



**Peter Studer**, Dr. iur., Rechtsanwalt, 8803 Rüschlikon, Chefredaktor des «Tages-Anzeigers» Zürich (1978/87), des Schweizer Fernsehens SF (1989/99), Präsident des Schweizer Presserats (2001/07), schreibt über Medienrecht und Medienethik. studer.pe@bluewin.ch

## Ein grosses und ein kleines Urteil zur Meinungs- äusserungsfreiheit

**Résumé** Le Tribunal fédéral exige des CFF qu'ils publient des affiches concernant des sujets de politique intérieure et extérieure; des restrictions éventuelles ne sont admissibles que dans des circonstances exceptionnelles (ATF 2C\_415/2011). – Par contre, le juge unique du Tribunal de la circonscription de Zurich confirme la punition d'un professeur de collège pour avoir collé des annonces personnelles contre l'UDC au-dessus des affiches de ce parti (GC 120099-L/U; non définitif).

Das Bundesgericht zwingt die SBB in BGE 2C\_415/2011, im HB Zürich ein israelkritisches Plakat aufzuhängen. – Das Bezirksgericht Zürich büsst im Einzelrichterurteil GC120099-L/U einen Lehrer, der einen SVP-Plakatkasten im HB Zürich überklebte. Beides zu Recht.

Die Soziologin Verena Tobler hatte 2009 die Plakatgesellschaft Zürich (APG) beauftragt, im Rahmen einer Solidaritätsaktion für Palästina im ShopVille-RailCity (Bahnhofareal HB Zürich) ein Plakat in zwei Exemplaren aufzuhängen. Drei Tage lang hingen die Plakate, bis die SBB ihre sofortige Entfernung veranlasste. Als letzte Instanz schützte die II. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts Toblers Aufhängewunsch.

Zunächst versuchte die SBB, einen rein privatrechtlichen Streitfall zu konstruieren, weil sie durch die Bahnreform 1 (1999) ermuntert worden sei, «unternehmerisch am Markt teilzunehmen». Das Bundesgericht wies darauf hin, beim Bahnhof SBB handle es sich um eine dem öffentlichen Verkehr gewidmete öffentliche Sache; die Verfügung darüber richte sich nach öffentlichem Recht. Die SBB habe im internen Reglement die Werbeflächen am HB Zürich selber ausgeschieden und sich ein Vetorecht gegenüber der APG vorbehalten, weshalb sie zögernd ein rekursfähiges Verbot des umstrittenen Plakats verfügte. Das Reglement der SBB schloss nämlich Werbebotschaften zu aussenpolitisch brisanten Themen aus.

### Plakataushang zu politischen Themen im Bahnhof von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt...

Allerdings genießt das Aushängen von Plakaten zu aussenpolitischen Themen auch den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV). «Auf den Inhalt der Meinungsäusserung kommt es grundsätzlich nicht an; auch inhaltlich provozierende oder schockierende Äusserungen verdienen grundrechtlichen Schutz» (BGE 124 I 267). Meinungsäusserungen verlangen vielfach die Benützung öffentlicher Sachen. Die Verwaltung öffentlicher Sachen ist jedoch an die Grundrechte – insbesondere die ideellen – gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Es besteht ein bedingter Anspruch auf Bewilligung von gesteigertem Gemeingebrauch solcher Sachen, soweit dies für die Ausübung gewisser Freiheitsrechte erforderlich ist – und sich keine Einschränkungen aus öffentlichem Interesse oder zum Schutz von Drittinteressen aufdrängen (Art. 36 Abs. 2 BV). Soweit Einschränkungen geboten erscheinen, müssen sie aber verhältnismässig sein und dürfen den Kerngehalt des Grundrechts nicht antasten (Art. 36 Abs. 3 BV). Bei der Interessenabwägung hat die Behörde auch dem legitimen Bedürfnis eines Meinungsträgers, an die Öffentlichkeit zu appellieren, «angemessen Rechnung zu tragen».

Die SBB wandte ein, Bahnhofswände seien keine Sachen im Gemeingebrauch, sondern der Abgrenzung dienendes Verwaltungsvermögen. Das Bundesgericht wollte das nicht so eng sehen. Es verwies auf die Versuche der SBB, Bahnhofspassagen als «City in the City»/«RailCity» attraktiv zu machen; das reduziere Unterschiede bei den Wänden zwischen Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauch. Die Wände gehörten zum Scharnier zwischen Perron und Publikum. Von der SBB als Plakatanschlagstellen ausgeschiedene Wandflächen dürften deshalb nur noch «unter polizeilichen Gesichtspunkten» überprüft werden. Ein generelles Verbot aussen- oder innenpolitischer Meinungsäusserungen «käme einer verbotenen Zensur» gleich. Nur unter «ausserordentlichen Umständen» dürfte

zu einem Verbot gegriffen werden (BGE 127 I 164; Zugangerschwerungen zum WEF Davos). Wenn die SBB einen Vergleich zur ebenfalls verbotenen Alkohol- und Tabakwerbung ziehe und diese in bestimmten Bereichen einschränke, sei das etwas anderes und auch von Gesetzen zur Suchtbegrenzung legitimiert. Dass einige Zuschriften an NZZ und Tagesschau die Pro-Palästina-Werbung teils scharf missbilligten, sei kein Verbotgrund. Grundrechte Dritter würden durch die Pro-Palästina-Plakate nicht gefährdet; dadurch provozierte Sachbeschädigungen an SBB-Einrichtungen könnten bahnpolizeilich verhindert oder geahndet werden (dazu vergleiche den unten stehenden zweiten Gerichtsentscheid). Der Plattext rufe auch nicht zur Gewalt auf. Der letzte Satz «Unrecht verlangt Widerstand» verletze in seiner Unbestimmtheit kein Strafgesetz.

Die SBB ist also verpflichtet, den Plakataustausch zu bewilligen, sagt das Bundesgericht. Genau so, wie sie verpflichtet wäre, auf Bestellung hin ein palästinakritisches Plakat zuzulassen. Ein schöner Beleg für die Strahlkraft der Meinungsäusserungsfreiheit in der neuesten bundesgerichtlichen Praxis. Die SBB machte gute Miene zum Spiel und versprach, ihr Reglement zügig anzupassen.

### ... nicht aber eine geringfügige Sachbeschädigung in einer Bahnhofsvitrine

Auf tieferer Ebene ist noch ein zweites, noch nicht rechtskräftiges Urteil zu besprechen. Dieses zieht dann – ebenfalls im Zusammenhang mit Bahnhofsplakaten – Grenzen der in eine Tat umgesetzten freien Meinungsäusserung. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung) hatte einen Strafbefehl des Stadtrichteramts zu beurteilen, wonach der 62-jährige Mittelschullehrer Peter Lüthi wegen geringfügiger Sachbeschädigung (Art. 144 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup>, geringfügige Vermögensdelikte) bestraft wurde. Sachverhalt: Im Sommer 2011 hatte Lüthi mittels Klebespray eigene Plakate an die Glasscheiben einiger SBB-Plakatkästen im HB Zürich angeschlagen. Er ärgerte sich im Vorfeld der Parlamentswahlen 2011 über SVP-Plakate wie *Masseneinwanderung stoppen* oder *Schweizer wählen SVP*. Lüthi's eigene Botschaften lauteten: *Profil der SVP: Angst und Hass schüren* sowie *Wo stünde die SVP heute, wenn es keine Sündenböcke gäbe?* Art. 144 setzt für die Beschädigung einer fremden Sache, auf Antrag, eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe von allerhöchstens 1,08 Millionen Franken fest (360 Tagessätze). Art. 172<sup>ter</sup> setzt das Strafmass bei «geringem Schaden» auf eine Busse von höchstens 10000 Franken fest. Das Stadtrichteramt begnügte sich angesichts dieser Übertretung mit einer Busse von 200 Franken. Lüthi erhob Einsprache gegen diesen Strafbefehl und verlangte Freispruch.

Unbestritten waren das Eigentum der SBB an den Glaskästen und die Überklebeaktion. Unter objektiver «Beschädigung» verstehen die Kommentare und Gerichte eine *Änderung der Funktionsfähigkeit, der Ansehnlichkeit* (Donatsch et al., Kommentar StGB Zürich 2010, N 4 zu Art. 144). Subjektiv: Zweifellos wusste der Mittelschullehrer diese Aspekte einzuschätzen. Die Beeinträchtigung sei zwar entfernbar gewesen, aber nur mit «nicht geringfügigem Aufwand». Laut Polizeirapport habe Railclean 75 Minuten zur Entfernung der Klebeplakate und des

Klebesprays auf den Plakatkästen aufwenden müssen (Sachschaden 150 Franken). Also «nicht geringfügiger» Aufwand, aber letztlich doch geringer Schaden – deshalb bloss Übertretung und niedrige Busse. Der Einzelrichter am Bezirksgericht bestätigte in seinem Urteil folglich den Strafbefehl des Stadtrichteramts.

Vergeblich hatte sich Lüthi gewehrt: Er habe die Grundrechte des Publikums, namentlich die Menschenwürde und das Diskriminierungsverbot (Art. 7 und 8 BV), schützen wollen. Die SVP-Kampagne ähnele der Bildsprache der Nationalsozialisten und erzeuge Hass gegenüber Minderheiten, etwa Asylbewerbern oder Schwarzen. Er mache Notwehr und Notstand geltend (Art. 15, 17 StGB). Der Einzelrichter am Bezirksgericht lehnte beides ab. Es fehle die Notwehrlage, der aktuelle direkte Angriff auf Lüthi. Und auch von einer Gefährdung individualrechtlicher Rechtsgüter – also einer Notstandssituation – könne nicht die Rede sein.

Bleibe der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Er dient in erster Linie der Ausübung verfassungsgeschützter Freiheitsrechte, aber das Bundesgericht knüpft ihn an ausserordentlich strenge – oft allzu strenge – Voraussetzungen (vgl. die Verweigerung bei einem wohlbegründeten Einsatz versteckter Kamera im «Kassensturz», BGE 6B\_225/2008, «Versicherungsberater», Medialex 2007/55). In seinem Urteil warf der Einzelrichter dem Angeklagten Lüthi zu Recht vor, keine Anstrengungen unternommen zu haben, um der angeblichen Gefährdung von Menschenrechten durch die SVP-Schlagworte «auf legalem Weg entgegenzutreten». Er dachte an Strafanzeigen wegen Rassen-diskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) – nach der heutigen Bundesgerichtspraxis freilich aussichtslos (Donatsch et al., a. a. O., zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB). Betonen würde ich eher die Möglichkeit, einen eigenen Plakatkasten zur Präsentation seiner Gegenmeinung zu mieten (vgl. den oben skizzierten Fall der Palästina-Plakate; den Grundsatz der gleichen Chancen für unterschiedliche Meinungen). Das wäre billiger gekommen, als die Busse, die auflaufenden Gerichtskosten, die Reinigungskosten – insgesamt wohl gegen 3000 Franken – zu bezahlen.

---

**Zusammenfassung** Das Bundesgericht verpflichtet die SBB, in ihren Bahnhöfen auch innen- und aussenpolitische Plakate – selbst zu brisanten Themen – aufzuhängen; allfällige Einschränkungen dürften nur «unter ausserordentlichen Umständen» angeordnet werden (BGE 2C\_415/2011). – Der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich hingegen bestätigte die Büssung eines Mittelschullehrers, der im Hauptbahnhof Zürich Plakatkästen der SVP mit eigenen Aushängen gegen die SVP überklebt hatte (GC120099-L/U; nicht rechtskräftig).

---



**Martin Ettliger**, lic. iur., Rechtskonsulent und Mitglied der Geschäftsleitung des Verbandes SCHWEIZER MEDIEN, Medienexperte der Schweizerischen Lauterkeitskommission, Mitverantwortlicher für die Medienrechtstagung des Medieninstituts. Zuvor Jurastudium an der Universität Bern, CAS Online Communication and Marketing an der Hochschule Luzern, juristisches Praktikum am Eidg. Institut für Geistiges Eigentum und in einer Zürcher Anwaltskanzlei, Stellvertretender Leiter Rechtsdienst Schweizer Radio und Fernsehen SRF.  
martin.ettlinger@schweizermedien.ch

## Rechtsschutz digitaler Verlagserzeugnisse

**Résumé** Les débats concernant ACTA, ceux relatifs aux droits voisins en Allemagne et la libre circulation des informations numériques constituent les enjeux du système juridique actuel. A l'exemple des produits d'édition numériques, l'article énumère les prestations éditoriales fournies par les éditeurs et comment elles sont actuellement protégées. Les travaux de base pour l'élaboration de droits voisins ouvrent des perspectives quant à une meilleure protection juridique des éditeurs.

In Deutschland steht der Gesetzesentwurf zur Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts für Medienverlage zur Diskussion. Aktuelle parlamentarische Vorstösse beschäftigen sich mit verschiedenen urheberrechtlichen Anpassungen in der digitalen Welt. Das internationale ACTA-Abkommen zum verbesserten internationalen Schutz des geistigen Eigentums ist nicht zuletzt aufgrund der Befürchtungen der «freien Internetgemeinde» vor übermässigen Einschränkungen gescheitert. Die aktuellen Entwicklungen machen klar: Die Unsicherheit sowie die Herausforderungen im digitalen Immaterialgüterrecht sind nach wie vor gross. Für die schweizerischen Medienverlage stellen sich deshalb grundsätzliche Fragen zum Rechtsschutz ihrer digitalen Verlagserzeugnisse.

Die sogenannte freie Informationsgesellschaft stellt zusammengefasst wiedergegeben folgende medienpolitische Forderungen (vgl. z.B. Postulat Recordon 12.3326):

- Information soll jederzeit, überall und möglichst kostenlos verfügbar sein.
- Die Urheber (z.B. Journalisten, Fotografen, Autoren etc.) sollen fair von Internetnutzungen profitieren.

Neben dem Ruf nach einem freien Internet scheint auch ein gewisses Verständnis für die Abgeltung der ursprünglichen Rechteinhaber vorhanden zu sein. Letzteres ist im Grundsatz unbestritten. Gemeint sind damit zum Beispiel Entschädigungen für Autoren, Journalisten und Fotografen. Doch wie steht es um den digitalen Rechtsschutz der Verlage? Verlagshäuser

sind einerseits auf einen starken Rechtsschutz als Rechteinhaber angewiesen, müssen andererseits aber auch der Forderung nach freier digitaler Information gerecht werden. Ein wichtiger Faktor für das Gelingen dieses Spagats ist das breite Bewusstsein für den Wert der Leistungen der Verlage.

### Leistungen der Verlage

Medienverlage nehmen eine öffentliche Aufgabe wahr. Ein vielfältiges Medienangebot dient der Informationsfreiheit, das unabhängige Veröffentlichen und Verbreiten von Medien ist ein Grundpfeiler der freien Meinungsbildung und somit der direkten Demokratie. Durch den nach wie vor gewichtigen Anteil am Werbemarkt und die Zugänglichmachung von selektierten Inhalten sind Medienunternehmen ein wichtiger Wirtschaftsfaktor. Verlage investieren in eine kapitalintensive Branche, welche noch immer von analogen Angeboten dominiert wird. Zudem garantieren die Verlage diversen kreativen Marktteilnehmern, insbesondere den angestellten und freien Journalisten, ein gesichertes Einkommen. Durch die Akquisition und Aufbereitung relevanter Nachrichten, die Übernahme der redaktionellen Koordination sowie der Gestaltung und Produktion von Inhalten leisten Medienverlage einen grundlegenden inhaltlichen Beitrag an die Bedürfnisse der digitalen Informationsgesellschaft.

Es stellt sich somit die Frage, ob der gegenwärtige Rechtsrahmen zum Schutz dieser Leistungen ausreichend ist und, falls dies nicht der Fall ist, wie der Schutz allenfalls verbessert werden könnte. Die Ausführungen in diesem Artikel fokussieren auf die Situation im Zeitungs- und Zeitschriftenverlagsgeschäft.

### Bestehender Rechtsschutz

Grundsätzlich bietet das heutige Urheberrecht einen ziemlich guten Schutz für digitale Werke. Diese Rechte werden den Verlagshäusern meist vertraglich zur Nutzung übertragen. Die Krux liegt jedoch darin, dass die Verlagsleistung selbst keinen originären Rechtsschutz genießt. Ein spezielles Leistungs-

schutzrecht für Verlage fehlt im Unterschied zu vergleichbaren Industrien wie z.B. Sendeunternehmen oder Tonträgerherstellern. Ende der 80er-Jahre wurden die bestehenden Leistungsschutzrechte eingeführt. Damals war klar, dass Sendeunternehmen und Tonträgerhersteller durch das Aufkommen von Video- und Tonbandkassetten in einem Umfeld einfacher Kopiermöglichkeiten besonderen Schutz benötigten. Die Presseverlage konnten sich in dieser Zeit noch zurücklehnen: Niemand befürchtete, dass Printnachrichten kopiert, von Dritten gedruckt und schneller als die Zeitung bei potenziellen Nutzern eintreffen könnten. Seit der Digitalisierung ist dies bekanntlich anders. Für den fehlenden Schutz ihrer Leistungen gibt es für die Verlage im digitalen Umfeld keinen vergleichbaren Rechtstitel. Diese unterschiedliche Behandlung gegenüber den bestehenden Inhabern eines Leistungsschutzes rechtfertigt sich heute nicht mehr.

Das fehlende Leistungsschutzrecht für Verlage hat auch Auswirkungen auf weitere Geschäftsbereiche. Eine Herausforderung stellt der relativ neue Markt digitaler Newsaggregatoren dar. Es handelt es sich dabei um kommerzielle Angebote individuell zusammengestellter Nachrichten aus unterschiedlichsten Quellen. Prominent sind Beispiele von News-Suchmaschinen, aber auch von personalisierbaren Newsmeldern per Mail oder via Applikationen. Das Aggregieren einer Fülle von Kurzmitteilungen ergibt eine neue Gesamtleistung ohne nennenswerten Aufwand und meist ohne Abgeltung an die Verlage. Damit wird eine fremde Investition für eigene kommerzielle Interessen genutzt. Bei einer rechtlichen Betrachtung müssen zwei Fälle unterschieden werden:

- a) Für ein Vorgehen gegen die nicht lizenzierte Übernahme integraler längerer Artikel in Angeboten von Aggregatoren ist der bestehende Urheberrechtsschutz grundsätzlich ausreichend, da es sich um urheberrechtlich geschützte Werke handelt. Oft liegen allerdings internationale Sachverhalte vor, was die Rechtsdurchsetzung verkompliziert.
- b) Kurzmeldungen, Textanrisse, Titel und Schlagzeilen erreichen die urheberrechtlich vorausgesetzte Werkhöhe meistens nicht. Die Bereitstellung dieser Inhalte ist jedoch seitens der Verlage ebenfalls mit erheblichem Aufwand verbunden, und die darin enthaltene Information kann bereits beachtlich sein. In der Folge korreliert der Informationsgehalt solcher Newsmeldungen nicht mit der urheberrechtlich definierten Werkhöhe. Es besteht somit eine Lücke im Urheberrecht, welche in anderen Branchen zur Einführung spezifischer Leistungsschutzrechte führte.

Könnte diese Schutzlücke allenfalls durch das Lauterkeitsrecht geschlossen werden? Neben der Generalklausel in Art. 2 UWG stünde mit Art. 5 lit. c UWG eine Spezialnorm zur Verfügung, welche die Verwertung einer fremden Leistung verbietet. Beide Normen unterliegen hohen Anwendungshürden: Analog dem deutschen Paperboy-Urteil (BGH I ZR 259/00 – Paperboy) ist die UWG-Generalklausel auch in der Schweiz kaum auf derartige Sachverhalte anwendbar. Für die Anwendbarkeit von Art. 5 lit. c UWG verlangt das Bundesgericht die unmittelbare Übernahme und Verwertung des marktreifen Arbeitsergebnisses (BGE 131 III 384). Dieser Aufwandvergleich erfordert meist eine Buchprüfung bei den Verlagen, was oft unverhält-

nismässig hohe Aufwände kreieren würde und deshalb die Anwendbarkeit der Norm stark einschränkt.

### Neues Schutzmodell

Die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verlage ist in Deutschland weit fortgeschritten. Es liegt bereits ein Gesetzesentwurf der Regierungskoalition vor. Die gesellschaftspolitische Diskussion ist jedoch noch immer im vollen Gange und deren Ausgang ungewiss. Könnte allenfalls die Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts für Verlage auch in der Schweiz zur Lösung beitragen? Insbesondere in der digitalen Medienwelt würde damit ein sinnvolles Werkzeug zur Verbesserung der bis anhin ungeschützten Verlagsleistungen geschaffen. Neben der Erhöhung des Investitionsschutzes böte ein Leistungsschutzrecht eine gute Grundlage dafür, offene Rechtsfragen im Bereich der Nachrichten mit Informationsgehalt aber ohne Erreichung der Werkhöhe zu beantworten. Es geht um die Klärung der Rechte sowie um einen Schutz vor missbräuchlicher und gewerbmässiger Übernahme der Inhalte. Die bestehenden Schutzausnahmen des Urheberrechts wie beispielsweise das Zitatrecht oder die Nutzung zum Privatgebrauch würden von einem neuen Leistungsschutzrecht nicht beeinträchtigt. Zudem wäre es denkbar, für bestimmte Nutzungen Gratislizenzen vorzusehen. Die Einführung dieses Nebenrechts zum Urheberrecht wäre einfach und ohne weitgreifende Gesetzesrevision möglich.

Die Rolle der Zeitungs- und Zeitschriftenverlage wird auch in Zukunft von grosser gesellschaftspolitischer Bedeutung sein. Zentral sind dabei die Investitionen in journalistische und redaktionelle Leistungen. Diese müssen sich auch in der digitalen Medienökonomie refinanzieren. Es ist deshalb aus marktwirtschaftlicher Sicht selbstverständlich, dass immer mehr digitale Medieninhalte ausschliesslich in passwortgeschützten Bereichen zahlenden Nutzern angeboten werden. Die sogenannte «Paywall» wird sich nicht mehr nur um die Briefkästen der Abonnenten und um die Zeitungskioske ziehen, sondern immer stärker auch die digitalen Inhalte umfassen. Die Einführung eines Leistungsschutzrechts würde die Rechtsituation für Verlagserzeugnisse verbessern. Damit könnte auch der Forderung nach einem möglichst freien Fluss der digitalen Information besser entsprochen werden.

---

**Zusammenfassung** Die Diskussionen um ACTA, das Leistungsschutzrecht in Deutschland und den freien Fluss der digitalen Information stellen das bestehende Rechtssystem auf den Prüfstein. Am Beispiel digitaler Verlagserzeugnisse wird aufgezeigt, welche Leistungen Verlage erbringen und wie diese heute rechtlich geschützt sind. Die Grundlagenarbeiten für ein Leistungsschutzrecht eröffnen Perspektiven einer Verbesserung des Rechtsschutzes für Verlage.

---