

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## Publication d'un rapport diplomatique confidentiel: journaliste blanchi

Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (quatrième section).

*La condamnation pour «publication de débats officiels secrets» (art. 293 CP) d'un journaliste, qui avait rendu publics des extraits d'un document diplomatique classé confidentiel, est une entrave non justifiée dans l'exercice de sa liberté d'expression. Certes, les services diplomatiques doivent pouvoir travailler à l'abri des ingérences externes. Cependant, en l'espèce, il y a lieu de douter que la divulgation des éléments de la stratégie du gouvernement suisse dans les pourparlers portant sur le sort des avoies des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse dans la Seconde Guerre mondiale soit susceptible de porter atteinte à des intérêts si vitaux qu'ils priment sur la liberté d'expression dans une société démocratique.*

*Die Verurteilung eines Journalisten wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB), weil er Auszüge aus einem vertraulichen diplomatischen Dokument veröffentlichte, stellt einen unverhältnismässigen Eingriff in seine Meinungsäusserungsfreiheit dar. Auch wenn die diplomatischen Dienste abgeschottet von äusseren Einflüssen arbeiten sollten, ist es im vorliegenden Fall doch zweifelhaft, ob die Veröffentlichung von Auszügen der Strategie der schweizerischen Regierung in Bezug auf Guthaben von Holocaust-Opfern und die Rolle der Schweiz im Zweiten Weltkrieg derart vitale Interessen der Schweiz verletzte, die einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft rechtfertigten.*

### Les faits (Résumé):

Le 19 décembre 1996, Carlo Jagmetti, ambassadeur suisse à Washington, envoya par fax un «document stratégique» à Thomas Borer, chef de la task force sur les fonds en déshérence, au Département fédéral des affaires étrangères. Ledit document, classé «confidentiel», analysait en termes violents nos démêlés avec les organisations juives étatsunien-nes. L'ambassadeur invoquait notamment «une guerre que la Suisse doit mener» et des «adversaires» auxquels «il est impossible de se fier». Un mois plus tard, la Sonntags-Zeitung et d'autres quotidiens publièrent de larges extraits de ce document qui n'avait à l'évidence pu être obtenu qu'à la suite d'une violation du secret de fonction. Une procédure pour publication de débats officiels secrets au sens de l'article 293 du code pénal fut ouverte contre le journaliste. La préfecture de Zurich lui infligea une amende de CHF 4000.-. Sur opposition, un tribunal de district zurichois ramena le montant de l'amende à CHF 800.-. Un recours en nullité fut rejeté par la cour d'appel du canton de Zürich. Le journaliste saisit alors le Tribunal fédéral d'un recours en nullité et d'un recours de droit public. Le TF les rejeta tous deux. (BGE 126 IV 236; 127 I 1 = medialex 1/2001, S. 42f., mit Anm. von Franz Ricklin)

### En droit:

#### 1. «Prévue par la loi»

25. Le requérant ne conteste pas que l'amende prononcée à son encontre était «prévue par la loi» au sens de l'article 10 § 2.

26. Selon le Gouvernement défendeur, la condamnation du requérant se fondait sur l'article 293 du code pénal (voir, ci-dessus, la partie «Le droit interne pertinent»).

27. La Cour n'aperçoit aucune raison d'adopter un point de vue différent.

#### 2. Buts légitimes

28. Le requérant admet que la prévention de la «divulgation d'informations confidentielles» est un des motifs justifiant une ingérence dans les droits garantis par l'article 10. En revanche, il ne partage pas l'avis de la partie défenderesse selon lequel la publication du document a mis en péril la «sécurité nationale» et «la sûreté publique»; bien au contraire,

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

.....

le requérant estime que les articles litigieux étaient susceptibles de lancer un débat utile sur la question de savoir s'il était opportun de charger l'Ambassadeur Carlo Jagmetti du dossier sensible des fonds en déshérence.

29. D'après le Gouvernement, la condamnation du requérant poursuivait plusieurs des buts énoncés au paragraphe 2 de l'article 10.

30. D'abord, l'amende infligée au requérant s'inscrivait dans les sanctions tendant à «empêcher la divulgation d'informations confidentielles», dans la mesure où le rapport de M. Jagmetti était classé «confidentiel» et était destiné à un cercle extrêmement restreint de personnes occupant de très hautes fonctions au sein de la Confédération suisse.

31. L'obligation de ne pas divulguer le «document stratégique» et la condamnation du requérant pour violation de ce devoir poursuivaient également, aux yeux du Gouvernement, un but de «sécurité nationale» et de «sûreté publique», étant donné que les propos tenus par l'auteur du document litigieux s'inscrivaient dans un contexte politique extrêmement sensible. Leur publication mettait en péril la position de la Suisse et risquait, en particulier, de compromettre les négociations qu'elle menait alors sur la délicate question des fonds en déshérence.

32. La Cour se contente de constater que les parties s'accordent à considérer que la mesure litigieuse visait à empêcher la «divulgation d'informations confidentielles»; dès lors, elle ne juge pas nécessaire d'examiner si l'amende infligée au requérant visait d'autres buts énoncés à l'article 10 § 2.

**3. «Nécessaire dans une société démocratique»**

(...)

43. La question majeure à trancher est celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil 1998-VI, § 46, Jersild c. Danemark, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, pp. 23 et s, § 31 ou Steel et Morris c. Royaume-Uni, no 68416/01, § 87, CEDH 2005-II):

«i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui (...) appellent toutefois une interpréta-

tion étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...). Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)

**ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés**

44. Les juridictions suisses ont condamné le requérant à une amende de 800 CHF (environ 520 EUR) pour avoir publié «des débats officiels secrets» au sens de l'article 293 du code pénal suisse. D'après les juridictions suisses, le requérant a réalisé l'infraction par le fait d'avoir divulgué dans un hebdomadaire suisse un rapport confidentiel émanant de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis. Cette publication avait trait à la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations menées, notamment, entre le Congrès juif mondial et les banques suisses concernant l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses.

45. La liberté de la presse étant ainsi en cause, les autorités suisses ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» appelant la prise de la mesure en question contre le requérant (Editions Plon c. France, no 58148/00, § 44, 3<sup>ème</sup> alinéa, CEDH 2004-IV). La Cour doit donc vérifier si ce besoin social impérieux existait.

46. La Cour rappelle également que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (Wingrove c. Royaume-Uni, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil des arrêts et déci-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

sions 1996-V, p. 1957, § 58, *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A no 103, p. 26, § 42, *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, série A no 236, p. 23, § 43 et *Thorgeir Thorgeirson c. Islande* du 25 juin 1992, série A no 239, p. 7, § 63). Elle doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 64, CEDH 1999-III, *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, pp. 25-26, § 35).

47. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que les limites de la critique admissible sont, comme pour les hommes politiques, plus larges pour les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour un simple particulier. Cependant, on ne saurait dire que des fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques et que ceux-ci devraient dès lors être traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit de critiques de leur comportement (*Oberschlick c. Autriche* (no 2), arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, Recueil 1997-IV, p. 1275, § 29, 3<sup>ème</sup> alinéa, *Janowski c. Pologne* [GC], no 25716/94, § 33, CEDH 1999-I).

En l'occurrence, la critique exprimée par les publications incriminées visait directement un haut fonctionnaire, à savoir un agent diplomatique ayant le rang d'ambassadeur, chargé d'une mission particulièrement importante auprès des Etats-Unis. La marge d'appréciation des tribunaux suisses était dès lors plus étroite que pour un simple justiciable «privé».

48. La Cour considère que la confidentialité des rapports diplomatiques est a priori justifiée, mais qu'elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix. De surcroît, la fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également au domaine de la politique étrangère.

49. Selon la Cour, le mode des publications litigieuses ne doit pas s'envisager seulement par rapport aux articles litigieux parus dans le *Sonntags-Zeitung*, mais dans le contexte plus large de la couverture médiatique accordée à la question en jeu (*Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 63, 2<sup>ème</sup> alinéa).

A ce sujet, la Cour partage l'avis du requérant selon lequel les informations contenues dans le document émanant de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis étaient susceptibles de soulever des questions d'intérêt général. Les publications intervenaient dans le cadre d'un débat public sur une question largement évoquée par les médias suisses et ayant profondément divisé l'opinion publique suisse, à savoir celle de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses, d'autant plus que les débats sur les avoirs des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse dans la Seconde Guerre mondiale étaient, fin 1996 et début 1997, très animés et revêtaient une dimension internationale (voir, mutatis mu-

tandis, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, §§ 63 et 73). L'ambassadeur suisse à Washington occupait, dans le cadre des discussions à suivre, une position importante.

Du fait de la publication du document en cause, il est notamment devenu évident que les personnes en charge n'avaient pas encore d'idée très claire sur la question de la responsabilité de la Suisse et sur le point de savoir quelles démarches le Gouvernement devait entamer.

Dans ce contexte, la Cour reconnaît également comme légitime l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés de ce dossier délicat et sur leur style et stratégie de négociation.

50. Il convient aussi, s'agissant de peser les intérêts en jeu, de prendre en compte la nature et le contenu du document litigieux. La présente affaire se distingue, d'emblée, par le fait que la teneur du document dont des extraits avaient été publiés était entièrement inconnue du public alors que les affaires soulevant des questions similaires portaient sur des informations dont le contenu avait dans une large mesure déjà été rendu public (voir, notamment, *Fressoz et Roire*, précité, § 53, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, précité, p. 34, § 69, *Weber*, précité, § 49, *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, arrêt du 9 février 1995, série A no 306-A, p. 16, § 44 et s, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A no 246-A, p. 31, § 76, *Editions Plon*, précité, § 53).

En l'occurrence, force est de constater que le rapport en question était un document interne, inconnu du public et classé «confidentiel». Seul un cercle très restreint de personnes, occupant des postes dirigeants au sein de la Confédération, en avait connaissance. En même temps, il faut retenir qu'il n'apparaît pas que le requérant ait été à l'origine de l'indiscrétion commise. En tout état de cause, aucune procédure n'avait été ouverte à ce titre par les autorités suisses. De surcroît, le document en question ne portait que la simple mention «confidentiel» ce qui représente, selon la jurisprudence de la Cour, un degré peu important de secret (*Vereniging Weekblad Bluf!*, précité, p. 15, § 41).

51. En même temps, il convient de se demander si les informations contenues dans le compte rendu de M. Jagmetti relèvent effectivement des intérêts essentiels à protéger. Le gouvernement défendeur prétend que les extraits du rapport publiés sont susceptibles de révéler des options de défense d'intérêts nationaux, et sont de nature à nuire gravement aux intérêts du pays. Selon le Conseil de la presse, M. Jagmetti a procédé, dans le papier litigieux, à une analyse globale de la situation, développant deux options extrêmes, celle de la transaction et celle de l'approche juridique. Il ressort du document que le souci fondamental était de rechercher la vérité, de trouver une solution financière adéquate et, en même temps, de préserver les intérêts de la Suisse et ses bonnes relations avec les Etats-Unis.

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

.....

52. La Cour ne méconnaît nullement l'importance de la préservation du travail des organes diplomatiques à l'abri d'im-mixtions externes. Mais elle estime que la présente affaire se distingue, quant à la question de la nature des informations à révéler, des affaires soulevant des questions similaires, dans la mesure où elle n'a pas trait au bon fonctionnement des services étatiques chargées de veiller sur la «sécurité nationale» et la «sûreté publique» au sens propre de ces termes, comme l'affirme le Gouvernement (voir, a contrario, Vereniging Weekblad Bluf!, arrêt précité, § 40, Observer et Guardian, arrêt précité, §§ 61 et suiv.; voir également Hadjianastassiou c. Grèce, arrêt du 16 décembre 1992, série A no 252, pp. 17-19, §§ 38-47). Eu égard au fait que les exceptions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite, la Cour n'est pas convaincue que la divulgation des éléments de la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les pourparlers portant sur la question des avoirs des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse dans la Seconde Guerre mondiale est susceptible de porter atteinte à des intérêts tellement précieux qu'ils seraient de nature à primer sur la liberté d'expression dans une société démocratique. Le tribunal de district de Zurich avait d'ailleurs conclu, le 22 janvier 1999 à l'existence de circonstances atténuantes, admettant explicitement que la divulgation du document confidentiel n'avait pas porté atteinte aux fondements mêmes de la Suisse.

53. La Cour rappelle également que quiconque, y compris un journaliste exerçant sa liberté d'expression, assume des «devoirs et responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, mutatis mutandis, arrêt Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49, 3<sup>ème</sup> alinéa). Ainsi, tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient à la presse dans une société démocratique, la Cour estime qu'il faut rappeler que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression. Cela vaut même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt légitime (Bladet Tromsø et Stensaas, arrêt précité, § 65).

54. Ainsi, la Cour rappelle qu'en 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 foi dans le respect de la déontologie journalistique (Goodwin c. Royaume-Uni, arrêt du 27 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, § 39 et Fressoz et Roire, arrêt précité, § 54).

55. En ce qui concerne la forme des publications, il est vrai que le Conseil de la presse a estimé que, en raison de la forme réductrice de celles-ci et du fait que le rapport n'a pas

suffisamment été placé dans son contexte, son auteur a rendu, de façon irresponsable, les propos de l'ambassadeur concerné dramatiques et scandaleux. La Cour est consciente qu'il aurait été loisible d'accompagner les articles publiés dans le «Sonntags-Zeitung» de la publication intégrale du rapport litigieux, comme cela a été dans une large mesure fait, le 27 janvier 1997, par le «Tages-Anzeiger» et le «Nouveau Quotidien» et, par conséquent, de permettre aux lecteurs de se former leur propre opinion. La Cour a à d'autres occasions attaché une grande importance à cet élément (Lopes Gomes da Silva c. Portugal, no 37698/97, § 35, 2<sup>ème</sup> alinéa, CEDH 2000-X). En même temps, elle rappelle que la liberté de la presse fournit à l'opinion publique un des moyens de connaître et de juger les idées et attitudes des dirigeants et, à cet égard, elle comprend aussi le recours possible à une dose d'exagération, voire même de provocation (Lopes Gomes da Silva, précité, § 34, Prager et Oberschlick c. Autriche, arrêt du 26 avril 1995, série A no 313, p. 19, § 38).

56. De surcroît, la Cour constate que la condamnation du requérant repose uniquement sur la publication de débats officiels secrets, et ne visait nullement une infraction contre l'honneur, telle que notamment la diffamation (article 173 du code pénal) ou l'injure (article 177). Elle ne partage pas l'avis du Gouvernement selon lequel la manière de présenter la publication est un élément déterminant à prendre en considération dans l'appréciation des articles de presse sanctionnés pour révélation d'informations considérées comme secrètes.

57. Enfin, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (voir, par exemple, Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 64, CEDH 1999-IV, Chauvy et autres c. France, no 64915/01, § 78, CEDH 2004-VI).

A cet égard, elle note que la sanction prononcée contre le requérant est certes d'une sévérité relativement faible (amende de 800 CHF, soit environ 520 EUR). En revanche, la Cour rappelle aussi que ce qui importe n'est pas le caractère mineur de la peine infligée au requérant, mais le fait même de la condamnation (Jersild, arrêt précité, pp. 25-26, § 35; Lopes Gomes da Silva, arrêt précité, § 36).

58. En outre, si la sanction qui a frappé son auteur ne l'a à proprement parler pas empêché de s'exprimer, sa condamnation n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer désormais à des critiques formulées de la sorte. Dans le contexte du débat politique, pareille condamnation risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle (voir, mutatis mutandis, Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985, série A no 90, p. 26, § 58, Lingens c. Autriche, arrêt précité, p. 27, § 44).

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

.....

59. Eu égard à ce qui précède, la condamnation du journaliste ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse.(...).

**Opinion dissidente de M. le juge Wildhaber, à laquelle se rallient MM. les juges Borrego Borrego et Sikuta**

Il s'agit là d'une affaire difficile. En plein milieu d'un débat passionné concernant le passé de la Suisse pendant et après la Deuxième Guerre mondiale, sa politique de neutralité, sa politique vis-à-vis des réfugiés, l'ampleur de l'antisémitisme, les avoirs et l'or des victimes de l'Holocauste déposés dans les banques suisses, et les responsabilités tant publiques que privées pour les actions et omissions passées et présentes, le journal suisse *Sonntags-Zeitung* publia le 26 janvier 1997, dans un article signé du requérant, des extraits d'un rapport stratégique confidentiel émanant de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis, Carlo Jagmetti. Etant donné que l'ambassadeur envoya le rapport au Département des affaires étrangères, à 19 personnes nommément désignées et cinq autres représentations diplomatiques suisses, il est communément admis, mais non établi, que la presse eut connaissance de ce document par une indiscrétion. Le rapport avait trait à la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations entre, notamment, le Congrès juif mondial et les banques suisses concernant l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. Les extraits publiés exposaient une appréciation de la situation d'ensemble qui n'avait rien de surprenant, mais qui était exprimée en des termes vigoureux – d'aucuns diraient belliqueux. Une bonne partie des recommandations du rapport devaient par la suite être suivie d'effets. Le *Sonntag-Zeitung* publia les extraits sous les titres «Carlo Jagmetti offense les Juifs», «il est impossible de se fier à la plupart de nos adversaires», et «L'ambassadeur en maillot de bain et aux gros sabots fait un autre faux pas». Le requérant se vit infliger une amende d'environ 500 EUR pour avoir publié des documents officiels secrets, en violation de l'article 293 du code pénal.

La Cour a toujours accordé une grande importance à la liberté de la presse et au rôle indispensable de celle-ci s'agissant d'aborder, d'analyser et de rendre publiques des questions d'intérêt général, même si celles-ci sont de nature à déplaire au gouvernement, aux personnes concernées ou à la majorité du moment. Je souscris pleinement à cette conception du rôle des médias. Il ressort de notre jurisprudence (et du raisonnement de la majorité en l'espèce, voir le paragraphe 53 du présent arrêt) que l'on admet que les journalistes ont certains «droits et responsabilités». Cependant, réitérer des généralités sur le rôle important de la presse et les responsabilités des journalistes ne suffit pas à faire l'économie d'un examen adéquat et critique des nombreuses facettes des deux thèses développées en l'espèce.

L'article 10 § 2 de la Convention autorise des restrictions à la liberté de la presse afin d'empêcher que des informations confidentielles ne deviennent publiques. En réalité, je ne connais aucun pays pour lequel les rapports diplomatiques n'ont pas un caractère confidentiel. Cela montre l'importance pour tout Etat partie à la Convention que revêt le bon fonctionnement des échanges d'informations entre les hauts fonctionnaires diplomatiques, à l'abri de toute immixtion extérieure. La nature et le contenu du document sont donc dignes de protection. En effet, la publication d'un compte rendu classé «confidentiel» et émanant d'un ambassadeur peut non seulement avoir des conséquences néfastes et paralysantes sur la politique extérieure d'un Etat, mais aussi rendre l'agent concerné presque automatiquement indésirable dans le pays d'accueil. Lus et analysés aussi à l'étranger, ces documents sont en règle générale plus sensibles que des rapports sur des affaires de politique intérieure.

Si malgré tout des rapports diplomatiques parviennent par le biais d'indiscrétions à la presse et sont publiés par celle-ci, les divers intérêts publics et privés en jeu doivent alors être soigneusement pesés. Dans cet exercice de mise en balance, je peux m'aligner sans trop de problèmes sur la position du Conseil de la presse en date du 4 mars 1997, selon laquelle la confidentialité des rapports diplomatiques est justifiée mais ne saurait être protégée à n'importe quel prix, et la fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également au domaine de la politique étrangère.

La présente espèce se distingue d'emblée d'affaires similaires qui impliquaient des informations dont le contenu avait déjà été rendu public (voir, notamment, *Fressoz et Roire c. France* [GC], no 29183/95, § 53, CEDH 1999-I; *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216, § 69; *Weber c. Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A no 177, § 49; *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, arrêt du 9 février 1995, série A no 306-A, § 44 et s). En l'occurrence, force est de constater que le rapport en question était un document interne, inconnu du public et classé «confidentiel». Seul un cercle très restreint de personnes, occupant des postes dirigeants au sein de la Confédération, en avait connaissance. Le requérant, eu égard à sa qualité de journaliste et au fait qu'il n'était entré en possession de ce document qu'à la suite d'une indiscrétion de la part d'une personne inconnue, ne pouvait, compte tenu de la nature et de la classification du document, ignorer que sa divulgation était réprimée par l'article 293 du code pénal suisse (voir, *mutatis mutandis*, *Fressoz et Roire* précité, § 52.)

Je ne mets pas en cause la thèse du requérant selon laquelle les informations contenues dans le document étaient a priori susceptibles de soulever des questions d'intérêt général. Les articles parus dans le *Sonntags-Zeitung* intervenaient dans le cadre d'un débat public sur une question d'intérêt général, largement évoquée par les médias suisses et ayant divisé profondément l'opinion publique suisse, à savoir celle de l'indemnisation aux victimes de l'Holocauste.

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

te pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses (voir, dans le même sens, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], no 21980/93, § 63 in fine, CEDH 1999-III). Dans ce contexte, on peut reconnaître également l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés du dossier et de leurs styles et stratégies de négociation.

La publication des extraits du rapport Jagmetti était moins urgente dans une société démocratique parce qu'elle n'avait pas pour but de critiquer une attitude répréhensible du Gouvernement (comme c'était le cas aux Etats-Unis concernant le scandale du Watergate ou les documents du Pentagone relatifs à la guerre du Vietnam) ou de rendre publics des agissements criminels commis par des agents dépendant du Gouvernement (voir, a contrario, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A no 239, ayant trait à une publication concernant des brutalités policières).

En 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, sous-entend 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*, arrêt du 27 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, p. 500, § 39, et *Fressoz et Roire*, précité, § 54). La Cour, et on peut le comprendre, a toujours scrupule à indiquer à la presse comment celle-ci devrait assumer ses tâches, sur quoi devraient porter ses investigations ou jusqu'où devrait aller sa critique. Cependant, cette affaire fait ressortir de façon frappante la tendance croissante à banaliser des questions extrêmement sérieuses. Le Conseil suisse de la presse, qui n'est pas un organe gouvernemental mais une institution créée par la presse pour superviser la presse, a reproché au compte rendu du *Sonntags-Zeitung* un manque de professionnalisme. Il conclut que ce journal avait «(...) de manière irresponsable (...) provoqué (...) un drame et un scandale», au mépris de l'éthique journalistique. Cette conclusion mérite d'autant plus d'être prise en considération que, dans le même temps, le Conseil de la presse avait approuvé la publication d'extraits du rapport de M. Jagmetti dans le *Tages-Anzeiger* et le *Nouveau Quotidien*. J'adhère à cette appréciation du Conseil de la presse. Toutes les indiscretions, quels que soient leur sujet ou leur présentation, ne peuvent automatiquement passer pour relever d'un exercice légitime de la liberté de la presse devant prévaloir sur tout autre intérêt public ou privé.

Je suis conscient que la liberté de la presse fournit à l'opinion publique un des moyens de connaître et de juger les idées et attitudes des dirigeants et, à cet égard, qu'elle comprend aussi le recours possible à une dose d'exagération, voire même de provocation (*Ibrahim Aksoy c. Turquie*, no 28635/95, 30171/96 et 34535/97, § 52 in fine, 10 octobre 2000). Néanmoins, j'estime que les extraits du rapport publié ne donnent qu'une image fragmentaire de la question complexe et pola-

risante des fonds en déshérence. Et même si une publication intégrale s'avérait en l'occurrence impossible, la présentation réductrice du «document stratégique» ne pouvait contribuer de manière constructive à un débat parmi un public bien informé. Le *Sonntags-Zeitung* n'a pas davantage contribué de manière utile au débat sur la substance des diverses thèses exposées dans le rapport de l'ambassadeur.

Je dirais en conclusion qu'à mon sens il n'est pas disproportionné de considérer que le rapport diplomatique confidentiel en question n'aurait pas dû être mis à disposition du public au moment et sous la forme choisis par le requérant – ces mêmes choix qui, d'après les membres du Conseil suisse de la presse, étaient «irresponsables» et suggéraient «de fausses implications».■

### ANMERKUNGEN:

Dies ist ein eigentlicher Paukenschlag aus Strassburg, der nicht nur in der Schweiz nachhallen dürfte. Es ist das erste Urteil des Gerichtshofs, das sich eingehend mit der Publikation vertraulicher Informationen befasst, deren Inhalt der Öffentlichkeit vorher völlig unbekannt war. Sowohl die Mehrheit (Ziff. 50) als auch die Minderheit der 4. Kammer (in ihrer abweichenden Meinung) weisen mit gutem Grund auf den fundamentalen Unterschied des schweizerischen Falles zu den bislang in Strassburg beurteilten Publikationen hin: Die bisherige Rechtsprechung betraf lediglich Informationen, die in ihrer Substanz bereits auf anderen Wegen an die Allgemeinheit gelangt waren. Dies galt für den spektakulären Primeur der «Sonntags-Zeitung» gerade nicht.

Die Begründung der vierköpfigen Mehrheit und die Ausführungen der Gerichtsminderheit schneiden verschiedene zentrale Aspekte freier Medienberichterstattung an, die in diesem Rahmen nicht erschöpfend diskutiert werden können. Bei einer ersten Betrachtung des Urteilstextes fallen folgende Punkte auf:

1. Zunächst ist bemerkenswert, dass die Strassburger Begründung die Überlegungen des Bundesgerichts in sehr geraffter Form schildert (Ziff. 19) und ihnen nur einen Bruchteil des Platzes einräumt, den der Gerichtshof der Stellungnahme des Presserates widmet. Die Ausführungen dieses medienethischen Selbstkontrollgremiums finden in diesem EGMR-Urteil eine Beachtung, wie sie in gerichtlichen Verfahren aussergewöhnlich ist. Dies kann auch als Indiz für die Qualität der Stellungnahme des Presserates gewertet werden.

2. Die Argumentation des schweizerischen Bundesgerichts im BGE 126 IV 236 ruhte auf drei Pfeilern: Erstens sei für die Strafbarkeit nach Artikel 293 StGB allein massgebend, dass die fraglichen Akten durch Gesetz oder durch Beschluss der Behörde als geheim erklärt worden sind (formeller Geheimnisbegriff) und keine unnötige, übertriebene, schikanöse Geheimniskrämerei vorliege; das durch Art. 293 StGB geschützte Geheimnis müsse daher nicht unbedingt von erheblicher Bedeutung sein. Zweitens hänge die Strafbarkeit nicht von einer Interessenabwägung ab: Die Publikation sei selbst dann strafbar, wenn das Informationsinteresse der Öffentlichkeit das Geheimhaltungsinteresse der staatlichen Behörden überwiege. Und drittens entschied das Bundesgericht, das Geheimhaltungsinteresse (keine zusätzliche Belastung der ohnehin schwierigen Verhandlungen mit der Gegenseite) sei im konkreten Fall ohnehin gewichtiger gewesen als das kurzfristige Sensationsinteresse der Öffentlichkeit; diese Güterabwägung machte das Bundesgericht nach eigenen Worten bloss «der Vollständigkeit halber» (und unausgesprochen vielleicht mit dem Hintergedanken an eine spätere Überprüfung des schweizerischen Urteils in Strassburg).

3. Die Argumentation der Kammermehrheit bringt alle drei Pfeiler des bundesgerichtlichen Urteils zumindest ins Wanken, wenn nicht gar zum Einsturz. Erstens lässt die Mehrheit blosse Formalitäten wie eine Geheimhaltungserklärung nicht genügen: Sie prüft die Berech-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

tigung der Vertraulichkeit diplomatischer Berichte und bejaht sie lediglich im Grundsatz; ein Schutz um jeden Preis komme aber angesichts der Kontrollfunktion der Medien nicht in Betracht. Damit macht die Mehrheit – zweitens – das Publikationsverbot (bzw. die Bestrafung für die Publikation) entgegen dem Bundesgericht ausdrücklich von einer Abwägung der Interessen abhängig. Diese Interessenabwägung führt – drittens – zu einem anderen Resultat als jene, die das Bundesgericht der Vollständigkeit halber vorgenommen hatte. Zum einen gewichtet die Mehrheit das öffentliche Interesse an der Kenntnis des Berichts schwerer als es das Bundesgericht tat; zum anderen tangierte die Indiskretion keine Fragen der Sicherheit, sondern lediglich die schweizerische Verhandlungsstrategie. Schliesslich – und viertens – verwarf die Mehrheit den Einwand des Bundesrates, die (mangelhafte) Form der journalistischen Publikation sei für die Beurteilung dieses Falles ein ausschlaggebender Faktor.

4. Es fällt auf, dass selbst die (starke) Minderheit der 4. Kammer bloss teilweise auf der Linie des schweizerischen Bundesgerichts argumentiert. Auch die drei überstimmten Richter verlangen eine sorgfältige Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen. Sie setzen sich damit vom Bundesgerichtsurteil ab, das ausdrücklich festgehalten hatte, eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen erübrige sich (BGE 126 IV 236 E. 9 S. 254). Bezüglich

der Methode hat die Minderheit keine Differenz zur Mehrheit. Die Minderheit setzt lediglich in der Güterabwägung die Akzente anders als die anderen vier EGMR-Richter: Zum einen gewichtet die Minderheit das Publikationsinteresse geringer (u.a. weil es nicht um die Haltung des Bundesrates ging, sondern lediglich um einen seiner Repräsentanten), zum anderen betont sie das Geheimhaltungsinteresse stärker (u.a. wegen der negativen Auswirkungen der Publikation auf die Position des Botschafters im ausländischen Staat). Zudem legt sie viel mehr Gewicht auf die fragwürdige Form der Publikation (u.a. die Tendenz zur Banalisierung äussert seriöser Themen). Die Argumente der Minderheit erscheinen nachvollziehbar. Auch sie liegen aber in der Begründung – wenn auch nicht im Ergebnis – tendenziell eher näher bei der Position des Presserates als bei jener des Bundesgerichts.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Angelegenheit nun auch noch der Grossen Kammer des Gerichtshofs vorgelegt wird. Die Tragweite der Fragestellung spricht eher dafür. So oder anders wird die Schweiz ihre restriktive Praxis zur Publikation vertraulicher Dokumente voraussichtlich lockern müssen.

FRANZ ZELLER, BERN

.....

## Demander des informations n'est pas instiguer à la violation du secret de fonction

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 25 avril 2006, affaire Dammann c. Suisse (requête no 77551/01)

*La condamnation d'un journaliste pour instigation à la violation du secret de fonction peut constituer une violation de l'article 10 CEDH, si les informations révélées ne sont pas qualifiables de «confidentielles» au sens de la Convention et si ces informations soulèvent des questions d'intérêt général. Encore faut-il, comme c'est le cas en l'espèce que le journaliste n'ait recouru à aucune ruse, menace ou pressions afin d'obtenir les renseignements voulus. Pareille condamnation est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle.*

*Die Verurteilung eines Journalisten wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung verletzt Art. 10 EMRK, wenn die Informationen nicht als «vertraulich» im Sinne der Konvention klassifiziert wurden und sie von öffentlichem Interesse sind. Im vorliegenden Fall hat der Journalist keinen Druck und keine List ausgeübt, um die Auskünfte zu erhalten. Eine Verurteilung behindert die Presse in der Ausübung ihrer Informations- und Kontrollaufgaben.*

### Les faits (Résumé):

Le 1<sup>er</sup> septembre 1997, la poste du Fraumünster à Zurich fut le théâtre d'un cambriolage au cours duquel 53 millions de francs suisses furent dérobés. L'événement fut très médiatisé. Quelques jours plus tard, un journaliste appela le standard du ministère public cantonal. Il demanda à l'assistante administrative de lui passer un procureur. Aucun n'étant à son poste, il informa l'assistante qu'il était en possession d'une liste de noms correspondants à des personnes qui avaient été arrêtées les jours précédents en rapport avec le casse. Il lui demanda ensuite de rechercher dans les fichiers du parquet si les intéressés avaient fait l'objet de condamnations antérieures. L'assistante

s'exécuta et lui télécopia une liste annotée. Après avoir obtenu ces informations, le requérant ne les publia pas ni ne les employa à d'autres fins. Il les montra toutefois à un policier qui rapporta l'incident. Le requérant fut inculpé pour instigation à la violation du secret de fonction au sens des articles 320 al. 1 et 24 al. 1 du code pénal. Il fut relaxé par le tribunal de district de Zurich mais, sur appel du parquet, condamné à une amende de 500.- par la cour d'appel du canton de Zurich. Le recours en nullité du requérant fut rejeté par la Cour de cassation du canton de Zurich. Le requérant interjeta ensuite un recours en nullité au Tribunal fédéral qui le débouta. (BGE 127 IV 122 = medialex 3/2001, S. 160ff., mit Anm. von Franz Ricklin)

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

.....

**En droit:**

**1. «Prévue par la loi»**

30. Le requérant ne conteste pas véritablement que la sanction prononcée contre lui fût prévue par une loi au sens formel. En revanche, il met en doute la conformité avec l'article 10 de la Convention de l'application concrète des dispositions du droit interne par les tribunaux nationaux. Ainsi, il ne partage pas l'avis du Gouvernement selon lequel les condamnations antérieures des personnes accusées d'un comportement criminel peuvent être considérées comme un secret tombant dans le champ d'application de l'article 320 du code pénal suisse. En même temps, il souligne que c'est la première fois que le Tribunal fédéral a qualifié d'instigation au sens de l'article 24 du code pénal suisse une simple demande de renseignement d'un journaliste adressée à un fonctionnaire (voir ci-dessus la partie «Le droit et la pratique internes pertinents»).

31. Le Gouvernement estime qu'en l'espèce, l'ingérence était «prévue par la loi» au sens de l'article 10 § 2 de la Convention, notamment par l'article 320 en combinaison avec l'article 24 du code pénal suisse.

32. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'expression «prévue par la loi» non seulement impose que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais aussi vise la qualité de la loi en cause: celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible dans ses effets (voir, par exemple, Gaw?da c. Pologne, no 26229/95, § 39, CEDH 2002-II, Feldek c. Slovaquie, no 29032/95, § 56, CEDH 2001-VIII et Rekvényi c. Hongrie [GC], no 25390/94, § 34, CEDH 1999-III). La condition de prévisibilité se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale (Karademirci et autres c. Turquie, nos 37096/97 et 37101/97, § 40, CEDH 2005-I).

33. En l'espèce, la Cour relève que les articles 320 et 24 § 1 du code pénal constituent les dispositions juridiques ayant servi de fondement à la sanction prononcée contre le requérant. Elle conclut donc que la mesure avait une base en droit interne.

34. En ce qui concerne la qualité de la loi en cause, son accessibilité n'a pas été mise en doute.

35. Quant à la prévisibilité de la mesure litigieuse, la Cour n'est pas convaincue que l'interprétation du droit pertinent à laquelle se sont livrées les juridictions internes pour condamner le requérant ne constitue pas une extension du domaine d'application du code pénal, que l'on ne pouvait pas raisonnablement prévoir dans les circonstances de l'espèce (Karademirci et autres, arrêt précité, § 42, 3ème alinéa; voir aussi, mutatis mutandis, les affaires concernant l'article

7 § 1 de la Convention dans lesquelles la Cour a adopté la formule «à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible» (Radio France et autres c. France, no 53984/00, § 20, CEDH 2004-II, Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II).

Toutefois, étant donné que la mesure litigieuse s'avère pour d'autres motifs incompatibles avec l'article 10 de la Convention, elle ne se sent pas tenue de répondre définitivement à la question de savoir si la prévisibilité de la condamnation du requérant était suffisante.

**2. Buts légitimes**

36. Le requérant conteste que sa condamnation visât effectivement les buts invoqués par le Gouvernement.

37. Selon le Gouvernement, la condamnation du requérant visait deux des buts légitimes énoncés dans l'article 10 § 2 de la Convention. D'abord, la mesure litigieuse tendait à empêcher la divulgation d'informations confidentielles, à savoir des informations concernant les condamnations antérieures de personnes accusées. En deuxième lieu, elle aurait eu pour but de préserver la réputation et les droits d'autrui, c'est-à-dire l'intérêt des personnes arrêtées à ce que leurs antécédents judiciaires restent secrets.

38. La Cour ne se sent pas obligée de répondre définitivement à la question de savoir si la condamnation pour «violation du secret de fonction» en vertu de l'article 320 du code pénal suisse avait aussi pour but de protéger la réputation et les droits d'autrui, dans la mesure où elle juge valable l'autre but légitime fourni par le Gouvernement, à savoir la prévention de la «divulgation d'informations confidentielles», prévue explicitement par le paragraphe 2 de l'article 10.

**3. «Nécessaire dans une société démocratique»**

(...)

49. La question majeure à trancher est celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil 1998-VI, § 46 ou Steel et Morris c. Royaume-Uni, no 68416/01, § 87, CEDH 2005-II):

«i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et



L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

.....

l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui (...) appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...). Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...).

50. Les juridictions suisses ont condamné le requérant à une amende de 500 CHF pour instigation à la violation du secret de fonction au sens des articles 320 § 1 et 24 § 1 du code pénal suisse. D'après les juridictions suisses, le requérant a réalisé l'infraction par le fait d'avoir demandé, par téléphone, à l'assistante administrative du parquet du canton de Zurich si les personnes soupçonnées d'avoir participé à un cambriolage spectaculaire et très médiatisé d'une filiale de la poste à Zurich, quelques jours auparavant, avaient déjà fait l'objet de condamnations. Ayant obtenu les informations voulues, le requérant ne les a pourtant ni publiées ni employées à d'autres fins.

51. La liberté de la presse étant ainsi en cause, les autorités suisses ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour déterminer s'il existait un «besoin social impérieux» de prendre la mesure dont il est question contre le requérant (Editions Plon c. France, no 58148/00, § 44, 3<sup>ème</sup> alinéa, CEDH 2004-IV). La Cour doit donc vérifier si ce besoin social impérieux existait.

52. La Cour juge utile de souligner que la présente requête ne porte pas sur l'interdiction d'une publication en tant que telle ou sur une condamnation à la suite d'une publication, mais sur un acte préparatoire à celle-ci, à savoir les activités

de recherche et d'enquête d'un journaliste. A ce titre, il y a lieu de rappeler que non seulement les restrictions à la liberté de la presse visant la phase préalable à la publication tombent dans le champ du contrôle par la Cour, mais qu'elles présentent même des grands dangers et, dès lors, appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux (Sunday Times c. Royaume-Uni (no 2), arrêt du 26 novembre 1991, série A no 217, p. 29, § 51).

53. La Cour ne doute pas que des données relatives aux antécédents judiciaires des personnes soupçonnées sont a priori dignes de protection. En même temps, il ressort notamment de l'arrêt du Tribunal fédéral du 1er mai 2001 que ces informations auraient pu être obtenues par d'autres moyens, en particulier par la consultation des recueils de jurisprudence ou des archives de presse, même si de telles recherches auraient été plus coûteuses. Il n'apparaît pas que les motifs invoqués par les autorités internes pour justifier l'amende infligée au requérant fussent effectivement «pertinents et suffisants», dans la mesure où l'on n'était en l'occurrence pas véritablement en présence d'«informations confidentielles» au sens de l'article 10 § 2 de la Convention et que, dès lors, les éléments en question appartenaient au domaine public (voir, à ce sujet, notamment les affaires Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, § 53, CEDH 1999-I, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216, p. 34, § 69, Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A no 177, p. 22 et s, § 49; Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas, arrêt du 9 février 1995, série A no 306-A, p. 16, § 44 et s, Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, arrêt du 29 octobre 1992, série A no 246-A, p. 31, § 76, Editions Plon, précité, § 53).

54. La Cour souligne également qu'il n'appartient pas à la partie défenderesse de se substituer au requérant sur la question de savoir s'il existait un intérêt général à la publication des informations litigieuses. Quoi qu'il en soit, elle est d'avis que les informations que voulait obtenir le requérant, à savoir les antécédents judiciaires des personnes soupçonnées et leurs liens éventuels avec le milieu des stupéfiants, étaient susceptibles de soulever des questions d'intérêt général, dans la mesure où elles avaient trait à un cambriolage très spectaculaire et fortement médiatisé, dans le cadre duquel 53 millions CHF (environ 34 millions EUR) avaient été volés. Le fait que le cambriolage de la poste avait été à la une des médias en témoigne indubitablement. Dans ce contexte, la Cour n'est pas convaincue de l'argument de la partie défenderesse selon lequel les informations litigieuses ne devaient pas être considérées d'intérêt général pour le motif que le requérant a lui-même renoncé à leur publication.

55. Il convient aussi de rappeler que quiconque, y compris un journaliste, exerçant sa liberté d'expression, assume des «devoirs et responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, mutatis mutandis, arrêt Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49 in fine; Fressoz et Roire

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

c. France [GC], précitée, § 52). Selon les juridictions internes, notamment la cour d'appel, le requérant aurait dû savoir, en tant que chroniqueur expérimenté, que les informations sur les personnes impliquées dans une procédure pénale en cours étaient confidentielles. La Cour n'est pas convaincue par cette argumentation. Elle estime au contraire qu'il appartient aux Etats d'organiser leurs services et de former leurs agents de sorte qu'aucun renseignement ne soit divulgué concernant des données considérées comme confidentielles. Ainsi, le gouvernement défendeur assume, en l'espèce, une partie importante de la responsabilité pour l'indiscrétion commise par l'assistante du parquet du canton de Zurich. De surcroît, il n'apparaît pas que le requérant ait recouru à la ruse ou la menace ou qu'il ait autrement exercé des pressions afin d'obtenir les renseignements voulus.

56. De plus, il convient de rappeler qu'en l'espèce, aucun dommage n'a été causé aux droits des personnes concernées. S'il existait éventuellement, à un moment donné, un certain danger d'atteinte aux droits d'autrui, celui-ci a disparu à la suite de la décision du requérant lui-même de ne pas publier les données en jeu (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Editions Plon, précité, § 45, dans le cadre duquel la Cour a rappelé que la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression peut exister dans une première période, puis disparaître dans une seconde période).

57. Enfin, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (voir, par exemple, Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 64, 2<sup>ème</sup> alinéa, CEDH 1999-IV, Chauvy et autres c. France, no 64915/01, § 78, CEDH 2004-VI).

A cet égard, elle note que la sanction prononcée contre le requérant (une amende de 500 CHF, soit environ 325 EUR) est certes d'une sévérité relativement faible. Par ailleurs, l'intéressé a été condamné à titre d'instigateur et non pas en tant qu'auteur principal. Dans ce contexte, la Cour rappelle néanmoins, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, que ce qui compte n'est pas le caractère mineur de la peine infligée au requérant, mais le fait même de la condamnation (Jersild c. Danemark, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, p. 25, § 35, 1<sup>ère</sup> alinéa, Lopes Gomes da Silva c. Portugal, no 37698/97, § 36, CEDH 2000-X).

De surcroît, la Cour ne doit pas rechercher si la sanction qui a frappé son auteur l'a à proprement parler empêché de s'exprimer, car le requérant a de lui-même renoncé à l'utilisation ultérieure des informations litigieuses. Sa condamnation n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer à des activités de recherche, inhérentes à son métier, en vue de préparer et étayer un article de presse sur un sujet d'actualité. Sanctionnant ainsi un comportement intervenu à un stade préalable à la publication, pareille condamnation risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions

qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle (voir, mutatis mutandis, Barthold c. Allemagne, arrêt du 25 mars 1985, série A no 90, p. 26, § 58, Lingens c. Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A no 103, p. 27, § 44).

58. Compte tenu de ce qui précède, la condamnation du journaliste ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention. ■

### ANMERKUNGEN:

Der Vorfall, der Gegenstand des Dammann-Entscheides ist, wurde in *medialex* mehr als einmal thematisiert (vgl. namentlich *medialex* 2001, S. 160 ff.). Zur Erinnerung: Auslöser war ein Überfall auf die Fraumünster-Post in Zürich. Es gelang den Tätern, 53 Mio. Schweizerfranken zu behändigen. Der Vorfall beherrschte lange Zeit die öffentliche Diskussion. Er war auch Gegenstand von Recherchen des in Justizkreisen angesehenen Reporters Dammann des «Blick». Diesem waren die Namen der verhafteten Tatverdächtigen bekannt. Da er einen Bezug zum Drogenmilieu vermutete, wollte er per Telefon bei einem Zürcher Staatsanwalt in Erfahrung bringen, ob sie wegen Drogendelikten vorbestraft seien. Weil im Zeitpunkt des Anrufs alle Staatsanwälte abwesend waren, wurde seine Anfrage von einer Verwaltungsassistentin entgegengenommen, welche nach Konsultation der Geschäftskontrolle drei Stunden später die gewünschte Auskunft erteilte. Dies entsprach der Vermutung des Reporters, der jedoch von einer Veröffentlichung absah.

Die Urteile des Zürcher Obergerichts und des Bundesgerichts, welche die Anfrage des Reporters als Anstiftung zu einer Amtsgeheimnisverletzung bewerteten, lösten in Medienkreisen grosses Befremden aus. Es wurde gerügt, sie führten zu einem Recherchierverbot bei Amtspersonen. Es müsse möglich sein, bei den Behörden straflos Fragen zu stellen.

Aus diesem Grund ist der Entscheid des EGMR äusserst bedeutsam. Der Gerichtshof erachtete die gewünschten Informationen zwar grundsätzlich als schutzwürdig, qualifizierte sie aber nicht als «vertrauliche Informationen» im Sinn von Art. 10 EMRK, zumal sie, wenn auch mit grösserem Aufwand, auf andere Weise über Pressearchive etc. hätten beschafft werden können. Betont wurde ferner, die Auskünfte seien von öffentlichem Interesse gewesen, auch wenn sie der Journalist schliesslich nicht auswertete, da sie einen spektakulären Vorfall betrafen. Der Gerichtshof stellte des weiteren fest, dass es nicht um das Verbot einer Publikation gehe, sondern um eine Vorbereitungshandlung, d. h. um Recherchen, die für Journalisten ganz zentral sind. Die ausgesprochene Sanktion, auch wenn es sich nur um eine geringfügige Busse handelte, sei deshalb geeignet gewesen, die Presse in ihrer Informations- und Kontrollaufgabe zu beeinträchtigen. Mit Recht hat der Gerichtshof auch insofern Klartext gesprochen, als er sagte, der Staat, im konkreten Fall die Zürcher Staatsanwaltschaft, trage einen wesentlichen Teil der Verantwortung für die Indiskretion. Der Staat müsse seine Mitarbeiter so ausbilden, dass vertrauliche Informationen nicht nach aussen dringen.

Aus strafrechtlicher Sicht kann man sagen, dass nach diesem EGMR-Urteil auch in der Strafrechtsdogmatik Wege gefunden werden müssten, um die Straflosigkeit des fragstellenden Journalisten zu begründen. Es gibt in der Tat mehrere. Ein Argumentationsweg besteht darin, mittels Auslegung zu ergründen, was unter Anstiftung zu verstehen ist, d.h. ob ein blosses Verursachen des Tatenschlusses bei einem Anderen ausreicht. Hier wird von einem Teil

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

der deutschsprachigen Lehre in dem Sinne eine schärfere Konturierung verlangt, als die Fragestellung Aufforderungscharakter haben müsse. Auch der EGMR setzte ein Fragezeichen hinter die bundesgerichtliche Anstiftungsthese.

Dass ein blosses Verursachen des Tatenschlusses nicht ausreicht, gilt im Fall Dammann umso mehr, als Adressatin der Frage nicht irgendwer war, sondern als Staatsangestellte eine qualifizierte Person, die einer besonderen strafrechtlich sanktionierten Schweigepflicht unterlag. Man kann sich andere vergleichbare «Anstiftungsfälle» vorstellen, so z.B. die Frage an einen Arzt, wie es dem Patienten X gehe, wenn man weiss, dass dieser beim Angefragten in Behandlung steht. Solche Geheimnisträger müssen selber wissen und prüfen, was sie bekannt geben dürfen. Hinzu kommt, dass nach den strafprozessualen Vorschriften das Vorverfahren zwar geheim ist, den Behörden jedoch in sehr offenen Formulierungen die Befugnis erteilt wird, die Bevölkerung in bestimmten Fällen zu informieren. Sie können somit selber bestimmen, was geheim zu bleiben hat und was nicht. Dies muss wohl auch dann gelten, wenn die Information gestützt auf Fragen von Journalisten und damit reaktiv erfolgt.

Sofern man den objektiven Tatbestand einer Anstiftung dennoch bejaht, kann der Fall methodisch auch über den subjektiven Tatbestand beurteilt und argumentiert werden, der «Anstifter» handle mit dem innern Vorbehalt, der betreffende einer Sonderpflicht unterliegende Geheimnisträger müsse selber wissen, was er bekannt geben darf. Dann könnte dem Journalisten nicht unterstellt werden, er habe eine Straftat in Kauf genommen.

Der Fall könnte schliesslich auch auf der Rechtfertigungsebene einer Lösung zugeführt werden, weil Lehre und Rechtsprechung in engen Grenzen die Wahrnehmung berechtigter Interessen als «übergesetzlichen» Rechtfertigungsgrund anerkennen. Das Bundesgericht hat allerdings das Vorliegen seiner Voraussetzungen im konkreten Fall verneint.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

### EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

.....

#### Massnahmen gegen türkische Radiosendungen

Im Jahre 1998 beanstandete die verwaltungsunabhängige Aufsichtsbehörde RTÜK mehrere Sendungen des türkischen Radioprogramms Özgür Radyo («freies Radio»): Die Behörde betrachtete die Wiedergabe eines Zeitungsberichts über Korruption als diffamierend (Art. 4j des Gesetzes von 1991 über audiovisuelle Medien verbietet Sendungen, die andere in Überschreitung der Grenzen der Kritik beleidigen). Die RTÜK beanstandete auch zwei live übertragene Gespräche am Runden Tisch (über den 1. Mai und über die Einschüchterung der Kurden). Sie seien geeignet, die Hörschaft zu Gewalt, Terrorismus und Hassgefühlen anzustacheln bzw. die nationale Einheit zu gefährden (Art. 4g des Gesetzes). Die Justiz bestätigte die drei von RTÜK ausgesprochenen Verwarnungen.

Am 8. Juni 1998 verlas das Radio einen Zeitungsartikel, welcher das Errichten einer Statue für einen Militärangehörigen kritisierte, der 1943 wegen des Erschiessens von kurdischer Bauern verurteilt

worden sei. Solche Erschiessungen armer kurdischer Bauern seien noch heute an der Tagesordnung. Die Ausstrahlung des Programms wurde darauf während einer Dauer von 90 Tagen unterbrochen. Diese Massnahme stützte sich auf Artikel 33 des Gesetzes von 1991, welcher im Falle wiederholter schwerer Verletzungen der Programmvorschriften eine Suspendierung der Sendebewilligung bis zur Höchstdauer von einem Jahr androht.

Eine weitere Suspendierung der Programmtätigkeit für 365 Tage verfügte die RTÜK im März 1999, nachdem das Radio eine Nachricht über die Verhaftung von PKK-Chef Abdullah Öcalan verlesen hatte: «Hasan Özdemir, un responsable de la direction de la sûreté d'Istanbul, a donné l'ordre d'arrêter, en tirant vers les pieds, tout manifestant qui protesterait contre l'arrestation d'Abdullah Öcalan. Une centaine de personnes ont participé à ces manifestations, au cours desquelles des véhicules de pompiers ont été incendiés. Après la manifestation, de nombreuses personnes auraient été arrêtées, des policiers auraient lancé des pierres sur des maisons et auraient blessé des personnes en les visant directement. La manifestation aurait pris une grande ampleur dans les rues (...)» Die türkische Justiz bestätigte diese Sanktion, denn die Meldung sei dazu angetan gewesen, die Bevölkerung zu Hass und Feindschaft anzustacheln.

Die 1. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) kam einstimmig zum Schluss, dass sämtliche Aufsichtsmassnahmen den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) tangierten. Dies gelte nicht nur für die temporären Sendeverbote, sondern – entgegen der Auffassung der türkischen Regierung – auch für die drei Verwarnungen.

«Ziff. 73: (...) S'agissant des avertissements, la Cour observe que l'article 33 de la loi no 3984 habilite le RTÜK à infliger ce type de sanctions aux établissements audiovisuels privés dans les cas où il estime que ces derniers diffusent des émissions contraires aux principes énoncés dans cette loi. Elle observe en outre qu'en cas de récidive, lorsque l'intéressé fait l'objet d'un second avertissement, l'autorisation d'émettre peut être temporairement suspendue. De l'avis de la Cour, l'avertissement a pour effet de faire pression sur la société requérante pour qu'elle s'abstienne de diffuser toute émission susceptible d'être jugée contraire aux intérêts de l'Etat et d'exposer publiquement des thèses touchant à l'intérêt général (voir, mutatis mutandis, Erdogan c. Turquie, no 25723/94, § 72, CEDH 2000 VI). Partant, les avertissements adressés à la société requérante ont également constitué une ingérence dans son droit à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 § 1.»

Die fünf Sanktionen beruhten zwar auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage und dienten legitimen Zwecken. Sie waren aber nach Auffassung des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (d.h. unverhältnismässig).

«Ziff. 79: La Cour porte une attention particulière aux termes employés dans les émissions incriminées et au contexte dans lequel elles ont été diffusées. A cet égard, elle tient compte des circonstances entourant le cas soumis à son examen, en parti-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

culier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme (voir Ibrahim Aksoy c. Turquie, nos 28635/95, 30171/96 et 34535/97, § 60, 10 octobre 2000, et Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, Recueil 1998 IV, p. 1568, § 58). 80. Cependant, la Cour observe qu'en l'espèce les programmes litigieux portaient sur diverses questions – telles que la corruption, la manière dont les forces de l'ordre luttent contre les actes terroristes, ou encore l'existence de liens éventuels entre l'Etat et la mafia – qui étaient largement débattues dans les médias. La Cour ne doute pas qu'il s'agit là de questions d'intérêt général très sérieuses et dans l'actualité du moment, et que la diffusion d'informations sur ces thèmes s'inscrit entièrement dans le rôle de «chien de garde» que les médias se voient confier dans une société démocratique (voir, Fuentes Bobo c. Espagne, no 39293/98, § 48, 29 février 2000). 81. Il importe en particulier de souligner que les informations en question avaient déjà été fournies au public. Certaines émissions litigieuses (requêtes nos 64181/00 et 64183/00) ne faisaient que relater, sans commentaires, des articles de journaux qui étaient déjà parus et qui n'avaient pour leur part donné lieu à aucune poursuite. A cet égard, la Cour rappelle avoir déjà conclu à l'absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles avaient déjà été rendues publiques (mutatis mutandis, Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays Bas, arrêt du 9 février 1995, série A no 306 A, § 44, et Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A no 177, § 49). 82. La Cour constate ensuite que, dans ces émissions, la requérante a pris chaque fois la précaution de préciser qu'il s'agissait d'une citation et de signaler le nom et la date du quotidien dans lequel le passage en question avait été publié (voir, Thoma c. Luxembourg, no 38432/97, § 64, CEDH 2001 III). La Cour rappelle à cet égard que le fait d'exiger que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer le public sur des faits et opinions qui ont cours à un moment donné (Thoma précité, § 64). 83. Enfin, la Cour observe notamment que si certains passages particulièrement acerbes des émissions donnent au récit une connotation hostile, celles-ci n'ont pas pour autant exhorté à l'usage de la violence, à la résistance armée, ni au soulèvement, et il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération (voir, a contrario, Sürek c. Turquie [GC], no 26682/95, § 62, CEDH 1999 IV, et Gerger c. Turquie [GC], no 24919/94, § 50, 8 juillet 1999).»

Eine Rolle spielte auch die Schwere der verhängten Sanktionen. Der EGMR wies insbesondere darauf hin, dass das einjährige Sende- und Verbot der gesetzlichen Maximalsanktion entsprach.

Der Gerichtshof stellte nicht nur eine Verletzung von Art. 10 EMRK fest, sondern sprach dem Radioveranstalter auch eine Genugtuung von 15'000 Euro zu. Dabei verwies er auf die Kosten für das Errichten und den Betrieb eines Radiosenders. Der EGMR verweigerte aber den beantragten Schadenersatz für die insgesamt 455 Tage Sendepause, da sich der behauptete Einnahmefall aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht quantifizieren lasse (Urteil der 1. Kammer N° 64178/00 «Özgür

*Radjo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A.S.- c. Türkiye» vom 30.3. 2006).*■

### ANMERKUNGEN:

Dieses Urteil betrifft die Grenzen behördlicher Aufsicht über redaktionelle Inhalte in Rundfunkprogrammen. Es öffnet ein neues Kapitel in der Strassburger Rechtsprechung und ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert.

1. Zwar ist es nicht das erste Mal, dass der Gerichtshof hoheitliche Massnahmen gegen redaktionelle Beiträge in den elektronischen Medien auf ihre Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit überprüft. Die bisherigen Urteile betrafen aber Sanktionen der Strafjustiz (vgl. etwa EGMR-Urteil N° 49017/99 «Pedersen & Baadsgaard c. Dänemark» vom 17.12.2004 in *medialex* 1/2005, S. 46f.) oder der Ziviljustiz (vgl. etwa das EGMR-Urteil N° 53984/00 «Radio France c. Frankreich» vom 30.3.2004 in *medialex* 2/2004, S. 103ff. zur Pflicht, eine gerichtlich angeordnete Berichtigung zu verlesen). Im vorliegenden Zusammenhang ging es um verwaltungsrechtliche Massnahmen, die im Rahmen der staatlichen Programmaufsicht angeordnet wurden. Solche Sanktionen hatte der Gerichtshof soweit ersichtlich noch nie zu überprüfen.

2. Der Gerichtshof betrachtete auch die blossen **Verwarnungen** als Beschränkung der Meinungsfreiheit. Er verwarf damit den Einwand der türkischen Regierung, die Verwarnungen hätten die Ausstrahlung der fraglichen Informationen gar nicht verhindert. Für den Gerichtshof steht im Vordergrund, dass die Verwarnung den Radioveranstalter unter Druck setzen und ihn damit von der Ausstrahlung ähnlicher Inhalte abhalten sollte. Dies ist wohl generell das Ziel der Programmaufsicht. So verlangt auch das schweizerische Recht, dass der Veranstalter nach einem Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) das Nötige vorkehrt, «um in Zukunft gleiche oder ähnliche Rechtsverletzungen zu vermeiden» (Art. 67 Abs. 2 des RTVG von 1991). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der EGMR auch einen blossen Feststellungsentscheid der UBI (ohne anschliessende Massnahmen nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c RTVG) als Beschränkung der Meinungsfreiheit einstufen würde.

3. Dass der Gerichtshof die **temporären Sendeverbote** als unverhältnismässig einstuft, vermag angesichts der bisherigen Rechtsprechung zu den Grenzen der Meinungsfreiheit in der Türkei nicht zu erstaunen. In zahlreichen Fällen hat der Gerichtshof von der türkischen Justiz ausgesprochene Strafen gegen Medienschaffende beanstandet und dabei auch aussergewöhnlich beissende Kritik an den politischen Zuständen und den dafür Verantwortlichen akzeptiert (vgl. nun etwa das Urteil der 4. Kammer N° 50934/99 «Koç & Tambas c. Türkei» vom 21.3.2006). Dass eine Äusserung die Grenze zum Gewaltaufruf oder der Aufstachelung zum Hass («hate speech») überschreitet, hat der EGMR bislang nur selten bejaht. Zuletzt geschah dies im Urteil der 2. Kammer N° 77109/01 «Hocagullari c. Türkei» vom 7.3.2006, Ziff. 39: Der fragliche Zeitungsartikel glorifizierte die rebellierende Jugend, welche im Kampf gegen den Feind auch ihr Leben opfere; dieser Text konnte nach Ansicht des EGMR als Aufforderung zu Gewalt und bewaffnetem Widerstand betrachtet werden. Die von der türkischen Programmaufsichtsbehörde beanstandeten Äusserungen gingen deutlich weniger weit und vermochten daher keine so gravierende Sanktion wie ein Ausstrahlungsverbot zu rechtfertigen.

4. Die **Verhältnismässigkeit** (Notwendigkeit) der vorhergehenden Verwarnungen prüft der Gerichtshof bloss pauschal. Der EGMR wirft die fünf beanstandeten Sendungen in den gleichen Topf und misst deren Inhalt an den Grundsätzen, die er allgemein für die Medienberichterstattung aufgestellt hat. Keine Rolle spielte hier, dass die (vom EGMR anerkannten) besonderen Wirkungen der elektronischen Medien höhere inhaltliche Anforderungen an Radiosendungen rechtfertigen könnten als etwa an Pressebeiträge. Ist die Unverhältnismässigkeit des staatlichen Vorgehens in einem künftigen Fall weniger offensichtlich als sie es hier war, so wird der Gerichtshof wohl differenzierter argumentieren.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

**Besondere Freiheiten für  
Vorwürfe im Wahlkampf**

Als unterlegener Kandidat für die Legislativwahlen in Paris erhob Benoît Brasilier nach dem Urnengang heftige Vorwürfe gegen seinen Widersacher Jean Tiberi, welcher als Bürgermeister von Paris auch für die Durchführung der Wahlen zuständig war. Im Rahmen einer bewilligten Kundgebung kritisierte Brasilier seinen Opponenten auf zwei Spruchbändern («Tiberi tu nous casses les Urnes» und «En face: bureau de la fraude, vols et magouille») sowie auf Flugblättern: «J'accuse Jean Tiberi d'avoir délibérément soustrait aux électeurs leur liberté de voter: c'est sous sa responsabilité directe ou indirecte qu'il y a eu hold up de mes bulletins (60 000 destinés aux bureaux de vote). Il faut que le monde du silence se réveille: les élections à la 2<sup>ème</sup> circonscription étaient truquées; le Conseil Constitutionnel les annulera-t-il?»

Auf Klage Tiberis verurteilte das Appellationsgericht Paris Benoît Brasilier zu einer Entschädigung von 1 Franc. Als zivilrechtliches Fehlverhalten beanstandete sie, dass Brasilier den Beweis für seine Vorwürfe eines strafbaren Verhaltens von Tiberi nicht habe erbringen können und deshalb nicht gutgläubig gewesen sei. Zudem hätten seine Formulierungen fraglos jedes Mass vermissen lassen und übers Ziel hinausgeschossen. Die französische Regierung machte in Strassburg geltend, Brasilier habe schwere Vorwürfe gegen Tiberi erhoben, für den die Unschuldsvermutung gelte.

Die 2. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) kam einstimmig zum Schluss, dass diese zivilrechtliche Sanktion trotz ihrer geringen Höhe die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtete. Der Gerichtshof hielt zunächst fest, dass die Vorwürfe Brasiliers nicht jeder sachlichen Grundlage entbehrten: «Ziff. 37: Contrairement à la cour d'appel de Paris, la Cour estime que les déclarations incriminées dans la présente affaire reflètent des assertions sur des questions d'intérêt public et constituent, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de la tonalité générale des banderoles et du tract, davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait. Ziff. 38: Reste à savoir si la base factuelle de ces jugements de valeur était suffisante. A cet égard, la Cour note que des bulletins de vote avaient disparu et que l'élection a été contestée devant le juge électoral. Il est par ailleurs établi que les faits s'inscrivaient, comme l'a relevé le tribunal de grande instance de Paris, «dans le cadre d'une polémique nourrie», laquelle impliquait d'autres adversaires du maire et faisait l'objet de nombreux articles dans la presse nationale. La Cour relève enfin que l'ancien maire, adversaire du requérant et partie civile contre lui, a finalement été mis en examen par un juge d'instruction de Paris pour manœuvres frauduleuses de nature à fausser le scrutin de 1997. Même si, compte tenu de la présomption d'innocence, qui est garantie par l'article 6 §

2 de la Convention, une personne mise en examen ne saurait être réputée coupable, la base factuelle n'était pas inexistante en l'espèce, alors surtout qu'en tant que maire, la personne «diffamée» avait la responsabilité de l'organisation du scrutin et de son bon déroulement.»

Auch Brasiliers Wortwahl sprengte unter den gegebenen Umständen den Rahmen des Zulässigen nicht: «Ziff. 39: S'agissant du fait que, selon la cour d'appel de Paris, les propos du requérant auraient «indiscutablement manqué de mesure (...) y compris dans le contexte évoqué», la Cour ne saurait partager ce point de vue. Si les propos avaient assurément une connotation négative, force est de constater que, malgré une certaine hostilité dans les propos litigieux (E.K. c. Turquie, no 28496/95, §§ 79-80, 7 février 2002) et la gravité éventuellement susceptible de les caractériser (Thoma c. Luxembourg, arrêt du 29 mars 2001, Recueil 2001-III, § 57), la question centrale des banderoles et du tract incriminés concernaient le déroulement d'un scrutin électoral. Or le libre débat politique est essentiel au fonctionnement démocratique.»

In diesem Zusammenhang spielte es eine wesentliche Rolle, dass die Vorwürfe im Rahmen eines Konflikts zwischen zwei Kandidierenden geäußert wurden. Im Wahlkampf seien pointierte Formulierungen eher zulässig als in anderen Lebensbereichen: «Ziff. 41: La Cour rappelle à ce titre que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général (Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV). En outre, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier: à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance (arrêts Lingens, précité, p. 26, § 42; Incal c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, p. 1567, § 54; Feldek c. Slovaquie, no 29032/95, § 74, CEDH 2001-VIII). Il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. La Cour accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses. Y permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné (Feldek, précité, § 83). En l'espèce, les propos litigieux visaient un député, maire de Paris et maire du Ve arrondissement de Paris, qui était assurément une personnalité politique et médiatique. La Cour rappelle également qu'elle a déjà constaté que la base factuelle sur laquelle reposaient lesdits propos n'était pas inexistante. Ziff. 42: Par ailleurs, le requérant était lui-même candidat à l'élection litigieuse: or des ingérences dans la liberté d'expression d'un membre de l'opposition, qui représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus strict (Castells c. Espagne, 23

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

avril 1992, série A no 236, pp. 22-23, § 42; Piemont, précité, p. 26, § 76; Incal, précité, p. 1566, § 48). Le fait qu'un adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique (Piemont, précité) inclut nécessairement la possibilité de pouvoir discuter de la régularité d'une élection. Enfin, dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances» (Urteil der 2. Kammer N° 71343/01 «Brasilier c. Frankreich» vom 11.4.2006). ■

### ANMERKUNGEN:

Das Urteil zementiert den hohen Stellenwert, den der Gerichtshof der freien Diskussionen über politische Fragen einräumt. Ganz allgemein geniessen Äusserungen zu Fragen von legitimem allgemeinem Interesse einen erhöhten Schutz. Dieser gilt also nicht nur

für Auseinandersetzungen um die institutionelle Politik, dem eigentlichen Kern demokratischer Debatten. Dennoch räumt der Gerichtshof dem Streit um politische Ämter ein ganz besonderes Gewicht ein, wie die vorliegende Begründung und auch das unten erwähnte EGMR-Urteil N° 43797/98 «Malisiewicz-Gasior c. Polen» vom 6.4.2006 verdeutlichen.

Im lebhaften Wahlkampf mit all seinen Schärpen, Vereinfachungen und Zuspitzungen zeigt die Strassburger Rechtsprechung grosse Toleranz für übertriebene persönliche Angriffe. So scheint der Gerichtshof eine unzulässige Vorverurteilung des politischen Gegners zögerlicher zu bejahen als in anderen Lebensbereichen. Die Unschuldsvermutung gebietet zwar auch im Wahlkampf eine gewisse Abschirmung von Tatverdächtigen vor privaten Vorwürfen eines rechtswidrigen Verhaltens. Die Urteilsbegründung illustriert aber, dass dieser Schutz vor Vorverurteilungen keine unveränderbare Grösse ist, sondern stets vom Kontext der fraglichen Äusserung abhängt.

FRANZ ZELLER, BERN

### Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Schwere Vorwürfe einer Kandidatin für die Parlamentswahlen an einem anderen Politiker, dem sie Amtsmissbrauch vorwarf. Der Parlamentarier habe beim ihm bekannten Staatsanwalt erwirkt, dass sie festgenommen, ihr Telefon abgehört und ihr Haus nach Drogen durchsucht worden sei. Diese Behauptungen gegen einen bekannten Politiker waren nicht unbegründete und eigennützige persönliche Angriffe, welche bloss dem privaten Interesse an einer erfolgreichen Wahlkampagne dienten. Vielmehr betrafen sie Fragen von allgemeinem Interesse. Der Gerichtshof unterstrich dabei die Wichtigkeit des Wahlkampfs («the right to stand as a candidate in an election... is crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law»). Die Verurteilung zu einer bedingten Gefängnisstrafe stellte einen unverhältnismässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Kandidatin dar und hatte allgemein einen Einschüchterungseffekt auf die freie öffentliche Debatte in Polen. (Urteil der 1. Kammer N° 43797/98 «Malisiewicz-Gasior c. Polen» vom 6.4.2006)
- Unverhältnismässige Verurteilung eines Stadtpräsidenten, der in einer Versammlung auf die polemischen Angriffe eines oppositionellen Politikers mit scharfen Formulierungen («trahison machiavélique, préméditée et méchante») geantwortet hatte und dem Kläger eine Entschädigung bezahlen musste. Unter den fraglichen Umständen waren die spontanen, im Rahmen einer ordentlichen Sitzung geäusserten Formulierungen des provozierten Politikers gemäss Gerichtshof nicht exzessiv. (EMGR-Urteil N° 29288/02 «Roseiro Bento c. Portugal» vom 18.4.2006)
- Unverhältnismässige Busse für einen Beamten, der im Rahmen einer nichtöffentlichen Sitzung einen Staatsanwalt als unehrlich bezeichnet hatte. Strafrechtliche Massnahmen zum Ehrenschutz missachten laut EGMR die Meinungsfreiheit zwar nicht automatisch. Für die Verhältnismässigkeit sei es aber oft massgebend, ob nicht auch zivilrechtliche oder disziplinarische Massnahmen

hätten ergriffen werden können. (EGMR-Urteil N° 47579/99 «Raichinov c. Bulgarien» vom 20.4.2006)

- Verbotene Herausgabe und Verteilung der neuen Tageszeitung «2000'de Yeni Gundem» in der Notstandsregion missachtet die Meinungsfreiheit (Bestätigung des Urteils N° 40153/98 «Cetin u.a. c. Türkei» vom 13.5.2003). Verletzt wurde zudem das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Artikel 13 EMRK. (Urteil der 2. Kammer N° 60608/00 «Mehmet Emin Yildiz u.a. c. Türkei» vom 11.4.2006)
- Verurteilung der Chefredaktorin einer Monatszeitschrift zu einer Geldbusse für zwei nicht von ihr verfasste Beiträge, welche nach Ansicht des EGMR geeignet waren, die Gewalt in der Türkei zu fördern. Die Bestrafung missachte die Meinungsfreiheit nicht, da die Chefredaktorin die redaktionelle Linie des Blattes bestimmen konnte (Urteil der 2. Kammer N° 77109/01 «Hocaogullari c. Türkei» vom 7.3.2006)
- Rechtmässige Verurteilung einer Chefredaktion zur Bezahlung einer Genugtuungssumme nach übers Ziel schiessenden Werturteilen über andere Medienschaffende in einem Editorial, das kein Thema von legitimem öffentlichem Interesse behandelte. (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 69857/01 «Nato Katamadze c. Georgien» vom 14.2.2006)
- Busse wegen Ehrverletzung durch beleidigende und rassistische Ausdrücke («Dégage sale nègre!») in einem privaten Streit um ein Wohnrecht ist eine rechtmässige, in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Beschränkung der Meinungsfreiheit (Zulässigkeitsentscheid der 4. Kammer N° 6880/02 «Karolina Stasiow c. Polen» vom 7.2.2006)
- Missachtung des Anspruchs auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 EMRK) durch parlamentarische Immunität für zwei Politiker, welche in Presseinterviews schwere Vorwürfe gegen drei Richter erhoben hatten. Die fraglichen Statements hatten keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der parlamentarischen Tätigkeit, und den angegriffenen Richtern fehlte eine andere Möglichkeit, ihre Persönlichkeitsrechte wirksam zu schützen. (EGMR-Urteil N° 10180/04

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

D'AUTRE PART

UND AUSSERDEM

**Verbotenes TV-Interview  
im Gefängnis**

Bundesgerichtsentscheid vom  
6. Februar 2006 (1P.772/2005)

Das Bundesgericht wies die von der SRG resp. dem Schweizer Fernsehen (SF) eingereichte staatsrechtliche Beschwerde gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 1. Juli 2005 ab. Die SRG verlangte vergeblich, dass ihr zwecks Produktion einer Fernsehsendung Einlass in die Strafanstalt Hindelbank gewährt wird, um Filmaufnahmen mit Damaris Keller zu ermöglichen. Diese verbüsst in der Strafanstalt eine Freiheitsstrafe wegen Mordes. Die SRG beabsichtigte im Rahmen der Sendung «Rundschau» im Hinblick auf den damals bevorstehenden Prozess gegen einen Tatbeteiligten der Mordtat die Ausstrahlung eines Interviews mit Damaris Keller.

Das Bundesgericht sah im Urteil der Vorinstanz keine Verletzung der Informationsfreiheit. Das Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug verleiht der SRG keine Ansprüche auf Besuche von Anstaltsinsassen und erst recht keine Rechte für Filmaufnahmen von Anstaltsinsassen bzw. in der Anstalt. Strafvollzugsanstalten sind gerade nicht allgemein zugänglich.

Die SRG rügte in ihrer Beschwerde auch eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV und machte insbesondere geltend, sie werde gegenüber andern Medien wegen unhaltbarer Differenzierungen ungleich behandelt. «Die Beschwerdeführerin ersuchte um die Möglichkeit von Filmaufnahmen in der Anstalt bzw. mit Damaris Keller. Die Vornahme von Filmaufnahmen geht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weiter als Besuche von Medienvertretern zwecks Interviews oder Tonbandaufnahmen. Filmaufnahmen lassen sich unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit von blossen Interviews oder Tonbandaufnahmen unterscheiden. Es kann nicht gesagt werden, dass mit dieser Unterscheidung Gleiches ungleich behandelt würde. Zudem wird der Beschwerdeführerin mit der eingeräumten Gelegenheit, Tonbandaufnahmen vorzunehmen und unterstützt mit einem bzw. andern Bildern einen Hintergrundbericht zu produzieren, das Gleiche wie andern Medien zugestanden. Vor diesem Hintergrund kann von einer gegen Art. 8 Abs. 1 BV verstossenden Rechtsungleichheit nicht gesprochen werden. Bei dieser Sachlage ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung und kann offen bleiben, ob Filmaufnahmen tatsächlich einen grösseren Organisations- und Kontrollaufwand als Tonbandaufnahmen erfordern, wie das Verwaltungsgericht angenommen hat.» ■

**ANMERKUNGEN:**

Zweifellos erinnert das Bundesgericht zu recht daran, dass die Informationsfreiheit nur den Zugang zu Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen gewährt (Art. 16 Abs. 3 BV); und dass Strafanstalten gerade nicht allgemein zugänglich sind. Aus der Informationsfreiheit könne die SRG also keine Ansprüche auf Besuche von Anstaltsinsassen und schon gar keine auf Filmaufnahmen in der Anstalt machen. Nach EGMR- und schweizerischer Rechtsprechung sollen Gefangene sollen gewisse Aussenkontakte haben dürfen, soweit sich das mit dem Strafzweck und mit der Sicherheit verträgt – jedoch unter einem Genehmigungsvorbehalt (SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zu Müller, 3. A. 1999, S. 51; BGE 6A.27/2004).

Aber das eigentliche Problem des Entscheids liegt anderswo: In der Gleichbehandlung der miteinander wetteifernden Medien und Redaktionen. Informieren die Behörden oder öffnen sie in ihrem Herrschaftsbereich – zu dem das Gefängnis gehört – Informationskanäle, so sind sie an das Gebot rechtsgleicher Behandlung gebunden (BGE 127 I 145). Jedenfalls dann, wenn mehrere Medien um einen solchen Zugang aktiv nachsuchen (SCHEFER, a.a. O., S. 186). «Das Gleichbehandlungsgebot verbietet jede Benachteiligung, die sich nicht auf zwingende sachliche Gründe stützt» (MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz 1999, S.279).

Liegen im geschilderten Fall, wo dem Schweizer Fernsehen SF anders als Radio und Presse der volle mediale Zugang verweigert wurde, solche zwingende sachliche Gründe vor? Das behauptete die Anstaltsdirektorin, notabene eine ehemalige Journalistin, und im bestätigenden höchstinstanzlichen Entscheid das Schweizer Bundesgericht. Der Kernsatz der bundesgerichtlichen Mediendifferenzierung lautet: «Die Vornahme von Filmaufnahmen geht weiter als Besuche von Medienvertretern zwecks [Presse-] Interviews oder Tonbandaufnahmen». Unausgesprochen billigte das Bundesgericht so das Argument des bernischen Verwaltungsgerichts, Filmaufnahmen überstiegen wegen des damit verbundenen Organisations- und Kontrollaufwands das tolerierbare Mass. Dieses Argument ist sachlich falsch.

Das Bundesgericht ging offenbar wie die unteren Instanzen davon aus, dass für ein Fernsehinterview wie bis in die frühen 90er Jahre mehrköpfige Teams einrücken (Reporter, Kameramann, Tonmann, allenfalls noch Produzent). Dem ist längst nicht mehr so. Roger Schawinski hatte seinen Sender «Tele Züri» mit dem aus den USA importierten Video Journalism Concept in Gang gesetzt (Ein einzelner Reporter, der die Kleinkamera hält und gleichzeitig interviewt). Längst hat sich dieses Konzept für einfache oder heikle Situationen verbreitet – auch beim SF und insbesondere bei der Redaktion «Rundschau». Es handelt sich um zusätzlich ausgebildete Journalisten, die heute die Kleinkamera halten oder sie auf ein Stativ stellen, über das ausgeklappte Display das Bild und auch den Ton überwachen; gleichzeitig befragen sie die Zielperson. Ihr Einzelauftritt verursacht genau denselben Organisations- und Kontrollaufwand wie der eines Radio- oder Pressereporters. Das Ergebnis kann sogleich am eingebauten Monitor besichtigt werden. Folglich fehlt der «zwingende sachliche Grund» für eine Ungleichbehandlung der drei Medien. Schade, dass sich weder Verwaltung noch Gericht dieses heute zur Allgemeinbildung gehörenden Umstands vergewisserten, zumal die SRG ausdrücklich darauf hinwies. Und schade, dass die SRG diesen Fehlentscheid hat in Rechtskraft erwachsen lassen: Am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hätte sie wohl Chancen gehabt.

DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON

**Visionierung von Rohmaterial  
zur Beurteilung der Programmrechtsverletzung?**

Bundesgerichtsentscheid vom  
9. März 2006 (2A.653/2005)

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) hatte den Beitrag der Sendung «Kassensturz» vom 11. Januar 2005 über Kurse zur Erlangung des Titels Master of Business Administration (MBA) zu Recht für programmrechtswidrig erklärt. Das Bundesgericht hat eine von der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft SRG eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen und den Entscheid der UBI bestätigt. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass durchaus ein legitimes Interesse an einem kritischen Bericht über den unübersichtlichen MBA-Markt und allfällige schwarze Schafe darin bestehe. Ebenso wenig ist programmrechtlich zu beanstanden, dass in einer solchen Berichterstattung die GSBA als grösste MBA-Schule hinterfragt wird. «Die «Kassensturz»-Sendung über die GSBA vermittelte [jedoch] mit einem ironischen Unterton («Eis isch sicher - das isch das Institut mit der schönste Ussicht») über diese und deren Lehrgang ein ausgesprochen negatives Bild.» Das Bundesgericht visionierte auch das Rohmaterial für dem Filmbeitrag und fand heraus, dass die Passagen des Interviews mit dem Rektor der GSBA, welche die Werbemethoden betrafen, im Filmbericht nicht verarbeitet wurden. Damit wurden wesentliche Informationen, welche es dem Zuschauer erlaubt hätten, dieses allenfalls zu relativieren und in Kenntnis des Standpunkts der GSBA sachgerecht eine eigene Meinung zu bilden, dem Zuschauer vorenthalten. Diese Informationen seien nach Ansicht des Bundesgerichtes geeignet gewesen, die vertretene These, die Ausbildung bei der GSBA sei ihr Geld nicht wert, in Frage zu stellen und die spritzig gewollte Reportage zu nuancieren. Für eine den Vorwürfen angemessene, im Sinne von Art. 4 RTVG sachgerechte Berichterstattung wäre eine grössere Distanz zum eigenen Produkt und ein fairer Einbezug der Sicht der betroffenen Schule erforderlich gewesen; nicht deren beste Argumente wurden jeweils dargestellt, sondern jene, welche den beim Zuschauer gewollten Eindruck nicht störten oder diesen zu verstärken vermochten.

Im kritisierten Beitrag kam beispielsweise auch die als «Top-Kaderfrau» vorgestellte Z., ehemaliges Mitglied der Sulzer-Geschäftsleitung und heutiger Coach von Führungskräften, zu Wort. Sie wisse, dass (die) «Leute, die dort waren, dies nicht im Lebenslauf vermerken, auch nicht davon sprechen und nicht offen legen, dass sie an dieser Schule waren»; auf Nachfrage des Journalisten nach dem Grund hierfür präzisierte sie, «weil sie nicht stolz sind darauf, um es mal gelinde auszudrücken». Nach Ansicht des Bundesgerichtes bildete diese Einleitung zum die GSBA betreffenden Teil des Beitrags eine vernichtende Kritik für diese, weshalb es die journalistische Fairness geboten hätte, ihr Gelegenheit zu geben, hierzu in geeigneter Form Stellung

zu nehmen. «Zwar handelte es sich dabei um eine subjektive Einschätzung der befragten Person und ruft eine solche nicht notwendigerweise immer nach einem Gegenstandspunkt; dies gilt aber nur, soweit anderweitig genügend sicher gestellt ist, dass sich der Zuschauer ein eigenes sachgerechtes Bild machen kann, was hier aufgrund der weiteren Mängel des Beitrags nicht der Fall war. Meinungsäusserungen Dritter, die auf erkennbar falschen oder unbewiesenen Sachverhaltsfeststellungen beruhen, sind klarzustellen und zu korrigieren.»

Nach Ansicht des Bundesgerichtes machte sich der Kassensturz die Auffassung von Z. über die GSBA zu Eigen und bemühte sich im Weiteren, diese zu belegen («Beobachtungen einer Top-Kaderfrau. Z. war Mitglied der Sulzer Geschäftsleitung. Heute coached sie Führungskräfte. Was steckt hinter diesem Urteil über die GSBA?»). Dabei gab der recherchierende Journalist zwar verschiedentlich dem Rektor der GSBA Gelegenheit zur Stellungnahme, zitierte ihn aber nur unvollständig, unterliess es, für die Meinungsbildung wesentliche Elemente zu nennen, oder konfrontierte die Schule mit gewissen Vorhaltungen überhaupt nicht. ■

**ANMERKUNGEN:**

Im Unterschied zum Urteil des Bundesgerichtes vom 22.8.2005 i.S. «10vor10: Kunstfehler» (*medialex* 2005, 226 ff. mit Anmerkung Graber), wo man sich streiten kann, ob die Schwelle zur Programmrechtsverletzung überschritten war, liegt hier ein krasser Fall von unsachgerechtem Journalismus vor. Wie bereits die UBI, bestätigt nun auch das Bundesgericht, dass der «Kassensturz» in seiner Berichterstattung zur «Graduate School of Business Administration» (GSBA) und deren MBA-Lehrgang in mehrfacher Hinsicht die Informationsgrundsätze des RTVG verletzt hat. Hauptsächlich wirft das Bundesgericht der Sendung vor, die sehr negative Äusserung einer als «Top-Kaderfrau» vorgestellten Expertin unwidersprochen übernommen sowie wesentliche Teile eines mit dem Rektor der GSBA geführten Interviews weggelassen und damit das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt zu haben.

Zweifellos wurde die von der Expertin geäusserte sehr negative Meinung über den Wert des GSBA-Masters in der Berufswelt vom unbefangenen Zuschauer als vernichtende Kritik aufgefasst. Wie die GSBA vorbringt, hätten nach der Ausstrahlung dieses Beitrags mehrere potentielle Studenten ihre Anmeldung für den kommenden Lehrgang wieder zurückgezogen. Die Einschätzung, dass der Beitrag gravierende negative Folgen für die GSBA hatte, scheint auch die SRG nicht von der Hand weisen zu wollen. Sonst hätte sie wohl dem im Zusammenhang eines zivilrechtlichen Verfahrens ausgehandelten aussergerichtlichen Vergleich nicht zugestimmt, der sie dazu verpflichtet, GSBA-Werbung im Betrag von 400 000 Franken auf den Sendern des Schweizer Fernsehens zu schalten und in einer der nächsten Ausgaben des «Kassensturzes» eine Erklärung zu verlesen (NZZ am Sonntag vom 2.4.2006). Aus dem Beitrag wurde klar, dass es sich bei der O-Ton-Äusserung der «Top-Kaderfrau» um die subjektive Meinung einer einzelnen Person und nicht um eine objektive Wahrheit handelte. Dennoch scheint es mir angesichts der Schwere der Kritik richtig, vom «Kassensturz» zu verlangen, dass er dem Angegriffenen die Möglichkeit gibt, «hierzu in geeigneter Form Stellung zu nehmen». Der von der SRG geäusserte Vorwurf, dass damit dem PR-Journalismus Vorschub geleistet werde, scheint mir jedenfalls nicht stichhaltig.

Zweiter Hauptkritikpunkt ist das mit dem Rektor der GSBA geführte Interview. Das Bundesgericht kommt hier zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt wurde, weil wesentliche Teile des Interviews weggelassen wurden, die für eine freie Meinungsbildung des Zuschauers notwendig gewesen wären. Im Ergebnis ist dem Urteil auch in diesem Punkt zuzustimmen. Problematisch finde ich jedoch, dass das Bundesgericht sich in seiner Begründung



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

primär auf die Rohfassung des Interviews abstützt, welches die SRG bereits im Verfahren vor der UBI eingereicht hatte. Damit stellt sich die Frage, ob der Grundsatz von Artikel 58 Absatz 2 RTVG verletzt wurde, wonach sich das Verfahren der Programmaufsicht auf ausgestrahlte Sendungen zu beschränken hat.

Art. 64 Absatz 2 RTVG sieht vor, dass die Beschwerdeinstanz den Veranstalter zur Herausgabe von Akten verpflichten kann. Ob der Begriff «Akten» auch das Rohmaterial einer Sendung einschliesst, war im ganzen Verfahren vor UBI und Bundesgericht aber kein Thema. Die SRG hat der UBI das Rohmaterial des Interviews freiwillig herausgegeben, obwohl sie sich damit - wie das Urteil zeigt - selbst geschadet hat.

Angesichts der für die SRG äusserst negativen Folgen fragt sich, ob ein Veranstalter zur Edition von Rohmaterial eines Interviews von der Programmaufsichtsbehörde auch **verpflichtet** werden könnte. Meines Erachtens sprechen zwei Gründe dagegen, den Begriff «Akten» in Artikel 64 Absatz 2 RTVG so weit zu interpretieren, dass dazu auch das Rohmaterial einer Sendung gezählt wird. Erstens verbietet Artikel 56 Absatz 1 RTVG ausdrücklich Überwachungsmaßnahmen, die «sich auf Produktion und Vorbereitung der Programme beziehen». Was hier für die allgemeine Aufsicht des Bundesamtes für Kommunikation festgehalten ist, muss a fortiori auch für das Verfahren der Programmaufsicht gelten. Zweitens bestünde sonst die Gefahr, dass die Programmaufsicht zur verpönten Fachaufsicht verkommt. Die Auswahl, Positionierung und Gewichtung von Informationen in einem Beitrag gehören zu den Kernaufgaben journalistischer Arbeit und sind durch die in Artikel 5 Absatz 1 RTVG verbriefte Programmautonomie geschützt. Eine Editionsspflicht von Rohmaterial könnte Journalisten so einschüchtern, dass sie in einer Art Selbstzensur auf heikle Interviewbeiträge verzichten.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

.....

### Üble Nachrede und Berufspflicht

Bundesgerichtsentscheid vom  
23. Juni 2005 (BGE 131 IV 154)

An einer Gerichtsverhandlung in einem Scheidungsverfahren, bei der es nur noch um die Kindeszuteilung ging, sagte der Vertreter der Ehefrau in seinem Plädoyer über den Ehemann, er fabriziere Beweismittel, er habe eine Verfügung der Steuerverwaltung vorgelegt, die gefälscht oder verfälscht war und er sei immer noch im Kampf und seine Mittel seien nicht schön oder nicht legal.

Während die erste Instanz den Anwalt vom Vorwurf der üblen Nachrede freisprach, weil die Äusserungen zwar ehrverletzend, aber durch die Berufspflicht (Art. 32 StGB) gerechtfertigt seien, fällte das kantonale Obergericht einen Schuldspruch. Die Verurteilung bezog sich allerdings nur auf eine der inkriminierten Äusserungen, nämlich die Aussage, die Mittel des Ehemannes «sind nicht schön oder nicht legal». Der Vorwurf des Fabrizierens von Beweismitteln wurde gemäss Art. 32 StGB als durch die Berufspflicht gerechtfertigt bezeichnet und die Äusserung bezüglich des Fälschens oder Verfälschens einer Verfügung der Steuerverwaltung war durch den Gutgläubensbeweis gedeckt.

Laut Bundesgericht sind ehrverletzende Äusserungen von Anwälten im Prozess durch die Darlegungspflicht und die Berufspflicht gerechtfertigt, sofern sie sachbezogen sind, nicht über das Notwendige hinausgehen, nicht unnötig verletzend sind, nicht wider besseres Wissen erfolgen und bloss Vermutungen als solche bezeichnen. Die Äusserung des Anwalts im Plädoyer in einem Prozess betreffend Kindeszuteilung, wonach die von der Gegenpartei angewandten Mittel «nicht legal» seien, waren nach Auffassung des Bundesgerichts im konkreten Fall gerechtfertigt. ■

### ANMERKUNGEN:

Der Entscheid bestätigt die jüngere Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 118 IV 153). Präzisierend zum Gesagten ist noch festzuhalten, dass das Bundesgericht erklärte, der Vorwurf des Einsatzes von nicht legalen Mitteln sei ehrverletzend. Im konkreten Fall war unklar, auf was sich der Anwalt bezog. Laut Meinung des Bundesgerichts hätte er unter den gegebenen Umständen ungestraft sagen dürfen, dass sich der Ehemann nicht legaler Mittel bedient habe, indem er Beweismittel fabrizierte und eine Verfügung der Steuerverwaltung verfälschte, ferner auch deshalb, weil dieser Ehemann wegen Ehrverletzung gegen den neuen Lebenspartner der Ehefrau rechtskräftig verurteilt worden war. Man konnte dem beschuldigten Anwalt lediglich vorwerfen, dass er sich nicht im erwähnten Sinne präzise äusserte, sondern pauschal von nicht legalen Mitteln sprach. Das Bundesgericht meinte jedoch, wenn sich ein Anwalt in einem heftig geführten Prozess in einer Passage unpräzise äusserte, könne ihm das nicht angelastet werden. Andernfalls würde die verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe des Anwalts, die Parteiinteressen seiner Klientin umfassend und dezidiert zu wahren, unnötig erschwert.

Die Medienrelevanz dieses Entscheids liegt darin, dass auch Journalisten in eine vergleichbare Situation geraten können. Verviesen sei auf die Tätigkeit der Medien im Rahmen einer Berichterstattung über sog. Ereignisse der Zeitgeschichte, wenn es sich z.B. um Berichte über behauptete und in der Öffentlichkeit diskutierte Missstände handelt und sich die Verdächtigungen später als nicht stichhaltig erweisen. In diesen Fällen hatten Journalisten unter Umständen im Moment der Berichterstattung bloss Grund für einen Verdacht, ohne zu wissen, ob dieser letztlich stimmt. Wenn ernsthafte Gründe für eine Verdächtigung sprechen und die Aussagen ein notwendiges und angemessenes Mittel zur Verfolgung eines berechtigten Zwecks darstellen, ist in einem solchen Fall das Verhalten eines Journalisten ähnlich wie jenes des Anwalts im Prozess durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen oder, wenn man sich darauf beruft, durch die Berufspflicht gemäss Art. 32 StGB gedeckt, selbst wenn sich später der Vorwurf oder der Verdacht nicht erhärtet.

PROF. F. RIKLIN, FREIBURG

.....

### Genauigkeit des Strafantrags bei Ehrverletzungen

Bundesgerichtsentscheid vom  
4. Mai 2005 (BGE 131 IV 97)

In einer Auseinandersetzung vor einem Restaurant wurde jemand von zwei anderen Personen aufs Übelste beschimpft. Der Beschimpfte reichte eine Strafanzeige ein, wobei er ausführte, dass zwei Gäste ihn «andauernd beschimpft und bedroht» hätten. Noch innerhalb der Antragsfrist ergänzte er seine Klage, wobei er ausführte, dass die beiden Gäste sehr ausfallend gewesen seien und ihn auf «übelste Art» beschimpft hätten. «Huerä Usländer» und «Arsch-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

loch» seien nur einige der benutzten Ausdrücke gewesen. Zwei Polizisten, die herbeigerufen wurden, erklärten als Zeugen, der Betroffene sei mit Schimpfwörtern aus der untersten Schublade bedacht worden, sie konnten sich an das Schimpfwort «Wichser» erinnern, aber nicht mehr mit Bestimmtheit an die anderen Wörter. In der Anklageschrift wurde konkret nur noch das Wort «Wichser» (weil polizeilich belegt) aufgeführt. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, für das Wort «Wichser» liege kein gültiger Strafantrag vor, denn der Antragsteller habe nur in allgemeiner Weise wegen Beschimpfung Strafantrag gestellt und zwei konkrete Schimpfwörter genannt, worunter der besagte Kraftausdruck nicht aufgeführt sei.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Vorinstanz habe inhaltlich überspitzte Anforderungen an den Strafantrag gestellt. Das Tatgeschehen sei für einen gültigen Strafantrag ausreichend umschrieben, wenn unter Schilderung der näheren Umstände ausgeführt werde, der Antragsteller sei vom Verletzer beschimpft worden. Die Aufzählung der einzelnen Schimpfwörter sei nicht notwendig. Der Antragsteller habe den Strafantrag nicht auf die beiden Wörter «huerä Usländer» und «Arschloch» beschränkt wissen wollen. Vielmehr habe er diese beiden Wörter lediglich als Beispiele genannt. ■

### ANMERKUNGEN:

Der Entscheid ist medienrechtlich insofern relevant, weil er besagt, bei einer Beschimpfung sei die Nennung der einzelnen Schimpfwörter nicht notwendig. Diese Aussage dürfte wohl nicht nur für Beschimpfungen, sondern für Ehrverletzungen allgemein gelten. Der Rezensent war demgegenüber bisher der Meinung, formell müssten die einzelnen als ehrverletzend bewerteten Passagen im Strafantrag detailliert angegeben werden, was insbesondere bei Schriftstücken wichtig sei, die eine Mehrzahl von Vorwürfen enthalten (BSK StGB II - Riklin, Vor Art. 173 N 59). Denn das Bundesgericht hat selber in einem anderen Entscheid gesagt, bei Äusserungsdelikten, also namentlich auch bei Ehrverletzungen, seien die einzelnen eingeklagten Aussagen die Straftaten, nicht die Schaffung eines negativen Gesamtbildes (BGE 124 IV 162, 167). Zumindest könnte die Verallgemeinerung des hier besprochenen Entscheids zu erheblichen Problemen führen, wenn jemand beispielsweise Strafantrag wegen eines Buches stellt, mit der Begründung, es enthalte üble Nachreden oder Verleumdungen, ohne sie zu präzisieren. Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall von einem publizierten Text, weil der Täter zwei Schimpfwörter erwähnte, die dann aber beweismässig nicht genügend belegt werden konnten, weil die Beschimpfungen Gegenstand einer verbalen Auseinandersetzung waren. In einem schriftlichen Text würde sich das Problem so nicht stellen, weil im Text nachgelesen werden kann, ob die ehrverletzenden Ausdrücke verwendet wurden. Genau genommen ist der Leitsatz des Urteils ungenau, wenn es dort heisst, die Aufzählung der einzelnen Schimpfwörter sei nicht notwendig. Eigentlich müsste es heissen, wenn der Strafantrag einzelne Wörter explizit als Beispiele nenne, sei eine Verurteilung auch wegen eines Wortes möglich, das in dieser Aufzählung nicht figureiere.

PROF. F. RIKLIN, FREIBURG

## Rechtsprechungsübersicht 2004 – 2006 auf dem Gebiet des Urheberrechts

Willi Egloff

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern

Die nachfolgende Rechtsprechungsübersicht bezieht sich auf Entscheidungen kantonaler und nationaler Instanzen, die in den vergangenen beiden Jahren bzw. in den ersten drei Monaten des Jahres 2006 ergangen sind oder in diesem Zeitraum publiziert wurden. Sie schliesst damit an die Übersicht an, welche in *medialex* 2004, S. 242 ff., erschienen ist.

### Besprochene Entscheide

1. Für die SRG massgebliche Tarife (Bundesgericht vom 28.5.2003, sic! 2003, 885 ff.).
2. Keine Gewinnherausgabe bei fehlender Bösgläubigkeit (Bundesgericht vom 17.7.2003, sic! 2004, 90 ff.).
3. Aktivlegitimation eines Filmschauspielers zur Geltendmachung von Ansprüchen aus verwandten Schutzrechten (BGE 129 III 715 ff. vom 25.8.2003, teilweise zitiert in sic! 2004, 301 ff.).
4. Werkqualität einer Fotografie (BGE 130 III 168 ff. vom 5.9.2003, teilweise zitiert in *medialex* 2004, 99 ff., und in sic! 2004, 395 ff.).
5. Werkqualität einer Fotografie (BGE 130 III 714 ff. vom 19.4.2004, teilweise zitiert in *medialex* 2004, 222ff., und in sic! 2005, 14).
6. Schutz der Filmmusik (Bundesgericht vom 9.3.2005, *medialex* 2005, 107 f., und sic! 2005, 562 ff.).
7. Anordnung einer Urteilspublikation (Bundesgericht vom 2.6.2005, sic! 2005, 738 ff.).
8. Umfang des Zitatrechts (BGE 131 III 480 ff. vom 22.6.2005, teilweise zitiert in *medialex* 2005, 153 ff., und in sic! 2005, 732).

9. Vorsätzliche Begehung einer Urheberrechtsverletzung; Verjährungsfrist (BGE vom 9.8.2005, sic! 2006, 28 ff.).

10. Zuerkennung aufschiebender Wirkung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen Entscheid der Eidg. Schiedskommission (Massnahmeentscheid Bundesgericht vom 20.2.2006, unveröffentlicht).

11. Urheberrechtliche Qualifikation von Simulcasting und Webcasting (Eidg. Schiedskommission vom 10.11.2004, sic! 2005, 644 f.).

12. Parteifähigkeit von Sendeunternehmen beim Gemeinsamen Tarif 2b (Eidg. Schiedskommission vom 14.12.2004, sic! 2005, 641 ff.).

13. Nichtgenehmigung eines Tarifantrags für die Weiterverbreitung von Sendungen in IP-basierten Netzen (Eidg. Schiedskommission vom 28.11.2005, unveröffentlicht).

14. Vergütungspflicht bei digitalen Speichermedien (Eidg. Schiedskommission vom 30.3.2005, unveröffentlicht).

15. Aktivlegitimation von Sendeunternehmen zur Geltendmachung des Verbotsrechts zur Weitersendung aus Art. 37 URG? (Massnahmeentscheid Obergericht ZH vom 19.5.2004, unveröffentlicht).

16. Aktivlegitimation von Sendeunternehmen zur Geltendmachung des Verbotsrechts zur Weitersendung aus Art. 37 URG? (Kassationsgericht ZH vom 25.8.2004, sic! 2005, 117 ff.).

17. Umfang des Zitatrechts (Obergericht ZH vom 9.9.2004, teilweise zitiert in *medialex* 2004, 231 f.).

18. Urheberrechtschädigung für ein Musikfestival (Tribunal cantonal FR vom 12.11.2003, *medialex* 2004, 59).

19. Subsidiarität der Feststellungsklage (Massnahmeentscheid Kantonsgericht BL vom 18.6.2003, sic! 2004, 298 ff.).

20. Urhebervergütung für Hintergrundmusik in Reisebussen; Verjährungsfrist (Obergericht SH vom 10.10.2003, sic! 2004, 308 ff.).

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

21. **Subsidiarität der Feststellungsklage** (Kantonsgericht GR vom 16.2.2004, unveröffentlicht).

22. **Urheberrecht an Bauwerken; Miturheberschaft** (Tribunale d'appello TI vom 11.3.2003, sic! 2004, 20 ff.).

23. **Zulässiger Parallelimport eines Computer-/Videospieles** (Bezirksgericht ZH vom 2.6.2004, sic! 2005, 189 ff.).

24. **Werkcharakter einer Fotografie** (Bezirksgericht ZH vom 26.4.2005, sic! 2006, 23 ff.).

25. **Werkcharakter eines Arzneimittel-Kompodiums** (Massnahmeentscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 20.1.2004, sic! 2004, 490 ff.).

26. **Werkcharakter von Grabsteinvorlagen** (Amtsstatthalteramt Willisau vom 5.12.2002, sic! 2004, 663 ff.).

## I. Geschützte Werke und erlaubte Nutzungen

### 1. Werkbegriff

Anknüpfungspunkt der urheberrechtlichen Schutzes ist das Werk, gemäss Legaldefinition von Art. 2 URG eine geistige Schöpfung der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter hat. In mehreren Entscheidungen ging es um die Frage, ob überhaupt ein solches Werk vorliege. Im Entscheid 25 wurde einem Arzneimittel-Kompodium, welches in Buchform sämtliche in der Schweiz zugelassenen Arzneimittel mit den jeweils zugehörigen Fach- und Patentinformationen auflistet, dieser Werkcharakter abgesprochen. Bei den einzelnen Fachinformationen handle es sich um standardisierte «Alltagsformulierungen, die sich aus dem allgemeinen medizinischen Sprachgebrauch, den besonderen Gepflogenheiten bei der Formulierung von Patienten- und Fachinformationen und dem durch wissenschaftliche Fakten und gesetzliche Bestimmungen vorgegebenen Aufbau und Inhalt ergeben» (Entscheid 25, 492). Diese Darlegungen hätten daher ebenso wenig individuellen Charakter wie die Zusammenstellung der Texte nach alphabetischer Reihenfolge der Medikamentennamen. Im Entscheid 26 wurde der individuelle Charakter von Grabsteinen mit der Begründung verneint, das verwendete Stelen-Motiv bestehe aus einer Kombination und Abänderung von bekannten Formen, die ihrerseits nicht individuell seien. Da somit kein geschütztes Werk vorlag, konnte es auch keine Verletzung von Urheberrechten geben.

Von grosser praktischer Bedeutung sind die Entscheide 4 und 5, in welchen sich das Bundesgericht eingehend zur Werkqualität von Fotografien äussert. Beide Urteile betrafen Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich, welches Klagen gegen die unerlaubte Verwendung von Fotografien mit der Begründung abgewiesen hatte, die zur Diskussion stehenden Bilder seien keine geschützten Werke, da ihnen jegliche Besonderheit hinsichtlich des Einsatzes fototechnischer Mittel fehle. Auch die Planung oder Ausführung der Aufnahmen sei keine so besondere, dass die Fotografien als eigenständige geistige Leistungen erschienen. Dieser Auffassung widersprach das Bundesgericht. Es erinnerte daran, dass Fotografien vom Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG als eine Werkgattung unter anderen qualifiziert werden, die auch nach den für alle Werkgattungen geltenden Kriterien zu beurteilen seien. Geschützt sei jede Fotografie,

die «Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter» sei, und dies unabhängig von technischen Überlegungen und den Umständen der Entstehung. So könnten entgegen der Meinung des Vorinstanz insbesondere auch fotografische Schnappschüsse geschützte Werke sein. Die Vorinstanz habe übertriebene Anforderungen an die Werkqualität von Fotografien gestellt und «bei der Beurteilung der Werkqualität auf Grundsätze abgestellt (...), die dem Bundesrecht widersprechen» (Entscheid 4, 175). Unter Anwendung der von ihm ausführlich dargelegten Kriterien gelangt das Bundesgericht im Entscheid 4 zum gegenteiligen, im Entscheid 5 zum gleichen Ergebnis wie die Vorinstanz.

Ebenfalls um die Werkqualität einer Fotografie ging es im Entscheid 24. Das Gericht bejahte dort den Werkcharakter, da es sich bei der fraglichen Fotografie um eine bewusst gestaltete Bildkomposition handle, die individuellen Charakter aufweise.

### 2. Materielle Schranken des Urheberrechts

Mit der Bedeutung des Zitatsrecht befassten sich die Urteile 8 und 17. Ausgangspunkt war ein Artikel des Präsidenten der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Prof. Georg Kreis, welcher in der Rubrik «Tribüne» im Zürcher «Tagesanzeiger» erschienen war und mit welchem der Autor auf ein am gleichen Ort erschienen Pamphlet von Nationalrat Mörgeli geantwortet hatte. Eine im Kanton Zürich erscheinende Rechtsausen-Postille druckte beide Artikel ab, ohne sich um eine entsprechende Erlaubnis zu bemühen, und fügte den Kommentar eines dritten Autors dazu. Zur Rechtfertigung der unautorisierten Übernahme der beiden Zeitungsartikel berief sich das Blatt auf das Zitatrecht von Art. 25 URG und auf die Meinungsäusserungsfreiheit.

Das Zürcher Obergericht sah in diesem Vorgehen nichts Stossendes und wies die Klage von Prof. Kreis mit dem Entscheid 17 ab. Die unautorisierte Wiedergabe des fraglichen Artikels habe der Erläuterung des Gegenstandes der publizierten Auseinandersetzung gedient und sei daher durch das Zitatrecht gedeckt. Das Bundesgericht zeigte für diese recht salopp formulierte und mit Lehre und Rechtsprechung kaum vereinbare Auffassung kein Verständnis und hiess im Entscheid 8 die Berufung gegen dieses Urteil gut. Es stellte zunächst die Frage, ob sich denn ein Zeitungsverlag überhaupt auf das Zitatrecht berufen könne oder ob dieses Recht nicht nur dem zitierenden Autor zustünde. Es lässt die Frage aber offen, da im vorliegenden Fall ohnehin kein Zitat vorliege. Ein solches setze einen inhaltlichen Bezug des zitierenden Textes auf das zitierte Werk voraus, der im konkreten Fall nicht gegeben sei. Auch aus der Medienfreiheit und der Meinungs- und Informationsfreiheit der Art. 16 und 17 BV ergebe sich nichts anderes, da eben Art. 25 URG gerade den Ausgleich dieser Grundrechte mit dem Eigentumsrecht der Urheberinnen und Urheber regle. Es sei nicht Sache eines Gerichts, unter Berufung auf verfassungsmässige Rechte sozusagen eine gesetzliche Lizenz für die Nutzung geschützter Werke im öffentlichen politischen

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Meinungskampf einzuführen. Da es eine solche Regelung im schweizerischen Recht nicht gebe, der Abdruck eines ganzen Artikels aber auch kein Zitat darstelle, stelle die unautorisierte Übernahme eine Verletzung des Urheberrechts dar. Zur Beurteilung der Rechtsfolgen wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück.

Um eine ganz andere Urheberrechtsschranke, nämlich um den Grundsatz der Erschöpfung, ging es im Entscheid 23. Im Zentrum stand dabei die Frage, ob die Sonderregelung für «audiovisuelle Werke» von Art. 12 Abs. 1bis URG auf ein Computerspiel anwendbar sei. In seinem sorgfältig und materialreich begründeten Entscheid kommt das Gericht zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich, dass diese auf den Schutz der Kinoauswertung ziele und dass daher als «audiovisuelle Werke» im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nur Werke «zu verstehen sind, die der klassischen Definition eines Films entsprechen und sich zur Verbreitung über Fernsehen oder vergleichbare elektronische Massenmedien eignen» (Entscheid 23, 193).

### II. Verwertungsrecht

#### 1. Leerträgervergütungen auf digitalen Speichermedien?

Nach ergebnislosen Tarifverhandlungen beantragten die Verwertungsgesellschaften im September 2004 die Genehmigung eines neuen Tarifes, welcher eine Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in auditiven und audiovisuellen Aufnahmegeräten vorsieht. Umstritten war unter anderem, ob es sich bei diesen Komponenten um «Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger» handelt, auf deren Herstellung oder Import Art. 20 Abs. 3 URG eine Vergütungspflicht vorsieht, oder ob damit eine sogenannte Gerätevergütung beantragt werde, für welche es an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Die Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten stellte sich im Entscheid 14 auf den Standpunkt, dass es sich zumindest hinsichtlich Speicherchips und Festplatten in auditiven und audiovisuellen Aufnahmegeräten, die ausschliesslich oder vorwiegend für das private Kopieren geschützter Inhalte genutzt werden, um vergütungspflichtige Leerträger handle. Sie hielt den vorgelegten Tarif aber nicht für genehmigungsfähig, da die zur Begründung des Tarifantrags angestellten Überlegungen zur Höhe des Tarifs verschiedene Unklarheiten zeigten. Sie setzte daher Frist zur Änderung der Tarifvorlage an. Den im Sinne dieses Entscheides modifizierten Tarifantrag genehmigte die Schiedskommission mit Entscheid vom 17. Januar 2006, allerdings nur mit einer Reihe zusätzlicher Änderungen. Die schriftliche Begründung dieses Entscheides liegt noch nicht vor.

Um ein Inkrafttreten dieses neuen Tarifes zu verhindern, erhob eine Nutzerorganisation gegen diesen Genehmigungsentscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das

Bundesgericht und beantragte, dieser aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Im Entscheid 10 stellte das Bundesgericht fest, dass eine solche Beschwerdeerhebung auch schon vor dem Vorliegen der schriftlichen Begründung möglich sein müsse. Ebenso müssten Begehren um provisorischen Rechtsschutz zulässig sein, da der Genehmigungsbeschluss unmittelbare Rechtswirkungen zeitige. Angesichts der Unklarheiten über die gesetzliche Grundlage des Tarifs sei es den vergütungspflichtigen Personen nicht zumutbar, dass sie «eine urheberrechtliche Vergütung entrichten und eine entsprechende Überwälzung auf die Kunden vornehmen müssen, ohne dass sie Kenntnis von den massgeblichen Erwägungen der Genehmigungsinstanz haben» (Entscheid 10, Erw. 3.3). Dementsprechend erkannte das Gericht der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die von den Verwertungsgesellschaften beantragte Vergütung auf digitalen Speichermedien kann daher bis auf weiteres noch nicht umgesetzt werden.

#### 2. Legitimation zur Beteiligung an Tarifverhandlungen

Gemäss Art. 46 Abs. 2 URG haben die Verwertungsgesellschaften «über die Gestaltung der einzelnen Tarife mit den massgebenden Nutzerverbänden» zu verhandeln. Damit stellt sich die Frage, wer als solcher Nutzerverband qualifiziert werden kann. Die Eidg. Schiedskommission stellte im Entscheid 14 fest, dass den Konsumentenorganisationen hinsichtlich der soeben erwähnten Vergütung auf digitalen Speichermedien diese Stellung nicht zukomme. Im Entscheid 12 stellte sie fest, dass Verhandlungen im Bereich der kollektiven Verwertung ausschliesslich zwischen Verwertungsgesellschaften und massgebenden Nutzerverbänden zu führen seien. Es gehe nicht an, dass sich auch einzelne Rechteinhaber an den Verhandlungen beteiligen. Vielmehr sei es der Sinn der geltenden Verwertungsordnung, dass die Rechte kollektiv verwertet würden und die Berechtigten ihre Rechte ausschliesslich als Mitglied einer Verwertungsgesellschaft geltend machen könnten. Sie seien daher weder als Partei noch als Nebenintervenenten an den Tarifverhandlungen zu beteiligen.

Hintergrund dieser Auseinandersetzungen sind die Versuche mehrerer deutscher Fernsehunternehmen, aus Art. 37 Bst. a URG ein individuell wahrnehmbares Verbotsrecht für das Weitersenden ihrer Programme herzuleiten, das unabhängig von der kollektiven Verwertung ausgeübt werden könne. Diese Auffassung hatte schon das Obergericht des Kantons Zürich im Massnahmeentscheid 15 als unzutreffend abgelehnt. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 URG könne dieses Recht nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich, an welches die betreffenden Sendeunternehmen die Verfügung weitergezogen hatten, kam im Entscheid 16 zum gleichen Ergebnis.

Dass es ein solches Verbotsrecht im Sinne eines vollwertigen Exklusivrechts gibt, das vom Gesetzgeber lediglich

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

hinsichtlich der Wahrnehmung beschränkt worden sei, hielt die Eidg. Schiedskommission in ihren Entscheiden 12 und 13 fest. Als Folge dieser gesetzlichen Regelung seien die Verwertungsgesellschaften befugt, dieses Verbotsrecht geltend zu machen. «Die Frage, ob den Verwertungsgesellschaften beim Weitersenderecht ein Verbotsrecht zusteht oder nicht, kann somit nicht Gegenstand von Tarifverhandlungen sein. Es kann hier lediglich darum gehen, ob und wie das Verbotsrecht in einem Tarif umgesetzt werden kann. Dabei dürfte auch zu prüfen sein, inwieweit das Verbotsrecht durch die Tarifpflicht bzw. das Gebot der Gleichbehandlung sowie allenfalls auch wettbewerbsrechtliche Aspekte eingeschränkt wird» (Entscheid 13, Erw. II.4.).

### 3. Anwendungsbereich von Tarifen

Im Entscheid 1 stützte das Bundesgericht die Auffassung der Eidg. Schiedskommission, dass es in der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften liege, Zeitpunkt und Umfang einer Tarifvorlage zu bestimmen. Dies gelte zumindest so lange, als dies nicht zu einem unsinnigen oder widersprüchlichen Ergebnis führe. Es wies daher eine Beschwerde der SRG ab, welche sich mit der Begründung, sie verlange einen sowohl für das Radio als auch für das Fernsehen geltenden Tarif, gegen die Genehmigung eines auf den Radiobereich beschränkten Tarifs gewehrt hatte.

Im Entscheid 11 hatte sich die Eidg. Schiedskommission mit der Frage zu befassen, ob die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger im Rahmen von Simulcasting und Webcasting unter die gesetzliche Lizenz des Art. 35 URG falle. Sie liess die in der juristischen Literatur umstrittene Frage offen, ob diese Vorgänge als «Senden» oder als «Aufführen» zu qualifizieren seien. Da Art. 35 URG beide Vorgänge umfasse, war für die Eidg. Schiedskommission klar, dass sie «unabhängig von der rechtlichen Qualifikation zur Prüfung der fraglichen Tarifbestimmung zuständig» sei (Entscheid 11, 645).

### III. Prozessuales

#### 1. Aktivlegitimation

Im Entscheid 3 bestätigte das Bundesgericht ein Urteil des Zürcher Obergerichts, wonach gemäss Art. 34 Abs. 1 URG die Interpretenrechte allen künstlerisch an einer Darbietung Mitwirkenden gemeinschaftlich, also zur gesamten Hand, zustehen und daher auch nur gemeinsam geltend gemacht werden können. Da das Gesetz keine Prozessführungsbefugnis für die einzelnen Leistungsschutzberechtigten statuiert, war der klagende Filmschauspieler genau so wenig zur Klage aktivlegitimiert wie die ihn vertretende Interpretengesellschaft. Gegenteiliges gilt für die Miturhebergemeinschaft: Dort sieht Art. 7 Abs. 3 URG ausdrücklich die Prozessführung einzelner Miturheberinnen und Miturheber vor, wobei sie Leistung an alle fordern müssen. So war denn im Entscheid 22 der eine von zwei Architekten berechtigt, sich gegen die unautorisierte Verwen-

dung von Bauplänen durch einen Dritten zum Bau eines weitgehend identischen Hauses zu wehren, obwohl der Erbe des Miturhebers auf eine Beteiligung am Prozess verzichtet hatte.

Um die Aktivlegitimation der SUIA zur Geltendmachung von Rechten an der Musik von Filmen ging es im Entscheid 6. Das Bundesgericht bestätigt dort seine Rechtsprechung, wonach die SUIA sowohl Rechte an vorbestehender Musik als auch solche an Original-Filmmusik geltend machen könne. Auch im Entscheid 18 ging es um die Aktivlegitimation der SUIA: der Veranstalter eines Musikfestivals hatte vergeblich das Recht der SUIA bestritten, aufgrund des Tarifs K Vergütungen für die im Rahmen des Festivals erfolgten Musikaufführungen zu verlangen.

Um die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verbotsrechten in Bezug auf die Weitersendung von Radio- und Fernsehprogrammen ging es in den bereits erwähnten Entscheiden 12, 13, 15 und 16. Alle drei Instanzen, von denen diese Entscheide ausgingen, stellten sich auf den Standpunkt, dass aufgrund von Art. 22 URG die Geltendmachung dieser Exklusivrechte nur durch die jeweils zuständige Verwertungsgesellschaft erfolgen könne.

#### 2. Rechtsschutzinteresse bei Feststellungsklage und Urteilspublikation

In einem Entscheid vom 8.11.2002 (teilweise veröffentlicht in sic! 2003, 323 ff.) hatte das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten, dass eine Feststellungsklage mangels Rechtsschutzinteresse nicht zulässig sei, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung stehe. Diese damals noch umstrittene Rechtsprechung hat sich inzwischen durchgesetzt. So wurde im Entscheid 21 auf die Klage eines Architekten nicht eingetreten, der in einer Art «Stufenklage» die Feststellung einer Urheberrechtsverletzung beantragte, um auf der Basis dieses Feststellungsurteils dann Verhandlungen über die Rechtsfolgen führen zu können. Auch im Massnahmeentscheid 19 trat das Gericht auf ein Feststellungsbegehren nicht ein, da gleichzeitig Unterlassungsansprüche bestanden und auch schon geltend gemacht worden waren.

Dass auch für die Anordnung einer Urteilspublikation auf das jeweilige Rechtsschutzinteresse abzustellen ist, macht das Bundesgericht im Entscheid 7 klar. Dem Gericht stehe in dieser Hinsicht ein erhebliches Ermessen zu. «Es hat die gegenseitigen Interessen der Parteien abzuwägen und sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren». Dabei könne das Interesse an einer Urteilspublikation insbesondere «in einem durch den Urteilspruch allein nicht befriedigten Informationsbedürfnis des in seinem Urheberrecht Verletzten bestehen, einen das unmittelbare Umfeld der Parteien übersteigenden Personenkreis, der durch die in Frage stehende Nutzung von Urheberrechten berührt ist, auf die vom Gericht festgestellte Rechtslage aufmerksam zu

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

machen und dadurch die Störung bzw. eine eingetretene Marktverwirrung zu beheben» (Entscheid 7, 739). Im Entscheid 19 hielt das Gericht fest, dass eine Urteilspublikation nicht vorsorglich verfügt werden könne; Art. 66 URG verstehe unter «Urteil» zweifellos nur ein Urteil, das aufgrund eines ordentlichen Verfahrens ergangen sei.

### 3. Anspruch auf Gewinnherausgabe

Gemäss Art. 62 Abs. 2 URG steht den in ihren Urheberrechten verletzten Personen auch die Klage «auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag» zu. Unter Berufung auf seine eigene Rechtsprechung (BGE 129 III 422 und BGE 129 III 69) hält das Bundesgericht im Entscheid 2 fest, dass ein solcher Anspruch auf Gewinnherausgabe nur besteht, wenn der Geschäftsführer bösgläubig handelt. Es wies daher die Klage eines Zeichners gegen eine Firma ab, welche ein Logo benützte, das ein spezialisiertes Grafikerbüro in ihrem Auftrag entwickelt hatte, das sie während mindestens fünf Jahren anstandslos benutzt hatte und das sich im Laufe des Prozesses als Plagiat herausstellte. Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Beklagte bis zum Zeitpunkt, da der Kläger erstmals seine Urheberschaft geltend machte, keinen Grund hatte, am rechtmässigen Erwerb der Rechte am Logo zu zweifeln. Aber auch die Tatsache, dass der Kläger den Plagiatscharakter des Logos behauptet hatte, war für sich allein noch kein ausreichender Grund, um die Gutgläubigkeit des Erwerbers zu zerstören. «Il est en effet de jurisprudence que celui qui, confronté à des circonstances difficiles à apprécier, adopte une opinion certes erronée mais soutenable, peut se prévaloir de sa bonne foi» (Entscheid 2, 91). Das Bundesgericht bestätigte daher den vorinstanzlichen Entscheid, durch welchen der Beklagten zwar die weitere Verwendung des Logos verboten wurde, gleichzeitig aber die Forderungen des Klägers auf Schadenersatz und Herausgabe des erzielten Gewinnes abgewiesen worden waren.

### 4. Verjährungsfristen

Im Entscheid 9 stand die Verjährung einer Schadenersatzforderung aus Urheberrechtsverletzung zur Diskussion. Das Bundesgericht hielt fest, dass gestützt auf Art. 60 Abs. 2 OR auch für die Schadenersatzforderung die strafrechtliche Verjährungsfrist von fünf Jahren gelte, falls es sich um eine strafbare Urheberrechtsverletzung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 URG handle. Allerdings stand aufgrund des vorinstanzlichen Urteils nicht fest, ob tatsächlich eine strafbare Handlung vorlag. Die dort gewählte Formulierung, wonach «nicht ausgeschlossen werden könne», dass die Beklagten über den bestehenden Urheberrechtsschutz und damit über die Widerrechtlichkeit ihres Tuns informiert waren, liess die Frage offen, ob ein vorsätzliches Handeln gegeben war. Die Sache musste daher zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Der Entscheid 20 bestätigt die bisherige Rechtsprechung, wonach Vergütungsansprüche aus gesetzlichen Lizenzen «vertragsähnlichen Charakter» haben. Aus diesem Grunde sind auf solche Forderungen nicht die Verjährungsregeln des Art. 60 OR anzuwenden, sondern diejenigen der Art. 127 ff. OR.

### IV. Schluss

Bei den Entscheiden 11, 12, 13, 15 und 16 stand die Anwendung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen auf Online-Nutzungen geschützter Werke zur Diskussion. Die Entscheide 10 und 14 befassen sich mit der Anwendung der Leerträgervergütungen auf digitale Speichermedien. Alle diese Urteile zeigen, wie rasch und wie stark sich der technische Rahmen der Werknutzungen verändert und dass die für analoge Werknutzungen konzipierten Gesetzesbestimmungen oft nur mit erheblichen Schwierigkeiten auf diese neuen Sachverhalte angewandt werden können. Den Ergebnissen haftet daher immer auch etwas Zufälliges an. Es ist zu hoffen, dass die im Parlament hängige Revision des URG zur Implementierung der beiden WIPO-Verträge von 1996 (BBl. 2004, 5088) zu spezielleren Lösungen für diese digitalen Werknutzungen und damit auch zu grösserer Rechtssicherheit führen wird. ■