

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

### LE JUGEMENT DAS URTEIL

## «Schnappschuss» als urheberrechtlich geschütztes Werk

Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003  
(4C.117/2003; BGE-Publikation vorgesehen)

*Massgebend für den urheberrechtlichen Schutz eines «Schnappschusses» ist das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein. Die Benutzung einer bestimmten Technik führt nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz. Auch die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten und der jeweilige Raum, den sie im Verhältnis zueinander ausfüllen, ebenso wie die Verteilung von Licht und Schatten können zur individuellen Gestaltung der Fotografie beitragen. Dazu kommt schliesslich, dass auch die Schutzvoraussetzung des Wirkens eines menschlichen Gestaltungswillens erkennbar ist. Dieser manifestiert sich in der Wahl des Bildausschnittes und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme während eines bestimmten Bewegungsablaufs des Objektes.*

*Ce qui importe pour déterminer si un instantané bénéficie de la protection du droit d'auteur, c'est le résultat atteint. Ce dernier doit, en effet, constituer en soi l'expression d'une idée originale. L'usage d'une certaine technique ne tombe pas automatiquement sous le coup du droit d'auteur. La manière dont les différents éléments de la photo sont disposés et la place qu'ils occupent les uns par rapport aux autres, de même que la répartition entre les ombres et la lumière peuvent contribuer à l'individualité de la photographie. Il faut enfin qu'on puisse reconnaître une volonté créatrice. Cela se manifeste par le cadrage et le moment du déclenchement de la prise de vue durant le mouvement de l'objet.*

#### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Schweizer Fotograf X. besuchte im Jahre 1978 ein Konzert des Reggae-Sängers Bob Marley und machte mehrere fotografische Aufnahmen. Eines dieser Schwarzweissfotos zeigt Bob Marley von der linken Seite vor unscharfem Hintergrund. Sichtbar ist der Oberkörper des Sängers, der in der linken Hand ein Mikrofon nahe vor den geöffneten Mund hält. Auffallend ist die Frisur von Bob Marley, dessen Haare ungefähr einen Viertel des ganzen Fotos ausfüllen. Die schwarzen langen Haare sind in zahlreiche Strähnen (Rasta-Locken) gedreht, die - aufgrund einer schnellen Kopfbewegung - konzentrisch vom Kopf abstehen und so an die Umrisse des Wurzelstocks eines Baumes erinnern. Eine dieser Strähnen befindet sich etwa auf Augenhöhe in horizontaler Lage und wirft einen vom Ohr bis zur Nasenspitze reichenden, relativ breiten schwarzen Schatten auf das sonst hellfarbige Gesicht des Sängers.

Das beschriebene Foto wurde von X unter Umständen, die zwischen den Parteien streitig sind, der Keystone Press AG

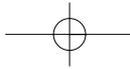
übergeben und bei deren Niederlassung in London archiviert. Nachdem die Londoner Niederlassung von «The Hulton-Deutsch Collection» übernommen worden war, überliess diese das Foto der Y AG mit Sitz im Kanton Zürich zur Herstellung von Postern.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Klage von X wegen Urheberrechtsverletzung mit Urteil vom 13. März 2003 ab und nahm zu den rechtlichen Einwänden der Beklagten insoweit Stellung, als es sich deren Auffassung anschloss, dass dem Foto des Klägers keine Werkqualität im Sinne von Art. 2 URG zukomme.

#### Aus den Erwägungen:

3.1 Nach dem angefochtenen Urteil kann der Kläger keinen urheberrechtlichen Schutz für seine Fotografie von Bob Marley beanspruchen. In der Urteilsbegründung des Obergerichts werden den fallbezogenen Erwägungen allgemeine Ausführungen zum Begriff des fotografischen Werkes im Sinne von Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9.





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Oktober 1992 (URG; SR 231.1) vorangestellt. Diese Ausführungen betreffen vor allem die Begriffselemente der «geistigen Schöpfung» und des «individuellen Charakters» und werden vom Obergericht dahingehend zusammengefasst, dass vom URG nur die «geistige Schöpfung und also nur das Geschaffene» geschützt wird und nicht schon die banale Präsentation von bloss Vorgefundenem. Nach dem Obergericht hängt sodann der individuelle Charakter der Fotografie ab vom Einsatz der fotografischen Mittel bei der Abbildung des fotografierten Objekts, allenfalls auch von der Aufbereitung des fotografierten Objektes. Auch das Einmalige des bloss vorgefundenen Objektes könne zur Individualität der Fotografie beitragen, wenn die Planung und Ausführung zusammen wegen des geistigen Aufwandes ebenfalls als ungewöhnlich erscheinen, was Zufallsergebnisse ausschliesse.

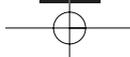
Die Beurteilung nach diesen Kriterien führt das Obergericht zu folgenden Erkenntnissen: Der Vordergrund des Fotos, das heisst die Abbildung von Bob Marley sei zwar im Gegensatz zu dessen Hintergrund einmalig. Fraglich sei aber, ob die Gestaltung der Aufnahme so einmalig sei, dass sie als geistige Schöpfung im Sinne des Gesetzes erscheine. Auf das Objekt der Aufnahme treffe dies nicht zu, da der Kläger keine Möglichkeit gehabt habe, das Verhalten von Bob Marley während des Konzertes zu beeinflussen; der Kläger sei blosser Zuhörer und Zuschauer gewesen. Das Obergericht hält sodann fest, dass auch die vom Kläger eingesetzten fotografischen Mittel nicht als einmalig zu bezeichnen seien. Die Abbildung von Bob Marley sei ein Halbporträt im Profil und damit eine der gängigsten Arten der Gestaltung eines Bildnisses. Die Hervorhebung der Person, des wesentlichen Bestandteils des Bildes, mittels geringer Tiefenschärfe sei eine Selbstverständlichkeit. Die Verwendung eines Objektivs mit langer Brennweite werde bei Porträtaufnahmen oft verwendet, um die Perspektive zu verflachen und Verzerrungen zu vermeiden. Auch der übrige fotografische Aufwand wie die Einstellung der Blende und der Entfernung sowie die Wahl des Objektivs und des Formats des Fotos sei nicht ungewöhnlich; mehr als die Fertigkeit eines geübten Fotografen sei für die Erzielung eines guten Ergebnisses nicht erforderlich gewesen. Das Obergericht räumt jedoch ein, dass die Aufnahme unbestreitbar ansprechend und interessant sei. Der Grund liege in der besonderen Mimik und Haltung von Bob Marley, vor allem in den fliegenden Rasta-Locken und ihren an eine Skulptur gemahnenden Formen. Einen besonderen Akzent setze dabei der Schatten, den eine horizontal fliegende Locke auf das Gesicht werfe. Dem Kläger sei fraglos ein ungewöhnlich schöner Schnappschuss gelungen. Ein Werk habe er damit jedoch nicht geschaffen, weil er diesen Schnappschuss nicht so geplant habe, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheine.

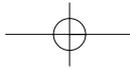
**3.2** Der Kläger rügt, das Obergericht habe den Begriff des urheberrechtlich geschützten Werkes falsch ausgelegt. Er bringt vor, Urheberrecht sei das Recht an einer individuel-

len Form im Bereiche der Literatur und Kunst, soweit sie vom Menschen geschaffen werde. Individuell heisse prinzipiell unterscheidbar von anderen Werken. Ausgangspunkt sei regelmässig die wahrnehmbare Form. Die Wege, wie der Autor zu dieser Form gelange, seien grundsätzlich irrelevant. Ausführungen der Vorinstanz, wie der Kläger angeblich die Fotografie aufgenommen habe, seien reine Hypothesen und Hineininterpretationen. Dies sei nicht zu beachten. Massgebend sei einzig das Ergebnis. Es sei Sache des Künstlers, zu bestimmen, wie er zu diesem Ergebnis gelange, das er als sein Werk deklariere. Eine besondere Fotografie zeichne sich dadurch aus, dass es ihr gelinge, das Wesentliche einer Situation einzufangen. Der Kläger habe ein Werk geschaffen, das in einzigartiger Weise Mensch und Botschaft von Bob Marley wiedergebe und deshalb weltweit als Poster verwendet worden sei. Daran ändere nichts, dass die Fotografie vom Obergericht als Schnappschuss bezeichnet worden sei. Auch Ideen seien in der Regel «Schnappschüsse». Entscheidend sei, wie man sie «bekleide». Wenn es gelinge, die Idee in eine unverwechselbare individuelle Form zu kleiden, liege ein Werk vor. Nichts anderes habe der Kläger realisiert.

**4.** Gemäss Art. 2 URG sind Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben, wobei es auf deren Wert und Zweck nicht ankommt (Abs. 1). Zu diesen Werken gehören gemäss Gesetz insbesondere auch fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke (Abs. 2 lit. g). In der Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (BBl 1989 III 477 ff., 520 f.) wird darauf hingewiesen, dass der Werkbegriff im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten über die literarischen und künstlerischen Ausdrucksformen hinaus auf sämtliche geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter ausgedehnt, dann aber aufgrund von in der Vernehmlassung erhobener Kritik auf Schöpfungen im Gebiet von Literatur und Kunst eingeschränkt worden sei. Es wird zudem festgehalten, dass die Definition auf den von der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien aufbaue und somit im Vergleich zum alten Urheberrechtsgesetz nichts am Anwendungsbereich des Urheberrechts geändert worden sei (ebenso Urteil des Bundesgerichts 4C.448/1997 vom 25. August 1998 E. 3, abgedruckt in sic!, 1999, S. 119 ff.; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, Bern 2000, N. 1 und 2 zu Art. 2).

**4.1** In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum früheren Urheberrechtsgesetz wurde das urheberrechtlich geschützte Werk als «eigenartige Geistesschöpfung von individuellem Gepräge» definiert, wobei die Gestaltung des Werkes «der Ausdruck einer neuen, originellen geistigen Idee oder die Verkörperung eines Gedankens ist, für die es einer individuellen geistigen Idee bedurfte» (BGE 106 II 71 E. 2a; 75 II 355 E. 2a S. 359 f., je mit Hinweisen). Wiederholt wurde festgehalten, dass der ästhetische Wert und die Bedeutung des Werkes weder zu beurteilen noch zu berücksichtigen sind.





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

sichtigen seien (BGE 110 IV 102 E. 2; 106 II 71 E. 2a; 75 II 355 E. 2a S. 360). Neuere Entscheide wiesen schliesslich darauf hin, dass an das Mass der geistigen Leistung, an den Grad der Individualität oder Originalität nicht stets gleich hohe Anforderungen zu stellen seien; das verlangte individuelle Gepräge hänge vielmehr vom Spielraum des Schöpfers ab; wo ihm von vornherein der Sache nach wenig Raum bleibe, werde der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad selbständiger Tätigkeit vorliege (BGE 113 II 190 E. 2a S. 196 mit Hinweisen; 117 II 466 E. 2a S. 468).

**4.2** In der Lehre bildete das Aufkommen der modernen Kunst Anlass, die in der Rechtsprechung und in der damaligen schweizerischen Literatur verwendete Definition des urheberrechtlich geschützten Werkes in bestimmten Teilen in Frage zu stellen. Kritisiert wurde vor allem die Voraussetzung der «eigenartigen Schöpfung» bzw. der «persönlichen Prägung» und die Berücksichtigung der Umstände bei der Entstehung des Werkes. Die Diskussion über den urheberrechtlichen Werkbegriff wurde massgebend angeregt von MAX KUMMER, der in seiner im Jahre 1968 erschienenen Monografie «Das urheberrechtlich schützbares Werk» die Auffassung vertrat, dass der urheberrechtliche Schutz in Bezug auf den erforderlichen Abstand zu bereits Bestehendem allein von einer bestimmt verstandenen, als «statistische Einmaligkeit» bezeichneten (S. 38 und S. 80) Individualität des Werkes selbst abhängig zu machen sei. Dieser Auffassung hat sich die schweizerische und zum Teil auch die ausländische Lehre angeschlossen (vgl. ALOIS TROLLER, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in *Recht und Wirtschaft heute*, FS Kummer, Bern 1980, S. 268 ff.; ELMAR HEIM, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Freiburg 1971, S. 28 ff.; KARSTEN SCHMIDT, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst - Krise oder Bewährung eines gesetzlichen Konzepts? -, UFITA 77/1976, S. 1 ff., S. 22 ff.).

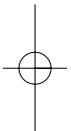
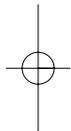
**4.3** Der Begriff der statistischen Einmaligkeit hat auch Eingang in die Rechtsprechung kantonaler Gerichte gefunden; insbesondere bei der Beurteilung der Werkqualität von Fotografien. So verweigerte das Obergericht des Kantons Zürich im Jahre 1983 der fotografischen Abbildung eines leicht nach vorne gebeugten und sich auf einen Tisch stützenden Mannes, der ein Aktenstück in der Hand hält, den Urheberrechtsschutz. Dieser Aufnahme fehle die statistische Einmaligkeit. Weder im Gesicht des Mannes noch in seiner Haltung komme etwas Besonderes zum Ausdruck. Bildausschnitt und Proportionen seien alltäglich, der Aufnahmewinkel normal; ebenso bestünden keine besonderen Lichteffekte oder Farbzusammensetzungen (Urteil vom 30. Juni 1983; abgedruckt in SMI 1985, S. 221 ff.).

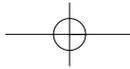
Demgegenüber wurde, ebenfalls unter Bezugnahme auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit, in einem St. Galler Entscheid die Werkqualität einer Porträtfotografie be-

jaht. Nach diesem Urteil ist die statistische Einmaligkeit bei einer Fotografie anhand der gestalterischen Elemente wie spezifische Beleuchtung, Kontraste, Tiefenschärfe, Motivwahl, Lichtführung, Wahl des Ausschnittes oder der Perspektive, Wahl oder Zusammenstellung einzelner abgebildeter Objekte oder Verhältnis zwischen Lichtkontrasten zu bestimmen. Bei der beurteilten Porträtaufnahme bejahte das Kantonsgericht die Werkqualität mit der Begründung, die Lichtverhältnisse und die Lichtkontraste, insbesondere die Tiefenschärfe, liessen - abgesehen vom Eindruck, den das Objekt selbst erwecke - deutlich erkennen, dass nicht einfach ein Schnappschuss, ein banales mechanisches Knipsen zur Diskussion stehe, sondern ein entsprechender Gestaltungswille der Fotografin zum Ausdruck komme (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 24. November 1999, abgedruckt in sic! 2000, S. 188 ff.).

**4.4** Der Begriff der statistischen Einmaligkeit wurde auch in Urteilen des Bundesgerichts aus den Jahren 1987 und 1993 verwendet. Darin wurde festgehalten, dass Originalität und Individualität oder statistische Einmaligkeit als Wesensmerkmale des geschützten Werkes zu betrachten seien (Urteil C 273/1986 vom 26. Januar 1987 E. 2, abgedruckt in SMI 1989 I 68 ff.; Urteil 6S.694/1992 vom 2. März 1993 E. 3b, in französischer Übersetzung abgedruckt in JdT 1996 I 242 ff.). Ähnliche Formulierungen - allerdings ohne Erwähnung der «statistischen Einmaligkeit» - finden sich in anderen Urteilen des Bundesgerichts, und zwar auch in solchen, die in Anwendung des revidierten Urheberrechtsgesetzes ergangen sind (vgl. BGE 125 III 328 E. 4b S. 331; Urteil 4C.86/2000 vom 13. Juni 2000 E. 3c/bb, abgedruckt in sic! 2001, S. 729). Soweit in den beiden zuletzt zitierten Urteilen der Begriff der Originalität verwendet wird, ist indessen zu beachten, dass die Legaldefinition des revidierten Gesetzes den Schutz ausschliesslich vom individuellen Charakter des Werkes abhängig macht und sich insoweit an die Auffassung Kummers anlehnt. Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber ist nach dem revidierten Gesetz nicht erforderlich. Zudem wird vorausgesetzt, dass der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommt (BBl 1989 III S. 521). Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität (SCHMIDT, a.a.O., S. 10 und 22). In diesem Sinne ist die bereits zitierte Äusserung in der Botschaft (oben E. 4) zu relativieren, dass das revidierte Gesetz hinsichtlich der Umschreibung des Werkbegriffs auf den Abgrenzungskriterien der damaligen Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts aufbaue.

**4.5** Wesensmerkmal des urheberrechtlich geschützten Werkes ist neben dem individuellen Charakter das Vorliegen einer geistigen Schöpfung der Literatur oder Kunst. Als geistige Schöpfung muss das Werk auf menschlichem Willen beruhen; es muss Ausdruck einer Gedankenäusserung sein (BBl 1989 III S. 521). Bei der Fotografie ist diese Anforderung problematisch, weil der mechanische, durch den Fotoapparat geleistete Anteil an der Erzeugung und Individu-





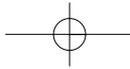
## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

alisierung des Werkes den menschlichen Anteil überwiegen kann. Die Fotografie wird deswegen in der Literatur als Sorgenkind des Urheberrechts bezeichnet. Max Kummer hat erfolglos die Schaffung eines Sonderrechtes für die Fotografie gefordert (a.a.O., S. 210 f.; ebenso HAENNI, *Le photographie et ses droits d'auteur*, S. 10). Andere Autoren vertreten dagegen die Auffassung, die Eigenheit der Fotografie, mechanisches Abbild der Wirklichkeit zu sein (so die Formulierung von KUMMER, a.a.O., S. 208), stehe der Anwendung der Regeln des Urheberrechtsgesetzes, das die Fotografie in Art. 2 Abs. 2 lit. g ausdrücklich unter den geschützten Werken erwähnt, nicht entgegen. Nach Alois Troller bestehen bei der Fotografie Gestaltungsmöglichkeiten, welche zu einer individuellen, geschützten Abbildung führen können. Entscheidend ist nach seiner Auffassung die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Vorhandenseins eines Ereignisses oder einer Sache. Gemäss schweizerischem Recht seien, was oft übersehen werde, nur die individuellen Werke der Fotografie geschützt, nicht aber bloss Lichtbilder, die auch andere in gleicher Weise zustande brächten (Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Auflage, Basel 1983, S. 387). Ähnliche Äusserungen finden sich bei anderen Autoren und Autorinnen. Es besteht in der Literatur insoweit Einigkeit, als einerseits banale Knipsbilder vom Schutz ausgeschlossen werden und andererseits die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung gesehen wird, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs (BARRELET/EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 2. Auflage, Bern 2000, N. 19 zu Art. 2; VON BÜREN, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. II/1, Basel 1995, S. 109 f.; REHBINDER, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Auflage, Bern 2000, S. 98 f.; ACKERMANN/BURI, *Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft*, in: *recht* 1998, S. 144 ff., S. 152 f.; HUG KETTMEIR, *Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht*, UFITA 136/1998, S. 151 ff., S. 161 f.; MACCIACCHINI, *Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie*, in: *medialex* 2002, S. 24 ff., S. 27; KAMEN TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Band I, 2. Auflage, Basel 1996, S. 293). Im Übrigen wird in der Lehre zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bezeichnung einer Fotografie als Schnappschuss, soweit sie als Beschreibung eines fototechnischen Vorgangs gemeint ist, nichts über deren urheberrechtliche Schützbarkeit aussagt (VON BÜREN, a.a.O., S. 110). Das leuchtet bereits darum ein, weil andernfalls jede fotografische Abbildung eines sich schnell bewegenden Objektes vom Urheberrechtsschutz ausgenommen wäre. Überdies kann auch die gedankliche Vorbereitung eines Schnappschusses im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge oder die reflektierte Auswahl einer Fotografie aus einer Reihe von Schnappschüssen eine geistige Leistung darstellen und, sofern sich diese im Werk niederschlägt, urheberrechtlichen Schutz begründen.

5.1 Wie bereits festgehalten wurde, ist die Vorinstanz zum Ergebnis gekommen, dass der Kläger die an sich bestehenden fotografischen Gestaltungsmittel nicht in einmaliger Weise eingesetzt hat. Nach ihrer Auffassung ist für die Erzielung eines guten Ergebnisses nicht mehr als die Fertigkeit eines geübten Fotografen erforderlich gewesen. Damit hat die Vorinstanz indessen nur eine von mehreren nach der vorangehenden Erwägung gegebenen Möglichkeiten in Betracht gezogen, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen. Welche fototechnischen Mittel zur Gestaltung der Fotografie eingesetzt worden sind, kann nicht allein entscheidend sein. Massgebend ist das erzielte Ergebnis, das für sich selbst der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein. Soweit in der Lehre die Gestaltungsmöglichkeiten anhand der fototechnischen Mittel exemplifiziert werden (oben E. 4.5), ist das nicht anders zu verstehen. Die Benutzung einer bestimmten Technik führt nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz. Andererseits gilt aber auch, dass eine Fotografie nicht grundsätzlich vom Schutz ausgenommen werden darf, weil keine besonderen fototechnischen Mittel verwendet worden sind, wie am Beispiel des Schnappschusses bereits erörtert worden ist. Dass es dem Kläger als gewöhnlichem Zuschauer und Zuhörer des Konzertes von Bob Marley nicht möglich war, die fotografischen Aufnahmen mit diesem zu inszenieren, kann sich deshalb nicht zu Ungunsten des Klägers auswirken. Übertriebene Anforderungen stellt die Vorinstanz schliesslich auch, wenn sie verlangt, dass der Kläger den Schnappschuss auf eine so besondere Art hätte planen müssen, dass er wegen dieser Planung als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter erscheinen würde. Diese Auffassung widerspricht dem Prinzip, dass die Fotografie für sich allein, unabhängig von den Umständen ihrer Entstehung zu beurteilen ist (BBl 1989 III S. 521). Das Vorliegen einer solchen Planung wird im Übrigen selten aus der Fotografie selbst ersichtlich sein. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Obergericht bei der Beurteilung der Werkqualität auf Grundsätze abgestellt hat, die dem Bundesrecht widersprechen.

5.2 In anderer Hinsicht ist dem Obergericht dagegen zuzustimmen. Es hält fest, dass die Fotografie von Bob Marley ansprechend und interessant sei, und bezeichnet als Grund dafür die besondere Mimik und Haltung des Abgebildeten, vor allem die fliegenden Rasta-Locken und ihre an eine Skulptur gemahnenden Formen, wobei ein besonderer Akzent durch den Schatten gesetzt werde, den eine horizontal fliegende Locke auf das Gesicht werfe. Damit hat das Obergericht selbst gerade die wesentlichen Merkmale herausgearbeitet, welche der Fotografie des Klägers individuellen Charakter verleihen. Anzuführen ist noch, dass auch die Anordnung der einzelnen Bildkomponenten und der jeweilige Raum, den sie im Verhältnis zueinander ausfüllen, ebenso wie die Verteilung von Licht und Schatten zur individuellen Gestaltung der Fotografie beitragen. Dazu kommt schliesslich, dass auch die Schutzvoraussetzung des Wir-





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

kens eines menschlichen Gestaltungswillens erkennbar ist. Dieser manifestiert sich in der Wahl des Bildausschnittes und dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme während eines bestimmten Bewegungsablaufs des Sängers. Aus diesen Gründen ist die vom Kläger aufgenommene Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, als geistige Schöpfung der Kunst mit individuellem Charakter im Sinne von Art. 2 URG zu beurteilen. Das angefochtene Urteil, das zum gegenteiligen Ergebnis kam, ist aufzuheben. (...) ■

### ANMERKUNGEN:

Professionelle Fotografinnen und Fotografen dürfen aufatmen: Nachdem das Zürcher Obergericht mit zwei Urteilen vom 19. November 2001 und vom 13. März 2003 zum Werkcharakter der Fotografie (vgl. *medialex* 2002, S. 47 f., und *medialex* 2003, S. 239) den Urheberrechtsschutz für Pressefotografien praktisch aufgehoben hatte, rückt das Bundesgericht die Dinge wieder zurecht. Es stellt klar, dass sich der Werkcharakter einer Fotografie nach den genau gleichen Kriterien richtet wie derjenige sämtlicher anderer WerkGattungen auch. Es kommt also auch in diesem Bereich einzig darauf an, dass es sich um eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter handelt.

Das Bundesgericht hält zutreffend fest, dass die Verwendung bestimmter fotografischer Techniken nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz führe, dass aber umgekehrt der Schutz auch nicht entfalle, weil keine besonderen fototechnischen Mittel eingesetzt worden seien. Zu beurteilen sei allein, ob das Endergebnis individuellen Charakter habe. Deshalb könne, entgegen der Meinung der Vorinstanz, die geistige oder technische Vorbereitung einer Fotografie nur insofern von Bedeutung sein, als sie sich im Werk niedergeschlagen habe.

In seiner Urteilsbegründung beruft sich das Bundesgericht ausführlich auf den Werkbegriff Max Kummers, wonach entscheidendes Kriterium zur Qualifizierung eines schützbares Werks dessen «statistische Einmaligkeit» sei. Diese Auffassung liege auch dem Werkbegriff des revidierten Urheberrechtsgesetzes zugrunde. Zusätzlich müsse das fotografische Werk Ausdruck einer Gedankenäußerung sein. Urheberrechtlich schützbar ist laut Bundesgericht eine Fotografie also, wenn sie Ausdruck eines im Werk selbst erkennbaren menschlichen Gestaltungswillens und statistisch einmalig ist, was auf die Kunstfotografie ebenso zutrifft wie auf einen Grossteil der Pressefotografie. Mit diesem klaren Urteil hat sich der im URG von 1992 verankerte gesetzgeberische Wille endlich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

## D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

### Diligence particulière pour formuler les messages diffusés à la radio

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section) du 30 mars 2004 «Radio France et autres contre la France» (requête n° 53984/00)

L'origine de l'affaire trouve sa source dans la diffusion par Radio France, à la fin janvier 1997, d'une soixantaine de flashes et bulletins évoquant le rôle joué dans la déportation des juifs, en 1942 et 1943, par le politicien Michel Junot, alors sous-préfet de Pithiviers. Cette information reprise de l'hebdomadaire français «Le Point» affirmait que M. Junot avait supervisé la déportation d'un millier de juifs et l'organisation de leur convoi vers Drancy, dernière halte en France avant la déportation pour l'Allemagne et la solution finale. Le journaliste Bertrand Gallicher déclara ce qui suit sur les ondes: «Selon l'hebdomadaire Le Point, un ancien maire adjoint de Paris a supervisé la déportation d'un millier de juifs français et étrangers en 1942. Michel

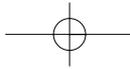
Junot, aujourd'hui âgé de 80 ans, était alors sous-préfet de Pithiviers. Il reconnaît avoir organisé le départ d'un convoi de déportés vers Drancy. Révoqué par décret du général de Gaulle à la fin de la guerre, Michel Junot, qui affirme avoir été résistant, a ensuite repris du galon dans l'administration. Pour sa défense, cet ancien adjoint au maire de Paris de 1977 à 1995 soutient, comme Maurice Papon, qu'il ne connaissait pas le sort des juifs déportés. Michel Junot ajoute que les crimes de cette époque doivent être recouverts du voile pudique de l'histoire».

En raison de la diffusion de cette information, le tribunal correctionnel de Paris déclara la société nationale de radio-diffusion Radio France ainsi que le directeur de publication et le journaliste Gallicher de France Info, coupables du délit de diffamation publique envers un fonctionnaire public par le Tribunal correctionnel de Paris. Il condamna les deux personnes au paiement d'une amende de ~3000 Euros et au versement de ~7'600 Euros au titre des dommages et intérêts, quant à la société elle fut condamnée à diffuser sur France Info, toutes les deux heures pendant 24 heures, un communiqué faisant état de cette condamnation. Le jugement fut confirmé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 17 juin 1998.

media  
L E X

2/04  
103





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

En réponse à cet arrêt, «Radio France», le directeur de publication et le journaliste condamnés, ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant notamment la violation de la liberté d'expression prévue par l'art. 10 CEDH, ainsi que l'atteinte portée au droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 6 §2 CEDH, et au principe fondamental pas de peine sans loi garanti par l'article 7 §1 CEDH.

En invoquant la violation de l'art. 10 CEDH, les requérants dénonçaient une violation de leur droit à la liberté de «communiquer des informations» résultant des sanctions et mesures prononcées contre eux par les juridictions françaises. La Cour relève que la condamnation des requérants s'analyse en une ingérence dans leur droit à la liberté d'expression. La condamnation du directeur de publication et du journaliste, ainsi que celle de la société Radio France était bien prévue par la loi. A cet égard il apparaît que la publication de communiqués judiciaires est l'une des modalités habituelles de réparation des préjudices causés par voie de presse.

La Cour relève par ailleurs que l'ingérence litigieuse poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Sur le point de savoir si cette ingérence était proportionnée au but poursuivi, la Cour note que le débat portait en l'espèce sur une question d'intérêt général, à savoir l'attitude des hauts fonctionnaires pendant l'occupation.

Quant au contenu des bulletins litigieux, ils reprenaient, en précisant systématiquement leur source, un article détaillé et documenté et une interview d'un hebdomadaire dont le sérieux n'est pas en cause. «L'on ne saurait donc soutenir que, du seul fait de la diffusion de tels bulletins, le troisième requérant a manqué à son devoir d'agir de bonne foi. En cela, les motifs retenus par la Cour d'appel de Paris ne convainquent pas la Cour.» (§ 37)

Cependant, les bulletins précisaient que Michel Junot avait reconnu «avoir organisé le départ d'un convoi de déportés vers Drancy». «Or s'il est vrai que l'article indique qu'un convoi d'un millier d'internés juifs est parti de Pithiviers le 20 septembre 1942 'sous la responsabilité de Junot', l'on n'y lit rien - pas plus que dans l'interview de Michel Junot - qui indiquerait que Michel Junot aurait reconnu avoir organisé le départ de ce convoi. La Cour ne croit pas que l'on puisse voir là l'expression de la 'dose d'exagération' ou de 'provocation' dont il est permis d'user dans le cadre de l'exercice de la liberté journalistique. Selon elle, il s'agit de la diffusion d'une information inexacte au regard du contenu de l'article et de l'interview publiés dans Le Point.» (§ 38)

Pour le reste, les bulletins reprenaient les informations publiées, résumant en quelques phrases un dossier de plusieurs pages en mettant en relief ses éléments les plus percutants, donnant ainsi à la narration des faits une coloration

péremptoire que l'on ne retrouve pas à un degré équivalent dans la publication en question. Si des nuances furent par la suite apportées au message diffusé, précisant notamment que l'intéressé réfutait les allégations litigieuses, le bulletin d'origine fut toutefois diffusé à diverses reprises.

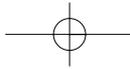
«L'extrême gravité des faits imputés à Michel Junot et la circonstance que le bulletin en question était destiné à être plusieurs fois répété à l'antenne - et le fut - obligeaient le troisième requérant à faire preuve de la plus grande rigueur et d'une particulière mesure. Cela lui semble d'autant plus pertinent que ledit bulletin était diffusé par la voie hertzienne, sur les ondes d'une radio couvrant l'ensemble du territoire français. La Cour rappelle à cet égard que, s'agissant des 'devoirs et responsabilités' d'un journaliste, l'impact potentiel du moyen de diffusion des informations revêt de l'importance: l'on s'accorde à dire que les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite». Dans ces conditions, la Cour juge «pertinents et suffisants» les motifs retenus par la Cour d'appel pour conclure à la condamnation des requérants (§ 39).

Dans ces circonstances, la Cour estime que les mesures prises contre les requérants n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi et peuvent, dès lors, passer pour «nécessaires dans une société démocratique». La Cour conclut à la non-violation de l'article 10 de la Convention.

Invoquant l'article 7 de la Convention, les requérants dénonçaient aussi une application extensive de la loi pénale. Ils soutenaient qu'en estimant que les faits incriminés entraient dans le champ d'application de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, les juridictions internes avaient créé «par analogie» une nouvelle catégorie d'infraction. Par ailleurs, les requérants affirmaient que la loi du 29 juillet 1982 crée une présomption irréfragable de responsabilité à l'encontre du directeur de publication, portant ainsi atteinte au droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 6 § 2 de la Convention. La Cour relève que la présomption de responsabilité que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 fait peser sur le directeur de publication, est la conséquence de son devoir de contrôler le contenu des messages diffusés par le biais du média pour lequel il travaille. Cette responsabilité ne peut être engagée que lorsque le message litigieux a fait l'objet d'une «fixation préalable» à sa diffusion. Selon la Cour, eu égard au fonctionnement de France Info, l'interprétation de la notion de «fixation préalable» faite par les juridictions répressives était cohérente avec la substance de l'infraction en cause et «raisonnablement prévisible».

Dès lors, la Cour conclut à la non-violation de l'article 7 de la Convention. Selon la Cour l'article 93-3 vise à sanctionner le directeur de publication qui a manqué à son devoir de contrôler le contenu de propos tenus à l'antenne,





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

dans les cas où il avait la possibilité d'exercer ce contrôle avant leur diffusion. Cette présomption de responsabilité se combine en l'espèce avec une autre présomption qui n'est pas absolue, selon laquelle les imputations diffamatoires sont présumées être faites de mauvaise foi. Le directeur de publication aurait pu s'exonérer de sa responsabilité en démontrant la bonne foi de l'auteur des propos incriminés, ou l'absence de «fixation préalable» du message litigieux.

«Ceci étant, et eu égard à l'importance de l'enjeu - il s'agit de prévenir efficacement la diffusion dans les médias d'allégations ou imputations diffamatoires ou injurieuses en obligeant le directeur de publication à exercer un contrôle préalable - la Cour estime que la présomption de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 reste dans des limites raisonnables «requises.» (§ 24) Par ailleurs, relevant l'attention avec laquelle les juridictions françaises ont examiné les moyens des requérants sur ce point, la Cour conclut qu'elles n'ont pas appliqué ladite loi d'une manière portant atteinte à la présomption d'innocence. Dès lors, elle conclut à la non-violation de l'article 6 § 2. ■

### ANMERKUNGEN:

Dieses Urteil behandelt eine ganze Reihe heikler Rechtsfragen, auf deren Beantwortung nicht nur «Radio France» und die beiden verurteilten Journalisten gespannt sein konnten: Im Zentrum stand die Frage, ob die ehrenrührige Nachrichtenmeldung im Lichte der Meinungsfreiheit überhaupt eine staatliche Sanktion rechtfertigte (1). Weiter fragte sich, ob zusätzlich zum Journalisten Bertrand Gallicher auch dessen Direktor Michel Boyon strafrechtlich belangt werden durfte (2). Der Gerichtshof prüfte zudem, ob «Radio France» - als zivilrechtliche Wiedergutmachung - zum zwölfmaligen Verlesen eines Communiqués der französischen Justiz gezwungen werden durfte (3).

Die 2. Kammer des Gerichtshofs begründete ihre Antworten relativ ausführlich und kam zu einem einstimmigen Ergebnis: In allen drei Punkten akzeptierte sie das Vorgehen der französischen Justiz.

1. Zur Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit: Die bisherige Strassburger Rechtsprechung hat den Medienschaffenden einen relativ grossen Freiraum gewährt, wenn sie in ihren Publikationen Äusserungen aus anderen Quellen zitierten. Die EGMR-Urteile «Bladet Tromso c. Norwegen» vom 20.5.1999 (= *medialex* 4/99, S. 231ff.) und «Colombani c. Frankreich» vom 25.6.2002 (= *medialex* 3/02, S. 156f.) beanstandeten die Bestrafung von Medienschaffenden, die ihre Vorwürfe gutgläubig auf von den Behörden bestellte Berichte gestützt hatten. Im Urteil «Thoma c. Luxemburg» vom 29.3.2001 (= *medialex* 2/01, S. 99ff.) urteilte der Gerichtshof zugunsten eines Radiojournalisten, der in einer Tageszeitung veröffentlichte Korruptionsvorwürfe unter Angabe der Quelle zitiert und als happig («pimenté») bezeichnet hatte, ohne sich formell davon zu distanzieren.

Im vorliegenden Fall stützte sich «Radio France» auf Ausführungen in der französischen Presse («Le Point») sowie auf Agenturmeldungen. Nach Ansicht der französischen Justiz vermochte dies keine Publikation der ehrenrührigen Vorwürfe zu rechtfertigen. Der

Gerichtshof widerspricht dieser Auffassung (Z. 37) und hält damit an der Freiheit zur gutgläubigen Weiterverbreitung publizierter ehrenrühriger Vorwürfe fest. Er unterstreicht aber die dabei gebotene journalistische Sorgfalt. Die Formulierung, Junot «reconnait avoir organisé le départ d'un convoi de déportés vers Drancy» war nach Ansicht des Gerichtshofs eine Fehlinformation (Junot hatte den Transport nicht angeordnet oder organisiert, sondern war gemäss den Ausführungen in «Le Point» während der - ihm am Vortag angekündigten - Deportation für die Aufrechterhaltung der Ordnung in seinem Bezirk zuständig). Die Formulierung der Radiomeldung sprengte gemäss EGMR den Rahmen einer durch die journalistische Freiheit gedeckten Überspitzung («dose d'exagération»). Der EGMR verwendet hier ein ähnliches Kriterium wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ehrverletzung, welche nur «verhältnismässig unbedeutende Übertreibungen» zulässt (BGE 102 IV 176 E. 1b S. 180 und Urteil 6S.455/1995 vom 24.11.1995).

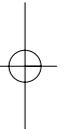
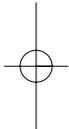
Man kann wohl darüber streiten, ob die eine übertriebene Formulierung im dritten Satz der Meldung den Gesamteindruck der Hörschaft bedeutend beeinflusst hat. Hinzu kam allerdings gemäss EGMR, dass das Radio-Kondensat des «Le Point»-Artikels den Vorwürfen gegen Junot einen kategorischen Unterton («coloration péremptoire») gab, welcher nicht dem Tenor des nuancierten, sechs Seiten langen Presseberichts entsprach. Der Gerichtshof begründet in Z. 39, weshalb im vorliegenden Fall höchste Vorsicht am Platz gewesen wäre (extreme Schwere des Vorwurfs, mehrmalige Wiederholung, landesweite Verbreitung, besondere Wirkung der audiovisuellen Medien). Die Argumentation ist m.E. vertretbar, aber nicht zwingend. Man könnte z.B. einwenden, eine stets unter Zeitdruck verfasste - Nachrichtenmeldung im flüchtigen Medium Radio sei zwangsläufig weniger differenziert als ein umfassender Zeitschriftenbericht und der an die Radiomeldung angelegte Sorgfaltsmassstab deshalb ausgesprochen streng.

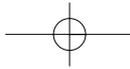
2. Der Gerichtshof akzeptiert, dass neben dem Autor der Nachrichtenmeldung auch dessen Vorgesetzter («directeur de publication») gebüsst wurde. Dass dazu der Gesetzeswortlaut strapaziert werden musste (er verlangt für eine Bestrafung eine «fixation préalable») und dass der Direktor nur beschränkte Entlastungsmöglichkeiten hatte, scheint dem EGMR nicht zuletzt wegen der auf dem Spiel stehenden Interessen zulässig: Es gehe um die wirksame Verhinderung rechtswidriger Publikationen durch eine vorgängige redaktionsinterne Kontrolle (Z. 24). Diese apodiktische Aussage erstaunt, schliessen doch andere EMRK-Mitgliedstaaten (wie die Schweiz in Art. 27 Abs. 1 des Strafgesetzbuchs) eine strafrechtliche Mitverantwortung des Redaktors gerade aus, wenn schon der Autor bestraft werden kann. Diese exklusive Strafbarkeit entspringt u.a. der Sorge, die Publikation neuer, brisanter Inhalte könnte durch (über-)vorsichtige Vorgesetzte abgeblockt werden.

3. «Radio France» durfte zum Verlesen der gerichtlichen Mitteilung gezwungen werden, obwohl das französische Gesetz eine solche Massnahme nicht ausdrücklich vorsah. Der Gerichtshof gewährt dem Staat die Freiheit, die zivilrechtliche Wiedergutmachung einer Persönlichkeitsverletzung in relativ allgemeinen gesetzlichen Formulierungen zu umschreiben. Der Publizierende habe keinen menschenrechtlichen Anspruch, die einzelnen Modalitäten der Wiedergutmachung (z.B. die genaue Höhe einer Entschädigung) mit Gewissheit vorhersehen zu können (Z. 30).

In einem ausführlichen Zulässigkeitsentscheid hatte der Gerichtshof am 23.9.2003 begründet, weshalb «Radio France» als gebührenfinanzierter Veranstalter überhaupt zur Beschwerde befugt ist (vgl. *medialex* 1/04, S. 52f.). Für die «Radio France»-Verantwortlichen sollte dies das einzige Erfolgsergebnis in Strassburg bleiben.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

### Pressemitteilung ist keine anfechtbare Amtshandlung

Urteil der Anklagekammer des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 9. März 2004 (8G.145/2003; BGE-Publikation vorgesehen)

Gegen Pressemitteilungen des Eidgenössischen Untersuchungsrichters kann gemäss einem neuen Urteil des Bundesgerichtes nicht Beschwerde geführt werden. Der Beschuldigte müsste sich in diesem Fall auf zivil- und strafrechtlichem Weg zur Wehr setzen. Der Untersuchungsrichter kann sich der Verletzung des Amtsgeheimnisses oder einer Ehrverletzung strafbar gemacht haben; allenfalls besteht für den Betroffenen ein Anspruch auf Berichtigung oder Genugtuung.

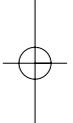
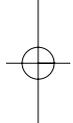
Untersuchungsrichter Ernst Roduner hatte im Dezember 2003 die Presse darüber informiert, dass der ehemalige Stabschef der NAZ wegen ungetreuer Amtsführung angeklagt werden soll. Er habe mit der Auftragsvergabe an eine Firma, deren Verwaltungsrat er gewesen sei, öffentliche Interessen verletzt. Der Betroffene gelangte dagegen an die Anklagekammer des Bundesgerichtes und verlangte die Feststellung, dass die Information der Presse durch den Eidgenössischen Untersuchungsrichter rechtswidrig gewesen sei. Es sei ein Verfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses zu eröffnen.

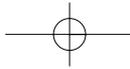
«Gesamthaft gesehen sind Pressemitteilungen eines Eidgenössischen Untersuchungsrichters mit Beschwerde gemäss Art. 214 BStP nicht anfechtbar. Art. 13 EMRK steht dieser Auffassung nicht entgegen. Soweit die Möglichkeit besteht, sich gegen allfällige Grundrechtsverletzungen durch Pressemitteilungen auch auf andere Weise als allein mittels Aufsichtsbeschwerde zur Wehr zu setzen, erfordert die Garantie eines wirksamen Rechtsschutzes nicht, zusätzlich eine Beschwerde an ein unabhängiges Gericht zuzulassen (vgl. BGE 121 I 87 E. 1b). Wie bereits gesagt, stehen einem Betroffenen in der Schweiz hinreichende zivil- und strafrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung, um sich gegen eine seiner Ansicht nach rechtswidrige Pressemitteilung zu wehren. ■

### Verpflichtung zur Entbündelung der letzten Meile

Verfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 19. Februar 2004 (nicht rechtskräftig)

In einem Teilentscheid zu dem im Juli 2003 eingereichten Interkonnectionsgesuch von TDC Switzerland («sunrise») gegen die Swisscom AG um Entbündelung des Teilnehmeranschlusses kommt die eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) zum Schluss, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Einführung des gemeinsamen und des vollständig entbündelten Zugangs zur letzten Meile besteht. Das Streitverfahren wurde vorerst auf die Grundsatzfrage der gesetzlichen Grundlage beschränkt. Nach Ansicht der ComCom ergibt sich dieses Ergebnis bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 und Art. 3 lit. e FMG sowie den dazu gehörenden Verordnungsbestimmungen. Der Entscheid stützt sich denn auch wesentlich auf den neuen Verordnungstext bezüglich den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss, welcher der Bundesrat in Reaktion auf das Commcare-Urteil des Bundesgerichtes (vgl. *medialex* 2002, S. 33 ff.) eingeführt hat. Danach wird der gemeinsame Zugang zum Teilnehmeranschluss definiert als «die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der verpflichteten Fernmeldediensteanbieterin für die berechnete Fernmeldediensteanbieterin in der Weise, dass die Nutzung des nicht für sprachgebundene Dienste genutzten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird, wobei die verpflichtete Betreiberin den Teilnehmeranschluss weiterhin für die Bereitstellung des Telefondienstes einsetzt». Dieses Ergebnis stützt die ComCom durch die Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Geschichte, Zweck und Vereinbarkeit mit europäischem Recht und Völkerrecht. Dem vierten Protokoll betreffend den Anhang zu den Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsleistungen des allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) ist eine präzise Liste über spezifische Verpflichtungen beigefügt. Darin wird festgehalten, dass die Zusammenschaltung an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt werden muss, also auch im Anschlussnetz. Die ComCom geht somit in ihrem Entscheid davon aus, dass die Entbündelungspflicht der letzten Meile in dieser Verpflichtungs-





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

liste enthalten ist und somit vom am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Dienstleistungsabkommen GATS erfasst wird. Diese völkerrechtliche Verpflichtung zur Entbündelung sei zudem direkt anwendbar.

Schliesslich stellt die Kommunikationskommission fest, dass das Interkonnektionsregime kein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt. Auch ein Sonderopfer sei nicht zu erblicken. Schliesslich habe das Eigentum am Anschlussnetz unter dem Monopolregime der damaligen PTT einen besonderen Bezug zur Allgemeinheit: «Es war durch die Gebühren finanziert und stand dem Staat zu. Wenn es jetzt unter dem Marktregime einem Privatunternehmen zusteht, erscheint es nicht als gegenüber der Allgemeinheit unzumutbares Opfer, wenn seine Nutzung im Interesse des Funktionierens dieses Marktregimes zur Ermöglichung des Übergangs in ein funktionierendes Marktregime eingeschränkt wird. Ohne dieses Opfer würde nämlich die Motivation für die Einführung eines Marktregimes nicht erreicht werden können». ■

### ANMERKUNGEN:

1. Es ist bereits das zweite Mal, dass sich die ComCom über ein gegen die Swisscom gerichtetes Entbündelungsgesuch von Sunrise beugt. In ihrer ersten Verfügung vom 5. Februar 2002 (*medialex* 1/2002, 50 mit Anmerkungen von OLIVER SIDLER) entschied sie zu Gunsten der Swisscom - angesichts des Bundesgerichtsurteils i.S. Commcare vom 3. Oktober 2001 (*medialex* 1/2002, 33 ff. mit Anmerkungen von PIERRE-YVES GUNTER und MAYA HERTIG) hatte sie auch keine andere Wahl. Nun aber kommt die ComCom in einem Teilentscheid zum Schluss, dass die vom Bundesrat im April 2003 geschaffenen neuen Rechtsgrundlagen ausreichend seien, um die Entbündelung der letzten Meile anzuordnen.

2. Die Verfügung ist sehr ausführlich begründet: Der Leser erhält den Eindruck, dass die ComCom hier in erster Linie für das Bundesgericht schreibt - die Swisscom kündigte schon im Vorfeld der Verordnungsrevision vom Frühling 2003 an, jeden Entbündelungsentscheid beim Bundesgericht anzufechten.

3. Wenig Überraschendes findet sich in jenen Passagen der Verfügung, wo die ComCom die Frage prüft, ob die in der revidierten Fernmeldedienstverordnung (FDV) enthaltenen Entbündelungsvorschriften durch eine genügende gesetzliche Grundlage gestützt seien. In einer grammatikalisch-systematischen, historischen, teleologischen und europarechtlichen Auslegung kommt die ComCom zum Schluss, dass dies sowohl für den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 1 lit. d und 43 Abs. 1 lit. a<sup>quater</sup> FDV) als auch für die vollständige Entbündelung (Art. 1 lit. e und 43 Abs. 1 lit. a<sup>quinquies</sup> FDV) zutrefte. Weil die beantragten Entbündelungsmassnahmen keinen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit der Swisscom darstellten, müssten sie nicht ausdrücklich auf Gesetzesstufe vorgesehen sein.

4. Aufsehenerregend ist der Entscheid jedoch deshalb, weil hier zum ersten Mal die direkte Anwendbarkeit des WTO-Dienstleistungsabkommens als Grundlage der Entbündelungspflicht bejaht wird. Die ComCom stellt diesbezüglich fest, dass die von der Schweiz im Rahmen des GATS (General Agreement on Trade in Services) akzeptierten Bindungen das Land zur Entbündelung der

letzten Meile verpflichteten. Diese Folgerung ist richtig: In der Tat sind die fraglichen Bestimmungen der Schweizer Verpflichtungsliste genügend bestimmt, um - im Sinne der Vorgaben ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung - einer rechtsanwendenden Behörde als Grundlage eines Entscheids dienen zu können (dazu ausführlich CHRISTOPH BEAT GRABER, «Lost Highway»- Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut? Wege zur Marköffnung nach schweizerischem und internationalem Recht, in: Daniel Girsberger, Jörg Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 236-241). Indessen ist die Begründung, welche die ComCom diesem wichtigen Entscheidpunkt zugrundelegt, in zweierlei Hinsicht zu kritisieren.

5. Der erste Kritikpunkt betrifft die Tatsache, dass die ComCom bei der Prüfung der direkten Anwendbarkeit der GATS-Bestimmungen (auch) auf den von der Schweiz im Rahmen der GATS-Verhandlungen geäusserten Parteiwillen abstellt (S. 38 der Verfügung). Auf subjektive Gesichtspunkte kommt es gemäss Art. 31 des Wiener Übereinkommens (VRK; SR 0.111) bei der Auslegung von Staatsverträgen freilich nicht an. In diesem Sinne geht auch das Bundesgericht in konstanter Praxis davon aus, dass Staatsverträge in erster Linie nach dem Wortlaut auszulegen sind, «wie ihn die Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf den Vertragszweck verstehen durften (BGE 117 II 480 E. 2b S. 486; 116 Ib 217 E. 3a S. 221). Erscheint die Bedeutung des Textes, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie dem Gegenstand und Zweck des Vertrags ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, kommt eine über den Wortlaut hinausreichende - ausdehnende oder einschränkende - Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist» (BGE 127 III 461 E. 3b S. 465 f.). Richtigerweise hätte der Lackmüstest somit in der Prüfung einer vom Wortlaut abweichenden Willenseinigung aller Vertragsstaaten bestehen müssen.

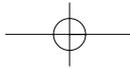
6. Zweitens ist der Begründung vorzuwerfen, dass sie die Struktur des Telekommunikationsrechts der WTO teilweise undeutlich und missverständlich wiedergibt. Massgeblich ist nicht der GATS-«Annex on Telecommunications» (wie man aus Erwägungen auf den Seiten 23, 25 und 37 der Verfügung schliessen könnte), sondern die Liste, mit der sich die Schweiz zur Marköffnung und zur Inländerbehandlung im Telekommunikationssektor des GATS verpflichtet hat. Als Besonderheit der Telekommunikationsdienste definiert sich der Inhalt der Schweizer Liste nicht nach den 1995 mit dem Inkrafttreten des GATS vereinbarten Zugeständnissen, sondern nach den zusätzlichen Verpflichtungen, welche die Schweiz in den im Telekommunikationsbereich geführten und erst 1997 im Rahmen des sogenannten 4. Protokolls abgeschlossenen Nachverhandlungen eingegangen ist.

Für das Verständnis der Schweizer Verpflichtungslage ist der Anhang entscheidend, auf den die Schweizer Liste in der vierten Spalte verweist (zur Struktur dieser Verpflichtungsliste im Detail vgl. GRABER, a.a.O., 237 f.). Dieser Anhang inkorporiert integral die Verpflichtungen, die im sogenannten «Reference Paper» enthalten sind. Dieses wiederum formuliert wichtige regulatorische Prinzipien, wozu ausdrücklich auch die Entbündelung der letzten Meile gehört. Es ist die Inkorporierung dieser Verpflichtung via Eintrag in der vierten Spalte der Verpflichtungsliste, die diese für die Schweiz verbindlich macht.

Das Bundesgericht hat bisher die direkte Anwendbarkeit des GATS verneint (BGE 125 II 305 f.) und zuletzt, im Commcare-Entscheid, offengelassen. Man darf deshalb gespannt sein, ob es den Entscheid der ComCom zum Anlass nehmen wird, seine Praxis zu ändern.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN/LUZERN





# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

## Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2003

**Franz Riklin**

*Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg*

Die Recherche bezieht sich auf Entscheide, die seit der letzten Rechtsprechungsübersicht in *medialex* 2003, 122 ff. und bis zur Kommunikationsrechtstagung vom 14.10.2003 in Freiburg publiziert oder besprochen worden sind. Berücksichtigt wurden sämtliche Publikationshinweise in den Zeitschriften AGVE, AJP/PJA, BGE, BJM, *medialex*, PKG, plädoyer, Praxis, recht, RFJ/FZR, RS, SJ, SJZ, ZBJV, RVJ, ZR, ZSR, ZStR sowie weitestgehend auch Vermerke in den restlichen kantonalen Rechenschaftsberichten und Entscheidungssammlungen.

### I. EMRK/CEDH

**1. Strafe für Zeitungsdirektor nach Namensnennung eines Vergewaltigungsopfers (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 2. Kammer, Zulässigkeitsentscheid, 2.07.2002, Gordon Brown c. Grossbritannien, N° 44223/98; *medialex* 2002, 214 f. m. Anm. F. ZELLER)

**2. Ehrverletzender Vorwurf gegenüber Polizeichef (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 19.6.2003, Pedersen & Baadsgaard c. Dänemark, N° 49017/99; *medialex* 2003, 177 m. Anm. F. ZELLER)

**3. Keine schrankenlose Immunität für Äusserungen von Parlamentariern (Art. 6 Abs. 1 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 30.1.2003, Cordova c. Italien, N° 40877/98 und N° 45649/99; *medialex* 2003, 177)

**4. Unzulässige Hausdurchsuchung bei einem Journalisten und seiner Anwältin (Art. 8, 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, 25.2.2003, Roemen & Schmit c. Luxemburg, N° 51772/99; *medialex* 2003, 116 ff. m. Anm. F. ZELLER; plädoyer 2003/2, 73)

**5. Verbotene Live-Übertragung eines spektakulären Strafprozesses (Art. 10, 35 Abs. 3 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 3. Kammer, Zulässigkeitsentscheid, 6.5.2003, P4 Radio Hele Norge ASA c. Norwegen, N° 76682/01; *medialex* 2003, 175 f. m. Anm. F. ZELLER)

### II. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

**1. Correspondants de guerre et obligation de témoigner.** (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 11.12.2003; *medialex* 2003, 121)

### III. Strafrecht und Strafprozessrecht/Droit pénal et droit de procédure pénale

**1. Strafbare «Blutgeil»-Filmbilder im Internet (Art. 135 Abs. 1 StGB).** (Bezirksgericht Zürich, 6.11.2002, GG020432/U; *medialex* 2003, 179 f. mit Anm. S. FLUECKIGER)

**2. Knie-Fotomontage: Keine Ehrverletzung (Art. 177 StGB).** (Obergericht Zürich, 31.01.2003, SB020136/U, rechtskräftig; *medialex* 2003, 119 f.). (Vorinstanz: Bezirksgericht Zürich, 7.2.2002; *medialex* 2002, 92 ff. mit Anm. F. RIKLIN; SJZ 2002, 208 ff.; AJP/PJA 2002, 1494.)

**3. Application de l'art. 179<sup>quater</sup> CP au correspondant d'une chaîne de télévision qui filme une personne contre son gré.** (Fribourg, ordonnance du juge d'instruction, 08.11.2002; RFJ/FZR 2002 N. 55, 292 f.)

Wie in anderen Jahren kann an dieser Stelle nur eine begrenzte Zahl von Entscheiden besprochen werden. Erwähnung verdienen die folgenden Urteile:

### 1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit (Entscheid Nr. I/1)

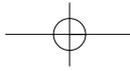
In der Schweiz ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Medien in Art. 27 StGB geregelt. Seit 1. 4. 1998 bezieht sich diese Bestimmung nicht nur auf die Presse, sondern auf die Medien allgemein. Grundsätzlich haftet der Autor exklusiv, entgegen den Teilnahmeregeln. Nur subsidiär, wenn der Autor nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann, besteht eine Haftung von Angehörigen des Medienunternehmens, wobei auch diesfalls eine Einschränkung auf eine bestimmte Person besteht, den verantwortlichen Redaktor bzw. die Person, welche für die Veröffentlichung verantwortlich ist. Diese haftet zudem nicht stellvertretend für das Delikt des Autors und für fremdes Verschulden (wie nach altem Recht, das bis zum 1. 4. 1998 galt), sondern nach Art. 322<sup>bis</sup> StGB für die Nichtverhinderung einer Veröffentlichung mit strafbarem Inhalt.

Aus dieser Sicht ist man vom EGMR-Entscheid überrascht. In einem Artikel einer englischen Sonntagszeitung wurde das Opfer einer Vergewaltigung namentlich genannt, was nach englischem Recht ausdrücklich verboten ist. Bestraft wurde nicht nur der Artikelverfasser, der Chefredaktor der Zeitung, sondern auch der Direktor des Zeitungsunternehmens. Das englische Gericht anerkannte, dass dieser den Zeitungsartikel vor der Publikation weder gelesen noch die Veröffentlichung eines solchen Berichts vermutet hatte.

*media*  
L E X

2/04  
108





# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Dennoch machte man ihm zum Vorwurf, dass er die Redaktionsräumlichkeiten wöchentlich besucht habe, weshalb er den Inhalt der vorgesehenen Publikation auf Verlangen hätte einsehen können. Er wurde gewissermassen wegen Ehrverletzung durch Unterlassen bestraft. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte akzeptierte diesen Entscheid aus der Sicht von Art. 10 EMRK. Es könne legitim sein, Besitzer von Zeitungen teilweise für den Inhalt verantwortlich zu machen, falls die Publikation die Rechte anderer verletze.

Der Entscheid ist sicher kritisierbar. Man vermisst eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Strafbarkeit von nicht selber verfassten Medienerzeugnissen mit rechtswidrigem Inhalt. Andererseits zeigt dieser Entscheid aber auch, dass die Medien in der Schweiz durch die erwähnte Rechtslage bei der Kaskadenhaftung privilegiert sind. Eine solche Regelung ist nicht selbstverständlich. Es gibt zahlreiche Länder, die keine Kaskadenhaftung kennen und nach den normalen Teilnahmeregeln auch andere Personen als den bekannten Verfasser verantwortlich machen (wie dies in der Schweiz bis 1998 z. B. für das Fernsehen zutraf, das vom früheren Art. 27 StGB nicht erfasst war).

## 2. Parlamentarische Immunität (Entscheid I/3)

Der EGMR hiess zwei Beschwerden betreffend Italien gut. Kläger war ein früherer Staatsanwalt. Er war vom ehemaligen Staatspräsidenten Cossiga und von einem Parlamentarier im Rahmen von Wahlveranstaltungen in der Ehre verletzt worden. Das Parlament hob die Immunität der Beklagten nicht auf. Der Gerichtshof hielt fest, dass die umstrittenen Äusserungen keinen offensichtlichen Zusammenhang mit der Ausübung des parlamentarischen Mandates hatten, sondern eher auf einem Disput unter Privatpersonen beruhten. Dass eine Streitigkeit politischer Natur sei, vermöge für sich allein keine Verweigerung des Zugangs zur gerichtlichen Beurteilung zu rechtfertigen. Eine solche Beschränkung sei besonders dann nur in engem Rahmen zulässig, wenn sie durch ein politisches Gremium beschlossen werde und wenn die Privatperson keine andere Möglichkeiten zum Schutz der Reputation habe.

Es handelt sich nicht eigentlich um einen Medienentscheid, aber um einen Fall, der dennoch ehrverletzungsrechtlich interessant ist. In der Schweiz gilt auf Bundesebene als Folge von Art. 366 Abs. 1 StGB eine absolute Immunität für Parlamentsvoten. Eine relative Immunität besteht bei Delikten von Behördenmitgliedern im Amt, bzw. bei Delikten, die sich auf ihre amtliche Stellung beziehen. Die Strafverfolgung wird von einem die Immunität aufhebenden Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde (in der Regel des Parlamentes) abhängig gemacht. Die Praxis ist, was Parlamentarier anbetrifft, in der Annahme eines Bezugs auf die amtliche Tätigkeit oder Stellung sehr extensiv; Immunität wird beschlossen, wenn die Beziehung zum Amt nicht eindeutig ausgeschlossen werden kann (vgl. Th.

MAURER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel/Genf/München 2003, Art. 366 N 14). Die schweizerische Praxis ist demnach nicht immer EMRK-konform.

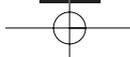
## 3. Quellenschutz von Medienschaffenden (Entscheidung I/4 und II/1)

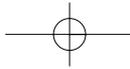
Im Entscheid Goodwin gegen England vom 27. 03. 1996 (*medialex* 1996, S. 99 ff.) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus Art. 10 EMRK ein Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden abgeleitet. Nun liegen zwei weitere Entscheide zu dieser Thematik vor, einer ebenfalls des EGMR, der andere des Internationalen Gerichtshofs für Ex-Jugoslawien. Im zuletzt erwähnten Entscheid hat es dieser Gerichtshof ausdrücklich als unzulässig erklärt, dass Journalisten (im konkreten Fall Kriegsberichtersterter) Zeugnis über Personen ablegen müssen, die sie interviewt haben. Es spiele auch keine Rolle, ob das Tribunal lediglich die Bestätigung haben wollte, ob die publizierten Äusserungen dem Journalisten gegenüber effektiv gemacht wurden. Wenn es zur Gewohnheit würde, Journalisten als Belastungszeugen zu benutzen, könnten diese Schwierigkeiten bei der Erlangung wichtiger Informationen erhalten, weil sich die interviewten Personen ihnen gegenüber möglicherweise weniger frei äussern und ihnen u.U. den Zugang zu den Konfliktszonen verbieten würden. Ferner könnten Kriegsberichtersterter ihren Beobachterstatus verlieren und zur Zielscheibe von Kriegsverbrechern werden, womit sie Gefahren für ihr Leben ausgesetzt wären. Damit sich ein solcher Eingriff rechtfertigen würde, müsste belegt sein, dass das verlangte Zeugnis von besonderer Wichtigkeit für eine fundamentale Frage der betreffenden Angelegenheit ist. Ferner müsste erwiesen sein, dass ein solches Zeugnis nicht von einer anderen Quelle beibringbar wäre. Ein wichtiges Präjudiz.

Im EGMR-Entscheid ging es um eine Hausdurchsuchung bei einem Journalisten (und seiner Anwältin) im Rahmen eines Strafverfahrens in Luxemburg wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gegen unbekannt sowie wegen Hehlerei an Geheimnissen (was sinngemäss einem Verstoss gegen den schweizerischen Straftatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 StGB gleichkommen dürfte). Der Journalist hatte publik gemacht, dass ein Minister wegen Steuerhinterziehung gebüsst worden war. Nach Meinung des EGMR habe die Hausdurchsuchung die Enthüllung der Informationsquelle bezweckt und bedeutete deshalb einen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Dieser Eingriff sei unverhältnismässig gewesen. Eine Hausdurchsuchung, welche den Behörden den Zugriff auf die gesamten Arbeitsunterlagen eines Medienschaffenden ermögliche, sei ein schärferer Eingriff in die Meinungsfreiheit als die im Fall Goodwin ausgesprochene Verpflichtung des Medienschaffenden zur Zeugenaussage. Es wurde gerügt, dass zunächst keine Nachforschungen in der Verwaltung angestellt wurden.

media  
L E X

2/04  
109





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Nach schweizerischem Recht enthält Art. 27<sup>bis</sup> StGB nicht nur ein Zeugnisverweigerungsrecht für Medienschaffende, sondern auch ein entsprechendes Verbot der Verhängung prozessualer Zwangsmassnahmen. Insofern besteht in der Schweiz kein Regelungsdefizit. Allerdings war im Luxemburger Fall der Journalist in Bezug auf die Datenhehlerei Beschuldigter. Dies wurde im EGMR-Entscheid nicht weiter problematisiert. Die diesbezügliche Untersuchung wurde später eingestellt. Nach schweizerischem Recht können sich Medienschaffende, soweit sie nicht Zeugen, sondern Beschuldigte sind, nur auf ihr Schweigerecht berufen, nicht hingegen auf ein Verbot prozessualer Zwangsmassnahmen (wie sie z.B. eine Hausdurchsuchung darstellt). Allerdings müsste darauf geachtet werden, dass nur die die Straftat betreffenden Akten beschlagnahmt würden. Dies ist beispielsweise durch den Einbezug eines fachkundigen Sachverständigen als Vertrauensperson möglich, der den Auftrag hat, eine Triage zu machen und Akten zu separieren, die deliktsrelevant sind (vgl. F. RIKLIN, Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, *medialex* 1999, S. 156 ff., 161). Dieser Aspekt ist im vorliegenden Fall aber insofern etwas theoretisch, weil für eine Bestrafung wegen Datenhehlerei wohl gar keine Hausdurchsuchung nötig gewesen wäre.

#### 4. Liveübertragung eines Strafprozesses (Entscheid I/5)

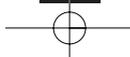
Liveübertragungen spektakulärer Strafprozesse in Radio und Fernsehen werden in der kontinentaleuropäischen juristischen Literatur in der Regel als problematisch eingestuft, einerseits aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes, andererseits mit Rücksicht auf die Wahrheitsfindung. Dennoch kennen zahlreiche Rechtsordnungen Formen der optischen und akustischen Berichterstattung aus der Hauptverhandlung. Das gilt z.B. auch für das Internationale Strafgericht für Ex-Jugoslawien. Andererseits hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung des Jahres 2001 festgestellt, dass die entsprechende seit 1964 geltende Norm des Gerichtsverfassungsgesetzes, wonach Ton- und Filmaufnahmen während der Verhandlung unzulässig sind, mit der Verfassung vereinbar sei (BverfGE 103, 44, 59 ff.). Auch in Frankreich ist seit 1981 die audiovisuelle Berichterstattung über Hauptverhandlungen verboten, ausser gemäss einem Gesetz Nr. 85-699 vom 11.7.1985 und Ausführungsdekret Nr. 86-74 vom 15.1.1986 sowie einer ergänzenden gesetzlichen Regelung aus dem Jahre 1990 - unter bestimmten Voraussetzungen - für Aufnahmen von historischem Interesse, die in einem Archiv aufbewahrt und in der Regel erst nach einer langen Sperrfrist verbreitet werden dürfen. In der deutschen Praxis bestehen zudem Spannungen und Unklarheiten in Bezug auf die Frage, wie weit audiovisuelle Aufnahmen inner- und ausserhalb des Gerichtssaales vor Eröffnung und nach Ende der Hauptverhandlung und in deren Pausen zugelassen werden sollen.

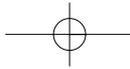
Im beurteilten norwegischen Fall wurde ein Gesuch um Liveübertragung einzelner Phasen der Hauptverhandlung im Radio in einem Prozess gegen einen Sohn, der angeklagt war, Eltern und Schwester auf brutale Weise umgebracht zu haben, abgelehnt. Die Rüge, es liege eine Verletzung von Art. 10 EMRK vor, scheiterte in Strassburg in einem nicht einstimmig gefällten Entscheid schon an der Zulassung. Das norwegische Recht kennt eine gesetzliche Grundlage für ein Übertragungsverbot, die allerdings auch Ausnahmen vorsieht. Nach Meinung des EGMR diene die getroffene Massnahme dem legitimen Ziel, den guten Ruf oder die Rechte anderer sowie das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu schützen. Das Gericht meinte, unter gewissen Umständen könne eine Liveübertragung die Charakteristik des Prozesses ändern, Druck auf die Prozessbeteiligten ausüben und sogar ihr Verhalten ungebührlich beeinflussen, was die faire Rechtsfindung beeinträchtigen würde. Es billigte den einzelnen Staaten einen weiten Beurteilungsspielraum für die Regelung von Liveübertragungen zu, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in den EMRK-Mitgliedstaaten unterschiedliche Auffassungen zu dieser Frage bestehen. Die nationalen Behörden seien besser geeignet als der EGMR, die Gefahren einer Liveübertragung für einen fairen Prozess zu bewerten.

#### 5. Ehrverletzende Fotomontage (Entscheid III/2)

Journalisten der Zeitschrift Facts wurden durch das Zürcher Bezirksgericht wegen einer angeblich ehrverletzenden Fotomontage zum Nachteil von Franco Knie und der monegasischen Prinzessin Stéphanie wegen Beschimpfung gemäss Art. 177 StGB verurteilt. Die umstrittene Darstellung zeigte unter der Überschrift «Demontage» die beiden Ankläger im Innern eines Zirkuswagens. Tatsächliche Bilder vom Kopf von Franco Knie und der Prinzessin waren auf leicht bzw. minimal bekleideten Körpern anderer Personen aufmontiert. Der Begleittext lautete, Prinzessin Stéphanie sei ganz scharf auf Franco Knies neue Elefantenummer. Es stellte sich die Frage, ob der betreffende Tatbestand erfüllt und wie Satire oder eine satireähnliche Darstellung zu bewerten ist. Nach Auffassung der Vorinstanz gehe es um die Darstellung der Vorphase einer körperlichen Vereinigung. Auch wenn diese Bildmontage erkennbar kein Abbild der Realität darstelle, handle es sich doch um eine «Demontage» der Dargestellten und ihrer Verbindung. Die Darstellung sei eine äusserst schlüpfrige, ans Pornografische grenzende, obszöne und verderbte Diskreditierung der Abgebildeten.

Das Zürcher Obergericht hat in der Folge die drei Journalisten freigesprochen und damit das bezirksgerichtliche Urteil korrigiert. Nach seiner Meinung war Kerninhalt des Bildes die damals real existierende Liebesbeziehung des Paares gewesen. Es handle sich um eine satirische Überspitzung, die jedoch weder pornografisch sei noch reine Verachtung





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

zum Ausdruck bringe. Solange Spott in Satire oder Karikatur die sittliche Geltung der anvisierten Personen unangestastet lasse, liege keine Ehrverletzung vor. Als nicht zutreffend wurde namentlich die Behauptung der Kläger bezeichnet, aus der Darstellung könne der Schluss auf Prostitution gezogen werden. Das Urteil, dem im Ergebnis zuzustimmen ist, ist rechtskräftig. Der geplante Weiterzug ans Bundesgericht wurde inzwischen nicht weiterverfolgt. Die erwähnte Darstellung hätte allenfalls als zivilrechtliche Persönlichkeitsverletzung bewertet werden können. Eine Beschimpfung war sie nicht, weil die ethische Integrität der Betroffenen nicht verletzt wurde, ausser wenn man beim dargestellten Liebesverhältnis berücksichtigt, dass es sich bezogen auf den verheirateten Franco Knie um eine ehewidrige Beziehung handelte. Dieser Umstand war jedoch damals öffentlich bekannt und unbestritten.

### 6. Sensible bildliche Aufnahmen an öffentlich zugänglichen Orten (Entscheid III/3)

Ein Kläger in einem Zivilprozess wurde von Journalisten fotografiert und gefilmt, als er die Eingangspforte zum Gericht zehn Minuten vor Beginn der Verhandlung betrat. Er opponierte vergeblich dagegen. Die Bilder wurden in der Fernsehsendung «10 vor 10» veröffentlicht. Er stellte Straf-

antrag wegen Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte gemäss Art. 179<sup>quater</sup> StGB. Nach mehrheitlicher Auffassung werden durch diese Norm Aufnahmen in den eigenen vier Wänden oder an vergleichbaren Orten erfasst, nicht jedoch Aufnahmen an öffentlich zugänglichen und einsehbaren Örtlichkeiten. Andernfalls wären Konflikte mit der Freiheit der Information und der Meinungsäusserung unvermeidlich. Das Bundesgericht hat die erwähnte Schwelle allerdings überschritten, als es einen Reporter bestrafte, der jemanden gegen seinen Willen vor seiner Haustüre fotografierte (BGE 118 IV 41). Dies lässt sich mit dem Gesetzestext nur sehr schwer vereinbaren. Denn nach Art. 179<sup>quater</sup> StGB ist namentlich strafbar, wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung auf einen Bildträger aufnimmt. Der zuständige Freiburger Untersuchungsrichter stellte das Verfahren ein, weil sich der Kläger an einem Ort aufhielt, der von jedermann einsehbar war. Er verwies auch auf das Reglement des Freiburger Kantonsgerichts über die Information der Öffentlichkeit in Strafsachen, das Ton- und Bildaufnahmen in Gerichtssälen und in Gerichtsgebäuden sowie an Orten, wo Prozesshandlungen vorgenommen werden, verbietet, nicht aber Aufnahmen in der Öffentlichkeit. ■



### MISE AU CONCOURS

#### Une charge de cours à l'Institut de journalisme et communication

est mise au concours à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel.

**Entrée en fonction** : 1<sup>er</sup> octobre 2004.

**Charge** : 2 heures hebdomadaires d'enseignement (1 heure d'éthique et de déontologie des médias ; 1 heure de travaux pratiques de journalisme).

**Exigences:**

- doctorat ou titre jugé équivalent ;
- expérience directe du monde de la communication, de préférence en tant que journaliste, ou recherche effectuée dans le domaine de l'éthique des médias ;
- capacité de diriger des mémoires de licence et le cas échéant d'autres recherches ;
- expérience préalable de l'enseignement et capacité de motiver un auditoire ;
- engagement dans la vie de l'Institut.

**Renseignements** : s'adresser au professeur Antoine Maurice, directeur de l'Institut de journalisme et communication, Université de Neuchâtel, Espace Louis Agassiz 1, 2000 Neuchâtel. Les jeudi et vendredi: tél. 032 718 17 96 ou 7 18 16 87.

Les dossiers de candidature, contenant une lettre de postulation, un curriculum vitae, copie des titres, liste des activités scientifiques et des publications doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus jusqu'au **15 juin 2004**.

media  
L E X

2/04  
111

