit angemessenen Mitteln verfolgt werden darf. Der Verfassungsgeber ist dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit schon dadurch entgegengekommen, dass er der umfassenden Bundeskompetenz in Art. 93 BV die Leitlinien folgen liess, an Hand derer die Kompetenz ausgeübt werden sollte. Der umsetzende Gesetzgeber ist seinerseits an das Proportionalitätsprinzip gebunden, wie es in Art. 5 Abs. 2 BV als eine Grundlage unseres Staatswesens festgehalten wird. Die Frage, die sich unter diesem Gesichtspunkt stellt, ist nicht, ob privaten Veranstaltern ein hinreichender Wirkungsspielraum innerhalb des mit Leistungsaufträgen organisierten elektronischen Massenmediensystems verbleibe, sondern die verfassungsrechtliche Frage lautet, ob das von Art. 93 BV geforderte Konzept eines Service public adäquat, zielkonform konzipiert sei und den Tätigkeitsspielraum privater Veranstalter nicht ungebührlich, eben unverhältnismässig, einschränke oder ausschliesse⁵⁹. 32

Verhältnismässigkeit setzt stets zwei sich gegenüberstehende Rechtsgüter voraus, die miteinander in bestmögliche Übereinstimmung gebracht werden sollen⁶⁰. Auf der einen Seite stehen hier der verfassungsrechtliche und gesetzmässige Auftrag der SRG, auf der anderen jene hohe Bewertung privater Wirtschaftstätigkeit, die das liberale System der Schweiz grundsätzlich kennzeichnet. Die geforderte Abwägung richtet sich nicht nach den strengen Regeln der Einschränkung von Freiheitsrechten (Art. 36 BV), da Art. 93 BV implizit Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit⁶¹ zulässt, die nicht nach den Kriterien des Art. 36 BV, sondern nach dem Grundsatz des Art. 5 Abs. 2 BV zu beurteilen sind. 33

Lehre und Praxis in der Schweiz haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip ausserhalb der Eingriffsverwaltung allerdings bis heute wenig prägnante Konturen gegeben⁶². 34

Die Sicherstellung der geforderten Verhältnismässigkeit bleibt darum zu allererst eine politische Aufgabe, die nicht im wirtschaftlichen, sondern im politischen Wettbewerb ausgetragen werden muss. «Die Frage, welche gesetzgeberische Lösung den Verhältnissen angemessen ist, dürfte in erster Linie eine politische Wertungsfrage sein.»⁶³ Die Leitplanken stellt die Verfassung zur Verfügung, ganz besonders mit dem programmatischen Teil⁶⁴ relevanter Grundrechte (Art. 16 f. 27, 94 BV) und dem Leistungsauftrag des Art. 93 Abs. 2 BV. Dass sich die Politik dabei auch von geschichtlichen Erfahrungswerten, gesellschaftlichen und politischen Grundvorstellungen, politologischen und technischen Erkenntnissen leiten lassen muss, ist selbstverständlich. 35

Allerdings stellt die Verhältnismässigkeit selbst kein Grundrecht dar, das justiziabel wäre⁶⁵; es muss dennoch 36

57 Felix Uhlmann, BS-Kommentar, Rz 4 und 9 zu Art. 94 BV.

58 Felix Uhlmann, BS-Kommentar Rz 9 zu Art. 94 BV.

59 Interessant ist ein Vergleich mit Artikel 5 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit. Nach diesem Grundsatz dürfen die Maßnahmen der Union nicht über das zur Erreichung der Ziele erforderliche Maß hinausgehen. Mit anderen Worten: Die Tätigkeiten der EU müssen beschränkt sein auf das, was notwendig ist zur Erreichung der Ziele der EU; Inhalt und Form einer Aktion «must be in keeping with the aim pursued.»

60 Astrid Epiney, BS-Kommentar Rz 69 zu Art. 5 BV.

61 Statt vieler Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen, 2011, S. 494.

62 Vgl. Astrid Epiney, BS-Kommentar, Rz 68 mit FN 93 ad Art. 5 BV.

63 Benjamin Schindler, SG-Komm. zu Art. 5 BV Rz 50.

64 Zu den verschiedenen Bedeutungsschichten der Grundrechte siehe statt vieler Waldmann, BS-Kommentar, 2015 Rz 4 ad Art. 35.

65 Anderes gilt, wenn Individualrechte beeinträchtigt werden z.B. der aus Art. 27 BV fliessende Grundrechtsanspruch. Hier findet Art. 36 BV Anwendung.

bei der konkreten Ausgestaltung auch mittelbarer Staatstätigkeit beachtet werden in Gesetzgebung und Gesetzesanwendung.

- 37 Der Gesetzgeber hat denn auch beim Erlass des RTVG (auch im Sinne der Verhältnismässigkeit) auf die Wirtschaftsfreiheit des Art. 94 Abs. 1 BV insoweit Rücksicht genommen, als der Staat nur so weit in die private Wirtschaftsordnung eingreift, wie es zur Erfüllung des Leistungsauftrages der Verfassung notwendig erscheint. Dabei ging es vor allem darum, der SRG zu ermöglichen, sich im kleinen Schweizer Markt zu behaupten, damit gesamtschweizerisch der Leistungsauftrag nach Art. 93 Abs. 2 BV überhaupt gewährleistet werden kann⁶⁶. Der Regelung im RTVG liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass eine Marginalisierung der SRG gegenüber den kompetitiven privaten ausländischen Anbietern die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages gefährdet. Aus diesem Grund wählte der Gesetzgeber in der Folge auch ein asymmetrisches Modell und setzte das Schwergewicht auf die Konkurrenz im lokal-regionalen Bereich. Gleichzeitig ist es Dritten ohne Weiteres möglich (wenn auch ohne privilegierten Zugang zur Verbreitungsinfrastruktur), Radio- und Fernsehprogramme auch gesamtschweizerisch zu veranstalten. Einzige Voraussetzung ist, diese zu melden und die inhaltlichen Vorgaben nach Art. 4 RTVG einzuhalten.

III. Zu den ergänzenden Fragen der KVF

- 38 Im Auftrag der Kommission an die Verwaltung wird die Frage nach der Relevanz des Subsidiaritätsprinzips durch die zwei konkreten Fragen verdeutlicht:

1. «Wo liegt Marktversagen vor, das staatliches Eingreifen bzw. ein öffentliches Angebot rechtfertigt?»
2. «Was machen private Anbieter schon heute bzw. welche Leistungen könnten sie erbringen, wenn sie nicht mehr von der SRG konkurriert würden?»

- 39 Grundsätzlich liegt eine Schwierigkeit zur juristischen Beantwortung beider Fragen schon darin, dass sie sich undifferenziert sowohl auf den konzessionierten (und damit vom Leistungsauftrag auch der Verfassung) gedeckten Tätigkeitsbereich der SRG beziehen als auch auf den nicht konzessionierten (Art. 29 ff. RTVG) Teil. Während im ersten Bereich Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinne des Art. 94 BV möglich sind, steht die SRG im zweiten Teil ihrer Tätigkeit den Privaten wie ein Konkurrent gegenüber. Im Gutachten wird versucht, der Differenzierung Rechnung zu tragen.

- 40 ad 1:

Nach der BV wird für staatliche Regulierung im Bereich von Radio und Fernsehen nicht wie bei Tatbeständen des Kartellrechts im Wettbewerbsbereich⁶⁷ ein Marktversagen vorausgesetzt, sondern die Verfassung bestimmt in Art. 93 BV positiv ein öffentliches Interesse, das vom Bund mit adäquaten Mitteln z.B. durch Leistungsaufträge zu verfolgen ist und insoweit von der Geltung des Prinzips der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) ausgenommen wird. Dieses öffentliche Interesse ist als Grundlage der Gesetzgebung und ihrer Anwendung nicht zusätzlich durch den Nachweis eines Marktversagens und/oder einer faktischen oder angenommenen Wirkungsmöglichkeit privater Unternehmer zu belegen, der eine verfassungs- und gesetzeskonforme Tätigkeit der SRG in Frage stellen könnte. Nach dem allgemeinen Massstab der Verhältnismässigkeit ist bereits in Art. 93 Abs. 4 BV eine generelle Rücksichtnahme auf die privaten Medien angesprochen, die zunächst vom Gesetzgeber, dann auch im Rahmen der Gesetzesanwendung zu beachten ist.⁶⁸

- 41 Es liesse sich auch argumentieren, der Begriff des Marktversagens setze voraus, dass zunächst ein Markt besteht, dessen Wirkungen aber nicht befriedigen. Die Hauptzielsetzung der SRG liegt darin, nationale Fernseh- und Radioprogramme, sowie weitere elektronische Leistungen anzubieten mit dem Ziel, den politischen und kulturellen Zusammenhalt der Schweiz auch unter den Bedingungen eines mehrsprachigen und multikulturellen Kleinstaates sicherzustellen oder zu fördern. Es gab nie einen Markt, der solche nationalen Interessen zu befriedigen suchte. Seit ihrer Gründung im Jahr 1931 wurde von der SRG verlangt, dass sie mit ihren Programmen einen nationalen Service public bereitstelle, der sich am Gemeinwohl orientiert und neutral informiert. Es war von vornherein ein Projekt, das eine durch technologische Entwicklung entstandene Herausforderung bewältigen sollte. Die SRG ist also nicht auf Grund eines Marktversagens entstanden und kann und muss sich nicht aus einem solchen rechtfertigen,⁶⁹ sondern sie entwickelte sich und rechtfertigt sich aus technischen Gegebenheiten (früher Fre-

66 Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio- und Fernsehen vom 18. Dez. 2002, Ziffer 1.3.1.2 (Sicherung eines eigenständigen Service public durch die SRG), S. 1593 f.

67 Die Leistungen der SRG beziehen sich also nicht auf einen «Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen» im Sinne der Kartellgesetzes (Art. 5). Zum Verhältnis Kartellrecht – SRG siehe Marino Baldi, Fernsehen SRF und Wettbewerb – zur Rolle des Kartellgesetzes, in AJP 2015, S. 780-783.

68 Christoph Beat Graber/Thomas Steiner, SG-Kommentar zu Art. 93 Abs.4 RZ 26.

69 Es sei hier etwa auch auf das Votum Janiak im Ständerat verwiesen (Amtliches Bulletin SR 2016, S. 776). Er beurteilt es aus ökonomischer Sicht als zweifelhaft, dass mehrere gesamtschweizerische Angebote überhaupt überlebensfähig wären. Damit würde die

quenzknappheit) und staatspolitischen Bedürfnissen.⁷⁰ Gleichsam eine experimentelle Marktordnung zu errichten, um dann allenfalls ein Versagen oder Ungenügen des Marktes⁷¹ feststellen zu können, erscheint für einen so zentralen Bereich wie die staatliche Integration, die Schaffung oder Bewahrung tatsächlicher Voraussetzungen einer diskursiven Demokratie und des kulturellen Profils eines Landes als zu risikoreich.

ad 2.:

Die Beantwortung der Frage, welche Leistungen die privaten Anbieter bei Abbau der Konkurrenzierung durch die SRG leisten könnten, ist mit gleicher Vorsicht anzugehen. Pauschale oder wirtschaftsdogmatische Antworten sind hier nicht am Platz und empirische Untersuchungen zu den tatsächlichen oder virtuellen Wirkungsmöglichkeiten Privater im Auftragsbereich der SRG wären ein umfangreiches und aufwendiges Unternehmen, das wohl einer breiteren Abstützung als eines Kommissionsauftrags an die Verwaltung bedürfte.

Die Geschichte der Lokalradios zeigt im Übrigen, dass eine Art experimentellen Vorgehens in kleinen Schritten neue Erkenntnisse hervorbringen kann.⁷²

Auch gemäss dem Service-public-Bericht 2016 zeichnet sich für die Zukunft eine Weiterentwicklung des Rechts der elektronischen Medien ab. Neugestaltungen in diesem demokratisch und kulturell höchst sensiblen Gebiet sind jedoch immer auch hoch politische Fragen, die nicht allein nach dogmatischen Regeln der Marktwirtschaft gelöst werden können. Vorrangig zu berücksichtigen sind bei einer Beurteilung der gegenwärtigen wie zukünftig zu gestaltenden Position der SRG die Meinungsfreiheit als Recht der freien Äusserung, aber auch das Recht des Publikums auf qualitativ hochstehende Information und die Unentbehrlichkeit sachgerechter Darstellung der Ereignisse und vielfältiger meinungsbildender Inhalte, meinungsbildender Inhalte, aber auch auf Bildung, kulturelle Entfaltung und Unterhaltung wie sie Art. 93 BV verspricht.

Die Argumentationen des Postulanten Wasserfallen und der KVF gehen vermutlich davon aus, dass im Grunde doch das ganze System der elektronischen Massenkommunikation⁷³ den Grundsätzen des freien Wettbewerbs unterworfen sein, bzw. an ihm gemessen werden sollte, sodass die wesentlich *gebührenfinanzierte* SRG sozusagen pauschal wie ein Konkurrent *privaten* Veranstaltern gegenüberzustellen und ihr Marktanteil nach Wettbewerbsgrundsätzen zu bestimmen sei. Nur unter solchen Annahmen lässt sich nach Ansicht des Gutachters die der Verwaltung gestellte Aufgabe verfassungsrechtlich begründen, sie habe den Nachweis zu erbringen, dass die heutigen oder sich weiter entwickelnden Leistungen der SRG nicht auch rein privatwirtschaftlich gleichwertig erbracht werden könnten oder bereits erbracht würden. Eine solche Analyse mag politisch begründet sein, sie kann aber nicht mit geltenden verfassungsrechtlichen Imperativen gefordert werden. Zudem erscheinen die Relevanz und der Wert einer solchen durch Experimente oder durch Modellrechnungen ermittelten Analyse fraglich, wenn entscheidungsrelevante und – gegenüber der Verfassung und der Politik – verantwortbare Resultate erwartet werden.

Sieht man also hinter der an Bundesrat und Verwaltung gestellten Anfrage nicht ein verfassungsrechtliches, das heisst durch Art. 5a oder Art. 94 BV begründetes Begehren, sondern primär ein staatspolitisches Anliegen, ist diesem durch politische Auseinandersetzung zu begegnen. Ihre Positionen sind nicht durch die Verfassung determiniert, obschon sie den verfassungsrechtlichen Rahmen beachten muss. Medienpolitik hat sich selbstverständlich neben der verfassungsrechtlichen Grundordnung auch von geschichtlichen Erfahrungswerten, gesellschaftlichen und politischen Grundvorstellungen, politologischen und technischen Erkenntnissen leiten zu lassen.

IV. Ergebnis

Die Ordnung der öffentlichen elektronischen Medien ist kein isolierter Rechtsbereich, der einer Eigengesetzlichkeit folgen würde. Das Medienrecht ist eingebettet in den Gesamtrahmen der Verfassungsordnung. Wichtige Richtpunkte sind die Kompetenzordnung (namentlich Art. 93 BV) und die Grundrechte⁷⁴. Die allgemeinen Prinzipien des Art. 5 BV wie das Gebot der Verhältnismässigkeit, das Legalitätsprinzip oder die Bindung jeden staatlichen Handelns an öffentliche Interessen bestimmen auch das Recht der elektronischen Medien.

Art. 5a BV (Subsidiarität) ist ein bundesstaatlicher Grundsatz und entfaltet im Bereich von ‚Radio, Fernsehen

Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrages in hohem Masse gefährdet.

⁷⁰ Anders verlief die Rundfunkentwicklung in den USA. Sie war von Beginn weg dem Markt überlassen. Damit bildet das US-amerikanische Radio- und TV-System bis heute den marktwirtschaftlichen Gegenpol zu den meisten europäischen, stark regulierten Systemen, die sich vielfach am Vorbild der British Broadcasting Corporation (BBC) orientierten. Die BBC wurde 1922 gegründet. Für den staatlich regulierten Radiobetrieb wurde ein Monopol mit Service public-Auftrag und Werbeverbot vorgesehen. Service public - Bericht 2016 Ziffer 2.1.

⁷¹ René Rhinow et al., § 27 Rz 2 und § 15 Rz 44 und 46, § 4 Rz 85.

⁷² Der Bundesrat ermöglichte mit der Verordnung über lokale Rundfunk-Versuche vom 7. Juni 1982 erstmals private Lokalradios in der Schweiz. Die Privatradios konnten sich in den Folgejahren als Ergänzung der SRG im Nahbereich etablieren.

⁷³ ausgenommen vielleicht der Garantie einer hochqualifizierten Information, der Bereitstellung von Grundlagen demokratischer Meinungsbildung oder einer zielgerichteten Förderung des nationalen Zusammenhalts.

⁷⁴ insbesondere Art. 16, 17, 27, 93 und 94 BV, ferner Art. 10 EMRK.

und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Kommunikation' keine Wirkung, da dem Bund eine abschließende und umfassende Kompetenz zukommt⁷⁵. Es bezieht sich auch nicht auf das Verhältnis Staat-Private. In den parlamentarischen Debatten zur NFA, in deren Rahmen Art. 5a BV beschlossen wurde, war das Prinzip der Subsidiarität als bundesstaatlicher Grundsatz kaum umstritten. Diskutiert wurde seine Platzierung und insbesondere sein Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen über die Abgrenzung der Kompetenzen von Bund und Kantonen in Art. 42 ff. BV. Ein Grund für die Aufnahme in die Allgemeinen Bestimmungen der BV war, dass Subsidiarität auch für das Verhältnis Kanton-Gemeinde wegleitend sein könne, und die Nähe zu Art. 6 BV war manchen erwünscht wegen des Prinzips der Selbsthilfe, das in beiden Bestimmungen zum Ausdruck komme. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a BV wird von der überwiegenden Lehre als nicht justiziabel bezeichnet⁷⁶.

49 Aus den allgemeinen Grundsätzen der Marktwirtschaft kann keine Regel abgeleitet werden, wonach der Staat – weder als Leistungserbringer noch als Gewährleistungsstaat – bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und innerhalb des darin anvisierten öffentlichen Interesses nur tätig sein dürfe, wenn entweder Marktversagen vorliegt (ein Tatbestand, der vor allem im Kartellrecht relevant wird) oder nachgewiesen wird, dass Private die entsprechenden Leistungen ebenso gut erbringen könnten. Grenzen der öffentlichen Tätigkeit der SRG bestehen dort, wo im nicht konzessionierten Teil die privaten Tätigkeiten Dritter geradezu verdrängt würden, aber noch nicht dort, wo durch Konkurrenz der privaten Unternehmerschaft Tätigkeit oder Expansion erschwert wird. Der Abgrenzung konzessionierter und übriger wirtschaftlicher Tätigkeit der SRG sind im Gesetz verschiedene Bestimmungen⁷⁷ gewidmet, die eine Ausschaltung privaten Wettbewerbs – etwa durch Quersubventionierung der ausserhalb des Service public liegenden Tätigkeit – verhindern sollen.

50 Als leitendes Verfassungsprinzip zur Frage der legitimen Wirkung und Ausdehnung der SRG ist das Verhältnismässigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 2 BV zu betrachten. Es verlangt ein zielgerichtetes, zweckhaftes Vorgehen des Gesetzgebers, wo immer er ein öffentliches Interesse konkretisiert.

75 Dazu insbesondere Martin Dumermuth, Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, in ZBI 117/2016 S. 335.

76 Besonders kritisch zur Aufnahme von Art. 5a in die BV äusserte sich René Rhinow: Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5a «täuscht etwas vor, was in der Verfassungspraxis nicht einzulösen ist. Insofern widerspricht es den Geboten der Verfassungsklarheit und Verfassungswahrheit.» René Rhinow, Ausgewählte Schriften, Basel 2016, S. 568 (prov. Paginierung).

77 Art. 25 Abs. 5 und Abs.6, ferner Art. 35 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 RTVG.

Hinweise auf abgekürzt zitierte Literatur

- Baldi Marino, Fernsehen SRF und Wettbewerb, AJP 2015 S. 718-721
- Epiney Astrid*, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Rapports suisses présentés au Congrès XIVe international de droit comparé, Zürich 1994 20 ff.
- Dumermuth Martin, Rundfunkrecht, in Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweiz. Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996
- Dumermuth Martin, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR 2006 I S. 229 ff
- Dumermuth Martin, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in Rolf Sethe et. al. FS für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 667 ff.
- Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. München 2016, S. 387
- Müller Georg/Vogel Stefan*, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung und Verbreitung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben, RG OSS Fassung vom 26.3.14, einsehbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37015.pdf>
- Müller Jörg Paul/Martin Looser, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit, medialex 2000, S. 13 ff.
- Basler-Kommentar zur Bundesverfassung hrsg. von Waldmann/Belser/Epiney, Basel 2015
- St.Galler Kommentar zur Bundesverfassung hrsg. von Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2014
- Müller Jörg Paul/Markus Schefer/ Franz Zeller, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008 S. 482 - 541
- Poledna Thomas*, Gutachten zu Handen des Kantons Bern zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern erstattet von Prof. Dr. iur. Thomas Poledna, Prof. Dr. Simon Schlauri, MLaw Samuel Schweizer, vom 18. August 2016, einsehbar unter http://www.be.ch/portal/de/index/mediencenter/medienmitteilungen.assetref/dam/documents/FIN/KAIO/de/2_Informatik_Hilfs_mittel_Divers/Gutachten%20zu%20OSS%20im%20Kanton%20Bern.pdf
- Rhinow René/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Basel 2011
- Richli Paul*, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 676;
- Richli Paul*, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 1998/II, S. 139 – 316.f., 295 ff.;

Zusammenfassung Das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5a BV ist ein bundesstaatlicher Grundsatz und entfaltet im Bereich von Radio, Fernsehen und anderen Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Kommunikation keine Wirkung. Es bezieht sich nicht auf das Verhältnis Staat-Private. Aus den allgemeinen Grundsätzen der Marktwirtschaft kann keine Regel abgeleitet werden, wonach der Staat – weder als Leistungserbringer noch als Gewährleistungsstaat – bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und innerhalb des darin anvisierten öffentlichen Interesses – nur tätig sein dürfe, wenn entweder Marktversagen vorliegt oder nachgewiesen wird, dass Private die entsprechenden Leistungen nicht ebenso gut erbringen könnten. Grenzen der öffentlichen Tätigkeit der SRG bestehen dort, wo im nicht konzessionierten Teil die privaten Tätigkeiten Dritter geradezu verdrängt würden, aber noch nicht dort, wo durch Konkurrenz der privaten Unternehmerschaft Tätigkeit oder Expansion erschwert wird. Als leitendes Verfassungsprinzip zur Frage der legitimen Wirkung und Ausdehnung der SRG ist das Verhältnismässigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 2 BV zu betrachten.

Andreas Meili, Dr. iur., Rechtsanwalt, Meili Pfortmüller, Zürich

Medien im Spannungsfeld zwischen Justizöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz

Die Analyse der Rechtsprechung zum Thema Justiz- und Verhandlungsöffentlichkeit zeigt, dass sich das Bundesgericht für eine konsequente Transparenz in diesem Bereich ausspricht*

Résumé Pour la garantie de la transparence des procédures juridiques et pour l'encouragement de la confiance envers la juridiction, les médias ont une grande importance. Dans des procès, il y a souvent des intérêts contradictoires d'une pluralité des acteurs qui sont concernés pourquoi l'étendu de la protection de la transparence de la justice est complexe. Les tribunaux sont certes obligés dans le cas individuel de prendre des mesures nécessaires pour protéger les droits touchés des participants d'un procès de manière raisonnable. Dans la mesure où de telles mesures se dirigent vers des chroniqueurs judiciaires ils sont contraires à la liberté d'opinion et de médias car ils ne peuvent pas exercer leur fonction en tant que gardien ou seulement de manière limitée. Des tensions sont dès lors inévitables. L'auteur montre comment de la part des organes de la justice ils doivent être traité et comment ils peuvent être surpassés.

I. Einführung

Einleitend sei auf einen Kommentar von Martin W. Huff verwiesen. Huff, von Beruf Rechtsanwalt und Journalist sowie Co-Geschäftsführer und Pressesprecher der Kölner Anwaltskammer, verfasste seinen Kommentar als Gastbeitrag für eine Tagung des österreichischen Justizministeriums. Der Titel lautet: Justiz und die Medien – die Justiz muss sich den Herausforderungen stellen¹. Huff führt darin aus:

„Die Justiz und die Medien: Dies ist immer noch ein schwieriges Verhältnis. Denn beide Seiten wissen oft nicht, wie sie miteinander umgehen sollten und umgehen müssen. Jeder Richter und Staatsanwalt hat sofort Beispiele parat, in denen etwas schiefgegangen ist, aus welchen Gründen auch immer.“

„Aus der Sicht der Medien wirkt die Justiz oft als monolithischer Block. Der Justiz wird gerne unterstellt, nicht objektiv zu arbeiten, keine Informationen zu erteilen und sich hinter Geheimhaltungsvorschriften zu verstecken.“

„Auf der anderen Seite muss die Justiz erkennen, dass sie zunehmend im Fokus der Öffentlichkeit steht. Zudem gibt es Tendenzen, insbesondere die Strafjustiz für die eigenen Zwecke einzuspannen und eigene Ziele mittels einer Strafanzeige etc. zu verfolgen.“

„Auf diese Entwicklungen muss die Justiz reagieren. Sie muss dies als Chance erkennen, die eigene Arbeit der Öffentlichkeit zu erklären.“

„Inhaltliches Anliegen der Medienarbeit muss es sein, ein umfassendes Bild der Justiz zu vermitteln und dabei die Unabhängigkeit der Justiz zu fördern und der Bevölkerung die Bedeutung zu erläutern. Die Justiz muss von sich aus selbstbewusst und offen auftreten.“

* Dieser Aufsatz basiert auf einem Vortrag des Autors vom 11. November 2016 vor dem Zürcher Juristenverein

1 Siehe

www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/aktuelles/2011/justiz_und_die_medien_die_justiz_muss_sich_den_herausforderungen_stellen_gastkommentar~2c94848525f84a6301328cb0337858d2.de.html.

II. Funktion und Bedeutung der Medien

1. Besondere Stellung der Medien

Im Zentrum des Themas stehen die Medien. Deshalb sollen hier kurz die grundlegende Funktion und Bedeutung der Medien in unserer Gesellschaft in Erinnerung gerufen werden, wie sie vom Bundesgericht bereits 1911 beschrieben worden sind (vgl. BGE 37 I 388). Danach verfolgt die Presse den Zweck, „dem Leser bestimmte, die Allgemeinheit interessierende Tatsachen zur Kenntnis zu bringen, ihn über politische, ökonomische, wissenschaftliche, literarische und künstlerische Ereignisse aller Art zu orientieren, über Fragen von allgemeinem Interesse einen öffentlichen Meinungs austausch zu provozieren, in irgend einer Richtung auf die praktische Lösung eines die Öffentlichkeit beschäftigenden Problems hinzuwirken, über die Staatsverwaltung und insbesondere über die Verwendung der öffentlichen Gelder Aufschluss zu verlangen, allfällige Missbräuche im Gemeinwesen aufzudecken, usw.“

Der Begriff «Presse» ist aus heutiger Sicht natürlich viel zu eng gefasst und steht nunmehr stellvertretend für alle Mediengattungen, also auch – in der Reihenfolge ihrer Entstehung – für das Radio, das Fernsehen, das Internet und andere Kanäle der Verbreitung von publizistischen Inhalten. In diesem, verbreitungstechnisch umfassenden Sinne nehmen die Medien eine *Wächterfunktion*, die im Rahmen des demokratischen Diskurses die Grundlage für eine Auseinandersetzung und kritische Reflexion von staatlichen Entscheidungen und Handlungen bildet, sowie eine *Mittlerstellung* zwischen Staat und Bürgern wahr². Die Wahrnehmung dieser Funktionen ist verfassungsrechtlich durch die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) und die Medienfreiheit (Art. 17 BV) und auf der supranationalen Ebene durch Art. 10 EMRK garantiert. Gemäss Art. 10 Abs. 1 EMRK gilt:

„Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. (...)“

2. Berücksichtigung divergierender Interessen

Diese Grundrechte gelten jedoch nicht absolut und haben mitunter nur programmatischen Charakter haben. Wie weit diese Grundrechte gehen bzw. wo ihre Schranken liegen, beschreibt Art. 10 Abs. 2 der EMRK auf anschauliche und zugleich interessante Weise:

„Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

Zwei Aspekte aus dieser Aufzählung sind besonders zu betonen:

- Einschränkungen sind nur zulässig, sofern sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind;
- Einschränkungen sind zulässig, wenn sie dem Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer dienen.

Die Möglichkeit, die Medienfreiheit gegenüber staatlichen, d.h. hoheitlichen, Entscheidungen und Handlungen des Staates einzuschränken, ist also im Grundsatz bereits im Rahmen der Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK vorgegeben, und zwar gleichgültig, um welche staatliche Gewalt (Legislative, Exekutive oder Judikative) es geht. Für den hier interessierenden Bereich der Justiz folgt das unter dem Titel «Recht auf ein faires Verfahren» ganz konkret auch aus Art. 6 Abs. 1 EMRK:

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn un-

² Nobel/Weber, Medienrecht, 3. A., Bern 2007, 1. Kap., Rz 19. Das Bundesgericht spricht von einer *Brückenfunktion* (BGE 129 III 532).

ter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.“

Damit sind dem Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit bereits konventionsrechtlich erhebliche *Schranken* ⁷ gesetzt. Bevor diesen näher auf den Grund gegangen wird, ist zuerst der Gehalt des Öffentlichkeitsprinzips im Justizwesen näher auszuleuchten.

III. Grundsatz der Justiz- und Verfahrensöffentlichkeit nach Schweizer Recht

1. Zweck

Nach Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BV sind Gerichtsverhandlungen und die Urteilsverkündungen grundsätzlich öffentlich. ⁸ Damit soll, parallel zu Art. 6 Abs. 1 EMRK³, jede Form von Kabinetts- und Geheimjustiz verhindert und stattdessen Transparenz gerichtlicher Verfahren gewährleistet und Vertrauen in die Gerichtsbarkeit geschaffen werden (vgl. BGE 122 V 51 f.).

Das Öffentlichkeitsprinzip bezieht sich auf die Partei- wie auch auf die Publikums- und Medienöffentlichkeit ⁹ (sog. Gerichtsberichterstattung)⁴. Das Öffentlichkeitsprinzip erweist sich aber angesichts *unterschiedlicher Ausrichtungen und gegenläufiger Interessen* einer Mehrzahl von Akteuren (Parteien, Opfer und Geschädigte, interessierte Dritte und Medien) als vielschichtig. Denn die Öffentlichkeit kann zum Schutz der Prozessbeteiligten die Verfahrensfairness fördern, gleichzeitig aber auch deren Persönlichkeits- und Geheimhaltungsrechte beeinträchtigen. Dem auf Verfahrensfairness und Transparenz der Rechtspflege ausgerichteten Öffentlichkeitsgrundsatz stehen zudem gewisse Interessen der Rechtspflege gegenüber, da die Verfahrensökonomie und Verfahrensdauer negativ beeinflusst werden können, gewisse Verfahren für eine öffentliche Verhandlung ungeeignet sind und ggf. eine Sitzungspolizei bestellt werden muss etc.⁵. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass sich das Interesse an öffentlichen Verhandlungen im Laufe des gerichtlichen Instanzenzugs wandelt, so dass es in der Praxis nicht leicht ist, im konkreten Fall den Anspruch auf öffentliche Verhandlungen und die Meinungs- und Informationsfreiheit angemessen zu tragen zu bringen. Dies ist auch deshalb besonders schwierig, da im Rahmen von Gerichtsverhandlungen häufig verschiedene Grundrechte kollidieren, da ja nicht nur die Interessen der Medien durch die sog. Kommunikationsgrundrechte konventions- und verfassungsrechtlich geschützt sind, sondern auch die Interessen der Prozessbeteiligten. Als Beispiele können Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 10 BV (Recht auf Leben und persönliche Freiheit) und Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) genannt werden.

Es erstaunt deshalb nicht, dass es bisher weder der Rechtsprechung noch der Doktrin gelungen ist, in Abwägung ¹⁰ all dieser Elemente einfache und klare Kriterien für die Handhabung des Öffentlichkeitsprinzips bei Gerichtsverhandlungen herauszubilden⁶.

2. Schutzzumfang des Grundsatzes der Verhandlungsöffentlichkeit

Im Sinne einer kurzen Übersicht kann der Schutzzumfang des Grundsatzes der Verhandlungsöffentlichkeit ¹¹ wie folgt zusammengefasst werden⁷:

a) Der Grundsatz der Verhandlungsöffentlichkeit gilt nur für *gerichtliche* Verfahren, also für Verfahren vor ¹² ordentlichen Gerichten, Rekurskommissionen und Fachgerichten. Ausgeschlossen sind damit Verfahren vor Administrativbehörden⁸ und Rechtssetzungsorganen⁹ sowie die praktisch immer bedeutsameren Strafbefehlsverfahren¹⁰. Ausgeschlossen sind aber Strafverfahren gegen Jugendliche¹¹ sowie Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht¹² und aufgrund der Schiedsabrede schliesslich auch Verfahren vor Schiedsgerichten¹³.

b) Umstritten ist, ob der Grundsatz der Verhandlungsöffentlichkeit – analog Art. 6 Abs. 1 EMRK – nur für Zi-

³ Siehe auch Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II.

⁴ Nobel/Weber, a.a.O., 2. Kap., Rz 31.

⁵ Siehe dazu Steinmann, St. Galler Komm. zu Art. 30 BV, 3. A., St. Gallen 2014, Rz 43, 48.

⁶ Siehe zu diesem Befund namentlich Steinmann, a.a.O., 48.

⁷ Siehe dazu Steinmann, a.a.O., Rz 49 m.H.

⁸ Möglich sind aber Einsichtnahmen und Auskünfte nach Art. 6 BGÖ.

⁹ Vgl. BGE 1A_310/2000, Erw. 3b.

¹⁰ Vgl. Art. 69 Abs. 3 lit. d StPO.

¹¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 JStPO.

¹² Art. 69 Abs. 2 lit. b StPO.

¹³ Vgl. BGE 4A_612/2009, Erw. 4.1.

vil¹⁴ und Strafverfahren¹⁵ oder auch für Verfahren vor Verwaltungsgerichten gilt. Gemäss Art. 40 VGG wird eine öffentliche Parteiverhandlung lediglich für den Bereich der sog. Zivil- und Strafsachen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK angeordnet. Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BV differenziert jedoch nicht nach *Rechtsgebieten* und erheischt damit umfassende Anwendung, mitunter also auch für Verfahren vor Verwaltungsgerichten. Ein grosser Teil der Lehre geht deshalb – entgegen der Praxis des Bundesgerichts¹⁶ – davon aus, dass Art. 40 Abs. 1 VGG nicht im Einklang mit Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BV stehe und keinen quasi «öffentlichkeitsfreien Raum» für bestimmte Rechtsgebiete schaffe¹⁷.

c) Dem Öffentlichkeitsprinzip unterworfen sind ferner nur die (*Haupt-*)*Verhandlung und Urteilsverkündung*¹⁸, 13 nicht aber das Vorverfahren¹⁹, das bereits erwähnte Strafbefehls- und Ordnungsbussenverfahren sowie im Grundsatz auch die Beratung des Gerichts²⁰, soweit die jeweilige Verfahrensordnung sie nicht explizit als öffentlich erklärt²¹.

d) Rein verfassungs- bzw. konventionsrechtlich spielt die Verhandlungsöffentlichkeit im *Rechtsmittelverfahren* 14 nicht, falls sie *in erster Instanz gewährt* worden ist. Es gilt der aus der Praxis zu Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitete Grundsatz, dass die *Verhandlungsöffentlichkeit nur einmal* zu gewähren ist²². Diesem Grundsatz liegt die Überlegung zugrunde, dass die Verhandlungsöffentlichkeit primär bei der Tatsachenfeststellung von Bedeutung ist, die wegen der beschränkten Kognition der Rechtsmittelinstanzen bei den ersten und unteren Instanzen grösseres Gewicht hat. In inhaltlicher Hinsicht folgt daraus, dass bei unteren Instanzen im Beisein von Parteien, Dritten und Medienvertretern Einvernahmen vorgenommen, Beweise erhoben und Plädoyers gehalten werden²³. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich aber für eine *öffentlichkeitsfreundlichere* Lösung entschlossen und sich auch für das Rechtsmittelverfahren im Zivil- und Strafprozess im Grundsatz für die Verhandlungsöffentlichkeit entschieden²⁴.

e) Obwohl die Verhandlungsöffentlichkeit dazu dient, dem Publikum und den Medien zu ermöglichen, ein 15 Verfahren mitzuverfolgen, umfasst es gemäss einer Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1969 *kein Recht auf die Herstellung von Bild- und Tonaufnahmen*²⁵. Medienvertreter der Gattung Radio und Fernsehen sehen darin einen übermässigen Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit und stellen das immer wieder in Frage, doch der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts hat weiterhin Bestand und wird von der h.L. unterstützt²⁶. Seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung gilt dies für den Bereich des Strafprozesses zudem aufgrund von Art. 71 StPO schweizweit.

14 Art. 54 Abs. 1 ZPO.

15 Art. 69 Abs. 1 StPO.

16 Vgl. BGE 128 I 288, 291 ff. und seither ständige Rechtsprechung.

17 So etwa Steinmann, a.a.O., Rz 50 m.H.

18 Als Urteile gelten nicht nur instanzabschliessende Endentscheide inkl. Prozess- und Teilentscheide, sondern auch Strafbefehle, Einstellungs- bzw. Nichtanhandnahmeverfügungen und Einstellungen nach Art. 53 StGB, jedoch nicht gerichtliche Verfügungen etwa zu vorsorglichen Massnahmen (vgl. Steinmann, a.a.O., Rz 64 m.H.).

19 Siehe für das *Strafverfahren* (polizeiliche Ermittlungen und Untersuchungen der Staatsanwaltschaft) Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO. Für das *Zivilverfahren* siehe Art. 203 Abs. 3 Satz 1 ZPO betr. der grundsätzlichen *Nichtöffentlichkeit des Schlichtungsverfahrens*, wobei, falls das Schlichtungsverfahren im Fall von Art. 212 Abs. 1 ZPO vor der gleichen Behörde in das Entscheidungsverfahren überführt wird, es ebenfalls öffentlich ist (Sutter-Somm/Seiler, Zürcher Komm. zu Art. 54 ZPO, 2. A., Zürich 2013, Rz 10 a.E.); ferner gelten auch *Instruktionsverhandlungen* grundsätzlich als nichtöffentlich, soweit sie lediglich zur Führung von Vergleichsverhandlungen angesetzt werden (Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 11 m.H.).

20 Art. 69 Abs. 1 StPO.

21 Vgl. Art. 59 BGG, Art. 41 Abs. 3 VGG, Art. 97 Abs. 1 RTVG oder Art. 54 Abs. 2 ZPO. Gemäss § 134 Abs. 1 GOG-ZH (LS 211.1) sind Urteilsberatungen vor Zürcher *Zivilgerichten nicht öffentlich*. Im Verfahren vor Handelsgericht gehören jedoch Voten von Fachrichtern nicht zur Urteilsberatung (Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 19 m.H.).

22 Siehe dazu die Hinweise bei Steinmann, a.a.O., Rz 52.

23 Steinmann, a.a.O., Rz 53.

24 Art. 54 Abs. 1 ZPO (dazu Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 10 m.H. auf die h.L. und abweichende Meinungen); Art. 69 Abs. 1 StPO; ausgenommen bleiben das Beschwerdeverfahren sowie der Fall, wo das Berufungsverfahren schriftlich durchgeführt wird (Art. 69 Abs. 3 lit. c StPO).

25 Vgl. BGE 95 I 356, 364 ff.

26 Siehe z.B. Steinmann, a.a.O., Rz 54; siehe auch Nobel/Weber, a.a.O., Rz 33, die darauf hinweisen, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nur die Presse, aber nicht den Rundfunk, erwähnt. Da die Vertreter von Radio und Fernsehen der Verhandlung ohne Aufnahmegeräte nicht beiwohnen und anschliessend Bericht erstatten können, sei es gerechtfertigt, sie strengeren Zugangsvorschriften zu unterstellen.

IV. Ausnahmen vom Grundsatzes der Verhandlungsöffentlichkeit

1. Allgemeines

Zu den aufgezeigten Grenzen der Verhandlungsöffentlichkeit, die bereits durch Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BV gezogen sind, treten die Ausnahmen hinzu, die der Gesetzgeber in Anwendung von Art. 30 Abs. 3 Satz 2 BV vorgesehen hat. Danach hat der sog. Verfahrensgesetzgeber das Recht, in Beachtung der Vorgaben gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK Vorschriften zu erlassen, die es erlauben, die Öffentlichkeit (Publikum, Medien) von Gerichtsverhandlungen auszuschliessen, wenn dies aus Gründen der Moral, der öffentlichen Ordnung, der nationalen Interessen, der Interessen von Jugendlichen, des Schutzes des Privatlebens von Prozessparteien sowie der Rechtspflege geboten erscheint.

Der schweizerische Verfahrensgesetzgeber hat von diesem Recht im Rahmen des Zivil- und Strafprozessrechts Gebrauch gemacht und sieht den Ausschluss der Öffentlichkeit vor aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, allgemein wegen öffentlichen Interessen und schutzwürdigen Interessen von Beteiligten sowie spezifisch in familienrechtlichen Verfahren und zum Schutz von Opfern (Art. 54 ZPO, Art. 70 StPO).

Demgegenüber ist das Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss den eidgenössischen und kantonalen Verfahrensordnungen von der Schriftlichkeit geprägt, was dazu führt, dass solche Verhandlungen – entgegen dem Grundgedanken von Art. 30 Abs. 3 Satz 1 BV – weitgehend unter Ausschluss von öffentlichen Verhandlungen geführt werden. In der Lehre wird das als «Umkehr von der Regel und Ausnahme» kritisiert, aber wegen den prozessökonomischen Vorteilen, die die Schriftlichkeit bei zum Teil hochtechnischen Fragestellungen bietet, hingenommen²⁷.

2. Voraussetzungen für die Einschränkung der Verfahrensöffentlichkeit

a) Beachtung von Art. 36 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK

Generell ist für Einschränkungen des grundrechtlichen Anspruchs auf Verhandlungsöffentlichkeit auch Art. 36 BV zu beachten. Dieser sieht vor, dass solche Einschränkungen nur zulässig sind, wenn sie

- in einem Gesetz im formellen, bei leichten Eingriffen in einem Gesetz im materiellen Sinne vorgesehen sind,
- durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sind,
- verhältnismässig sind und
- den Kerngehalt der Grundrechte nicht antasten.

Der Kerngehalt des Grundsatzes der Verhandlungsöffentlichkeit schliesst z.B. einen generellen Ausschluss der Öffentlichkeit mit Bezug auf den Schutz von Opfern aus²⁸. In der Lehre wird zudem der generelle Ausschluss der Öffentlichkeit in familienrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 54 Abs. 4 ZPO kritisiert²⁹.

Weiter ist es nach dem Gesagten notwendig, dass das Gericht im Einzelfall prüft, ob es zum Ausgleich der entgegenstehenden Anliegen notwendig ist, die Verhandlungsöffentlichkeit einzuschränken, und ob die Einschränkung in zeitlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht das mildeste Mittel ist, um den beabsichtigten Interessenausgleich herzustellen³⁰. Nach dem Verhältnismässigkeits- und dem darin mitenthaltenen Subsidiaritätsprinzip ist es deshalb i.d.R. nicht zulässig, die Öffentlichkeit (d.h. Publikum und Medien) insgesamt von Verhandlungen auszuschliessen³¹, sondern es sind *Zwischenlösungen* zu treffen, also z.B. das Publikum zwar auszuschliessen, aber die (akkreditierten) Medienvertreter – allenfalls unter Auflagen und Bedingungen – zuzulassen³². Ferner kann es im Einzelfall zulässig sein, die Medienvertreter zwar nicht für das ganze Verfahren, aber für einzelne Verfahrensabschnitte auszuschliessen³³. In gleicher Weise kann die Abgabe einer Anklageschrift an Me-

27 So etwa Steinmann, a.a.O., Rz 56.

28 Vgl. BGE 6B_350/2012, Erw. 1.5.

29 Vgl. Steinmann, a.a.O., Rz 57 m.H.

30 Siehe dazu auch Saxer/Thurnheer, Basler Komm. zu Art. 70 StPO, 2. A., Basel 2014, Rz 13.

31 Problematisch deshalb die jüngsten, beim Bundesgericht angefochtenen Entscheide des Zürcher Obergerichts vom 25. Oktober 2016 (SB 150337 und 150439); siehe dazu «NZZ» vom 29. Oktober 2016 mit dem Titel «Versuchter Mord – geheime Verhandlung».

32 Gemäss BGE 6B_350/2012, Erw. 1.7, verletzt ein Gericht Art. 30 Abs. 3 Satz BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn es die Öffentlichkeit ohne Interessenabwägung von der Hauptverhandlung ausschliesst und die bestehenden Möglichkeiten, etwa lediglich der akkreditierten Presse Zutritt zur Verhandlung oder zu einzelnen Verfahrensabschnitten zu gewähren, nicht prüft bzw. begründet.

33 Saxer/Thurnheer, a.a.O., Rz 14, schlagen für den Strafprozess eine Zweiteilung der Hauptverhandlung in ein öffentliches Tatinterlokut und ein nichtöffentliches Schuldinterlokut vor.

dienvertreter auf einzelne Teile beschränkt werden³⁴.

b) Beachtung des Rahmens von Art. 10 Abs. 2 EMRK

Zudem haben Einschränkungen der Verhandlungsöffentlichkeit immer auch den Rahmen zu beachten, der durch Art. 10 Abs. 2 EMRK gesetzt ist, der bekanntlich vorschreibt, dass solche Massnahmen nur zulässig sind, soweit sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Damit liegen die konventionsrechtlichen Anforderungen für die Einschränkung der Verfahrensöffentlichkeit zumindest nach ihrem Wortlaut höher als die bundesverfassungsrechtlichen, wo im Rahmen von Art. 36 BV nicht verlangt wird, die Notwendigkeit einer konkreten Einschränkung stets auch dahingehend zu überprüfen, ob sie in einer demokratischen Gesellschaft wirklich nötig sind oder nicht.

3. Gesetzliche Grundlagen für die Einschränkung der Verhandlungsöffentlichkeit gegenüber Medien

a) Für den Strafprozess

Ausgangspunkt bildet Art. 70 StPO, der in Absatz 1 unter dem Titel «Einschränkungen und Ausschluss der Öffentlichkeit» drei Ausschlussgründe nennt: 23

- öffentliche Sicherheit oder Ordnung
- schutzwürdige Interessen einer beteiligten Person, insbesondere des Opfers³⁵
- grosser Andrang³⁶

Art. 70 Abs. 1 StPO gilt grundsätzlich für alle Vertreter der Öffentlichkeit, also für das normale Publikum 24 und die Medien als Mittler zwischen dem Gericht und dem Publikum³⁷. Da die Medien im demokratischen Rechtsstaat aber, wie gezeigt, eine spezifische Funktion einnehmen, sind sie grundsätzlich in der Wahrnehmung ihrer demokratierelevanten Aufgabe zu schützen und daher grundsätzlich auch dann zu den entsprechenden Verhandlungen zuzulassen, wenn das normale Publikum in Anwendung von Art. 70 Abs. 1 StPO aus einem der drei vorgenannten Gründe ausgeschlossen wird. Der Gesetzgeber trägt dieser *Besserstellung der Medien* in Art. 70 Abs. 3 StPO Rechnung, ohne sie aber vorbehaltlos zuzulassen:

„Das Gericht kann Gerichtsberichterstatte(r)innen und Gerichtsberichterstatte(r)n und weiteren Personen, die ein berechtigtes Interesse haben, unter bestimmten³⁸ Auflagen den Zutritt zu Verhandlungen gestatten, die nach Absatz 1 nicht öffentlich sind.“

An sich besteht damit eine genügende gesetzliche Grundlage für die Zulassung von Medienvertretern «unter 25 Auflagen». Da es der Gesetzgeber aber versäumt hat, den zulässigen Inhalt solcher Auflagen zu bestimmen, bestehen in der Praxis Unsicherheiten darüber, was die Verfahrensleitung anordnen darf und was nicht. Dazu ein paar vertiefende Bemerkungen:

Dass ein vollständiger Ausschluss der Medien für das ganze Verfahren nicht zulässig ist und eine übermäs- 26 sige Einschränkung der Meinungs- und Informations- sowie der Medienfreiheit bedeutet, wurde bereits gesagt.

Umgekehrt ist es aber zulässig und durchaus im Sinne der genannten Kommunikationsgrundrechte, die 27 Medien zu Verhandlungen zuzulassen, wenn die übrige Öffentlichkeit (Publikum) ausgeschlossen wurde, denn damit wird zumindest die mittelbare Öffentlichkeit des Verfahrens gewährleistet. Zurecht hat das Bundesgericht ein solches Vorgehen bereits in einem Entscheid von 1991 ausdrücklich abgesegnet³⁹.

In einem neueren Entscheid aus dem Jahr 2011, der noch unter dem alten § 135 Abs. GVG-ZH ergangen ist, 28 hat es das Bundesgericht aber als zulässig erachtet, Gerichtsberichterstatte(r) auszuschliessen, wenn sie nicht garantieren können, Auflagen zur Wahrung der Privatsphäre der Prozessbeteiligten in der Berichterstattung – konkret keine Angaben zu deren Name oder Wohnort und keine Publikation von Bildern – zu respektieren⁴⁰:

„Das Gericht kann jedoch die Zulassung der Gerichtsberichterstatte(r) mit der Auflage verbinden,

34 Siehe dazu Steinmann, a.a.O., Rz 57 m.H. auf BGE 1B_55/2009, Erw. 2.

35 Art. 70 StPO ersetzt in diesem Sinne die früheren Opferschutzbestimmungen gemäss dem 6. Kapitel des OHG, das in den Art. 34 – 44 den besonderen Schutz und die Rechte von Opfern in Strafverfahren schützte. Praktisch bedeutsam ist der Ausschluss zum Schutze der Interessen der Opfer regelmässig in Strafverfahren, in denen Delikte gegen die sexuelle Integrität behandelt werden (Saxer/Thurnheer, a.a.O., Rz 10).

36 Unzulässig wäre es, unter diesem Titel einen bestimmten Personenkreis (z.B. die Medien) zum vornherein auszuschliessen. Umgekehrt gilt es als zulässig, die (akkreditierten) Gerichtsberichterstatte(r) bei einer allfälligen Vergabe von Sitzplätzen zu privilegieren, da sie durch ihre Berichte die insgesamt bedeutendere mittelbare Öffentlichkeit herstellen (Brüscheiler, ZH-Komm. zu Art. 70 StPO, Rz 6 m.H.).

37 Vgl. BGE 137 I 215 m.H.

38 Saxer/Thurnheer, a.a.O., Rz 20, weisen zurecht darauf hin, dass die Auflagen inhaltlich präzise sein müssen.

39 Vgl. BGE 117 Ia 387 ff.

40 Vgl. BGE 137 I 209 ff.

dass die Identität des Opfers nicht veröffentlicht werden darf (...). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass der Gerichtsberichterstatter, der sich der Auflage nicht unterzieht, von der Verhandlung ausgeschlossen werden darf.“

Auch aufgrund der neuen StPO haben die Gerichte das Recht, Medienvertretern solche Auflagen zu machen, aber – und das ist das entscheidende – nur, wenn auch das übrige Prozesspublikum von den Verhandlungen ausgeschlossen wird, denn eine Schlechterstellung der Medien ist verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Im Zusammenwirken von 70 Abs. 1 und Abs. 3 StPO ist es zulässig, den Medien Auflagen zum Schutz der Anonymität sowie ganz generell zum *Schutz der Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten*⁴¹ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB zu machen, der in umfassender Weise alle Lebensvorgänge von natürlichen und juristischen Personen, also auch solcher im Rahmen von Prozessen, schützt⁴². Dabei ist es sicher richtig, dass es nicht primär die Aufgabe der Strafgerichte ist, die Persönlichkeitsrechte von Prozessbeteiligten zu schützen, die deren Verletzung ja grundsätzlich selber – je nachdem zivil- oder strafrechtlich – verfolgen können⁴³, sie können und dürfen diese aber auch nicht einfach ignorieren. Denn nicht nur die Kommunikationsgrundrechte geniessen konventions- und verfassungsrechtlichen Schutz, sondern auch die Interessen der Prozessbeteiligten. Es sei an die bereits früher erwähnten Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, auf Leben und persönliche Freiheit und der Privatsphäre erinnert, die auch für Gerichte zu beachten sind.

Nicht zulässig sind aus meiner Sicht jedoch Auflagen an Medienvertreter, wonach sie in Analogie zu Art. 73 Abs. 2 StPO zu einer Art *Stillschweigensverpflichtung* angehalten werden. Entweder liegen die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Medien vor oder nicht; sie zuzulassen, ihnen aber die Berichterstattung zu untersagen, wäre widersprüchlich und mit den Kommunikationsgrundrechten kaum vereinbar⁴⁴.

Mangels genügender gesetzlicher Grundlage ist es auch nicht zulässig, die Einhaltung von Auflagen, die auf Art. 70 Abs. 3 StPO gestützt werden, strafrechtlich durch die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB abzusichern. Auch eine Sanktionierung von Widerhandlungen mittels *Ordnungsbussen*, wie das in Art. 71 Abs. 2 StPO bei unerlaubten Bild- und Tonaufnahmen durch ausdrücklichen Verweis auf Art. 64 Abs. 1 StPO vorgesehen ist, ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig⁴⁵.

Eine strafrechtliche Absicherung über Art. 292 StGB wird dagegen als zulässig erachtet, wenn *Schutzmassnahmen* i.S. von Art. 149 ff. StPO angeordnet werden, da diese inhaltlich genügend bestimmt sind⁴⁶. Diese sind unter dem Stichwort «Zeugenschutz» bekannt und erlauben es der Verfahrensleitung, die Verhandlungsöffentlichkeit gegenüber dem normalen Prozesspublikum und, falls erforderlich, auch gegenüber den Medien zum Schutz von Zeugen, Auskunftspersonen, Beschuldigten, Sachverständigen oder Übersetzern vor einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil angemessen zu beschränken, namentlich indem sie ihnen die Anonymität zusichert, Einvernahmen mit ihnen unter Ausschluss der Parteien oder der Öffentlichkeit durchführt und/oder ihre Personalien unter Ausschluss der Parteien oder der Öffentlichkeit feststellt (Art. 149 Abs. 2 lit. a - c StPO). Ähnliche Massnahmen können auch zum Schutz verdeckter Ermittler getroffen werden (Art. 151 StPO).

Bund und die Kantone haben zudem das Recht, spezifische Vorschriften für die Zulassung von Gerichtsberichterstattern zu erlassen und sie in diesem Rahmen gegenüber dem übrigen Prozesspublikum weiter besserzustellen, sie aber auch besonderen Pflichten zu unterstellen (vgl. Art. 72 StPO). Für den Bund gelten die Richtlinien betr. die Gerichtsberichterstattung am Bundesgericht⁴⁷, das Reglement über die Grundsätze der Information und Akkreditierung⁴⁸ für die Gerichtsberichterstattung am Bundesstrafgericht⁴⁹ und das Informationsreglement des Bundesverwaltungsgerichts⁵⁰.

Im Kanton Zürich finden sich die einschlägigen Bestimmungen in der Verordnung der obersten kantonalen Gerichte über die Information über Gerichtsverfahren und die Akteneinsicht bei Gerichten durch Dritte⁵¹. Nach § 16 Abs. 1 Ziff. 2 dieser Verordnung wird den Gerichtsberichterstattern z.B. in Verfahren mit öffentlicher Verhandlung in Strafsachen auf Anfrage gestattet, vor oder nach der Verhandlung Einsicht in die Anklageschrift und diese

41 So Saxer/Thurnheer, a.a.O., Rz 22 m.H.; siehe dazu auch BGE 137 I 213 und 129 III 532 f., wonach die Gerichtsberichterstattung zum Schutz der persönlichen Verhältnisse sowie namentlich der Privat- und Geheim- bzw. Intimsphäre des Beschuldigten oder anderer Prozessbeteiligter normalerweise in anonymisierter Form zu erfolgen hat.

42 Dazu Meili, Basler Komm. zu Art. 28 ZGB, 5. A., Basel 2014, Rz 5 und 16 f.

43 So z.B. Schwaibold, Kein Maulkorb ohne Paragraphen, in: forumpoenale 02/2016, 115.

44 Ebenso Saxer/Thurnheer, a.a.O.

45 Siehe dazu auch unten Ziff. 4 lit. a.

46 Saxer/Thurnheer, a.a.O. Rz 22 m.H. auf Michlig, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsheimnisverletzung, Diss. Zürich 2013, 46 f.

47 SR 173.110.133.

48 Zur Akkreditierung ausführlich Meili, Die Akkreditierung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Diss. ZH, 1990.

49 SR 173.711.33.

50 SR 173.320.4.

51 LS 211.15 (kurz «Akteneinsichtsverordnung»).

ersetzenden Entscheide (Strafbefehl, Einziehungsbefehl), bereits ergangene Entscheide sowie in weitere Akten zu nehmen, sofern keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Auf der anderen Seite verlangt z.B. § 11 Abs. 2 dieser Verordnung, dass die Berichterstattung in sachlicher, angemessener Weise erfolgt und auf schutzwürdige Interessen der Prozessparteien gebührend Rücksicht genommen wird⁵². Insbesondere ist jede Art von Vorverurteilung, unnötiger Blossstellung oder suggestiver Berichterstattung zu vermeiden. In § 12 Abs. 2 ist zudem vorgesehen, dass wenn (akkreditierte) Journalisten Auflagen, die ihnen von den Gerichten, bei denen sie als (ständige) Gerichtsberichterstatter zugelassen sind, verletzten, eine Verwarnung ausgesprochen, ihre Zulassung für längstens drei Monate suspendiert oder ganz entzogen werden.

b) Für den Zivilprozess

Ausgangspunkt bildet Art. 54 Abs. 3 ZPO, wonach die Öffentlichkeit (normales Prozesspublikum und, soweit erforderlich, Vertreter der Medien) von den Verhandlungen und einer allfälligen mündlichen Eröffnung des Urteils ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse einer beteiligten Person erfordert. 36

Ein Ausschluss unter dem Blickwinkel des öffentlichen Interesses kommt aus Gründen der Verhältnismässigkeit aber nicht schon in Betracht, wenn die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen zur Verfahrensdiziplin (Art. 128 Abs. 1 und 2 ZPO⁵³) ausreichen, sondern es müssen gravierende Gründe, namentlich überwiegend Gründe der staatlichen Sicherheit, öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit oder schützenswerte Interessen Privater, dies vordringlich gebieten⁵⁴. 37

Als schutzwürdige Interessen einer beteiligten Person gelten z.B. die Wahrung der persönlichen und wirtschaftlichen Privat- und Geheimnisse (Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, Intimsphäre)⁵⁵. Wie Art. 70 Abs. 3 StPO für den Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafprozess knüpft somit auch Art. 54 Abs. 3 ZPO für den Ausschluss der Öffentlichkeit im Zivilprozess letztlich an den Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB und dessen Konkretisierungen (z.B. in Art. 6 UWG⁵⁶) an. Denn wie im Strafprozess, können auch die Zivilgerichte die Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten nicht ignorieren, da sie ebenfalls verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutz geniessen. 38

Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist, ebenfalls wie im Strafprozess, nicht nur zulässig, wenn solche schutzwürdigen Interessen einer Verfahrenspartei betroffen sind, sondern auch, wenn dies z.B. zum Schutz solcher Interessen eines Zeugen oder Sachverständigen notwendig erscheint. 39

Auch im Zivilprozess ist im Übrigen strikt darauf zu achten, dass das Prinzip der Öffentlichkeit nur soweit eingeschränkt wird, als dies tatsächlich erforderlich ist. Geht es z.B. um die Wahrung der schutzwürdigen Interessen eines Zeugen, so darf die Öffentlichkeit nur bei dessen Befragung, nicht aber einfach aus Zweckmässigkeitsgründen vom ganzen Verfahren ausgeschlossen werden⁵⁷. Wie im Strafprozess, ist es zudem auch im Zivilprozess besonders heikel, (akkreditierte) Medienvertreter von den Verhandlungen auszuschliessen, zumal diese ja bereits gemäss der zitierten Akteneinsichtsverordnung zur sachlichen, angemessenen und auf die schutzwürdigen Interessen der Prozessparteien gebührend Rücksicht nehmenden Berichterstattung verpflichtet sind. Soweit also nicht besonders triftige Gründe für einen ausnahmsweisen Ausschluss der Medien sprechen, ist auch im Zivilprozess davon abzusehen. 40

Ob Medienvertreter solche Anordnungen des Gerichts selbständig anfechten können, ist fraglich. Gemäss Sutter-Somm/Seiler ergehen solche Entscheide in Form von prozessleitenden Verfügungen, die nur von den Parteien, nicht von Dritten, angefochten werden können (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO)⁵⁸. Freiburghaus/Afheldt vertreten demgegenüber den m.E. zutreffenden Standpunkt dass auch am Verfahren selbst nicht beteiligte Dritte zur Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO legitimiert sind, wenn sie durch die angefochtene Entscheidung in ihren Interessen betroffen werden⁵⁹. 41

52 Siehe zu dieser Bestimmung auch unten Ziff. 4 lit. a.

53 Verweis, Ordnungsbusse bis CHF 1'000 oder Ausschluss von der Verhandlung, notfalls unter Polizeibeizug.

54 Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 17 m.H. auf BGE 133 I 106 ff.; 119 Ia 99 ff. sowie 5A_552/2008, Erw. 6.

55 Siehe oben FN 41; ferner Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 18. Zum Gehalt der Privat- und Geheim- bzw. Intimsphäre siehe Meili, Basler Komm. a.a.O., Rz 23 ff.

56 Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen.

57 Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 19.

58 Anders im Verfahren vor Bundesgericht, wo solche Anordnung in Form von Vor- und Zwischenentscheiden ergehen, die mittels Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) ans Bundesgericht weitergezogen werden können, wenn sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirken können (Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Rz 16 m.H.).

59 Freiburghaus/Afheldt, Zürcher Komm. zu Art. 321 ZPO, 2. A., Zürich 2013, Rz 8.

4. Aktuelle Fälle aus der Bundesgerichtspraxis

a) BGE 141 I 211 ff.⁶⁰

In einem Entscheid vom 6. November 2015 hat sich das Bundesgericht mit Auflagen an Medien befasst, die vom Einzelrichter in Strafsachen des *Bezirksgerichts Uster* im Zusammenhang mit der Beurteilung eines Falls rasendiskriminierender Äusserungen auf der Onlineplattform «Twitter» angeordnet worden sind. Den Medienvertretern wurde aufgegeben, die Anonymität der beschuldigten Person zu wahren, indem ihnen unter Androhung einer *Ordnungsbusse* von CHF 1'000.- untersagt wurde, deren Namen, Alter, Wohnort, Arbeitgeber und Adresse des betreffenden Internetblogs zu nennen und von ihr Fotos zu publizieren. Diese Anordnung richtete sich nur an die Medienvertreter, nicht an das übrige Prozesspublikum, das der öffentlichen Verhandlung teilnehmen durfte. Gegen diese Anordnung beschwerten⁶¹ sich zwei akkreditierte Gerichtsberichterstatter beim Obergericht des Kantons Zürich. Die Beschwerde wurde in Bezug auf das Verbot, den Namen und das Alter des Beschuldigten zu publizieren, teilweise gutgeheissen⁶², im Übrigen aber abgewiesen. Die beiden Gerichtsberichterstatter führten dagegen beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen⁶³. Der eine begründete seine Beschwerde damit, dass § 11 Abs. 2 der Zürcher Akteneinsichtsverordnung keine genügende gesetzliche Grundlage darstelle, um die Medien- und Informationsfreiheit durch Auflagen und Bussen einzuschränken, der andere verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids in Bezug auf das Verbot, die URL (Adresse) des Internetblogs zu publizieren. Die Verfahren wurden vereinigt.

Das Bundesgericht erblickte im Umstand, dass sich die Anordnung nur an die Medienvertreter richtete und ihnen für den Widerhandlungsfall eine Ordnungsbusse über CHF 1'000.- angedroht wurde, eine *Schlechterstellung* gegenüber dem übrigen Prozesspublikum und darin einen *schweren Eingriff* in die Medienfreiheit (BGE 141 I 217). Ein solcher Eingriff sei nur zulässig, wenn dafür eine klare und ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne vorliege. Da Art. 70 Abs. 3 StPO die Erteilung von Auflagen an Gerichtsberichterstatter einzig bei Ausschluss des übrigen Prozesspublikums erlaube, was hier nicht der Fall war, genügte diese Bestimmung nicht als gesetzliche Grundlage. Aber auch die Akteneinsichtsverordnung wurde als ungenügende gesetzliche Grundlage angesehen, da in § 12 Abs. 2 dieser Verordnung bekanntlich gar keine Bussen als Sanktion vorgesehen sind und zudem der Einzelrichter für eine Sanktionierung gar nicht zuständig sei, sondern die Zulassungsbehörde, also gemäss § 10 Abs. 3 dieser Verordnung die Verwaltungskommission des Obergerichts. Der Einzelrichter hätte deshalb die Medienvertreter lediglich an ihre Pflichten gemäss Akteneinsichtsverordnung und an die Folgen bei deren Missachtung (Verwarnung bzw. Suspendierung oder Entzug der Zulassung) erinnern dürfen (BGE a.a.O., 218 f.).

b) BGE 1C_123/2016⁶⁴

In einem Entscheid vom 21. Juni 2016 setzte sich das Bundesgericht mit der Praxis des *Kantonsgerichts Graubünden* auseinander, die Herausgabe *noch nicht rechtskräftiger und aufgehobener Urteile* zu verweigern. Beschwerdeführerin war u.a. die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG). Sie argumentierte, dass das Prinzip der Justizöffentlichkeit nicht auf rechtskräftige Urteile beschränkt sei und die Kontrollfunktion der Medien voraussetzungslos gelte (BGE 1C_123/2016, Erw. 3.4).

Das Bundesgericht schützte diese Auffassung. In seinem Entscheid wies es zwar darauf hin, dass der verfassungsrechtliche *Anspruch auf Kenntnisnahme von Urteilen nicht absolut* gelte, sondern durch den ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Schutz von persönlichen und öffentlichen Interessen sowie insbesondere durch den Persönlichkeitsschutz der Prozessparteien beschränkt sei, woraus folge, dass die Kenntnisgabe von Urteilen ggf. unter dem Vorbehalt der Anonymisierung stehe (Erw. 3.5.2). Es gebe aber weder im eidgenössischen noch im kantonalen Recht eine Grundlage dafür, die Herausgabe noch nicht rechtskräftiger und aufgehobener Urteile zu verweigern (Erw. 3.7). Im Gegenteil würden auch die *eidgenössischen Gerichte* sowie namentlich das *Obergericht des Kantons Zürich* sämtliche Entscheide im *Internet* publizieren, auch wenn diese noch nicht rechtskräftig seien (Erw. 3.6 m.H.). Das sei wichtig, damit die Medien ihre Kontrollfunktion ausüben können und eine zeitnahe Gerichtsberichterstattung nicht verhindert werde (Erw. 3.8). Das Bundesgericht ordnete deshalb die Herausgabe der entsprechenden Urteile in anonymisierter Form an die SRG an.

Zudem hielt es fest, wie es sich die *Bekanntmachung der Urteile* vorstellt: Neben der mündlichen Verkündung können die Gerichte ihre Entscheide öffentlich auflegen, in amtlichen Sammlungen oder im Internet auflegen

60 Siehe auch die Kommentierung dieses Urteil in *medialex* 2016, S. 93 ff.

61 Vgl. Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO.

62 Das Obergericht befand, dass es sich beim Beschuldigten um eine *relative Person der Zeitgeschichte* gehandelt hat, die sich im Vergleich zu anderen Leuten eher Eingriffe in ihre Persönlichkeitsrechte gefallen lassen müssen (Beschluss vom 31. März 2015 [UH140149], Erw. 4.1). Siehe dazu Meili, *Basler Komm. a.a.O.*, Rz 52.

63 Vgl. Art. 78 ff. BGG.

64 Siehe auch die Kommentierung dieses Urteil in *medialex* 2016, S. 97 ff.

sowie auf Gesuch hin nachträgliche Einsicht gewähren. Um dem Transparenzgebot Genüge zu tun, brauche es je nachdem eine Kombination der einzelnen Formen⁶⁵. Der blosse Versand einer zusammenfassenden, u.a. das Strafmass nicht erwähnenden Medienmitteilung, wie das in den beiden vorerwähnten, noch nicht rechtskräftigen Entscheiden des Zürcher Obergerichts vom 25. Oktober 2016 im Fall des versuchten Pfäffiker Messerstechermordes erfolgte⁶⁶, genügt diesen Anforderungen m.E. nicht.

V. Schlussbemerkungen

Die Analyse der Rechtsprechung zum Thema Justiz- und Verhandlungsöffentlichkeit zeigt, dass sich das 47 Bundesgericht für eine *konsequente Transparenz* in diesem Bereich ausspricht und Versuchen kantonalen Instanzen, diese zu unterlaufen, einen Riegel schiebt. Das Bundesgericht macht zudem klar, dass der Zugang zu Verfahren wie zu Urteilen von keinen und schon gar nicht von schutzwürdigen Interessen abhängig ist. Ob gewichtige Gründe des Persönlichkeitsschutzes oder der Verfahrensgeheimhaltung Anonymisierungen und Kürzungen des Urteils oder gar einen teilweisen oder ganzen Ausschluss der Öffentlichkeit (Publikum und Medien) rechtfertigen, ist daher in jedem *Einzelfall* im Rahmen einer eingehenden *Interessenabwägung* zu prüfen. Der Ausschluss von Gerichtsberichterstatern ist dabei besonders heikel, da sie ihre Wächterfunktion nicht oder nur noch sehr beschränkt wahrnehmen können, was – in den Worten von Art. 10 Abs. 2 EMRK – in der Regel in einer demokratischen Gesellschaft weder nötig noch sinnvoll ist.

Vom Bundesgericht gefordert wird zudem ein *proaktiver Umgang mit der Bekanntgabe der Gerichtsurteile, und zwar auch mit solchen, die noch nicht rechtskräftig* sind. Spielchen, wie die Ansetzung der mündlichen Urteileröffnung morgens um 04.00 Uhr, wie das 2004 in einem Strafgerichtsfall vor dem *Genfer Kassationsgericht* praktiziert wurde⁶⁷, sind nicht nur dem Ansehen des Gerichts abträglich, sondern rechtstaatlich bedenklich. Glücklicherweise sind das aber Ausnahmen geblieben, die heute nur mehr anekdotischen Charakter haben. Gefordert ist hier – in den Worten des eingangs zitierten Kölner Kollegen Humm – ein *selbstbewussterer Umgang* seitens der Gerichte. 48

Der Grundsatz der Justiz- und Verfahrensöffentlichkeit ist eine Absage an jede Form von Kabinetts- und 49 Geheimjustiz. Zur Gewährleistung der Transparenz gerichtlicher Verfahren und zur Förderung des Vertrauens in die Gerichtsbarkeit kommt den Medien eine besondere Bedeutung zu. In Prozessen sind aber häufig gegenläufige Interessen einer Mehrzahl von Akteuren betroffen, weshalb sich der Schutzzumfang der Justizöffentlichkeit als vielschichtig erweist. Zwar sind die Gerichte im Einzelfall gehalten, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die betroffenen Rechte von Prozessbeteiligten angemessen zu schützen. Soweit sich solche Massnahmen aber gegen Gerichtsberichterstaten richten, stossen sie sich an der Meinungs- und Medienfreiheit, da sie ihre Wächterfunktion nicht oder nur noch sehr beschränkt wahrnehmen können. Spannungen sind daher vorgezeichnet. Das vorliegende Referat zeigt auf, wie seitens der Justizorgane damit umzugehen ist und wie sie bewältigt werden können.

Zusammenfassung Zur Gewährleistung der Transparenz gerichtlicher Verfahren und zur Förderung des Vertrauens in die Gerichtsbarkeit kommt den Medien eine besondere Bedeutung zu. In Prozessen sind aber häufig gegenläufige Interessen einer Mehrzahl von Akteuren betroffen, weshalb sich der Schutzzumfang der Justizöffentlichkeit als vielschichtig erweist. Zwar sind die Gerichte im Einzelfall gehalten, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die betroffenen Rechte von Prozessbeteiligten angemessen zu schützen. Soweit sich solche Massnahmen aber gegen Gerichtsberichterstaten richten, stossen sie sich an der Meinungs- und Medienfreiheit, da die Medienschaffenden so ihre Wächterfunktion nicht oder nur noch sehr beschränkt wahrnehmen können. Spannungen sind daher unvermeidlich. Der Autor zeigt auf, wie seitens der Justizorgane damit umzugehen ist und wie Probleme bewältigt werden können.

65 Vgl. dazu den Bericht in der «NZZ» vom 8. Juli 2016 mit dem Titel «Ordnungsruf an die Gerichte».

66 Siehe oben FN 31.

67 Dazu BGE 6P_135/2004, Erw. 3.

Annina Keller*, MLaw, Juristin beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, Bern

annina.keller@gmx.ch

Daniel Kämpfer*, MLaw, Jurist beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, ehem. Jurist beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, Bern
danielkae@hotmail.com

Öffentlichkeitsgesetz: Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen

Überblick über praxisrelevante Entscheide zum BGÖ im vergangenen Jahr

Résumé 10 ans après l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence au niveau national, une pratique étendue s'est développée au sujet de la procédure concernant l'accès aux documents officiels à laquelle des tribunaux nationaux ont contribué aussi dans l'année passée. C'était donc possible de clarifier des questions de principe et d'augmenter la sécurité de droit. Notre analyse de la jurisprudence récente montre cependant que le concept législatif de la loi sur la transparence cause certaines difficultés. Des décisions conceptuelles ont été prises qui sont problématique en vue du sens et but de la transparence de l'administrative et amoindrissent la loi de manière superflue en lieu de mettre le concept de la loi de la transparence en pratique de manière conséquent.

I. Einleitung

Im vergangenen Jahr haben sich sowohl das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) als auch das Bundesgericht (BGer) wiederholt mit dem Öffentlichkeitsgesetz¹ befasst. Unser Beitrag soll einerseits einen Überblick über besonders praxisrelevante Entscheide liefern und diese in methodischer Hinsicht diskutieren. Andererseits bieten einige der ergangenen Urteile Anlass zu grundsätzlichen Überlegungen zum Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes, welches mit diesem Beitrag in Erinnerung gerufen werden soll.

II. Die Verwaltungsöffentlichkeit auf Bundesebene und ihre Schranken

Mit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes am 1. Juli 2006 wurde hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit ein ² Paradigmenwechsel vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt hin zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt vollzogen². Seither verfügt jede Person über einen subjektiven Rechtsanspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten der Bundesverwaltung, unabhängig vom Nachweis besonderer Interessen (Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Seit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips gilt die Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten³. Der Rechtsanspruch gilt indes nicht absolut, sondern erfährt im Gesetz selbst diverse Einschränkungen. Der Zugang kann namentlich eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn ihm überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (Art. 7 und 9 BGÖ) bzw. wenn einer der besonderen Fälle nach Art. 8 BGÖ zur Anwendung gelangt⁴. Weiter bestehen Ausnahmen in Bezug auf das Vorliegen von amtlichen Dokumenten (Art. 5 BGÖ) sowie im Hinblick auf den persönlichen, sachlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Gesetzes (Art. 2, 3 und 23 BGÖ). Schliesslich enthält das Öffentlichkeitsgesetz einen Vorbehalt zugunsten von speziellen Bestimmungen über den Dokumentenzugang in anderen Bundesgesetzen (Art. 4 BGÖ). Trotz relativ detaillierter gesetzlicher Regelungen verbleibt der Behörde bei der Beurteilung von Zugangsgesuchen

*Die Autoren vertreten in diesem Beitrag ihre persönliche Meinung.

¹ Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

² BGE 133 II 209 E. 2.1; Urteil des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014 E. 3.1; Cottier/Schweizer/Widmer, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung Rz 8.

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), BBl 2003 2001 f.; Mahon/Gonin, Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz 11 ff.

⁴ Ammann/Lang, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, § 25 Rz 25.60.

ein erheblicher Ermessensspielraum⁵. Dessen gerichtliche Überprüfung im Rahmen von Beschwerdeverfahren liefert wichtige Anhaltspunkte für eine einheitliche Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes.

III. Neuere Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsprinzip

In den vergangenen zwölf Monaten erging seitens des BVGer wie des BGer eine vergleichsweise rege Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgesetz⁶, die massgeblich zur Klärung einiger Grundsatzfragen beitrug. Der folgende Überblick trifft eine Auswahl an besonders praxisrelevanten Entscheiden, welche thematisch in fünf Kategorien aufgeteilt werden.

A. Dokumente mit Bezug zu konkreten behördlichen Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ)

Eine relativ häufig angerufene Ausnahmebestimmung stellt Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ dar, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. In der Lehre wird diese Bestimmung als Blankocheck kritisiert, da sich damit theoretisch ein Grossteil aller Zugangsgesuche verweigern liesse⁷.

a) BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016: Aufsichtsrelevante Meldungen

Zu beurteilen war die Frage des Zugangs zu Informationen aus der sog. Neuen Ereignisdatenbank des Bundesamts für Verkehr BAV, in welcher Unfälle und andere Ereignisse im öffentlichen Verkehr erfasst werden. Die Behörde lehnte einen Zugang ab, da sie als Folge einer Offenlegung einen Rückgang der Meldebereitschaft bei den Transportunternehmen und daraus folgend eine Beeinträchtigung ihrer Aufsichtstätigkeit befürchtete.

Das Gericht widersprach dieser Argumentation und machte deutlich, dass Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten sei und demnach nicht die Aufsichtstätigkeit des BAV als Ganzes unter die Ausnahmebestimmung falle. Vielmehr müsse die Durchführung einer oder einzelner klar definierter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt werden, was nach Einschätzung des BVGer in vorliegendem Fall zu verneinen war. Die durch das BVGer vorgenommene weitere Konkretisierung dieser Bestimmung ist zu begrüssen⁸. Eine Beschwerde gegen das Urteil ist beim BGer hängig.

b) BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016: Verträge betreffend Ausschaffungsflüge

Eine gewisse Relativierung dieser engen Auslegung der Ausnahmebestimmung (insb. hinsichtlich dem Erfordernis einer einzelnen, klar definierten Massnahme) erfährt Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ dagegen im jüngst ergangenen Urteil des BVGer zum Öffentlichkeitsgesetz. Ein Journalist hat um Zugang zu Verträgen des Staatssekretariats für Migration SEM mit Fluggesellschaften zwecks Rückführung von Asylsuchenden auf dem Luftweg er sucht. Die Behörde lehnte den Zugang insbesondere gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ab, da die betroffenen Fluggesellschaften medial stark exponiert und zur Zielscheibe von Ausschaffungsgegnern würden, sollte ihre Identität sowie die konkreten Vertragsinhalte bekannt werden. Rückzüge von Vertragspartnern aus diesem Geschäftsfeld in Folge eines möglichen Reputationsschadens könnten nur schwer aufgefangen werden, wodurch die im Migrationsbereich zentrale Vollzugsmassnahme de facto vereitelt würde.

Das Gericht folgte der Argumentation des SEM. Eine relativ lange und komplexe Kausalkette zwischen der Offenlegung der gewünschten Informationen und der Beeinträchtigung der Massnahme sei für sich alleine noch kein Grund, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ die Anwendung zu versagen. Hingegen sei darauf abzustellen, ob die Folgenprognose überzeugend erscheint. Vor diesem Hintergrund qualifizierte das BVGer die Geheimhaltung der verlangten Namen und Verträge der betroffenen Fluggesellschaften als Schlüssel zur Durchführung der Ausschaffungsflüge, weshalb der Zugang zu diesen Informationen zu Recht verweigert worden sei.

⁵ BBl 2003 2005.

⁶ Insgesamt gibt es auf Bundesebene zurzeit 52 Urteile des BVGer und 11 Urteile des BGer betreffend den Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Öffentlichkeitsgesetz.

⁷ Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 24.

⁸ Das BVGer hat sich bereits mehrmals für eine enge Auslegung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ausgesprochen. Siehe insb. A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2: „Deshalb ist es wichtig, dass die Ausnahmebestimmung nur eingesetzt wird, wenn die Offenlegung der durchzuführenden Massnahmen deren Erfolg ernsthaft gefährdet. Mit anderen Worten, die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen muss der Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.“

B. Dokumente mit Bezug zur Aussenpolitik (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ)

Was den Zugang zu Informationen mit aussenpolitischem Bezug anbelangt, lassen die jüngst ergangenen ⁸ Urteile sowohl beim BVGer als auch beim BGer eine grosse Zurückhaltung erkennen⁹. Gleichzeitig wird der mit dem Gesuch befassten Behörde bei der Frage der Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ ein besonderer Beurteilungsspielraum in aussenpolitischer und insbesondere diplomatischer Hinsicht eingeräumt.

a) BGer 1C_296/2015 vom 18. Mai 2016: Statistik Amtshilfesuche

In diesem Entscheid verneinte das BGer einen Anspruch auf Zugang zu einer Liste der nach gesuchstellenden Staaten aufgeschlüsselten Anzahl von Amtshilfesuchen im Steuerbereich bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV und bestätigte damit das vorinstanzliche Urteil des BVGer¹⁰. Der Umstand, dass einzelne Staaten die Anzahl ihrer an andere Länder gerichteten Amtshilfesuche auch selbst veröffentlichten, bedeute nicht, dass die Offenlegung einer umfassenden Statistik aller Gesuchszahlen die Beziehungen und die Verhandlungsposition der Schweiz im Verhältnis zu anderen Staaten nicht belasten würde. Dabei dürfe die aussenpolitisch angespannte Situation im Bereich der Steueramtshilfe mitberücksichtigt werden. Inwieweit in einem solchen Umfeld die Veröffentlichung von als heikel zu wertenden Informationen verantwortbar sei, verlange nach einer vorwiegend politischen Beurteilung, die nur bedingt der justiziellen Kontrolle zugänglich sei. Es sei einleuchtend, dass die Schweiz bei der Veröffentlichung von Angaben, die ein anderer Staat lieber vertraulich behandeln möchte, aussenpolitisch und bei hängigen oder künftigen Verhandlungen unter Druck geraten könnte. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass einzelne Staaten einer Offenlegung ihrer steuerrechtlichen Amtshilfesuche an die Schweiz zustimmen würden. Jedoch sei es nicht die Pflicht der schweizerischen Behörden, die entsprechenden Anfragen für den Gesuchsteller zu tätigen.

b) BVGer A-746/2016 vom 25. August 2016: Statistik internationale Sanktionen

Auch in diesem Fall stellte sich die Frage des Zugangs zu einer statistischen Information mit aussenpolitischem Bezug, konkret zu Listen bzw. Statistiken betreffend die in der Verordnung über Massnahmen zur Vermeidung der Umgehung internationaler Sanktionen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine (SR 946.231.176.72) vorgesehenen Finanz- und Handelsbeschränkungen. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO verweigerte den Zugang zum gewünschten Zahlenmaterial unter anderem mit der Begründung, eine Offenlegung der verlangten Informationen würde die aussenpolitischen Beziehungen zur EU sowie zu anderen Regierungen beeinträchtigen, da die Schweiz eine eigenständige, von der EU abweichende Sanktionspolitik verfolge. ¹⁰

Das BVGer erachtete die Einschätzung des SECO als nachvollziehbar sowie sachlich überzeugend und bejahte mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ein ernsthaftes Risiko einer Beeinträchtigung der aussenpolitischen Interessen der Schweiz. Es sei plausibel, dass durch die Zugangsgewährung aussenpolitischer Druck auf den Bundesrat entstehen könne. Die fraglichen Informationen könnten dahingehend (fehl-)interpretiert werden, dass die Wirkung der Massnahmen zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften ungenügend sei und damit die EU-Sanktionen unterlaufen würden. Es bestehe folglich ein ernsthaftes Risiko, dass der Bundesrat Druckversuchen ausgesetzt, seine eigenständige Sanktionspolitik dadurch erschwert und damit die aussenpolitischen Interessen beeinträchtigt würden. ¹¹

C. Dokumente mit Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ)

a) BVGer A-3829/2015 vom 26. Nov. 2015: Verkaufsmenge von Wirkstoffen in Pflanzenschutzmitteln

Bei diesem Urteil handelt es sich um einen Grundsatzentscheid des BVGer zur Frage des Vorliegens von Geschäftsgeheimnissen in amtlichen Dokumenten. Die Behörden sehen sich bei Zugangsgesuchen zu amtlichen Dokumenten mit Informationen über private Unternehmen mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, allenfalls schützenswerte Geschäftsgeheimnisse zu identifizieren bzw. diese von den nicht schützenswerten Informationen zu trennen. In diesem Zusammenhang stellt dieses Urteil einige wichtige Leitlinien in Bezug auf die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ auf. ¹²

Eine Umweltorganisation hat beim Bundesamt für Landwirtschaft BLW Zugang verlangt zu den Verkaufsmengen der in der Schweiz im Bereich Pflanzenschutz eingesetzten Wirkstoffe für die Jahre 2009 - 2010. Das BLW gewährte einen teilweisen Zugang zu den gewünschten Informationen, verweigerte jedoch die Auskunft über die Verkaufsmengen von vier bestimmten Wirkstoffen mit der Begründung, diese Angaben stellten ein Geschäftsgeheimnis dar. Bei diesen Wirkstoffen verfüge jeweils nur ein Unternehmen über eine Bewilligung für de- ¹³

⁹ Diese Zurückhaltung bezieht sich gemäss BGer auf die gerichtliche Überprüfung von Entscheiden politischen und insb. aussenpolitischen Gehalts der zuständigen Behörde (1C_296/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.3).

¹⁰ BVGer A-1784/2014 vom 30. April 2015.

ren Herstellung, weshalb leicht herausgefunden werden könne, welches Unternehmen für welchen Wirkstoff Inhaber der entsprechenden Bewilligung sei. Bei einer Bekanntgabe der Verkaufsmengen sei mithin ein direkter Rückschluss auf die von den betroffenen Unternehmen verarbeiteten und verkauften Pflanzenschutzmittel möglich. Auch der EDÖB kam zum Schluss, dass die jeweiligen Verkaufsmengen zumindest bei drei Wirkstoffen unter die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ fallen¹¹.

Dem widersprach das BVGer. Zwar seien Verkaufsmengen als betriebswirtschaftliche Kennzahlen grundsätzlich geeignet, ein Geschäftsgeheimnis darzustellen. Ein solches liege im rechtlichen Sinne aber nur vor, wenn das Unternehmen als Geheimnisherr auch ein objektiv berechtigtes bzw. schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung der entsprechenden Tatsachen habe. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall, da die fehlende Aktualität der Informationen (Zahlen aus den Jahren 2009 und 2010) kaum Schlussfolgerungen auf den heutigen Geschäftsgang der Unternehmen zulassen würde. Zudem sei ein Rückschluss von den Wirkstoffverkaufsmengen auf die Anzahl verkaufter Pflanzenschutzmittel wohl nicht möglich. Selbst wenn dies aber zuträfe, habe das BLW nicht genügend dargelegt, inwiefern eine Offenlegung der Verkaufsmengen mit wesentlichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre bzw. welche wirtschaftlichen Schäden den betroffenen Unternehmen konkret drohten. 14

b) BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015: Öffentliche Beschaffungen

Ebenfalls unter dem Blickwinkel von Geschäftsgeheimnissen hatte das BGer die Zugänglichkeit einer Liste mit Lieferfirmen und deren Gesamtauftragsvolumina des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen des Jahres 2011 zu beurteilen. Die verlangte Liste war den gesuchstellenden Journalisten lediglich in anonymisierter Form, d.h. mit geschwärtzten Firmennamen, und beschränkt auf die 40 umsatzstärksten Lieferfirmen, offengelegt worden. Die Einwände der Behörde, eine Liste in nicht anonymisierter Form würde berechnete wirtschaftliche Interessen der Lieferfirmen verletzen bzw. Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ offenbaren, erachtete das BGer allesamt für nicht belegt und nicht nachvollziehbar. Weder gehe aus der Liste hervor, um wie viele Aufträge es sich pro Unternehmung handle, noch welchen Betrag der einzelne Zuschlagspreis einer Vergabe erreichte. Genauso wenig lasse sich allein aus den fraglichen Angaben der Anteil des Geschäfts mit dem Departement oder gar mit dem Bund am Gesamtvolumen einer Unternehmung ableiten. Ebenfalls sei nicht ersichtlich, inwiefern die Informationen geeignet seien, den eventuellen Aktienkurs eines Unternehmens nachteilig zu beeinflussen, Rückschlüsse über die Kundenstruktur zu ermöglichen oder Folgerungen auf die Preis- oder Rabattpolitik einer Unternehmung zuzulassen. Im Ergebnis versagte das BGer der Ausnahmebestimmung in Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ die Anwendung. 15

D. Dokumente mit Umweltinformationen

a) BVGer A-4186/2015 vom 28. Januar 2016: Dokumente eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens

Zu beurteilen hatte das BVGer die Zugänglichkeit von Dokumenten, welche im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde einer Alpenschutzorganisation gegen das Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL betreffend zweier Gebirgslandungen mit Helikoptern eines privaten Flugunternehmens entstanden waren. Das BAZL verweigerte den Zugang unter Hinweis auf den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes, wonach dieses keine Anwendung finde für Dokumente betreffend (Verwaltungs-)Strafverfahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ). Einlässlich beschäftigte sich das BVGer ausserdem mit der in der Lehre kontrovers diskutierten Frage, ob die Einschränkung des sachlichen Geltungsbereiches des Öffentlichkeitsgesetzes nur für hängige oder auch für abgeschlossene Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 BGÖ zur Anwendung gelangt¹². Interessant ist das Urteil wegen der Qualifikation der in den verlangten Dokumenten enthaltenen Informationen als Umweltinformationen i.S.v. Art. 7 Abs. 8 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01). Dadurch stellte sich zugleich die Frage der Anwendbarkeit der Aarhus-Konvention¹³, welche den Zugang des Einzelnen zu Informationen, auf Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und auf Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten regelt. Aufgrund des Wortlauts der Konvention legte das BVGer Art. 3 BGÖ so aus, dass die Beschränkung des sachlichen Geltungsbereiches des Öffentlichkeitsgesetzes im Rahmen von Umweltinformationen nur für Dokumente betreffend *hängige* Verfahren gilt. Da die vom Zugangsgesuch betroffenen zwei Dokumente jedoch weder ein hängiges 16

11 EDÖB Empfehlung vom 21. April 2015: BLW / Verkaufsmengen Wirkstoffe Pflanzenschutzmittel.

12 Entgegen der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz (BBl 2003 1989) vertritt der EDÖB in ständiger Empfehlungspraxis und in Übereinstimmung mit der Lehre die Auffassung, dass nach rechtskräftigem Abschluss der Verfahren nach Art. 3 Abs. 1 BGÖ, die Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die vor der Eröffnung der Verfahren erstellt wurden, wieder auflebt. Vgl. statt vieler EDÖB Empfehlung vom 14. Dezember 2015: BAZL / Dokumente eines Verwaltungsstrafverfahrens, Ziff. 21.

13 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention; SR 0.814.07), in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juni 2014.

Gerichtsverfahren noch ein hängiges (Verwaltungs-)Strafverfahren betrafen, würden diese nicht der Beschränkung des sachlichen Geltungsbereiches des Öffentlichkeitsgesetzes unterliegen und seien vorbehaltlich der Anwendbarkeit einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung der Vermutung nach zugänglich.

b) BVGer A-7874/2015 vom 15. Juni 2016: Abluftdaten eines Kernkraftwerks

Eine Umweltorganisation verlangte den Zugang zu Abluftdaten am Kamin des Kernkraftwerks Leibstadt (sog. EMI-Daten) der Jahre 2013/2014. Diese Daten waren dem Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI im Rahmen seiner gesetzlichen Aufsichtstätigkeit über die Kernkraftwerke von der betroffenen Kraftwerksbetreiberin übermittelt worden. Das ENSI hatte die streitgegenständlichen Abluftdaten jedoch im Zeitpunkt des Zugangsverfahrens bereits gestützt auf ein internes Betriebsreglement gelöscht (nach 30-tägiger Aufbewahrung), da diese für die Aufsichtstätigkeit im Rahmen des Normalbetriebs des Kernkraftwerks nicht mehr benötigt wurden. Zwar bejahte das BVGer dem Grundsatz nach eine *Wiederbeschaffungspflicht* der Behörde für verloren gegangene oder abhanden gekommene Dokumente. Hingegen verneinten die Richter eine Wiederbeschaffungspflicht der Behörde, wenn diese den Besitz an einem Dokument rechtmässig bzw. vorschriftsgemäss aufgegeben hat, was vorliegend offenbar zu bejahen war. Weiter verneinte das BVGer eine erneute Herausgabepflicht der Kraftwerksbetreiberin gegenüber dem ENSI im Rahmen des Aufsichtsverhältnisses.

Darüber hinaus hatte das ENSI ins Auge gefasst, die entsprechenden Messdaten nicht mehr reglementsconform nach 30 Tagen zu löschen sondern diese systematisch aufzubewahren und als wichtige amtliche Dokumente im Sinne von Art. 19 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) sogar aktiv auf seiner Webseite zu publizieren. Diesem Vorhaben schoben die Bundesverwaltungsrichter einen Riegel vor, indem sie die verlangten Messdaten als Personendaten der Kraftwerksbetreiberin im Sinne des Bundesgesetzes über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) qualifizierten. Mangels eines überwiegenden öffentlichen Interesses untersagten sie dem ENSI die aktive Publikation auf ihrer Webseite¹⁴. Eine Beschwerde gegen das Urteil ist beim BGer hängig.

E. Dokumente mit Personendaten (Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG)

a) Personendaten von Dritten

aa) BGer 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015: Expertengutachten im Forschungsbereich

Streitig war die Zugänglichkeit von Teilen aus Expertengutachten im Rahmen eines Nationalen Forschungsprogramms des Schweizerischen Nationalfonds zum Thema Lebensende. In diesen Gutachten äusserten sich die jeweiligen Fachexperten zu den geplanten Forschungsprojekten, den akademischen Leistungsausweisen sowie den projektspezifischen Kompetenzen der Forschenden, bewerteten und kommentierten diese. Das BGer qualifizierte die verlangten Informationen als Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes. Da diese nicht anonymisierbar waren, nahm es eine Interessenabwägung vor, in welcher es die privaten Interessen der betroffenen Experten an einer Zugangsverweigerung höher gewichtete, als die öffentlichen Interessen an einem Zugang. Dies insbesondere deshalb, weil die teilweise auch kritisch ausgefallenen Äusserungen über die eingereichten Forschungsgesuche und die Leistungsausweise der Forschenden durchaus geeignet seien, deren berufliches Ansehen und Fortkommen, mithin deren Privatsphäre, nachhaltig zu beeinträchtigen. Immerhin stellte das BGer klar, dass aufgrund des grossen finanziellen Volumens des Forschungsprogramms (mehrere Millionen Franken) und der dabei zu untersuchenden heiklen und politisch umstrittenen Fragestellungen von einem gesteigerten Informationsinteresse der Öffentlichkeit ausgegangen werden müsse. Für die diesbezüglich notwendige Transparenz sei es jedoch nicht erforderlich, die verlangten Informationen aus den Expertengutachten zugänglich zu machen. Vielmehr könne sich die Öffentlichkeit aus den frei zur Verfügung stehenden Informationsquellen (Website des SNF und nationale Forschungsdatenbank P3) informieren.

bb) BGer 1C_50/2015 vom 2. Dezember 2015: Öffentliche Beschaffungen

Im oben bereits angesprochenen Urteil zu Beschaffungslisten (vgl. Ziffer 3 C. b) prüfte das BGer die Zugänglichkeit der in der Liste enthaltenen Informationen auch im Hinblick auf deren Qualität als Personendaten

¹⁴ Weshalb das BVGer im Rahmen dieses Entscheids trotz der offensichtlichen Eigenschaft der verlangten Messdaten als Umweltinformationen die Aarhus-Konvention nicht mitberücksichtigt hat, muss an dieser Stelle offen bleiben. In Anwendung des Konventionstextes wäre jedoch durchaus ein anderes Ergebnis denkbar gewesen.

im Sinne des Datenschutzgesetzes. Da diese nicht anonymisierbar waren, nahm das Gericht eine Interessenabwägung gestützt auf Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGO i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG vor und kam zum Schluss, dass an den in der Liste enthaltenen Personendaten (Firmennamen und Gesamtauftragsvolumina des Jahres 2011) ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe. Demgegenüber vermochte das BGer kein gewichtiges privates Interesse der betroffenen Unternehmen an der Geheimhaltung der in der Liste enthaltenen Informationen erkennen. Interessant sind sodann die Ausführungen der Bundesrichter zur Frage der Anhörung der betroffenen Unternehmen nach Art. 11 BGO. Die Pflicht zur Anhörung von betroffenen Dritten könne – obwohl das Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorsehe – aus systematischen und teleologischen Gründen nicht absolut gelten, sondern stehe unter einem Umsetzungsvorbehalt. Immerhin müsse ein Absehen von einer Anhörung aus verfassungsrechtlichen Gründen die Ausnahme bleiben und bedürfe einer entsprechenden Rechtfertigung. Das Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten sei in zwei Stufen vorzunehmen. Zunächst sei mittels einer vorläufigen Interessenabwägung zu prüfen, ob ein Zugang zum verlangten Dokument überhaupt in Betracht falle. Ist dies der Fall, seien die betroffenen Dritten grundsätzlich anzuhören. Gestützt auf die Ergebnisse dieser Anhörung sei die definitive Interessenabwägung vorzunehmen und der abschliessende Entscheid über die Gewährung des Zugangs zu fällen. Es dürfe von der Anhörung nur unter zwei Voraussetzungen ausnahmsweise abgesehen werden:

- Erstens müsse die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfallen, dass nicht ernsthaft damit gerechnet werden müsse, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten.
- Zweitens müsse die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil es mit zu grossem Aufwand verbunden oder mit dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes, Transparenz über die Verwaltungstätigkeit zu schaffen, nicht vereinbar wäre¹⁵. Das BGer bejahte beide Kriterien und kam zum Schluss, dass im zu beurteilenden Fall eine besondere Konstellation vorliege, in welcher ausnahmsweise von einer Anhörung abgesehen werden könne.

cc) BGer 1C_137/2016 vom 27. Juni 2016: Expertengutachten im Medikamentenzulassungsverfahren

Erneut zu beurteilen hatte das BGer die Frage der Zugänglichkeit von Dokumenten mit Personendaten von 21
verwaltungsexternen Experten. Konkret ging es um Auszüge aus Expertengutachten im Rahmen des Zulassungsverfahrens eines Medikaments durch das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic. Bei den zu beurteilenden Zulassungsunterlagen handelte es sich um Teile von Expertisen, in welchen Firmenexperten die qualitativen, präklinischen und klinischen Daten des zuzulassenden Arzneimittels einer kritischen Analyse unterzogen und ausführliche Berichte darüber verfassten. Streitig war insbesondere die Zugänglichkeit von Personendaten dieser Experten. Zunächst kam das BGer anlässlich der vorläufigen Interessenabwägung zum Ergebnis, dass das öffentliche Interesse am Zugang zu den fraglichen Personendaten die privaten Interessen der betroffenen Experten an deren Geheimhaltung überwiege. Dies insbesondere deshalb, weil das Zulassungsverfahren letztlich dem Schutz der öffentlichen Gesundheit diene, was nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ einem spezifischen öffentlichen Interesse entspreche. Daneben befänden sich die betroffenen Firmenexperten bzw. deren Auftraggeber in einer besonderen Beziehung zur Verwaltung, aus der ihnen bedeutende Vorteile erwachsen würden (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Auf Seiten der betroffenen Experten sei hingegen im Falle einer Bekanntgabe der verlangten Personendaten lediglich mit geringen Risiken negativer Konsequenzen für deren Privatsphäre zu rechnen. Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Anhörung widersprach das Bundesgericht jedoch der Vorinstanz¹⁶ und hielt fest, dass die gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Anhörung gemäss Art. 11 BGO in vorliegender Konstellation mit lediglich drei betroffenen Firmenexperten weder besonders aufwändig wäre, noch davon ausgegangen werden dürfe, dass im Rahmen der vorläufigen Interessenabwägung bereits sämtliche möglichen rechtserheblichen Einwände gegen eine Zugangsgewährung erkannt worden seien. Vielmehr sei denkbar, dass die Betroffenen noch nicht berücksichtigte private Geheimhaltungsinteressen vorbringen könnten. Vom ausnahmsweisen Verzicht auf eine Anhörung könne daher vorliegend kein Gebrauch gemacht werden.

b) Personendaten von Bundesangestellten

aa) BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016: Outlook-Agenda

Die wohl grösste Aufmerksamkeit hat ein Urteil des BGer hervorgerufen, in welchem die Zugänglichkeit der 22

15 Ob diese beiden Kriterien zum ausnahmsweisen Verzicht auf die Anhörung nach Art. 11 BGO kumulativ oder alternativ anzuwenden sind, ergibt sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen nicht eindeutig.

16 Urteil des BVGer A-3220/2015 vom 22. Februar 2016.

Outlook-Agenda des ehemaligen Direktors des Bundesamtes für Rüstung armasuisse zu beurteilen war. Zunächst hielt das BGer fest, dass die Outlook-Agenda eines Amtsdirektors ohne weiteres als amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes qualifiziert werden könne, da der Zusammenhang mit der Ausübung einer öffentlichen Aufgabe zu bejahen sei. Weiter verneinten die Richter die Qualifikation des verlangten Kalenders als nicht fertig gestelltes bzw. zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument (Art. 5 Abs. 3 Bst. b und c BGÖ). In Bezug auf die Frage des Zugangs zu den in der Outlook-Agenda enthaltenen Personendaten äusserte sich das BGer zwar nicht ausführlich, zog eine Zugangsgewährung jedoch durchaus in Betracht und wies die Behörde an, die betroffenen Personen, deren Daten in der Agenda enthalten waren, zunächst nach Art. 11 BGÖ anzuhören. In Bezug auf die übrigen Ausnahbestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes wies es die Angelegenheit an die Behörde zurück, verbunden mit dem Auftrag, die vorgesehenen Schwärzungen in der Agenda einzeln, oder allenfalls mittels Kategorisierung für vergleichbare Sachverhalte, rechtsgenügend zu begründen.

bb) BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016: Schlussbericht einer Administrativuntersuchung

Zu beurteilen war die Zugänglichkeit eines Schlussberichts einer Administrativuntersuchung gegen einen hohen Verwaltungsangestellten. Zunächst hielt das BVGer fest, dass ein Administrativverfahren im Sinne von Art. 27a Abs. 1 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) aufgrund seiner Besonderheiten kein Verfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGÖ darstelle, welches dem sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen wäre. Daran würden auch die disziplinarrechtlichen Charakteristika der vorliegend geführten Administrativuntersuchung nichts ändern, werde doch die Disziplinaruntersuchung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens durchgeführt und unterliege damit ebenfalls grundsätzlich dem BGÖ (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ e contrario). Das BVGer prüfte die Frage des Zugangs zum Schlussbericht mangels anderer Einwände lediglich im Hinblick auf die darin enthaltenen Personendaten der Betroffenen und nahm eine Interessenabwägung vor. Dabei qualifizierte es das öffentliche Interesse am Zugang zum verlangten Schlussbericht als hoch, da der Klärungsbedarf bzw. der Verdacht auf verwaltungsinterne Missstände dem öffentlichen Interesse an Transparenz mit Blick auf den Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes ein besonderes Gewicht verleihe. Nicht von Belang sei hingegen der Umstand, dass die Behörde mittels einer Medienmitteilung zum Abschluss der Administrativuntersuchung bereits aktiv informiert habe. Vielmehr müsse sich die Öffentlichkeit direkt aus dem Schlussbericht und damit der primären Datenquelle ein eigenes Bild der Angelegenheit machen können. Weiter qualifizierte das BVGer die im Schlussbericht abgebildeten Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer als Personendaten, die weder besonders schützenswert, noch als Persönlichkeitsprofil zu verstehen seien. Dies insbesondere deshalb, weil sich die Anschuldigungen im Verlaufe des Administrativverfahrens nicht erhärtet hätten und demnach keine Fakten darstellten. Daher würden die zu beurteilenden Angaben über den Betroffenen auch kein erhöhtes Geheimhaltungsinteresse begründen. Dem Beschwerdeführer komme aufgrund seiner Position als hohe Amts- bzw. Führungsperson hingegen der Status als Person des öffentlichen Lebens zu, weshalb er eine umfassendere Bekanntgabe seiner Personendaten und allenfalls sogar Eingriffe in seine Persönlichkeit eher zu dulden habe. Im Ergebnis überwiege das öffentliche Interesse am Zugang, weshalb der Schlussbericht grundsätzlich offenzulegen sei. Um das damit einhergehende Risiko negativer Konsequenzen für den Betroffenen zu minimieren, erachtete es das BVGer als opportun, den Namen und die Funktion des Beschwerdeführers an den entsprechenden Stellen im Bericht abzudecken. Aus denselben Überlegungen wurde das Urteil umfassend anonymisiert veröffentlicht, was der Leserlichkeit und Verständlichkeit des Entscheids an gewissen Stellen abträglich ist. Dazu steht die umfassende Anonymisierung des Urteils in einem gewissen Widerspruch zu den Erwägungen des BVGer, wonach sich der Beschwerdeführer als hohe Amts- bzw. Führungsperson der öffentlichen Verwaltung weitergehende Eingriffe in seine Privatsphäre gefallen lassen müsse.

IV. Das Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes

Ogleich die hiervor angesprochenen Urteile einige Grundsatzfragen zu beantworten vermögen, werfen sie zugleich neue Fragen auf, welche im Hinblick auf das gesetzgeberische Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes einer genaueren Betrachtung bedürfen. Insbesondere im Hinblick auf die Fragen der Folgen der Beweislosigkeit sowie des Zugangs zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten und der damit verbundenen Interessenabwägung – mithin der Königsdisziplin des Öffentlichkeitsprinzips – zeigt die aktuelle Rechtsprechung, dass sich die Gerichte mit der Konzeption des Öffentlichkeitsgesetzes schwer tun und diese teilweise fehlinterpretieren.

A. Gesetzliche Zugangsvermutung mit Beweislastumkehr

Indem Art. 6 Abs. 1 BGÖ jeder Person ein justiziables Recht¹⁷ einräumt, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten, stellt der mit dem Öffentlichkeitsgesetz eingeführte Paradigmenwechsel gleichsam eine *Vermutung des freien Zugangs* auf. Die Beweislast zu deren Widerlegung obliegt der Behörde (vgl. Art. 12 Abs. 4 BGÖ)¹⁸. Konkret bedeutet dies, dass die Behörde die gesetzliche Zugangsvermutung nur dann umzustossen vermag, wenn es ihr gelingt zu beweisen (oder zumindest glaubhaft darzulegen), dass eine Ausnahmebestimmung gemäss Art. 7 oder ein besonderer Fall nach Art. 8 BGÖ Anwendung findet. Misslingt ihr dieser Beweis, so trägt sie die Folgen der Beweislosigkeit, die gesetzliche Zugangsvermutung bleibt aufrecht und der verlangte Zugang ist grundsätzlich zu gewähren¹⁹. In diesem Zusammenhang darf durchaus von einer „*in dubio pro publico-Regel*“ (im Zweifel für die Öffentlichkeit) gesprochen werden. Dies wird in ständiger Empfehlungspraxis des EDÖB so gehandhabt²⁰ und wurde bis vor kurzem in ebenso ständiger Rechtsprechung des BVGer bestätigt²¹. Umso mehr überraschen daher die Aussagen in zwei jüngeren Urteilen des BGer²², wo dieses ohne weitere Auseinandersetzung oder Begründung festhält, „*einen Grundsatz, wonach im Zweifel dem Öffentlichkeitsprinzip der Vorrang einzuräumen ist, gibt es genauso wenig wie das umgekehrte Prinzip*“. Diese Schlussfolgerung des BGer widerspricht dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes. Zu bedauern ist vor diesem Hintergrund auch der Umstand, dass das BVGer in seiner neusten Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgesetz diese Interpretation des BGer übernommen hat²³.

25

B. Schadensrisikoprüfung

Im Rahmen der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ *abschliessend* aufgelisteten Ausnahmebestimmungen hat der Gesetzgeber sechs öffentliche (Bst. a-f) und zwei private (Bst. g und h) Interessenkonstellationen vorgesehen, in denen der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird²⁴. Die öffentlichen oder privaten Interessen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ, die einem Zugang entgegenstehen können, müssen das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen, was zumindest auf den ersten Blick eine Interessenabwägung nahelegt. Es gilt jedoch zu beachten, dass der Gesetzgeber diese Interessenabwägungen bereits selbst vorweggenommen hat²⁵.

26

17 BGE 133 II 209 E. 2.1.

18 BBl 2003 2002; BVGE 2011/52 E. 6; BGer 1C_14/2016 vom 23. Juni 2016 E. 3.4; Mahon/Gonin, Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz 11 ff.

19 BVGE 2011/52 E.6; Urteile des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 3; A-6738/2014 vom 23. September 2015 E. 3; A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.2 sowie A-5489/2015 vom 8. Oktober 2013 E. 6.1; Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 4; Stephan C. Brunner, Interessenabwägung im Vordergrund, in: *digma* 4/2004 S. 163. Die Frage der objektiven Beweislast, also wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, ist jedoch zu unterscheiden von der Frage nach der Rechtsfolge bei Verletzung der Begründungspflicht durch die Behörde. Das bedeutet, dass eine mangelhafte Begründung einer Zugangsbeschränkung oder -verweigerung gegenüber der gesuchstellenden Person nicht gleichsam automatisch zum Zugang zu den verlangten Dokumenten führt (vgl. dazu BVGer A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E.4.4).

20 Vgl. statt vieler EDÖB Empfehlung vom 4. März 2016: ENSI / Dokumente zum Störfall „doppelendiger Bruch einer Umwälzleitung“ des Kernkraftwerks Leibstadt (KKL), Ziffer 37; EDÖB Empfehlung vom 5. Februar 2014: NDB / Statistische Angaben aus Rechenschaftsberichten und aktuelle Zahlen zur ISIS-Datenbank, Ziffer 26. In Abweichung davon weist der EDÖB teilweise aber auch Gesuche zur Neubeurteilung zurück an die Behörde. Dies etwa dann, wenn die Behörde eine Zugangsbeschränkung oder -verweigerung gar nicht oder offensichtlich ungenügend begründet oder wenn umfangreiche Dokumente mit komplexen Inhalten integral einem Zugang entzogen werden, zu deren Beurteilung zumindest eine Ersteinschätzung der mit den entsprechend erforderlichen Sachkenntnissen ausgestatteten Behörde notwendig erscheint [vgl. etwa EDÖB Empfehlung vom 22. Dezember 2015: ENSI / Dokumente zum Langzeitbetrieb des Kernkraftwerks Beznau (KKB), Ziffer 34 ff.].

21 Statt vieler Urteil des BVGer A-5489/2012 vom 8. Oktober 2013 E. 6.1.

22 Urteile des BGer 1C_122/2015 vom 18. Mai 2016 E. 2.5 sowie 1C_296/2015 vom 18. Mai 2016 E. 3.6.

23 Urteile des BVGer A-683/2015 vom 20. Oktober 2016 E. 3.2; A-746/2016 vom 25. August 2016 E. 5.5.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 3.2.3. In letzterem weist das BVGer ausdrücklich auf diese (neue) Praxis des BGer hin und betont, dass seine eigene bisherige Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre stand.

24 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Ausnahmetatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, wonach der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn durch seine Gewährung Informationen vermittelt werden können, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat, vielmehr als „*besonderer Fall*“ i.S.v. Art. 8 BGÖ zu qualifizieren, da dessen Anwendung lediglich von objektiven Kriterien abzuhängen scheint und den Zugang grundsätzlich entweder vollständig oder gar nicht ausschliesst.

25 Urteile des BVGer A-2165/2009 vom 19. Oktober 2009 E. 4.1.2 sowie A-3631/2009 vom 15. September 2009 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen; BBl 2003 2006; Häner/Steimen, in: Maurer-Lambrou/Blechte [Hrsg.], Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 [nachfolgend: Basler Kommentar BGÖ], Art. 7 Rz 2 ff. Mit Blick auf die Ausführungen in der Botschaft (BBl 2003 2006) dürfte nach der hier vertretenen Auffassung kaum Raum für verschiedene Auffassungen bestehen. Das gesetzgeberische Konzept geht davon aus, dass im Rahmen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ keine Interessenabwägung sondern eine Scha-

Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht demnach nicht auf einer eigentlichen Interessenabwägung sondern vielmehr auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines *Schadensrisikos*²⁶. Dabei müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen vorliegen:

- Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung der verlangten Dokumente erheblich beeinträchtigt werden, und
- zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt.

Ist eine Beeinträchtigung lediglich denkbar bzw. im Bereich des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden²⁷. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten²⁸. Bei dieser Beurteilung verbleibt der Behörde – wie bereits erwähnt – ein erheblicher Ermessensspielraum²⁹.

C. Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Selbst wenn ein Dokument Informationen enthält, welche nach einer (oder mehreren) Ausnahmebestimmung(en) gemäss Art. 7 ff. BGÖ zu schützen sind, darf der Zugang nicht ohne Weiteres integral zum gesamten Dokument verweigert werden. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) ist vielmehr zu prüfen, ob ein teilweiser Zugang möglich ist, wobei die schützenswerten Informationen abzudecken sind³⁰. Konkret verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass der Grad der Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung für den Schutz der einem Zugang entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen geeignet, erforderlich und für die Betroffenen zumutbar ist³¹. Die Zugangsbeschränkung darf demnach nicht einschneidender sein als unbedingt notwendig und hat zu unterbleiben, wenn eine geringere Einschränkung des Dokumentenzugangs für den angestrebten Schutz der tangierten Interessen ausreichen würde. Zwar wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass ein teilweiser Zugang nur insofern in Betracht zu ziehen sei, als dass die inhaltlichen Zusammenhänge des Dokuments für den Gesuchsteller noch verständlich bleiben. Ansonsten sei der Zugang zum ganzen Dokument zu verweigern³². Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte dieser Ansatz kaum praktikabel sein. Vorwissen und Sachverstand der gesuchstellenden Person sind in aller Regel unbekannt. Zudem kann es nicht Sache der Behörde sein, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob eine gesuchstellende Person die ihr nur teilweise offengelegten Informationen in einen korrekten thematischen Zusammenhang stellen kann. In einem vom BVGer beurteilten Fall³³, in welchem Zugang zu Berichten der nachrichtendienstlichen Aufsicht verlangt wurde, kamen die Richter zwar zur Erkenntnis, dass die überwiegende Mehrzahl der verlangten Dokumenteninhalte tatsächlich aufgrund verschiedener Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes als schützenswert zu qualifizieren und einem Zugang zu entziehen seien. In konsequenter Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erklärten sie jedoch die jeweilige Titelseite, das Inhaltsverzeichnis und, wo vorhanden, gewisse Zusammenfassungen für zugänglich. Dieses Beispiel zeigt, dass in der praktischen Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes die vom Gesetzgeber gewollte nuancierte Einzelfallentscheidung durchaus möglich ist. Bedauerlich ist allerdings, dass eine solche oft erst durch einen Richterspruch durchgesetzt wird.

D. Interessenabwägung bei Dokumenten mit Personendaten

Wie oben dargelegt (vgl. Ziffer 4 B.), sehen die Geheimhaltungsinteressen in Art. 7 Abs. 1 BGÖ keinen Vorbehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses vor. Einzig beim Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ hat sich der Gesetzgeber für eine andere Konzeption entschieden. In dessen Anwendungsbereich besteht die Möglichkeit, trotz einer möglichen Beeinträchtigung der Privatsphäre, den Zugang zu amtlichen Dokumenten ausnahmsweise zu gewähren, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang besteht³⁴. Die Gefahr ei-

densrisikoprüfung vorzunehmen ist (Anders indes: Mader, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: Ehrenzeller [Hrsg.], Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006, S. 16.

26 Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 5; Häner/Steimen, Basler Kommentar BGÖ, Art. 7 Rz 2 ff.

27 Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 4.

28 Brunner, Interessenabwägung im Vordergrund, S. 163.

29 Vgl. Fn. 5.

30 BBl 2003 2005; Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 8.

31 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; Urteil des BVGer 5489/2012 vom 8. Oktober 2013 E. 7.2.2.

32 Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 8.

33 Urteil des BVGer A-3122/2014 vom 24. November 2014.

34 BBl 2003 2013; Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 72.

ner solchen Beeinträchtigung liegt in den allermeisten Fällen in der Bekanntgabe von Personendaten³⁵.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren. Ist dies nicht möglich, richtet sich der Zugang zu den Personendaten nach den Vorschriften des Datenschutzgesetzes über die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 DSGVO). Der im vorliegenden Zusammenhang relevante Art. 19 Abs. 1bis DSGVO stellt eine Koordinationsnorm zu Art. 7 Abs. 2 BGÖ dar und besagt, dass Behörden den Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten gewähren dürfen, wenn die fraglichen Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b).

Erwägt die Behörde den Zugang zu nicht anonymisierbaren Personendaten zu gewähren, ist gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis Bst. b DSGVO eine Abwägung der sich im konkreten Fall entgegenstehenden Interessen vorzunehmen. Es stellt sich zunächst die Frage, welche Interessen überhaupt in die Abwägung einfließen dürfen. Das BGer hat in einem Entscheid in direktem Widerspruch zu einer Empfehlung des EDÖB³⁶ ausgeführt, dass auf der Seite der Geheimhaltungsinteressen zusätzlich zu den privaten Interessen der betroffenen Person auch öffentliche Interessen an einer Zugangsbeschränkung berücksichtigt werden dürfen: *"Der EDÖB vertritt die Auffassung, solche Interessen (Anm. öffentliche Interessen an einer Zugangsbeschränkung) könnten nicht in die Güterabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis DSGVO (i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ) resp. Art. 7 Abs. 2 BGÖ mit einfließen (...), was jedoch nicht einleuchtet. Vielmehr kann es sich dabei durchaus um bedeutende, den privaten Schutzbedürfnissen gleichzustellende Interessen handeln, die einer Offenlegung entgegenzustehen vermögen und deshalb berücksichtigt werden müssen*³⁷." Das BGer stellt damit den öffentlichen Interessen am Zugang die privaten Interessen der betroffenen Person am Schutz ihrer Personendaten und *zusätzlich* die öffentlichen Interessen an einer Zugangsverweigerung gegenüber. Dies ist bei genauer Lektüre des Urteils auch deshalb erstaunlich, weil das BGer im selben Entscheid gleich an mehreren Stellen und in direktem Widerspruch dazu die Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO als Abwägung zwischen den privaten Interessen der Betroffenen am Schutz ihrer Privatsphäre einerseits und den öffentlichen Interessen am Zugang andererseits verstanden haben will³⁸.

Im einem jüngeren Urteil³⁹ gelangte das BVGer zum gegenteiligen Schluss und fügte entgegen der tatsächlichen Umstände an: *„Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – ebenfalls noch nie explizit mit der Frage auseinandergesetzt, ob bei der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis Bst. b DSGVO auch öffentliche Interessen zuungunsten der Zugangsgewährung berücksichtigt werden dürfen.“* Ob das BVGer damit auf die Fehlinterpretation des BGer aufmerksam machen wollte, oder ob es sich dabei schlicht um ein Versehen handelt, muss an dieser Stelle offen bleiben.

Nach der hier vertretenen Auffassung weicht das BGer mit seiner Interpretation der Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO vom gesetzgeberischen Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes ab. Allfällige öffentliche Interessen an einer Zugangsverweigerung sind lediglich im Rahmen der abschliessend aufgezählten Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a-f BGÖ zu prüfen. Durch einen Einbezug von öffentlichen Geheimhaltungsinteressen in die Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis DSGVO, wird der abschliessende Ausnahmekatalog von Art. 7 Abs. 1 BGÖ erweitert und zugleich auch im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 BGÖ zur Anwendung gebracht. Damit wird hinsichtlich der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 1bis DSGVO auf der Seite der möglichen Geheimhaltungsinteressen das "Spielfeld" derart erweitert, dass das öffentliche Interesse am Zugang letztlich nur noch schwer überwiegen kann.

Die gesetzlich vorgeschriebene Interessenabwägung nach Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO sieht eine Abwägung ausschliesslich zwischen den *privaten Interessen* der betroffenen Person am Schutz ihrer Personendaten und den *öffentlichen Interessen* am Zugang vor⁴⁰. Für den Einbezug von allfälligen öffentlichen Geheimhaltungsinteressen im Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO verbleibt nach dem gesetzgeberischen Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes kein Platz.

V. Fazit

Die bis anhin ergangene Rechtsprechung des BVGer und des BGer zum Öffentlichkeitsgesetz leistet einen wichtigen Beitrag für eine einheitliche und rechtsgleiche Umsetzung des Gesetzes und der damit verbundenen Zielsetzungen. Zugleich scheint jedoch insbesondere das BGer vermehrt von der Konzeption des Öffentlichkeitsge-

35 Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz 66.

36 EDÖB Empfehlung vom 18. Juni 2015: BAV / Einträge der Neuen Ereignisdatenbank E. 28 f. (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts).

37 Urteil des BGer 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 4.2.2.

38 Urteil des BGer 1C_74/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 4.1, 4.1.1, 4.1.2, 4.1.4 und 4.2.5.

39 A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.2.2.3.

40 Häner, Basler Kommentar BGÖ, Art. 7 Rz 55; Ammann/Lang, HAP Datenschutzrecht, Rz. 25.75.

setzes abzuweichen. Besonders bei der Anwendung der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 BGÖ muss das gesetzgeberische Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes konsequent eingehalten werden, um das Gesetz weder zu schwächen noch seines Inhalts zu berauben. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob eine Schadensrisikoprüfung (Art. 7 Abs. 1 BGÖ) oder eine Interessenabwägung (Art. 7 Abs. 2 BGÖ) vorzunehmen ist. Im Falle einer Interessenabwägung gilt es den privaten Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen einzig die öffentlichen Interessen *zugunsten* eines Zugangs gegenüberzustellen. Schadensrisikoprüfung, Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprinzip sind als Instrumente der Zugangsprüfung auseinander zu halten. Gelingt es einer Behörde nicht, die Anwendbarkeit einer Ausnahmebestimmung zu begründen bzw. die gesetzliche Vermutung des Zugangs umzustossen, ist *zugunsten des Zugangs* zu entscheiden.

Zusammenfassung Zehn Jahre nach Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes auf Bundesebene hat sich im Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten eine ausführliche Praxis entwickeln können, zu der die eidgenössischen Gerichte auch im vergangenen Jahr einiges beigetragen haben. Damit konnten Grundsatzfragen geklärt und die Rechtssicherheit verbessert werden. Unsere Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung zeigt jedoch, dass das gesetzgeberische Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes gewisse Schwierigkeiten bereitet. So kam es zu konzeptionellen Entscheidungen, die mit Blick auf Sinn und Zweck der Verwaltungsöffentlichkeit problematisch sind und das Gesetz unnötig schwächen, statt das Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes konsequent umzusetzen.

Bessere Telekom-Grundversorgung und schnellerer Internetzugang

Festnetztelefonie, Internetzugang oder eine Kombination der beiden: Die Schweizer Haushalte haben bald die Wahl zwischen diesen drei Grundversorgungsangeboten. Der Bundesrat hat am 2. Dezember 2016 die Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) verabschiedet, die den Inhalt der Grundversorgung im Fernmeldebereich ab 2018 definiert. Ab dann werden die klassischen Analog- und Digitalanschlüsse durch einen multifunktionalen Anschluss ersetzt. Ausserdem werden die minimale Datenübertragungsrate für den Internetzugang auf 3000/300kbits/s erhöht und die Dienste für Menschen mit Behinderungen ausgebaut. Es wird nun die Aufgabe der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) sein, die Grundversorgungskonzession, die Ende 2017 ausläuft, neu zu vergeben. (BAKOM)

<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-64764.html>

Modernisierung des Urheberrechts grundsätzlich begrüsst

Der Bundesrat hat am 2. Dezember 2016 vom Ergebnis der Vernehmlassung über die Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes (URG) Kenntnis genommen. Der Ergebnisbericht zeigt, dass eine Modernisierung des Urheberrechtes grundsätzlich begrüsst wird. Die Vorstellungen über den einzuschlagenden Weg gehen indessen stark auseinander. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) führt derzeit Abklärungen durch und wird dem Bundesrat bis im Sommer 2017 einen Vorschlag für das weitere Vorgehen unterbreiten.

<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-12-022.html>

Accès aux documents administratifs : La Cour EDH pose des critères précis

Décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 novembre 2016 « Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie » (No. 18030/11)

Zusammenfassung Ohne ein eigentliches Recht auf Zugang zu Dokumenten, welche im Besitz von öffentlichen Behörden sind, zu anerkennen, vertritt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Meinung, dass ein einfaches öffentliches Interesse genügt, um ein Zugangsgesuch zu rechtfertigen. Um die Frage des Bestehens eines öffentlichen Interesses zu prüfen, ist der Natur der erfragten Informationen Rechnung zu tragen, dem Ziel des Gesuchstellers sowie seiner gesellschaftlichen Rolle. In Bezug auf das letzte Kriterium, können nebst Journalisten und NGOs auch Blogger und Internetplattformen die Funktion des „public watchdog“ übernehmen.

Résumé Sans pour autant consacrer un véritable droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques, la Cour EDH est désormais d'avis qu'un simple intérêt public suffit à justifier une requête de consultation. Pour examiner l'existence d'un intérêt public, il y a lieu de tenir compte de la nature des informations recherchées, du but de la requérante ainsi que de son rôle sociétal. S'agissant de ce dernier critère, les bloggeurs et les plateformes Internet peuvent aussi exercer la fonction de « chiens garde de la société » aux côtés des journalistes et des ONG.

Mots-clefs L'applicabilité de l'article 10 CEDH, critères entraînant l'application du droit d'accès à des informations détenues par l'État, justification de l'ingérence

Dispositions Art. 10 CEDH

Faits (résumé)

10. La requérante, Magyar Helsinki Bizottság (le Comité Helsinki hongrois), est une organisation non gouvernementale (ONG) fondée en 1989. Elle surveille la mise en œuvre en Hongrie des normes internationales relatives aux droits de l'homme, elle représente en justice les personnes qui se plaignent de violations des droits de l'homme et elle promeut l'enseignement du droit et la formation juridique en Hongrie et à l'étranger. Ses principaux domaines d'activité sont la défense des droits des demandeurs d'asile et des étrangers qui ont besoin de la protection internationale, et la surveillance du respect des droits de l'homme par les organes d'application des lois et le système judiciaire. Elle est spécialisée dans l'accès à la justice, les conditions de détention et le respect effectif du droit à la défense.

La genèse de l'affaire

11. De 2005 à 2007, la requérante conduisit un projet intitulé « Model Legal Aid Board Programme » (Programme modèle d'assistance judiciaire), qui visait à développer et à tester un modèle permettant de remédier aux lacunes du système des commissions d'office des avocats de la défense. L'étude résumant les résultats du projet fut publiée en 2007 sous le titre « Without Defence » (Sans défense). Il y était indiqué qu'il fallait développer un ensemble de critères d'évaluation de la qualité des prestations fournies par les avocats de la défense.

12. En 2008, dans le prolongement de l'étude qu'elle avait réalisée en 2005-2007, la requérante lança un nouveau projet intitulé « The Right to Effective Defence and the Reform of the ex-Officio Appointment System » (Le droit à une défense effective et la réforme du système des commissions d'office). En collaboration avec le ministère de la Justice et de la Police et avec différents barreaux, elle élaborait un questionnaire visant à évaluer la performance des avocats de la défense. Dans le cadre de ce projet, elle entendait aussi étudier la qualité de la défense fournie d'une part par les avocats commis d'office et d'autre part par les avocats choisis par les accusés, en examinant les dossiers de 150 affaires pénales closes. Parallèlement, elle rédigea une contribution relative à la Hongrie pour une recherche de droit comparé intitulée « Effective Defence Rights in the European Union and Access to Justice: Investigating and Promoting Best Practices » (Effectivité des droits de la défense dans l'Union européenne et accès à la justice : recherche et promotion des meilleures pratiques) et menée dans neuf pays européens dans le cadre d'un projet financé par la Commission européenne et Open Society Justice Initiative.

Les résultats de ces deux projets furent présentés lors d'une conférence tenue en avril 2009, dont les conclusions sont résumées dans un rapport intitulé « *In the Shadow of Suspicion: A critical account of enforcing the right to an effective defence* » (À l'ombre du soupçon : compte-rendu critique de l'application du droit à une défense effective).

13. Par ailleurs, la requérante mena différentes activités de fond en faveur d'une réforme du système des commissions d'office. En coopération avec le barreau de Budapest, elle élaborait également un ensemble de recommandations aux fins de l'élaboration d'un code de déontologie à l'intention des avocats commis d'office.

14. Selon la requérante, ses recherches montraient que le système des commissions d'office ne fonctionnait pas correctement, principalement parce que les services d'enquête, en particulier la police, pouvaient choisir librement les avocats de la défense à partir d'une liste établie par les différents barreaux, ce qui conduisait à une méfiance de la part des accusés. De plus, d'après elle, il ressortait de ces recherches que bon nombre de services de police faisaient appel la plupart du temps aux mêmes avocats ou aux mêmes cabinets d'avocat, ce qui rendait les avocats de la défense tributaires des commissions d'office. La requérante concluait également que le système de sélection manquait de transparence.

15. En 2009, dans le cadre d'un projet intitulé « *Steps Towards a Transparent Appointment System in Criminal Legal Aid* » (Vers un système transparent de désignation des avocats au titre de l'assistance judiciaire en matière pénale), une méthode expérimentale fut mise en place avec la collaboration de la requérante, des barreaux de département et de certains services de police de département. L'une des principales caractéristiques de cette méthode était le remplacement du mode de désignation, jusque-là discrétionnaire, par une désignation aléatoire effectuée par ordinateur.

16. Dans le cadre de ce projet, la requérante demanda en tout à vingt-huit services de police, dans les sept régions hongroises, de lui communiquer le nom des avocats qu'ils avaient commis d'office en 2008 et le nombre de fois où chacun d'eux avait été commis. Le but de cette demande, qui était fondée sur l'article 20 § 1 de la loi LXIII de 1992 (« la loi sur les données »), était de déterminer de manière probante s'il existait des divergences dans la pratique des différents services de police en matière de commission d'office à partir des listes fournies par le barreau. La requérante soutenait que le nombre de commissions d'office des avocats était une information d'intérêt public (*közérdekű adat*) et que dès lors le nom des différents avocats de la défense constituait une information soumise à divulgation dans l'intérêt public (*közérdekből nyilvános adat*).

17. Dix-sept services de police communiquèrent les informations demandées et cinq autres ne le firent qu'après que la requérante eut engagé une action en justice à cette fin et obtenu gain de cause.

18. Le 18 août 2009, la requérante adressa la même demande au service de police du département de Hajdú-Bihar, sollicitant le nom des avocats de la défense commis d'office dans le ressort du service de police et le nombre de fois où chaque avocat avait été commis.

19. Dans sa réponse du 26 août 2009, ce service refusa d'accéder à la demande de la requérante, estimant que « le nom d'un avocat de la défense ne constitu[ait] ni une information d'intérêt public ni une information soumise à divulgation dans l'intérêt public en vertu de l'article 19 § 4 de la loi sur les données, étant donné que les avocats de la défense n'[étaient] pas membres d'un organe accomplissant une mission au service de l'État ou d'une municipalité ou d'autres missions publiques. Leurs noms constitu[ai]ent donc des données privées, que la loi ne permet[tait] pas de divulguer ». Le service de police indiqua aussi que la communication de telles données ferait peser sur lui une charge disproportionnée.

20. Le service de police de Debrecen rejeta le 27 août 2009 une demande similaire de la requérante.

Considérants en droit (résumé)

138. Comme indiqué ci-dessus (paragraphe 123), la Convention doit être interprétée non pas isolément mais, conformément au critère énoncé à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne (paragraphe 35 ci-dessus), de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie. De plus, la Convention revêtant un caractère spécial en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme où sont énoncées des règles matérielles qui ont une nature de droit interne et qui imposent aux États des obligations envers les individus, la Cour peut aussi tenir compte de ce que l'évolution des systèmes juridiques internes indique l'existence d'une approche uniforme ou commune ou l'émergence d'un consensus au sein des États contractants sur un sujet donné (voir, à cet égard, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 41, série A n° 31, et *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, §§ 67-68, CEDH 2002-IV).

139. À cet égard, la Cour observe que dans la grande majorité des États contractants, et notamment dans les trente et un États étudiés sauf un, la législation nationale reconnaît un droit d'accès à l'information et/ou aux documents officiels détenus par les autorités publiques, en tant que droit autonome visant à renforcer la transparence dans la conduite des affaires publiques en général (paragraphe 64 ci-dessus). Même si ce but est plus large que celui consistant à faire progresser le droit à la liberté d'expression en tant que tel, la Cour estime établi qu'il

existe au sein des États membres du Conseil de l'Europe un large consensus sur la nécessité de reconnaître un droit individuel d'accès aux informations détenues par l'État afin de permettre au public d'examiner les questions d'intérêt public, y compris le mode de fonctionnement des autorités publiques dans une société démocratique, et de se forger une opinion en la matière.

140. Un consensus fort se dégage aussi au niveau international. Notamment, le droit de rechercher des informations est expressément garanti par l'article 19 (la disposition protégeant la liberté d'expression qui correspond à l'article 10 de la Convention) du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques, instrument ratifié par l'ensemble des quarante-sept Parties contractantes à la Convention, y compris la Hongrie (et toutes, sauf la Suisse et le Royaume-Uni, ont accepté le droit de recours individuel en vertu du Protocole facultatif s'y rapportant). Le même droit est consacré à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

141. À cet égard, il importe de relever que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a confirmé à plusieurs reprises l'existence d'un droit d'accès à l'information. Il a souligné l'importance de l'accès à l'information dans le processus démocratique, et le lien entre cet accès et la possibilité de diffuser des informations et des opinions sur des questions d'intérêt public pour les citoyens. Il a considéré que la liberté de pensée et d'expression incluait la protection du droit d'accès aux informations détenues par l'État. Dans une affaire, il a dit que le droit de rechercher des informations pouvait être exercé sans qu'il soit nécessaire de prouver un intérêt direct ou personnel à obtenir les informations en question, mais qu'en raison des fonctions de « chien de garde » spécial de l'association auteure de la communication et de la nature particulière des informations recherchées, il y avait lieu de conclure que ladite association avait été directement touchée par le refus en question (paragraphe 39-41 ci-dessus).

142. La Cour note encore que, selon le Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, le droit de rechercher et de recevoir des informations est un élément essentiel du droit à la liberté d'expression, qui comprend le droit général du public d'avoir accès aux informations d'intérêt général, le droit pour les individus de rechercher des informations les concernant qui peuvent avoir une incidence sur leurs droits individuels et le droit des médias d'accéder aux informations (paragraphe 42 ci-dessus).

143. Certes, ces conclusions ont été adoptées relativement à l'article 19 du Pacte, dont le libellé est différent de celui de l'article 10 de la Convention. Toutefois, la Cour les juge pertinentes en l'espèce en ce qu'il en ressort que le droit d'accès aux données et documents d'intérêt public est inhérent à la liberté d'expression. Les organes des Nations unies considèrent que le droit pour les « chiens de garde publics » d'accéder aux informations détenues par l'État afin de s'acquitter des obligations que leur rôle fait peser sur eux, à savoir la communication d'informations et d'idées, est un corollaire du droit pour le public de recevoir des informations sur des questions d'intérêt général (paragraphe 39-42 ci-dessus).

144. Par ailleurs, l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 garantissent aux citoyens un droit d'accès aux documents détenus par les institutions de l'Union, sous réserve des exceptions énoncées à l'article 4 du règlement (paragraphe 55-56 ci-dessus).

145. En outre, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a reconnu le droit d'accès aux documents publics dans sa recommandation Rec(2002) 2 sur l'accès aux documents publics, où il dit que les États membres devaient, avec certaines exceptions, garantir à toute personne le droit d'accéder, à sa demande, à des documents publics détenus par des autorités publiques (paragraphe 52 ci-dessus). De plus, même si la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics n'a à ce jour été ratifiée que par sept États membres, son adoption dénote une évolution continue vers la reconnaissance d'une obligation pour l'État de donner accès aux informations publiques (la Cour a déjà tenu compte dans sa jurisprudence d'instruments internationaux qui n'avaient pas été ratifiés par tous les États parties à la Convention ni même par la majorité d'entre eux, par exemple dans les arrêts *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, § 75, CEDH 2004-II et *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 59, CEDH 2004-XII ; elle a aussi tenu compte d'instruments qui n'étaient pas contraignants à l'époque de son examen, par exemple dans les arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, [GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II, et *Marckx*, précité, §§ 20 et 41). Ainsi, même si la présente affaire ne concerne pas un droit à part entière d'accès à l'information, la Cour estime que cette convention indique une tendance claire vers une norme européenne, qui doit être vue comme une considération pertinente en l'espèce.

146. Il est aussi instructif pour la Cour de tenir compte des évolutions se dégageant dans d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme en ce qui concerne la reconnaissance du droit d'accès à l'information. L'évolution la plus notable est l'interprétation faite par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili* de l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, qui garantit expressément le droit de rechercher et de recevoir des informations, la Cour interaméricaine ayant considéré que le droit à la liberté de pensée et d'expression incluait la protection du droit d'accès aux informations détenues par l'État (paragraphe 61 ci-dessus).

147. On peut encore mentionner la Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en 2002. Alors que l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne mentionne pas le droit de rechercher des informations, la Déclaration de principes énonce expressément que « [l]a liberté d'expression et d'information, y compris le droit de chercher, de recevoir et de communiquer des informations et idées (...) est un droit fondamental et inaliénable » (paragraphe 63 ci-dessus).

148. Il ressort donc clairement des considérations exposées ci-dessus que depuis l'adoption de la Convention, le droit interne de l'écrasante majorité des États membres du Conseil de l'Europe ainsi que les instruments internationaux pertinents ont effectivement évolué au point qu'il se dégage un large consensus, en Europe et au-delà, quant à la nécessité de reconnaître un droit individuel d'accès aux informations détenues par l'État afin d'aider le public à se forger une opinion sur les questions d'intérêt général.

v. *L'approche de la Cour concernant l'applicabilité de l'article 10*

149. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que rien ne l'empêche d'interpréter l'article 10 § 1 de la Convention comme incluant un droit d'accès à l'information.

150. Elle a conscience de l'importance de la sécurité juridique en droit international et de ce que l'on ne peut attendre des États qu'ils mettent en œuvre une obligation internationale qu'ils n'ont pas d'abord acceptée. Elle considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents (*Mamatkoulou et Askarov*, précité, § 121, et *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 70, CEDH 2001-I). La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit en outre tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (*Biao c. Danemark* [GC], n° 38590/10, § 131, 24 mai 2016).

151. Il ressort de l'étude de la jurisprudence des organes de la Convention résumée aux paragraphes 127 à 132 ci-dessus qu'il y a eu une évolution perceptible en faveur de la reconnaissance, sous certaines conditions, d'un droit à la liberté d'information en tant qu'élément inhérent à la liberté de recevoir et de communiquer des informations protégée par l'article 10 de la Convention.

152. La Cour observe par ailleurs que cette évolution se reflète aussi dans la position prise par les organes internationaux de protection des droits de l'homme, qui lient le droit pour les « chiens de garde » d'accéder à l'information à leur droit de communiquer des informations et à celui du grand public de recevoir des informations et des idées (paragraphes 39-42 et 143 ci-dessus).

153. De plus, il est d'une importance primordiale que, selon les informations dont dispose la Cour, sur les trente et un États membres du Conseil de l'Europe objets de l'étude de droit comparé, presque tous aient adopté une législation sur la liberté d'information. Un autre indicateur de la communauté d'approche dans ce contexte est l'existence de la Convention sur l'accès aux documents publics.

154. À la lumière de ces changements et en réponse à cette évolution convergente quant aux normes à atteindre en matière de protection des droits de l'homme, la Cour considère qu'il y a lieu en l'espèce de clarifier les principes *Leander*.

155. L'objet et le but de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives, et non théoriques et illusives (*Soering*, précité, § 87). Comme l'illustrent clairement la jurisprudence récente de la Cour et les décisions d'autres organes de protection des droits de l'homme, dire que le droit d'accès à l'information ne peut en aucune circonstance relever de l'article 10 de la Convention aboutirait à des situations où la liberté « de recevoir et de communiquer » des informations se trouverait entravée d'une manière et à un degré tels que la substance même de la liberté d'expression en serait atteinte. De l'avis de la Cour, lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice du droit de recevoir et de communiquer des informations, refuser cet accès peut constituer une ingérence dans l'exercice de ce droit. Le principe selon lequel les droits protégés par la Convention doivent être garantis de manière concrète et effective commande qu'un requérant se trouvant dans une telle situation puisse invoquer la protection de l'article 10.

156. En bref, le temps est venu de clarifier les principes classiques. La Cour considère toujours que « le droit à la liberté de recevoir des informations interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir ». De plus, « le droit de recevoir des informations ne saurait se comprendre comme imposant à un État des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations ». La Cour considère par ailleurs que l'article 10 n'accorde pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique, ni n'oblige l'État à les lui communiquer. Toutefois, comme le montre l'analyse ci-dessus, un tel droit ou une telle obligation peuvent naître, premièrement, lorsque la divulgation des informations a été imposée par une décision judiciaire devenue exécutoire (situation qui ne concerne pas le cas d'espèce) et, deuxièmement, lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier « la liberté de recevoir et de communiquer des informations », et que refuser cet accès constitue une ingérence dans l'exercice de ce droit.

vi. Critères entraînant l'application du droit d'accès à des informations détenues par l'État

157. La question de savoir si et dans quelle mesure le refus de donner accès à des informations a constitué une ingérence dans l'exercice par un requérant du droit à la liberté d'expression doit s'apprécier au cas par cas à la lumière des circonstances particulières de la cause. La Cour considère que la jurisprudence récente rappelée ci-dessus (paragraphe 131 et 132) fournit des illustrations précieuses des critères pertinents pour définir plus précisément la portée de ce droit.

α) Le but de la demande d'information

158. Une première condition préalable doit être que la personne demandant l'accès à des informations détenues par une autorité publique a pour but d'exercer sa liberté de « recevoir et de communiquer des informations et des idées ». Ainsi, la Cour a accordé de l'importance dans sa jurisprudence au fait que la collecte des informations était une étape préparatoire importante dans l'exercice d'activités journalistiques ou d'autres activités visant à ouvrir un débat public ou constituant un élément essentiel de la participation à un tel débat (voir, *mutatis mutandis*, *Társaság*, précité, §§ 27-28, et *Österreichische Vereinigung*, précité, § 36).

159. Dans ce contexte, on peut rappeler qu'en matière de liberté de la presse, la Cour a dit que, « [e]n raison des « devoirs et responsabilités » inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique » (*Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39, *Recueil* 1996-II, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 54, CEDH 1999-I, et *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 65, CEDH 1999-III). Les mêmes considérations devraient s'appliquer à une ONG jouant un rôle de « chien de garde » social (cet aspect est développé ci-après).

En conséquence, pour savoir si l'article 10 trouve à s'appliquer, il faut déterminer si les informations recherchées étaient réellement nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression (*Roşianu*, précité, § 63). De l'avis de la Cour, il y a lieu de considérer qu'obtenir l'accès à des informations est nécessaire lorsque leur rétention serait de nature à entraver l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression ou à porter atteinte à ce droit (*Társaság*, précité, § 28), qui comprend la liberté « de recevoir et de communiquer des informations et des idées » dans le respect des « droits et responsabilités » découlant du paragraphe 2 de l'article 10.

β) La nature des informations recherchées

160. La Cour a déjà conclu que le refus de donner accès à des informations avait constitué une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit de recevoir et de communiquer des informations, dans des cas où les données recherchées étaient respectivement des « informations factuelles concernant l'utilisation de mesures de surveillance électroniques » (*Youth Initiative for Human Rights*, précité, § 24), des « informations relatives à un recours constitutionnel » et portant « sur un sujet d'importance générale » (*Társaság*, précité, §§ 37-38), des « sources documentaires originales à des fins de recherche historique légitime » (*Kenedi*, précité, § 43), et des décisions concernant des commissions sur des transactions immobilières (*Österreichische Vereinigung*, précité, § 42). Elle a alors attaché un poids important à la présence de catégories particulières d'informations considérées comme étant d'intérêt public.

161. Dans le prolongement de cette approche, la Cour considère que les informations, les données ou les documents auxquels l'accès est demandé doivent généralement répondre à un critère d'intérêt public pour devoir être divulgués en vertu de la Convention. Tel peut être le cas, notamment, lorsque l'accès à ces informations contribue à la transparence sur la conduite des affaires publiques et sur les questions présentant un intérêt pour la société de manière générale, et permet ainsi la participation de l'ensemble de la collectivité à la gouvernance publique.

162. La Cour a souligné que la définition de ce qui pourrait constituer un sujet d'intérêt public dépend des circonstances de chaque affaire. Ont trait à un intérêt public les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé. L'intérêt public ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme. Pour vérifier qu'une publication a trait à un sujet d'importance générale, il faut en apprécier la totalité, eu égard au contexte dans lequel elle s'inscrit (*Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], n° 40454/07, §§ 97 à 103, CEDH 2015 (extraits), avec les références citées).

163. À cet égard, la position privilégiée accordée par la Cour dans sa jurisprudence au discours politique et au débat sur les questions d'intérêt public est un facteur à prendre en compte. La raison pour laquelle l'article 10 § 2 de la Convention laisse peu de place pour des restrictions à ce type d'expression (*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §§ 38 et 41, série A n° 103, et *Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV) milite de même pour l'octroi d'un droit d'accès à ce type d'informations en vertu de l'article 10 § 1 lorsqu'elles sont détenues par

les autorités publiques.

γ) Le rôle de la requérante

164. Une conséquence logique des deux critères énoncés ci-dessus, qui concernent l'un le but de la demande d'informations et l'autre la nature des informations demandées, est que le rôle particulier de « réception et de communication » au public des informations qu'assume celui qui les recherche revêt une importance particulière. Ainsi, appelée à apprécier si l'État défendeur avait porté atteinte aux droits des requérants découlant de l'article 10 en leur refusant l'accès à certains documents, la Cour a précédemment attaché un poids particulier au rôle joué par les intéressés en tant que journaliste (*Rosjjanu*, précité, § 61), « chien de garde » social ou organisation non gouvernementale dont les activités portaient sur des questions d'intérêt public (*Társaság*, § 36, *Österreichische Vereinigung*, § 35, *Youth Initiative for Human Rights*, § 20, et *Guseva*, § 41, tous précités).

165. Si l'article 10 garantit la liberté d'expression à « toute personne », la Cour a pour pratique de reconnaître le rôle essentiel joué par la presse dans une société démocratique (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 37, *Recueil* 1997-I) et la position particulière des journalistes dans ce contexte. Ainsi, elle a dit que les garanties dont la presse doit jouir revêtent une importance particulière (*Goodwin*, précité, § 39, et *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59, Série A n° 216), et elle a reconnu à plusieurs reprises le rôle crucial joué par les médias s'agissant de faciliter l'exercice par le public du droit de recevoir et de communiquer des informations et des idées et de contribuer à la réalisation de ce droit. Elle s'est alors exprimée comme suit :

« Il incombe à la presse de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public. À sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de « chien de garde » (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, §§ 59 et 62, CEDH 1999–III). »

166. La Cour a aussi reconnu que la fonction consistant à créer des plateformes pour le débat public n'est pas l'apanage de la presse mais peut aussi être le fait d'autres acteurs, notamment des organisations non gouvernementales, dont les activités sont un élément essentiel d'un débat public éclairé. Elle a admis que lorsqu'une ONG appelle l'attention de l'opinion sur des sujets d'intérêt public, elle exerce un rôle de « chien de garde public » semblable par son importance à celui de la presse (*Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, § 103, CEDH 2013 (extraits)) et peut donc être qualifiée de « chien de garde » social, fonction qui justifie qu'elle bénéficie en vertu de la Convention d'une protection similaire à celle accordée à la presse (*ibidem*, voir aussi *Társaság*, précité, § 27, et *Youth Initiative for Human Rights*, précité, § 20). Elle a reconnu l'apport important de la société civile au débat sur les affaires publiques (voir, par exemple, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 89, CEDH 2005-II, et *Társaság*, précité, § 38).

167. La manière dont les « chiens de garde publics » mènent leurs activités peut avoir une incidence importante sur le bon fonctionnement d'une société démocratique. Il est dans l'intérêt d'une société démocratique de permettre à la presse d'exercer son rôle crucial de « chien de garde public » en communiquant des informations sur des sujets d'intérêt public (*Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 59), et de donner aux ONG examinant les activités de l'État la possibilité de faire de même. Les personnes et les organisations exerçant des fonctions de « chien de garde » devant disposer d'informations précises pour accomplir leurs activités, elles ont souvent besoin d'avoir accès à certaines informations pour remplir leur rôle d'information sur les sujets d'intérêt public. Les obstacles dressés pour restreindre l'accès à des informations risquent d'avoir pour effet que ceux qui travaillent dans les médias ou dans des domaines connexes soient moins à même de jouer leur rôle de « chien de garde », et leur aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (*Társaság*, précité, § 38).

168. Ainsi, la Cour estime que le point de savoir si la personne qui demande l'accès aux informations a pour but d'informer le public en sa qualité de « chien de garde » est une considération importante. Cela ne signifie pas, toutefois, que le droit d'accès à l'information doive s'appliquer exclusivement aux ONG et à la presse. La Cour rappelle que les chercheurs universitaires (*Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* [GC], n°s 23536/94 et 24408/94, § 61-67, CEDH 1999-IV, *Kenedi*, précité, § 42, et *Gillberg*, précité, § 93) et les auteurs d'ouvrages portant sur des sujets d'intérêt public (*Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, § 68, CEDH 2004-VI, et *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], n°s 21279/02 et 36448/02, § 48, CEDH 2007-IV) bénéficient aussi d'un niveau élevé de protection. Elle note également que, compte tenu de ce que les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la diffusion de l'information (*Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, § 133, CEDH 2015), la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de « chien de garde public » en ce qui concerne la protection offerte par l'article 10.

δ) Informations déjà disponibles

169. Lorsqu'elle a conclu que le refus opposé à une demande d'informations était contraire à l'article 10, la

Cour a tenu compte du fait que les informations recherchées étaient « déjà disponibles » et ne nécessitaient aucun travail de collecte de données de la part des autorités (voir *Társaság*, précité, § 36, et, *a contrario*, *Weber c. Allemagne* (déc.), 70287/11, § 26, 6 janvier 2015). Dans une autre affaire, elle a rejeté l'argument d'une autorité interne qui invoquait les difficultés qu'elle craignait d'avoir à rassembler les informations demandées pour justifier son refus de les communiquer à la requérante, car elle a estimé que ces difficultés tenaient à la propre pratique de l'autorité en question (*Österreichische Vereinigung*, précité, § 46).

170. À la lumière de la jurisprudence susmentionnée, et compte tenu également du libellé de l'article 10 § 1 (en particulier des mots « sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques »), la Cour estime que le fait que les informations demandées sont déjà disponibles devrait constituer un critère important dans l'appréciation globale de la question de savoir si un refus de fournir ces informations peut être considéré comme une « ingérence » dans l'exercice de la liberté de « recevoir et de communiquer des informations » protégée par cette disposition.

vii. Application de ces critères au cas d'espèce

171. La requérante argue qu'elle avait le droit en vertu de l'article 10 d'obtenir l'accès aux informations demandées dès lors que, d'après elle, le but de sa demande était de mener une étude à l'appui de propositions de réforme du système des commissions d'office des avocats de la défense, et d'informer le public sur un sujet d'intérêt général (paragraphe 95 ci-dessus). Le Gouvernement soutient quant à lui que le véritable but de l'étude était de discréditer le système des commissions d'office existant (paragraphe 85 ci-dessus).

172. La Cour estime établi que la requérante souhaitait exercer le droit de communiquer des informations sur un sujet d'intérêt public et qu'elle sollicitait l'accès aux informations à cette fin.

173. Elle prend note également de la thèse du Gouvernement selon laquelle les informations recherchées, à savoir le nom des avocats de la défense commis d'office, n'étaient nullement nécessaires pour parvenir à des conclusions et publier des constats sur l'efficacité du système des commissions d'office, de sorte que le refus de divulguer ces données à caractère personnel n'aurait pas entravé la participation de la requérante à un débat public (paragraphe 77 ci-dessus). Le Gouvernement conteste aussi l'utilité de disposer d'informations nominatives, estimant que des extraits anonymisés des fichiers en question auraient répondu aux besoins de la requérante (paragraphe 84 ci-dessus).

174. La requérante soutient pour sa part que le nom des avocats commis d'office et le nombre de fois où chacun d'eux avait été commis étaient des informations nécessaires pour enquêter et déceler un éventuel dysfonctionnement du système (paragraphe 96 ci-dessus). Elle indique à cet égard que les disparités alléguées dans la répartition des commissions d'office constituaient le point essentiel de sa publication sur l'efficacité du système des commissions d'office.

175. La Cour considère que les informations demandées par la requérante aux services de police relevaient indiscutablement du sujet de sa recherche. Pour pouvoir appuyer ses arguments, la requérante souhaitait recueillir des informations nominatives sur chacun des avocats afin de démontrer le cas échéant l'existence d'un schéma de désignation récurrent. Si, comme le Gouvernement l'envisage, elle avait limité son enquête à des informations anonymisées, elle aurait selon toute probabilité été dans l'incapacité de produire des résultats vérifiables à l'appui de sa critique du système existant. De plus, la Cour note, en ce qui concerne l'importance des informations en cause à des fins d'exhaustivité et de statistiques, que la demande de la requérante avait pour but l'obtention de données couvrant tout le pays, y compris les services de police de département. Le refus de deux services de fournir les informations demandées constituait un obstacle à la production et à la publication d'une étude exhaustive. Ainsi, on peut raisonnablement conclure que sans ces informations la requérante ne pouvait pas contribuer à un débat public en produisant des données précises et fiables. Ces informations lui étaient donc « nécessaires », au sens où ce mot est employé au paragraphe 159 ci-dessus, aux fins de l'exercice de son droit à la liberté d'expression.

176. En ce qui concerne la nature des informations, la Cour observe que les autorités internes n'ont nullement recherché si celles qui leur étaient demandées pouvaient avoir un intérêt public et qu'elles ne se sont préoccupées que de la situation des avocats commis d'office du point de vue de la loi sur les données. Cette loi ne permettait que des exceptions très limitées à la règle générale de non-divulgaration des données à caractère personnel. Ayant établi que les avocats commis d'office ne relevaient pas de la catégorie des « autres personnes accomplissant une mission publique », unique exception pertinente dans ce contexte, les autorités internes ne pouvaient examiner la question de savoir si les informations en question présentaient un intérêt public.

177. Cette approche a privé de toute pertinence l'argument d'intérêt public avancé par la requérante. Or les informations relatives à la commission d'office des avocats étaient éminemment d'intérêt public, indépendamment du point de savoir si ces avocats pouvaient être qualifiés d'« autres personnes accomplissant une mission publique » en vertu de la législation nationale applicable.

178. Pour ce qui est du rôle de la requérante, les parties s'accordent à dire que la présente affaire concerne une organisation qui est assurément d'intérêt public et qui œuvre à la diffusion d'informations sur des sujets rela-

tifs aux droits de l'homme et à l'état de droit. La démarche professionnelle de la requérante sur les questions qu'elle traite et son action de sensibilisation du grand public n'ont pas été mises en question. La Cour ne voit pas de raison de douter que l'étude en question ait renfermé des informations du type de celles que la requérante avait entrepris de communiquer au public et que celui-ci avait le droit de recevoir. Elle estime par ailleurs établi que l'intéressée avait besoin d'accéder aux informations demandées pour accomplir cette tâche.

179. Enfin, la Cour note que les informations en question étaient déjà disponibles et qu'il n'a pas été argué devant elle que leur divulgation eût fait peser sur les autorités une charge particulièrement lourde (voir, *a contrario*, *Weber*, précité).

viii. Conclusion

180. En bref, les informations demandées par la requérante aux services de police étaient nécessaires pour lui permettre de mener à bien l'étude sur le fonctionnement du système des commissions d'office qu'elle réalisait en sa qualité d'organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme afin de contribuer à un débat sur une question présentant un intérêt public évident. En refusant à la requérante l'accès aux informations demandées, qui étaient déjà disponibles, les autorités internes ont entravé l'exercice par elle de sa liberté de recevoir et de communiquer des informations, d'une manière portant atteinte à la substance même de ses droits protégés par l'article 10. Il y a donc eu une ingérence dans l'exercice du droit garanti par cette disposition, laquelle est applicable au cas d'espèce. L'exception d'incompatibilité *ratione materiae* du grief de la requérante soulevée par le Gouvernement doit donc être rejetée.

b) Sur la justification de l'ingérence

181. Pour être justifiée, une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être « prévue par la loi », viser un ou plusieurs des buts légitimes mentionnés au paragraphe 2 de l'article 10, et être « nécessaire dans une société démocratique ».

182. La Cour observe que les parties sont en désaccord sur le point de savoir si l'ingérence dans l'exercice par la requérante de la liberté d'expression était « prévue par la loi ». La requérante invoque l'article 19 § 4 de la loi sur les données, arguant que cette disposition prévoyait expressément la divulgation des données à caractère personnel concernant d'« autres personnes accomplissant une mission publique » et qu'aucune disposition n'interdisait la divulgation du nom des avocats de la défense commis d'office. Le Gouvernement, pour sa part, renvoie à l'avis exprimé par le Commissaire à la protection des données et aux décisions de justice internes qui donnent de l'article 19 § 4 de la loi sur les données une interprétation selon laquelle les avocats de la défense commis d'office ne sont pas « d'autres personnes accomplissant une mission publique », de sorte que leurs données à caractère personnel ne pourraient pas être divulguées. Il estime que la Cour devrait partir des faits établis et de la loi appliquée et interprétée par les juridictions internes.

183. La Cour observe que la divergence d'opinions entre les parties concernant le droit applicable provient de leur désaccord sur la question de savoir comment les avocats commis d'office doivent être qualifiés en droit interne. Selon la requérante, ils relèvent de la qualification « autres personnes accomplissant une mission publique », tandis que le Gouvernement estime qu'ils doivent être considérés comme des personnes privées, y compris en ce qui concerne les activités qu'ils exercent lorsqu'ils sont nommés par les autorités publiques.

184. Toutefois, comme la Cour l'a dit à plusieurs reprises, elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes et c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, parmi bien d'autres, *Rekvényi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, § 35, CEDH 1999-III). Ce n'est pas à elle de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un État défendeur pour réglementer tel ou tel domaine ; son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 67, CEDH 2004-I).

185. La Cour note que la Cour suprême a examiné en détail le statut juridique des avocats de la défense commis d'office ainsi que les arguments avancés par la requérante quant à leur mission consistant à assurer le droit à la défense, et qu'elle a conclu qu'ils ne relevaient pas de la qualification « autres personnes accomplissant une mission publique ». L'interprétation de la haute juridiction était conforme à la recommandation du Commissaire parlementaire à la protection des données publiée en 2006 (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour ne voit pas de raison de remettre en question l'analyse de la Cour suprême, qui a estimé que les avocats commis d'office ne pouvaient être considérés comme d'« autres personnes accomplissant une mission publique » et que l'article 19 § 4 de la loi sur les données fournissait une base légale pour le refus d'accès aux informations dénoncé par la requérante. L'ingérence litigieuse était donc « prévue par la loi » au sens du second paragraphe de l'article 10.

droit d'accès aux informations aux mains des autorités publiques que la Convention CEDH malencontreusement ignore ; on sait que l'art. 10 se contente de proclamer la liberté de diffuser et de recevoir des informations, ne disant rien d'un droit de les rechercher. Reste que depuis l'arrêt *Damman c. Suisse* de 2006, la Cour s'est engagée sur la voie de la transparence des autorités publiques. Avec toujours plus de détermination : suivant sa jurisprudence récente (*Initiative for Human Rights c. Serbie* et *Österreichische Vereinigung c. Autriche*), l'Etat doit autoriser la consultation de documents concernant des questions importantes d'intérêt général ; à défaut, la presse et les ONG sont entravées dans l'exercice de leur fonction – décisive en démocratie – de chien de garde sociétal. L'affaire *Helsinki Bizottság c. Hongrie* aurait pu couronner cette opportune évolution vers l'ouverture par l'affirmation d'un droit pur et simple d'accès aux documents administratifs.

Ce d'autant que la première partie de ce long arrêt donnait l'impression que cette fois les juges franchiraient le Rubicon. N'ont-ils pas commencé par constater que toujours plus d'instruments internationaux soit accordent expressément un droit de rechercher des informations soit instituent la publicité des documents administratifs ? N'ont-ils pas relevé ensuite que la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté des lois obligeant les autorités à satisfaire les demandes d'informations des citoyens ? Et puis, en guise de conclusion à cet état des lieux favorable à la transparence, les voilà qui annoncent, non sans solennité, que « le temps est venu de clarifier les principes classiques » (ad 156). Tout portait donc à croire que la Cour se préparait à renverser le paradigme du secret de l'administration.

Il n'en fut rien. Le droit d'accès que la Cour prétend consacrer n'en est pas un : il n'existe en effet que sous condition. Il faut en effet qu'il s'avère patent, au regard des circonstances de l'espèce, que les informations requises visent « à ouvrir un débat public ou constituent un élément essentiel de la participation à un tel débat » (ad 158). Autrement dit tout dépendra du contexte de la requête, en particulier de la pertinence des informations requises et de la motivation du requérant. Or l'exercice du droit d'accès ne saurait être subordonné à la démonstration d'un quelconque intérêt public : le droit d'accès s'exerce indépendamment des intentions, idéales ou égoïstes peu importe, du requérant ou de l'intérêt des documents demandés. Comme l'a observé, en 2011 le Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Toktakunov c. Kirghizistan*, le requérant n'a pas à se justifier : « les informations devraient être obtenues sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve d'un intérêt direct ou d'une implication personnelle » (a 6.3).

Concrétisant cette exigence d'inconditionnalité du droit d'accès, les lois suisses ou étrangères sur la publicité administrative interdisent à l'autorité requise de s'enquérir de l'identité du requérant, encore moins de ses motifs. Pour avoir méconnu ce principe cardinal la « Gesetz über Information und Akteneinsicht » d'Appenzell Rhodes Extérieures n'a jamais été considérée comme une loi sur l'accès l'information proprement dite. Son art. 9 postule en effet que « Jede Person, die ein berechtigtes Interesse nachweisen kann, hat im Rahmen dieses Gesetzes das Recht auf Einsicht in amtliche Akten. ». La loi italienne sur la transparence de 1990 contenait, à l'origine, un même réquisit (art. 22) : « Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi. » ; ce grave défaut fut éliminé en 2005, en réponse aux critiques de la doctrine qui dénonçait une transparence de facade.

On l'aura compris, l'arrêt *Helsinki Bizottság* ne bouleverse rien : le principe fondateur demeure le secret administratif (sous réserve d'exceptions de publicité). A ceux qui en douteraient, il suffit de rappeler ces paroles sans ambages des juges : « La Cour considère par ailleurs que l'article 10 n'accorde pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique, ni n'oblige l'État à les lui communiquer. » (ad 156). Clair et net !

Si le présent jugement ne renverse pas le paradigme du secret, on se doit néanmoins de saluer un bienvenu élargissement du champ de l'exception de publicité. Celui-ci recouvre désormais tout document un tant soit peu d'intérêt public. Les juges ne limitent en effet plus la publicité aux seuls documents d'importance pour la gouvernance publique, mais englobent désormais toutes les informations sur « des questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé. » (ad 162). Autrement dit, d'une exception d'intérêt public qualifié on est passé à une exception d'intérêt public simple. Ce qui, il faut bien l'admettre, constitue un substantiel gain de transparence.

Un gain d'autant plus réjouissant qu'il s'accompagne d'une extension parallèle du cercle des personnes qui peuvent se prévaloir de l'exception de publicité. Renonçant à réserver la consultation de documents d'intérêt public aux seuls journalistes et aux ONG représentant la société civile, les juges sont maintenant d'avis que quasiment tout un chacun peut contribuer au débat public et, partant, exiger des informations : « la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de « chien de garde public » en ce qui con-

3

4

5

6

7

8

cerne la protection offerte par l'article 10» (ad 168).

9 Ces deux avancées ne sont pas sans conséquences sur l'état de la transparence dans notre pays. D'abord, les quelques cantons qui se refusent encore de renverser le paradigme du secret administratif (AI, GL, LU, NW, OW, TG) sont directement impactés par la réduction de l'étendue du secret opérée par la Cour. Même s'ils n'ont pas consacré de droit général d'accès, ils ne peuvent plus rejeter d'un revers de la main les demandes qui contribuent peu ou prou au débat public. A moins qu'un intérêt légitime au secret (vie privée ou sécurité intérieure par exemple) ne s'y oppose, ils devront donner les informations requises.

10 Il y a plus : la Confédération et les cantons qui connaissent déjà la transparence sont aussi touchés par le présent arrêt dès lors qu'ils auraient soustrait certains services de l'administration du champ d'application du droit à l'information. Ces exemptions controversées – dont bénéficient au niveau fédéral la Banque nationale suisse et la FINMA (art. 2 al. 2 LTrans) ou encore les Services de renseignements (art. 67 nouveau LRens) – perdent leur caractère absolu, les juges de Strasbourg n'ayant pas, dans leurs considérants, envisagé pareille dérogation sectorielle. Dès lors, quand bien même les services fédéraux ou cantonaux exemptés continuent d'être soumis au principe du secret administratif, ce principe se voit tempéré par l'exception de publicité en cas de demande portant sur des documents d'intérêt général.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

Üble Nachrede: Entlastung nur bei überprüfbarer Information aus anonymer Quelle

Urteil des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung - Einzelgericht) vom 30. September 2016 (GG160025-L/U)*

Résumé Si un journaliste accusé veut se libérer de la reproche de diffamation (art. 173 CP) par la preuve de vérité ou de bonne foi, c'est lui qui porte la charge de la preuve et d'argumentation. Il ne peut pas échapper à ce risque avec l'indication des sources d'informations à protéger. Si alors la situation des sources alléguée par le journaliste reste dans l'obscurité et le tribunal pénal ne la peut pas examiner lors d'un procès de diffamation, ceci s'impose au journaliste accusé. Cela n'est pas contre le sens et le but de la protection des sources journalistique (art. 28a CP).

Zusammenfassung Will sich ein beschuldigter Journalist vom Vorwurf der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) durch den Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis entlasten, so trägt er die Beweislast und die Beweisführungslast. Dem Beweislastrisiko kann er sich nicht unter Hinweis auf schützenswerte Informationsquellen entziehen. Bleibt die vom Journalisten behauptete Quellenlage im Dunkeln und kann sie das Strafgericht im Ehrverletzungsprozess nicht überprüfen, so geht dies zu Lasten des beschuldigten Medienschaffenden. Dies verstösst nicht gegen Sinn und Zweck des journalistischen Quellenschutzes (Art. 28a StGB).

Stichworte Ehrverletzung, üble Nachrede, Entlastungsbeweis, Quellenschutz,

Bestimmungen Art. 28a StGB; Art. 173 StGB; Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 23 Abs. 1 UWG; Art. 17 Abs. 3 BV

* Der Entscheid ist inzwischen angefochten worden.

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Der Journalist P.G. verfasste und publizierte in der Zeitschrift Weltwoche mehrere Artikel, in welchen er den Privatklägern P.S., Professor an der Universität Zürich, und S.G. im Wesentlichen vorwarf, sie hätten schon vor dem Berufungsverfahren zur Neubesetzung des Lehrstuhls (...) an der Philosophischen Fakultät der Universität Zürich, welches Berufungsverfahren im Jahre 2009 begann und 2011 mit der Berufung von S.G. zur Professorin endete, eine Liebesbeziehung unterhalten. Die Privatkläger hätten sich nicht korrekt verhalten, weil sie diese Liebesbeziehung gegenüber den Verantwortlichen der Universität Zürich verschwiegen hätten und P.S. daraufhin im Berufungsverfahren nicht in den Ausstand getreten sei, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre. In den Artikeln war u.a. Rede davon, P.S. habe „die Vetterliwirtschaft an die Spitze getrieben“, sei „als Zentralfigur in einem Fall von Beziehungsfilz verwickelt“, habe „einen Verstoss gegen eigene Reglemente“ begangen, habe seine Kollegen in der Berufungskommission über sein wahres Verhältnis zu Kandidatin S.G. getäuscht und dieser, seiner heutigen Lebenspartnerin, zu einem Professorenposten an seinem eigenen Institut verholfen. Es gehe „um eine beziehungskorrupte Verstrickung“. Im Fall würden „Korruptionsblüten treiben“, es handle sich um eine „dokumentierte Beziehungskorruption“, „die Doppelmoral“ sei „mit Händen zu greifen“ und die Privatkläger seien korrupt.

Am 3. Februar 2016 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gegen den Journalisten Anklage wegen mehrfacher übler Nachrede und mehrfacher Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Erwägungen (Zusammenfassung)

Hinsichtlich des Vorwurfs mehrfacher **übler Nachrede (Art. 173 StGB)** bejaht das Bezirksgericht die objektive Tatbestandsmässigkeit (Erw. 4.1.1). Die eingeklagten Texte seien „zumeist gleich in mehrfacher Hinsicht ehrverletzend, wobei sich die Thematik wiederholt und die Vorwürfe - mehr oder weniger ausführlich, im Kerngehalt jedoch gleichbleibend - in den fortlaufenden Publikationen von neuem aufgegriffen wurden, um sich zu einer eigentlichen Kampagne zu verdichten. So wurde dem Privatkläger nicht nur immer wieder vorgeworfen, gelogen bzw. nicht die ganze Wahrheit gesagt, seine Kollegen an der Universität getäuscht bzw. ihnen gegenüber Informationen seine Beziehung zur Privatklägerin betreffend unterschlagen und gegen geltende Ausstandsregeln verstossen zu haben,

sondern auch korrupt zu sein und der Privatklägerin unter Ausnutzung seiner Stellung zu einer Professur verholten zu haben.“ Der beschuldigte Journalist sei sich der Ehrenrührigkeit seiner Behauptungen bewusst gewesen.

Er habe immer wieder betont, es sei ihm um die Aufdeckung von Missständen im Berufungsverfahren gegangen. Das Bezirksgericht geht deshalb davon aus, „dass objektiv eine begründete Veranlassung für eine entsprechende Berichterstattung bestand und dies auch der Beweggrund für die Äusserungen des Beschuldigten war.“ Das Bezirksgericht lehnt es daher ab, den beschuldigten Journalisten vom Entlastungsbeweis auszuschliessen (**Erw. III. 4.2**). Nach Art. 173 Ziff. 2 StGB wäre der Journalist nicht strafbar, wenn er beweisen könnte, dass seine Äusserung der Wahrheit entspricht (Wahrheitsbeweis) oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten (Gutgläubensbeweis).

Zum **Wahrheits- und Gutgläubensbeweis** hält das Bezirksgericht fest, der Verletzer sei „beweispflichtig. Es liegt eine Umkehr der üblichen Beweislast vor.“ (Erw. 3.4.4.2). Der Untersuchungsgrundsatz i.S.v. Art. 6 StPO erfahre in Ehrverletzungsverfahren „hinsichtlich des Entlastungsbeweises eine Ausnahme: Der Beschuldigte trägt diesbezüglich nicht nur die objektive Beweislast, sondern auch die Beweisführungslast (BSK StPO-Riedo/Fiolka, 2. Aufl., Art. 6, N 33, m.w.H.).“ (**Erw. III. 3.4.4.6**).

Der beschuldigte Journalist berufe sich auf „**Quellenschutz**“. Dazu sei vorab festzuhalten, dass Art. 28a StGB (wie der praktisch gleichlautende Art. 172 StPO) ein Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden statuiere. Dies setze voraus, „dass der Medienschaffende Zeuge nicht - wie vorliegend - Beschuldigter ist. Die Frage nach dem Zeugnisverweigerungsrecht stellt sich mithin nur dann, wenn der Verantwortliche als Zeuge befragt werden soll und nicht etwa, wenn er die Stellung eines potenziellen Täters am zu untersuchenden Delikt innehat (Donatsch in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., N 3 und 13 zu Art. 172 StPO; in diesem Sinne auch BSK StPO-Zeller, 2. Aufl., Art. 172, N 12 bzw. in BSK StGB-Zeller, 3. Aufl., Art. 28a, N 26). Wird eine Person mit den in Art. 28a Abs. 1 StGB umschriebenen Eigenschaften wegen eines Delikts im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit angeschuldigt, so verstösst dies nicht gegen Sinn und Zweck des journalistischen Quellenschutzes gemäss Art. 28a StGB, da sie - wie jede beschuldigte Person - die Aussage verweigern kann (BGE 127 IV 133, betreffend Art. 27^{bis} StGB; dazu in diesem Sinne auch Riklin, in *medialex* 3/99, S. 166). Mit anderen Worten: Mit Ausnahme der besonderen Regelung von Art. 28a StGB geniesst der Journalist im Fall einer mittels der Presse begangenen Ehrverletzung keinerlei Privileg (BGE 137 IV 313, E. 2.1.5, S. 317 [„Exception faite du régime particulier découlant de l'art. 28a CP, le journaliste ne bénéficie d'aucun privilège en cas d'atteinte à l'honneur par voie de presse.“], deutsch zitiert gemäss Praxis 2012, Nr. 53, S. 369, m.w.H.).“ (**Erw. II. 3.2**)

Der beschuldigte Journalist mache „durchwegs geltend, seine Behauptung stütze sich auf rund ein halbes Dutzend bzw. rund zehn voneinander unabhängige, sehr glaubwürdige und absolut vertrauenswürdige Quellen, an deren Angaben zu zweifeln nicht der geringste Anlass bestehe, ohne jedoch diese Quellen zu nennen (...).“ Das Bezirksgericht unterstreicht, „dass dem Beschuldigten Beweislast und Beweisführungslast obliegen und er das Beweislastrisiko bzw. die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Auch hier gilt, dass Medien bzw. Journalisten keine Privilegierung geniessen und sich insbesondere nicht unter Hinweis auf schützenswerte Quellen dem Beweislastrisiko entziehen können. Soweit deshalb vorliegend die vom Beschuldigten behauptete Quellenlage im Dunkeln bleibt und vom Gericht nicht überprüft werden kann, geht dies zu seinen Lasten. Ebenso, soweit vom Gericht nicht überprüft werden kann, ob und wie der Beschuldigte die Vertrauenswürdigkeit seiner angeblichen Quellen selber überprüfte.“ (**Erw. III. 4.3.3**)

Zu den behaupteten Quellen habe der Beschuldigte nachträglich (computerschriftlich) verfasste Gesprächsnotizen ins Recht gelegt. Mit Ausnahme eines Zeugen (der die ihm in den Notizen zugeschriebene Aussage als „Hafenkäs“ zurückgewiesen habe) werde in den Notizen „keine der acht weiteren genannten Personen namentlich genannt. Es lässt sich daher nicht nur nicht überprüfen, ob es diese Personen überhaupt gibt, sondern auch nicht, ob sie tatsächlich die behaupteten Aussagen gemacht haben. Allein aus diesem Grund kann mit diesen Notizen bzw. den darin enthaltenen Angaben ein Entlastungsbeweis nicht gelingen.“ Unterziehe man die Notizen gleichwohl einer kurzen näheren Betrachtung, so fällt dem Bezirksgericht auf, „dass es sich bei vier der genannten Personen um Professoren an der Universität Zürich gehandelt haben soll. Der Beschuldigte hat ausgeführt, er habe seinen Quellen Anonymität zugesichert, um Repressionen gegen diese Personen bzw. eine etwaige Entlassung zu verhindern und (sinngemäss) könne sich vorstellen, dass sich eine entsprechende Aussage auch nachteilig auf die universitäre Karriere auswirken könnte (...).“ In Bezug auf Professoren leuchtet dies dem Bezirksgericht „nicht ein, wären solche doch den Privatklägern hierarchisch gleichgestellt und sozusagen bereits am ‚Ende der Karriereleiter‘ angelangt. Weiter ist schliesslich zu beachten, dass es sich bei den Notizen um nachträglich und nicht jeweils anlässlich der Gespräche bzw. unmittelbar danach handschriftlich angefertigte handelt, was eher für deren Glaubhaftigkeit spräche. Jedenfalls kann der Beschuldigte gestützt auf diese Notizen nichts zu seinen Gunsten ableiten.“ (**Erw. III.4.3.4**)

Im „überzeugenden Untersuchungsbericht der Universität Zürich zum Berufungsverfahren, der im Ergebnis klar gegen den Standpunkt des Beschuldigten spricht, findet dessen Behauptung, wonach die Privatkläger schon vor dem Sommer 2013 eine Liebesbeziehung gehabt hätten, ebenfalls keine Wahrheitsbestätigung. (...)“ (**Erw. III.4.3.6**)

Ebenfalls nicht beweisen lasse sich die Wahrheit der Vorwürfe mit dem Argument des Journalisten, es sei interessant, „dass die Journalisten des Tagesanzeigers anfangs eher skeptisch gewesen seien, sich jedoch auch bei dieser Zeitung die Sichtweise gedreht und es auch dort diverse Journalisten gegeben habe, die von der Beziehung zwischen den Privatklägern gewusst hätten, ebenso Personen in der Chefredaktion der Sonntagszeitung oder beim Blick (...)“. Gemäss Bezirksgericht bleibt offen, „um was für Personen es sich dabei überhaupt gehandelt und was genau diese Personen gesagt haben sollen und worauf sich deren Aussagen stützen.“ (*Erw. III.4.3.8*)

Nach Angaben des Journalisten konfrontierte er die involvierten Personen vor dem ersten „Weltwoche“-Bericht mit den Vorwürfen und sei es „ungewöhnlich lange gegangen, bis eine Antwort gekommen sei, was doch sehr komisch sei, wenn man mit einem angeblich falschen Vorwurf konfrontiert werde“. Das Bezirksgericht kann dem Beschuldigten auch hier nicht folgen, „zumal aus dem Umstand, dass jemand, der mit Vorwürfen konfrontiert wird, nicht bzw. nicht umgehend reagiert, nicht gefolgert werden darf, man könne in guten Treuen davon ausgehen, die Vorwürfe würden nicht bestritten, geschweige denn, sie seien wahr.“ (*Erw. III.4.3.10*)

Der Journalist berufe sich zu seiner Entlastung auch auf einen Artikel der Zeitschrift "Schweizer Journalist", Ausgabe 10/11 2014. Gemäss dieser Publikation sei die Ex-Frau des Professors überzeugt, dass die Privatkläger schon früher ein Verhältnis gehabt hätten. Die Ex-Frau sei allerdings nicht als Zeugin angerufen und daher vom Gericht auch nicht befragt worden. Selbst wenn sie tatsächlich je gesagt habe, was in der Publikation behauptet wird, könnte damit der Wahrheitsbeweis nicht erbracht werden, denn es bleibe völlig offen, wie die Ex-Frau zu dieser "Überzeugung" gelangt wäre. „Ihre Aussage wäre auch - so man der Publikation folgt - zur Erbringung des Gutgläubensbeweises nicht geeignet“, da die Ex-Gattin nicht die Quelle des Beschuldigten gewesen sei. (*Erw. III.4.3.11*)

Auch eine Aktennotiz des „Weltwoche“-Chefredaktors Roger Köppel vermöge den Beschuldigten nicht zu entlasten. Diese beruhe „auf angeblichen Aussagen von Roger Schawinski. Sie stammen demnach vom Hörensagen und nicht aus erster Hand, d.h. Roger Köppel könnte allenfalls die Sachverhaltsdarstellung von Roger Schawinski bestätigen, sich dabei aber ausschliesslich auf Informationen stützen, die er von diesem selbst erhalten hat.“ Nur wenn Schawinskis Aussagen „geeignet wären, die Darstellung der Privatkläger umzustossen, könnte dies den Beschuldigten allenfalls entlasten. Roger Schawinski wurde indes im vorliegenden Verfahren nicht als Zeuge angerufen (...). Medienberichten zufolge dementierte er offenbar, die von Roger Köppel behaupteten Aussagen gemacht zu haben (act. 24/1). Selbst wenn aber Roger Schawinskis Dementi nicht überzeugen sollte, wäre damit für den Beschuldigten nichts gewonnen, da dann auf jeden Fall keine Aussage Roger Schawinskis vorläge, die die Behauptung des Beschuldigten stützte. So oder anders kann deshalb vorliegend auf eine Befragung von Roger Köppel verzichtet werden.“ (*Erw. III.4.3.12*)

Erw. III. 4.3.13: „Der Beschuldigte beantragte schliesslich mehrmals, es seien die Privatkläger zu verpflichten, die gesamte E-Mail Korrespondenz der Jahre 1997 bis 2010 herauszugeben, die zwischen ihnen stattfand, welche Anträge sowohl im Untersuchungsverfahren von der Staatsanwaltschaft als auch im Vorfeld der Hauptverhandlung vom Gericht abgewiesen wurden (...). Nicht ausgeschlossen ist, dass gestützt darauf die Wahrheit seiner Behauptung bewiesen werden könnte. Es sind indes, wie ebenfalls bereits ausgeführt, nicht die Privatkläger, die die vom Beschuldigten aufgestellte Behauptung zu widerlegen haben, sondern es ist dieser, dem das Gesetz die Möglichkeit einräumt, die Wahrheit seiner Behauptung zu beweisen, wobei die Privatkläger keine Mitwirkungspflicht trifft. Eine entsprechende Zwangsmassnahme fällt daher bereits aus diesem Grund ausser Betracht. Hinzu kommt sodann, dass vorliegend das Interesse der Privatkläger an der Wahrung ihrer Privatsphäre nicht weniger schwer wiegt als jenes der vom Beschuldigten nicht bekannt gegebenen Quellen auf Anonymität und von einem eigentlichen Beweisnotstand unter diesen Umständen nicht die Rede sein kann.“

Im Ergebnis habe der Beschuldigte den Wahrheitsbeweis nicht erbracht. (*Erw. III. 4.4*)

Nicht zu erbringen vermochte der Journalist auch den **Gutgläubensbeweis**, d.h. den Nachweis, dass er ernsthafte Gründe hatte, seine Äusserung in guten Treuen für wahr zu halten. Für diesen Entlastungsbeweis trage der Verletzer ebenfalls „die Beweislast und das Beweislastrisiko. Der gute Glaube genügt noch nicht, der Angeschuldigte muss überdies ernsthafte Gründe gehabt haben, um die Wahrheit seiner Äusserung zu glauben. So könnte sich z.B. ein Journalist entlasten, wenn er darlegt, dass er eine falsche Behauptung deshalb in guten Treuen für wahr halten konnte, weil sie in einem Polizeibericht stand oder wenn er sich auf andere, als zuverlässig geltende Quellen abstützen konnte. Die erforderliche Informations- und Sorgfaltspflicht sowie der nötige Grad der Überzeugung bzw. des Verdachtes sind unter Berücksichtigung des Einzelfalls (insbesondere der Höhe der wahrgenommenen Interessen, der Möglichkeit ihrer Wahrung in anderer Weise, der fehlenden oder bestehenden Beleidigungsabsicht, der vorhandenen besonderen Fähigkeit zur richtigen Einschätzung der Verdachtsmomente) zu beurteilen. (...)“ Der Gutgläubensbeweis könne „nicht mit Tatsachen geführt werden, die erst nach der ehrverletzenden Äusserung eingetreten sind bzw. von denen der Äusserer im Zeitpunkt der Aussage keine Kenntnis hatte“. (*Erw. III. 3.4.4.3*)

So datierte die vom beschuldigten Journalisten ins Feld geführte Aussage eines von ihm angerufenen Zeugen (der diese angebliche Aussage übrigens bestritt) vom 10. April 2015. Der Gutgläubensbeweis könne damit „ohnehin nicht erbracht werden, da in diesem Zeitpunkt die eingeklagte Artikelserie längst publiziert war (...)“. (*Erw. III. 4.3.5*)

Auch ein Interview mit dem Privatkläger im Tagesanzeiger vom 11. Oktober 2014 sei erst erschienen, als die

ersten beiden Artikel bereits publiziert waren. (*Erw. III. 4.3.7*)

Die ehrverletzende Publikation lasse sich auch nicht durch andere Argumente als den Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis rechtfertigen. Das Bezirksgericht verneinte, dass der beschuldigte Journalist „den übergesetzlichen **Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen** für sich in Anspruch nehmen kann, zumal er - unabhängig davon, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes vorliegend gar kein Raum besteht - seine Behauptungen weder als Vermutungen noch als Verdacht bezeichnete und die Berichterstattung überdies weit über das Notwendige hinausging.“ (*Erw. III. 4.3.14*)

Zur **Tatschwere** hält das Bezirksgericht fest, der Beschuldigte habe „den Privatklägern unterstellt, gelogen und getäuscht und sich dadurch nicht nur regelwidrig, sondern korrupt und unethisch verhalten zu haben, ohne seine Äusserungen letztlich als wahr beweisen zu können und ohne dass er ernsthafte Gründe gehabt hätte, diese in guten Treuen für wahr zu halten. Gleichwohl hat der Beschuldigte seine Vorwürfe grösstenteils zu Fakten erhoben und nicht bloss als Verdächtigungen oder Mutmassungen deklariert. Der Beschuldigte hat die Privatkläger mit seinen gravierenden Vorwürfen im Rahmen einer breit angelegten Kampagne in aller Öffentlichkeit regelrecht eingedeckt, wobei ihm als stellvertretender Chefredaktor einer der auflagenstärksten Wochenzeitungen der Schweiz dazu ein geradezu beispielloses Instrumentarium zur Verfügung stand. Dabei wurde das Thema gleichsam ‚am Leben erhalten‘, indem es den Lesern über einen Zeitraum von mehreren Wochen immer wieder in Erinnerung gerufen wurde. Im Weiteren hat der Beschuldigte mit seinen Vorwürfen auch den Privatbereich der Privatkläger verletzt. Durch die Äusserungen des Beschuldigten wurden die Privatkläger in einer breiten Öffentlichkeit massiv verunglimpft. Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt deshalb in objektiver Hinsicht schwer.“ (*Erw. III. 5.1*)

Neben der mehrfachen üblen Nachrede bejaht das Bezirksgericht auch eine Verletzung des Bundesgesetzes gegen den **unlauteren Wettbewerb** im Sinne von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG. Sie sei ein „Begleitprodukt“ der durch den Beschuldigten begangenen Ehrverletzungen (*Erw. IV. 4.2*).

Als unwahr betrachtet das Bezirksgericht die Formulierung im Weltwoche-Artikel "Helden der Doppelmoral" vom 9. Oktober 2014, wonach bei der Privatklägerin "nicht wissenschaftliche Leistung und intellektuelle Brillanz" über ihre Berufung an die Universität Zürich entschieden hatten, "sondern Vitamin B in starken Dosen". Gemäss Bezirksgericht ist „davon auszugehen, dass die Privatklägerin über die erforderlichen Qualifikationen für die zu besetzende Stelle verfügte und damit ihr wissenschaftlicher Ausweis entscheidend für ihre Berufung war. Aufgrund des aufwendigen Berufungsverfahren, in das eine Vielzahl von Personen involviert war, kann auch ausgeschlossen werden, dass die Berufung der Privatklägerin lediglich aufgrund von persönlichen Beziehungen erfolgte.“ Als ehemaliger Doktorand und Journalist „musste dem Beschuldigten auch klar sein, wie ein Berufungsverfahren in etwa abläuft und dass nicht ein Kommissionsmitglied alleine über die Berufung einer Professorin entscheidet.“ (*Erw. III. 6.3*)

Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu bestrafen. Er sei nicht vorbestraft, und aus den Akten ergebe sich nichts, was auf eine ungünstige Prognose bezüglich weiterer künftiger Delikte schliessen lasse. Der Vollzug der Geldstrafe wurde daher unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. „Um den Beschuldigten dennoch spürbar zu bestrafen, ist zusätzlich zur Geldstrafe eine Busse auszusprechen.“ Angemessen seien 5'000 Franken. (*Erw. IV.8*)

1 **Anmerkungen** Der vorliegende Ehrverletzungsprozess gegen den stellvertretenden Chefredaktor der „Weltwoche“ hat öffentliche Aufmerksamkeit erregt. Die 74 Seiten starke Urteilsbegründung des Zürcher Bezirksrichters (und seines Gerichtsschreibers) schildert den Sachverhalt und die rechtlichen Aspekte recht ausführlich. Die erstinstanzliche Argumentation mag zwar nicht immer restlos stringent aufgebaut sein. Dennoch: Auch wer den Prozess - wie der Verfasser dieser Anmerkungen - nicht im Gerichtssaal verfolgt hat, kann die Gründe für den Schuldspruch dank der schriftlichen Ausführungen weitgehend nachvollziehen.

2 Das letzte Wort ist damit noch nicht gesprochen. Das Urteil wurde beim Zürcher Obergericht angefochten. Somit sind in einem späteren Zeitpunkt weitere Erkenntnisse in dieser Angelegenheit zu erwarten. Auf die Ausführungen des Obergerichts darf man gespannt sein, denn das vorliegende Strafverfahren betrifft – neben manch anderem – ein fundamentales Dilemma des Enthüllungsjournalismus: Sollen Journalisten im Fall eines Prozesses um brisante, rufschädigende Vorwürfe die Anonymität ihrer Informationsquellen lüften und sich damit selber entlasten? Sollen sie die berufsethische Pflicht zum Quellenschutz höher gewichten und damit eine eigene Verurteilung wegen Ehrverletzung in Kauf nehmen? Oder sollen sie angesichts der Risiken für sich oder andere gar auf eine ehrenrührige Veröffentlichung verzichten?

3 Solche Fragen könnten gründlicher beleuchtet werden, als es die erstinstanzliche Urteilsbegründung tut. Sie hält fest, ein Journalist könne die Aussage wie jede andere beschuldigte Person verweigern und er geniesse bei einer Ehrverletzung keinerlei Privileg. Sinn und Zweck des gesetzlichen Quellenschutzes würden in dieser Konstellation nicht verletzt (Urteilsbegründung Ziff. II.3.2). Fraglos geht es nicht an, gravierende Verunglimpfungen unter unbelegtem Hinweis auf angebliche anonyme Quellen zu veröffentlichen. Die Argumentation des Bezirksgerichts greift hier dennoch

zu kurz. Die Krux eines solchen Verfahrens ist nicht, ob der Journalist formal zur Verweigerung der Aussage berechtigt ist, sondern welche Konsequenzen ihm für den Fall einer Abschirmung seiner Informationsquellen drohen.

Das Dilemma selbst beschuldigter Medienleute betrifft durchaus den Sinn und Zweck des Quellenschutzes. Diesen garantiert die Bundesverfassung in der Vorschrift über das Redaktionsgeheimnis in umfassender Weise (Art. 17 Abs. 3 BV). Das Redaktionsgeheimnis (mit dem Quellenschutz als Kernstück) bezweckt den Schutz der Wächterfunktion der Medien. Es dient damit dem Recht der Allgemeinheit auf Orientierung über relevante Missstände. Dieser Informationsfluss kann gehemmt werden, falls Medienleute wegen der Abschirmung ihrer Informationsquellen die Wahrheit ehrenrühriger Vorwürfe nicht zu belegen vermögen und aus Furcht vor einem absehbaren Schuldspruch wegen Ehrverletzung auf eine Publikation verzichten.

Dass Ehrverletzungsverfahren und Quellenschutz zusammenhängen, ist keine neue Erkenntnis. Vor mehr als einem Vierteljahrhundert beschrieb der (viel zu früh verstorbene) Gründer dieser Zeitschrift das Dilemma ausführlich und differenziert. Im Aufsatz „Le journalisme d’investigation devant la loi pénale“ beleuchtete DENIS BARRELET die Probleme von Enthüllungsjournalisten (auch) im Ehrverletzungsprozess (Zeitschrift für Strafrecht ZStrR 1990, S. 340ff.). Der entlastende Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis wird nicht nur schwierig, wenn Informationsquellen frühere Aussagen widerrufen. Regelmässig äussern sich Dritte nur unter der Bedingung, dass ihnen der Journalist vorher Anonymität zugesichert hat. Wie vermögen Medienschaffende in dieser Konstellation einen Schuldspruch (für in der Sache zutreffende, aber im Gerichtssaal nicht belegbare Vorwürfe) abzuwenden? Diese Frage wird nicht nur in der Schweiz diskutiert, sondern auch auf internationaler Ebene.

Die Empfehlung R (2000) 7 des Ministerkomitees des Europarats „zum Recht von Journalisten, ihre Informationsquellen nicht bekanntzugeben“, verdeutlicht den internationalen Standard. Als wichtiges Soft law-Instrument hält die Empfehlung vom 8. März 2000 in Grundsatz 4 (Alternative Beweise zu den Quellen der Journalisten) fest: „In einem gerichtlichen Verfahren gegen einen Journalisten wegen behaupteter Ehrverletzung oder Rufschädigung einer Person sollten die zuständigen Behörden zur Feststellung der Wahrhaftigkeit dieser Behauptungen, jeden ihnen in Anwendung des innerstaatlichen Prozessrechts verfügbaren Beweis berücksichtigen und dabei nicht verlangen können, dass ein Journalist Quelleninformationen bekanntgibt.“

Schon nur vor diesem Hintergrund ist die Feststellung des Bezirksgerichts, der Journalist trage das Risiko der Beweislast und Beweisführungslast, zumindest in dieser Absolutheit nicht der Weisheit letzter Schluss. Vielmehr gibt es im Grundsatz gute Argumente dafür, dass das Strafgericht dem beschuldigten Journalisten andere Wege zum Führen des Entlastungsbeweises eröffnen oder zumindest nicht verbauen sollte. Dies postuliert u.a. auch STÉPHANE WERLY, La protection du secret rédactionnel, Genf u.a. 2005, S. 57: Les « tribunaux doivent aider les journalistes prévenus de diffamation à apporter la preuve de la vérité lorsque ces derniers ne peuvent amener tous les éléments susceptibles de les disculper sans violer la confidentialité des sources ».

Welche Alternativen zur Preisgabe der Informationsquellen kommen in der Praxis überhaupt in Betracht? DENIS BARRELET skizzierte 1990 verschiedene denkbare Auswege aus dem Dilemma. Er schlug beispielsweise vor, das urteilende Gericht könnte im Ehrverletzungsprozess indirekte Zeugen befragen (welche den anonymen Informanten kennen). Oder die anonyme Quelle könnte durch eine vereidigte Person (z.B. einen Notar) befragt werden – selbst wenn dies eine spätere Verfolgung des unbekanntem Befragten wegen falschen Zeugnisses ausschliessen würde (ZStrR 1990, S. 341). Weitere Möglichkeit hat unlängst DOMINIQUE STREBEL aufgezeigt (<https://dominiquestrebel.wordpress.com/2016/10/05/fall-gutsarasin-tips-fuer-prozessfeste-recherchen-bei-anonymen-quellen/>). Dazu gehören etwa notariell beglaubigte, eingeschwärzte Kopien der Original-Handnotizen des Journalisten oder die Wiederholung der Aussagen des anonymen Informanten gegenüber einem Anwalt, welcher die Vorwürfe beschreibt und die Glaubwürdigkeit der Quelle – idealerweise noch vor der Publikation – beurteilt („anwaltliche Versicherung“). Das Beschreiben solch alternativer Wege könnte dazu führen, dass dem Journalisten der Entlastungsbeweis auch ohne die Enthüllung anonymer Quellen gelingt.

Beim Gutgläubensbeweis stellt sich allerdings ein zusätzliches Problem: Das Gericht berücksichtigt nur jene Elemente, die der Journalist im Zeitpunkt der Publikation auch tatsächlich kannte. Dies entspricht auf den ersten Blick der Logik. Nur so scheint der Nachweis möglich, dass der Journalist ernsthafte Gründe hatte, die Vorwürfe in guten Treuen für wahr zu halten. Berufen sich Medienleute allerdings auf den Quellenschutz (und können ihre guten Gründe notgedrungen nicht direkt belegen), so forderte BARRELET grössere Flexibilität. Es seien auch später aufgetauchte Indizien zu berücksichtigen, welche nachträglich für den guten Glauben des Journalisten im Publikationszeitpunkt sprechen. Ein solches Indiz könnte etwa vorliegen, wenn sich die Behörden selber auf die gleichen Informationsquellen stützten wie der Journalist (ZStrR 1990, S. 345).

Ganz allgemein ist eine Bestrafung der Journalisten m.E. problematisch, falls das Gericht auf amtliche Unterlagen zugreifen könnte, welche eigentlich zur Erhellung des umstrittenen Sachverhaltes geeignet wären, deren Beizug aber

mit blossem Hinweis auf die Beweisführungslast des Journalisten ablehnt (wofür die Urteilsbegründung des Bezirksgerichts im konkreten Fall übrigens keine Anhaltspunkte liefert).

11 In einer ähnlichen Situation hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu Gunsten beschuldigter Medienleute entschieden und den verweigerten Beizug von Beweismitteln als Verletzung der prozessualen Waffengleichheit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) bezeichnet (Urteil N° 19983/92 „De Haes & Gijssels c. Belgien“ vom 24.2.1997, Ziff. 50ff. und dazu STÉPHANE WERLY, *La protection du secret rédactionnel*, Genf u.a. 2005, S. 55ff.). Für den EGMR ist nicht zuletzt relevant, ob die Publikation die anonymen Vorwürfe detailreich schildert und deshalb prima vista inhaltliche Substanz hat (Urteil „De Haes & Gijssels c. Belgien“, Ziff. 55: The Court „considers that the journalists’ concern not to risk compromising their sources of information by lodging the documents in question themselves was legitimate (...). Furthermore, their articles contained such a wealth of detail about the fate of the X children and the findings of the medical examinations they had undergone that it could not reasonably be supposed, without further inquiry, that the authors had not had at least some relevant information available to them.”)

12 Ist das Strafgericht gehalten, neben amtlichen Quellen auch bei den Ehrverletzungsklägern liegende Unterlagen beizuziehen? Diese Konstellation ist wesentlich heikler, denn eine entsprechende Verpflichtung der Kläger wird regelmässig deren Grundrechte tangieren. Im vorliegenden Fall hat das Bezirksgericht eine Mitwirkungspflicht der Privatkläger abgelehnt. Es verneinte die vom beschuldigten Journalisten verlangte Verpflichtung der Privatkläger, ihre gesamte E-Mail Korrespondenz der Jahre 1997 bis 2010 zu den Akten zu geben. Ihr Interesse an der Wahrung ihrer Privatsphäre wiege nicht weniger schwer als das Interesse an der Wahrung der Anonymität der Informationsquellen (Erw. III. 4.3.13). Diese Argumentation leuchtet ein. Konflikte um den Schutz des Ansehens tangieren bekanntlich nicht nur die Medienfreiheit (Art. 10 EMRK und Art. 17 BV), sondern dienen auch dem Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) der in den Medien Angegriffenen.

13 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Problem des Quellenschutzes im Ehrverletzungsprozess genauer unter die Lupe genommen werden könnte (und sollte) als im Urteil des Bezirksgerichts geschehen. Offen ist allerdings, ob dieser gründlichere Blick geeignet wäre, das Ergebnis des konkreten Rechtsstreits zu ändern. Bei der Lektüre der erstinstanzlichen Urteilsbegründung springt jedenfalls nicht ins Auge, welches denn der erfolgversprechende Ausweg sein könnte, auf dem sich der beschuldigte Journalist auch ohne Preisgabe seiner (angeblichen) Informationsquellen entlasten könnte. Dies gilt umso mehr, als sich der Journalist nicht damit begnügte, seine gravierenden Vorwürfe als blosse Verdächtigungen zu formulieren. Zumindest bis zum Urteil des Obergerichts bleibt fraglich, wie der Journalist die Strafjustiz davon überzeugen könnte, dass er die Vertrauenswürdigkeit seiner angeblichen Quellen ausreichend überprüft hatte.

Prof. Dr. iur. Franz Zeller, Bern

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Oktober 2016 (A-136/2016)

Verweigerte Bewilligung, Flugblätter auf der Polyterrasse verteilen zu dürfen, versties gegen die Meinungs- und Versammlungsfreiheit

Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit Bewilligungspflicht bei gesteigertem Gemeingebrauch, Einschränkung von Grundrechten, Verhältnismässigkeitsprinzip

Art. 16, 17, 22, 36 BV

[Zum Entscheid](#)

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

- Arrêt du tribunal fédérale administratif du 11 octobre 2016 (A-5662/2014)

Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf Swissgrid zurecht verneint

principe de la transparence

Art. 2, 5 LTrans

[Zum Entscheid](#)

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Oktober (A-683/2016)

Offenlegung der Namen von mit Rückführungsflügen betrauten Fluggesellschaften würde die Durchführung von Rückführungsflügen ganz oder teilweise vereiteln, Berufung des Staatssekretariats für Migration auf Art. 7 Abs.1 lit. b BGÖ war zulässig.

Transparenzgebot, Begründungspflicht der Behörde, Verhältnismässigkeit

Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ

[Zum Entscheid](#)

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2016 (2C_383/2015)

Aufsichtsrechtliches Einschreiten der UBI erfordert, dass ein Bericht bei einer Gesamtwürdigung den programmrechtlichen Mindestanforderungen nicht genügt. Beschwerde gegen Rundschau-Beitrag «Seeufer für alle» abgewiesen.

Sachgerechtigkeitsgebot, programmrechtliche Mindestanforderungen, Wahrhaftigkeit, Vielfaltsgebot

Art. 4 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 17. Juni 2016 (b.733)

Die Berichterstattung von «SRF-Börse» und des Fernsehens SRF verletzen im beanstandeten Zeitraum weder das Sachgerechtigkeits- noch das Vielfaltsgebot

Einseitigkeit, Sachgerechtigkeitsgebot, Vielfaltsgebot

Art. 4 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 17. Juni 2016 (b.736)

Eine einzelne Missachtung der journalistischen Sorgfaltspflicht (unterlassene Intervention gegen eine pauschale Verunglimpfung) in der Sendung «Persönlich» begründet nicht schon eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsverbots

Sachgerechtigkeitsgebot, Jugendgefährdende Sendung
Art. 4 und 5 RTVG

[Zum Entscheid](#)

8. Ethik/Selbstregulierung - Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

- Stellungnahme 34/2016 des Schweizer Presserates vom 28. Oktober 2016 (in Sachen X. c. Schaffhauser Nachrichten und Neuhauser Woche)

«Schaffhauser Nachrichten» und «Neuhauser Woche» haben bei der Berichterstattung zum Bauprojekt «Posthof Süd» den Meinungspluralismus nicht missachtet

Schreibverbot, Leserbriefe, faktisches Informationsmonopol, Meinungspluralismus
Ziff. 1 und 2 der «Erklärung», Richtlinie 2.2 und 5.2

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme 35/2016 des Schweizer Presserates vom 28. Oktober 2016 (in Sachen X. c. «Blick am Abend»)

Abbildung einer bei den Brüsseler Terroranschlägen verletzten Frau verletzte weder deren Privatsphäre noch die Menschenwürde

Schutz der Privatsphäre, Menschenwürde
Ziff. 7 und 8 der «Erklärung»

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme 36/2016 des Schweizer Presserates vom 28. Oktober 2016 (in Sachen Müller/Winniger c. Obersee Nachrichten)

«Obersee Nachrichten» hätten Gemeindepräsidenten mit dem impliziten Vorwurf, er tummle sich in einem Nazi-Umfeld, konfrontieren müssen

Korrekte Quellenbearbeitung, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Respektierung der Privatsphäre
Ziff. 3 und 7 der «Erklärung», Richtlinie 3.8

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme 37/2016 des Schweizer Presserates vom 27. Oktober 2016 (in Sachen Concordia gegen Tages-Anzeiger und «Der Bund»)

Eine Krankenkasse muss zum Vorwurf, ihr gegen Richtlinien verstossendes Verhalten habe System, angehört werden

Wahrheitspflicht, Quellenbearbeitung, Illustrationen, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Berichtigung
Ziff. 1, 3 und 5 der «Erklärung», Richtlinie 3.1, 3.4 und 3.8

[Zum Entscheid](#)

Literatur/Bibliographie

Denoth Seraina, Kartellrechtliches Erfassen von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data), in: sic! 2016, Heft 10, S. 501–516

Mathys Roland, Deals, Daten, Datenschutz, in: Jurisprudenz und Musik, 2016, S. 51–70

Mamane David, Das kartellrechtliche Damoklesschwert über dem Immaterialgüterrecht, in: Jurisprudenz und Musik, 2016, S. 27–50

Plüss Daniel, Die Pressefotografie im Revisionsentwurf zum Urheberrecht, in: Jurisprudenz und Musik, 2016, S. 153–169

Prazeller Markus, Twitter und Persönlichkeitsschutz, in: Jusletter [Ressource électronique] 24.10.2016

Romerio Flavio, Informationen – Vermittlung, Verwendung und Verbreitung bei komplexen Verfahren, in: Interne und regulatorische Untersuchungen II., 2016. S. 7–64

Rosenthal David, Wenn Daten über Grenzen fliessen, in: Jurisprudenz und Musik, 2016, S. 197–221