

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Constitutionnalité de la loi genevoise sur les procédés de réclame

Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2002 (2P.207/2000)

En matière de publicité, le législateur cantonal dispose encore d'une marge de manœuvre pour réglementer l'affichage, tant sur le domaine public que sur le domaine privé s'il est visible depuis le domaine public. Dans le cas particulier de la loi genevoise du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame, le Tribunal fédéral a notamment refusé d'admettre une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral, ainsi qu'une violation de la liberté de la presse et de la liberté d'opinion et d'information.

Faits (résumé):

Le 9 juin 2000, le canton de Genève a adopté une nouvelle loi sur les procédés de réclame. Parmi les objectifs poursuivis par le législateur genevois, il s'agissait notamment de réunir dans un seul texte les dispositions applicables aux procédés de réclame et d'étendre le champ d'application de la loi. Par ailleurs, la loi devait donner plus de compétences aux communes en matière d'autorisations et d'établissement d'un concept directeur des procédés de réclame, tant sur le domaine public que sur le domaine privé. En date du 11 septembre 2000, agissant par la voie d'un recours de droit public, un certain nombre de publicitaires, annonceurs, négociants en spiritueux et fabricants de cigarettes ont demandé l'annulation de six articles de la loi sur les procédés de réclame (art. 2, 3 al.1, 4, 8 al. 2, 9 al. 2 et 24 al. 1), invoquant la violation de plusieurs principes constitutionnels.

Considérants en droit:

3.- a) Les recourants affirment que l'art. 9 al. 2 LPR/GE serait contraire au principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.). Selon eux, cette disposition tend à réglementer une matière déjà régie par le droit fédéral, en particulier l'art. 42b de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (Lalc; RS 680) pour ce qui est de la limitation de la publicité pour les boissons alcooliques, l'art. 18 al. 5 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40), l'art. 15 al. 1 de l'ordonnance du 6 octobre 1996 sur la radio et la télévision (ORTV; RS 784.401) et les art. 3 al. 3, 48 al. 1 lettre l et 60 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI; RS 817.0). Ils ajoutent que, sur la base des art. 105 Cst. (art. 32^{bis} aCst.) et 122 Cst. (recte: art. 118 al. 2 lettre a Cst. et art. 69^{bis} aCst.), la Confédération dispose d'une compétence législative étendue, voire exhaustive, en ce qui concerne la réglementation de la vente et des ré-

clames en matière d'alcool et de tabac. Par conséquent, les cantons ne pourraient légiférer dans ces domaines. Ils soulignent qu'au niveau fédéral, le législateur a introduit des limitations sans opter pour un régime de prohibition absolue. Les motifs justifiant de ne pas interdire totalement la publicité en faveur de l'alcool et du tabac auraient déjà été pris en compte par les autorités fédérales, qui auraient expressément autorisé une certaine publicité en raison du caractère licite que présente le commerce de boissons distillées et des produits du tabac, d'une part, et de l'importance de la publicité en matière d'information du public d'autre part. Ils rappellent l'existence d'un accord passé le 24 août 1992 entre la Communauté de l'industrie suisse de la cigarette et la Commission suisse pour la loyauté en publicité, qui règle d'une façon rigoureuse la publicité en faveur du tabac (...)

b) Ce principe constitutionnel fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 127 I 60 consid. 4a et les arrêts cités; HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht - Die neue Bundesverfassung -, 5^{ème} éd., Zurich 2001, n. 1185 à 1187). L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le critère principal pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Il faut toutefois souligner que, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu'elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000, n. 1031, p. 364). Cela a par exemple conduit le Tribunal fédéral à considérer que, dans la mesure où une loi cantonale renforçait l'efficacité

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

de la réglementation fédérale, le principe de la force dérogatoire n'était pas violé (ATF 91 I 17 consid. 5). Il résulte par ailleurs de la jurisprudence plus récente que, même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action (ZBI 1995 457, consid. 6). Ce n'est que lorsque la législation fédérale règle de manière très complète et exhaustive un domaine particulier que le canton n'est plus du tout compétent pour adopter des dispositions complémentaires, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (HÄFELIN/HALLER, op. cit., n. 1185; PETER SALADIN, in: Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse, Bâle/Berne/Zurich, ad art. 2 disp.trans. aCst, n. 25).

C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner la portée des dispositions fédérales, respectivement cantonales en cause, afin de déterminer si le canton de Genève était ou non compétent pour édicter des règles en matière de publicité en faveur de l'alcool et du tabac sans empiéter sur les compétences de la Confédération.

c) Il ressort du message du Conseil d'Etat et des débats du Grand Conseil genevois que la loi sur les procédés de réclame a été conçue pour mieux garantir la sécurité routière, pour protéger les sites, l'esthétique des lieux et l'ordre public (cf. Mémorial des séances du Grand Conseil 1999, p. 4909). Elle vise à réglementer l'utilisation à des fins commerciales de l'ensemble du territoire cantonal, qu'il soit public ou privé. A noter que, du point de vue de la sécurité routière, les restrictions en matière de publicité - qu'elle soit placée sur le domaine public ou privé - sont (déjà) réglées d'une façon exhaustive par la législation fédérale concernant la circulation routière (ATF 128 I 3 consid. 3e/cc). En ce qui concerne plus particulièrement l'art. 9 al. 2 LPR/GE, cette disposition vise également à protéger la santé de la population - et surtout des jeunes - du danger d'une consommation excessive d'alcool et de tabac (cf. Mémorial des séances du Grand Conseil 2000, p. 858 ss, 1328 ss).

aa) S'agissant de l'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool et du tabac sur le domaine public, il faut rappeler que, selon l'art. 664 al. 1 CC, les biens du domaine public étant soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, les cantons peuvent en réglementer l'usage qui en est fait par les privés. Ainsi, ils sont en principe libres de décider par qui et à quelles conditions le domaine public peut être utilisé. La jurisprudence n'a en effet réduit et le commerce de l'alcool, l'utilisation des denrées alimentaires et le secteur de la radiotélévision. Dans ces conditions, on ne saurait considérer que les compétences fédérales éparses résultant des normes mentionnées excluent complètement celles, plus générales, des cantons en matière de politique sanitaire et de réglementation de l'utilisation du domaine public et privé. En outre, comme l'a justement souligné le Grand Conseil genevois, le fait que la Confédération a adopté des dispositions en matière de publicité ne signifie pas que les cantons ne peuvent pas

reconnu aux administrés qu'un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public à des fins commerciales (ATF 101 Ia 473 consid. 5; 104 Ia 172 consid. 3; 108 Ia 135 consid. 3; 119 Ia 445 consid. 1a/bb et 121 I 279 consid. 2a). Cela est d'autant plus vrai en l'espèce que la mise en place de procédés publicitaires sur le domaine public requiert un usage privatif de celui-ci, dès lors qu'elle implique une activité d'une certaine importance, durable et qui exclut toute utilisation semblable par des tiers (RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle 1990, n. 119 B II, p. 360). Cela dit, on doit admettre que l'Etat n'est, en principe, pas obligé d'autoriser l'usage accru (voire privatif) du domaine public afin que des privés puissent faire de la publicité pour des produits dont il cherche à limiter la consommation pour des raisons de santé publique.

bb) S'agissant de l'interdiction de la publicité pour l'alcool et le tabac sur le domaine privé, il faut d'emblée remarquer que la proximité du domaine public peut justifier que soient imposées à ses riverains des obligations spécifiques, soit sous la forme de restrictions à leurs prérogatives de propriétaires, soit sous la forme de prestations, sur leur terrain même, voire sur le domaine public (PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. III, Berne 1992, p. 309). Dans certains cas, l'Etat peut donc imposer des limitations à l'utilisation de la propriété privée, afin de protéger le domaine public et de garantir une utilisation du domaine public conforme à sa destination. En l'espèce, les motifs qui justifient selon le Grand Conseil genevois l'extension de la restriction en cause à une partie du domaine privé seront examinés ultérieurement (...).

d) cc) L'interdiction de la publicité à la télévision et à la radio pour le tabac et l'alcool, prévue par les art. 18 al. 5 LRTV et 15 al. 1 ORTV, repose aussi sur des motifs relevant de la santé publique, mais ne concerne que les réclames diffusées par ces médias (FF 1987 III 707). La compétence de la Confédération en matière de législation sur la radio et la télévision ainsi que sur les autres formes de diffusion de production et d'information ressortissant aux télécommunications publiques repose sur l'art. 93 al. 1 Cst.

e) Il résulte de ce qui précède que le droit fédéral prévoit une série de mesures préventives dans la lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme, qui incluent aussi des limitations en matière de publicité, dont le but est clairement de protéger la santé publique et la jeunesse de la consommation excessive de certains produits (FF 1979 I 60, 62 et 69, FF 1989 I 886, FF 1992 II 1154 ss). Les articles 93, 105 et 118 Cst. ne confèrent toutefois pas à la Confédération une compétence législative complète et exhaustive en matière de publicité pour le tabac et l'alcool. Elle ne dispose en effet dans ce domaine que d'une compétence très ponctuelle, étroitement liée aux objectifs de santé publique que le législateur fédéral s'est proposé de poursuivre en réglementant la production et le commerce de l'alcool, l'utilisation des denrées alimentaires et le secteur de la radiotélévision. Dans ces conditions, on ne saurait considérer que les compétences fédérales éparses résultant des normes mentionnées ex-

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

cluent complètement celles, plus générales, des cantons en matière de politique sanitaire et de réglementation de l'utilisation du domaine public et privé. En outre, comme l'a justement souligné le Grand Conseil genevois, le fait que la Confédération a adopté des dispositions en matière de publicité ne signifie pas que les cantons ne peuvent pas légiférer du tout dans ce même domaine, y compris dans les hypothèses qu'elle n'a pas réglementées. Dans le cadre de cet enchevêtrement de compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers jouissent donc encore de la faculté d'édicter des dispositions en matière de publicité pour l'alcool et le tabac, pour autant - bien entendu - que celles-ci n'entravent pas les buts que le législateur fédéral a voulu poursuivre en édictant les art. 42b Lalc, 24 ODAI, 15 OTab, 18 al. 5 LRTV et 15 al. 1 ORTV (cf. RAINER J. SCHWEIZER, *Homogenität und Vielfalt im schweizerischen Staatsrecht*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 10, no 11). Tel n'est évidemment pas le cas de l'art. 9 al. 2 LPR/GE qui tend plutôt à renforcer l'efficacité des mesures préventives déjà adoptées par la Confédération en vue de limiter la consommation d'alcool et de tabac.

f) Dans la mesure où l'art. 9 al. 2 LPR/GE se limite à réglementer l'emplacement sur la voie publique, ainsi que sur la propriété privée qui est visible depuis celle-ci, des procédés de réclame pour l'alcool et le tabac sans entraver les objectifs poursuivis par le droit fédéral, mais, au contraire, en renforçant la prévention dans la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, on ne saurait dire qu'elle viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (...).

5.- Les recourants contestent la compatibilité de l'art. 9 al. 2 LPR/GE avec la liberté économique (art. 27 Cst.), la liberté de la presse (art. 17 Cst.), ainsi que la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst.).

a) Selon la jurisprudence, l'affichage à but commercial n'entre en principe pas dans le champ de protection de la liberté de la presse et de la liberté d'opinion et d'information (ATF 125 I 417 consid. 3a; 100 Ia 445 consid. 6 concernant encore l'ancienne Constitution). Seules les opinions dont le contenu est de nature idéale jouissent en effet de la protection accordée par ces libertés constitutionnelles: toute expression qui vise des buts commerciaux rentre en revanche dans le champ d'application de la liberté économique (ATF 125 I 417 consid. 3a; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3ème éd., Berne 1999, p. 204 et 253). Une exception à cette règle subsiste quand le message publicitaire poursuit non seulement des objectifs économiques, mais aussi des intérêts publics (MÜLLER, op. cit., page 205). Dans ces cas, la liberté d'opinion et d'information est toutefois touchée seulement si le caractère idéal du message publicitaire est prépondérant par rapport à son caractère commercial (cf. ATF 120 Ib 150 consid. 2c/bb; 101 Ib 178 consid. 4c). En l'espèce, on ne voit pas que la disposition attaquée puisse concerner les libertés mentionnées. Il est en effet difficilement concevable que des procédés publicitaires en faveur de produits tels que l'alcool et le tabac puissent aussi poursuivre la défense

d'intérêts publics. De toute façon, les considérations émises ci-après pour la liberté économique vaudraient également pour ces garanties constitutionnelles.

Par contre, les recourants ont certainement le droit de faire valoir la violation, par l'art. 9 al. 2 LPR/GE, de la liberté économique, laquelle, comme il a déjà été exposé, comprend également le droit de faire de la publicité (ATF 123 I 201 consid. 2b et la jurisprudence citée; SALADIN, op. cit., p. 97).

b) A l'instar d'autres libertés publiques, la liberté économique n'est pas absolue. L'art. 36 Cst. prévoit en effet que les restrictions des droits fondamentaux doivent reposer sur une base légale (al. 1), être justifiées par un intérêt public prépondérant (al. 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (al. 3). L'essence de ces droits fondamentaux est en outre inviolable (al. 4)(...).

c) Par conséquent, en édictant l'art. 9 al. 2 LPR/GE, le Grand Conseil genevois n'a pas violé l'art. 27 Cst., pas plus du reste que les art. 16 et 17 Cst., pour autant que, comme on vient de le voir (consid. 5a), ces dispositions soient effectivement applicables en l'espèce (...).

8.- Le régime légal institué par les art. 2, 3 al. 1, 4 et 24 al. 1 LPR/GE soumet au contrôle de l'administration les procédés de réclame placés tant sur le domaine public que sur le domaine privé visible depuis le domaine public. Les recourants ne contestent pas le contrôle des procédés de réclame situés sur le domaine public, jugeant que ce domaine relève de la gestion des biens de l'Etat au sens de l'art. 664 al. 1 CC. Ils critiquent en revanche le contrôle des procédés publicitaires situés sur le domaine privé. Ils se prévalent à ce propos de la garantie de la propriété et de la liberté économique (...).

b) aa) Sur le fond, les arguments des recourants sont mal fondés et doivent être rejetés. Le régime d'autorisation introduit par les dispositions litigieuses ne comporte aucune atteinte grave aux deux garanties constitutionnelles invoquées; elles doivent en effet être considérées comme suffisamment précises et claires. En particulier, le contenu de l'art. 2 LPR/GE, qui définit le concept de «procédé de réclame», n'est pas vague au point de ne pas respecter l'exigence d'une base légale claire, découlant de l'art. 36 al. 1 Cst. Au surplus, les art. 1, 3 et 4 du règlement d'application de la loi sur les procédés de réclame du 11 octobre 2000 précisent encore le sens de certaines notions prévues par l'art. 2 LPR/GE. Pour le reste, il incombera aux autorités chargées de l'application de la loi et, le cas échéant, à la jurisprudence de clarifier la portée de cette disposition, car on ne peut exiger du législateur qu'il définisse jusque dans les moindres détails des notions qui sont au demeurant suffisamment précises.

bb) Les dispositions litigieuses poursuivent des buts dignes de protection. En effet, la nécessité de réglementer l'affichage publicitaire - et plus généralement les procédés de réclame - a été reconnue depuis longtemps par la jurisprudence dans son principe, pour des raisons de sécurité du trafic et de protection du paysage et des sites urbains

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

(ATF 100 Ia 445 consid. 5b; 60 I 268 consid. 2a). Dans le droit fil de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a récemment considéré que, pour atteindre ces objectifs, il faut tenir compte de tous les procédés de réclame perceptibles du domaine public, indépendamment du fait qu'ils soient placés sur un bien-fonds public ou privé (ATF 128 I 3 consid. 3e/bb). Au niveau fédéral, par exemple, l'obligation prévue par l'art. 100 OSR d'obtenir une autorisation pour poser des réclames le long des routes concerne aussi bien le domaine public que le domaine privé. Une réglementation limitée au seul domaine public ne serait donc que très partielle et ne permettrait pas de réaliser les buts que le législateur s'est proposé d'atteindre en limitant la publicité en faveur de l'alcool et du tabac. En particulier, il s'agit d'éviter que la réglementation applicable au domaine public en matière de procédés de réclame ne puisse être vidée de son sens par le simple déplacement du procédé publicitaire sur une propriété privée voisine au domaine public et visible depuis celui-ci.

cc) S'agissant des modalités mises en oeuvre pour atteindre de tels objectifs, le Tribunal fédéral a pendant longtemps considéré comme compatible avec la Constitution l'institution de monopoles de droit d'affichage sur le domaine public et privé (ATF 100 Ia 445 consid. 5c). La jurisprudence en la matière a cependant été modifiée tout récemment. Dans la mesure où il touche la propriété privée, un tel monopole représente une atteinte disproportionnée à la liberté économique. Le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation d'obtenir une autorisation, dont l'octroi est subordonné au respect de normes de droit matériel, suffisait pour réaliser les buts d'intérêt public poursuivis par une loi en matière d'affichage de publicité (ATF 128 I 3 consid. 3e/cc). Tel est bien le cas en l'espèce: le législateur genevois ayant opté pour l'introduction d'un système d'autorisation des procédés de réclame, celui-ci se révèle ainsi compatible avec le principe de proportionnalité.

dd) En édictant les art. 2, 3 al. 1, 4 et 24 al. 1 LPR/GE, le législateur genevois n'a donc pas violé les art. 26 et 27 Cst. (...).

10.- Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté en tant qu'il est recevable (...). ■

ANMERKUNGEN:

Ein Exkurs zur aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist aufschlussreich für die Bewertung der bundesgerichtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung. Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) ersuchte die Publisuisse SA um die Ausstrahlung eines Werbespots gegen Fleischkonsum. Diese und die angerufene Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz lehnten die Ausstrahlung des Spots ab, da Art. 18 Abs. 5 RTVG den elektronischen Medien Radio und Fernsehen religiöse und politische Werbung ebenso wie Werbung für alkoholische Getränke und Tabak verbiete. Das Bundesgericht hielt das Werbeverbot als solches wie auch die Ablehnung des Ausstrahlungsgesuches nicht für konventionswidrig.

Der EGMR urteilte am 28. Juni 2001 anders und stellte eine Verletzung der Meinungsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK fest (VgT c. Suisse, Beschwerde Nr. 24699/94, in: VPB 2001 Nr. 119 und die Besprechung von DENIS BARRELET, *medialex* 2001, S. 158 ff.). Der Gerichtshof verneinte die Notwendigkeit dieses Werbeverbots für politische Aussagen, weil das Verbot für die Printmedien nicht gilt. Diese zwischen den elektronischen und Printmedien differenzierende Gesetzgebung deute darauf hin, dass kein «besoin particulièrement impérieux» bestehe, mithin das Verbot für politische Werbung in den elektronischen Medien in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht notwendig sei (VPB 2001 Nr. 119, Ziff. 74).

Tatsächlich greift hier der EGMR einen wunden Punkt der Schweizerischen Gesetzgebung auf; die partikulären Werbeverbote für die elektronischen Medien können jedenfalls nicht mit dem grossen Einfluss dieser Medien gerechtfertigt werden. Wenn die von Art. 18 Abs. 5 RTVG verbotene Werbung sozial schädlich oder gefährlich ist, so muss sie generell verboten werden. Das Bundesgericht hatte das Revisionsgesuch des VgT in der Folge abgelehnt, da die angebehrte Ausstrahlung ausserhalb des revidierbaren Entscheidungs liege (Entscheid vom 29. April 2002, 2A.526/2001, *medialex* 2002, S. 157f.). Gegen dieses Urteil ist eine Beschwerde in Strassburg hängig.

Ungeachtet der Rechtsprechungspraxis des EGMR, wonach auch die kommerzielle Werbung dem Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit zugeordnet wird, vertritt das Bundesgericht weiterhin die Auffassung, der grundrechtliche Werbeanspruch sei der Wirtschaftsfreiheit zugehörig. Diese Rechtsprechung wäre unproblematisch, wenn die Schutzgehalte der Meinungsfreiheit vollumfänglich in die bei Art. 27 BV verankerte Werbefreiheit miteinflössen. Das Bundesgericht lässt jedoch Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit leichter zu, als solche in die Meinungsfreiheit, wie gerade dieses Beispiel zeigt. Insofern ist die Zuordnung der Werbefreiheit von Relevanz.

Der Qualifikation des Gesundheitsschutzes als wichtiges öffentliches Interesse ist nichts entgegenzuhalten. Dagegen kann die Eingrenzung des Reklameverbots auf einen bestimmten Werbeträger ebenso Beleg sein für die fehlende Notwendigkeit der Massnahme im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK wie die bloss teilweise Geltung eines politischen Werbeverbots. Muss das schädigende Potential von Alkohol- und Tabakwerbung tatsächlich hoch bewertet werden, ist die Zulässigkeit von Kinowerbung und insbesondere von Plakatwerbung für Bier und Wein nicht begründbar. Ein kantonales Verbot von Alkohol- und Tabakwerbung in der Presse ist indes praktisch undenkbar. Dieses Verbot wäre unwirksam, da es durch die ausländische und ausserkantonale Presse, die ausländischen Fernseh- und Radioprogramme und das Internet leicht umgangen werden könnte. Ist kein Bedarf für ein weit greifendes Werbeverbot ausgewiesen, besteht auch keine Notwendigkeit für den Erlass eines partiellen Verbots.

Das Bundesgericht verneint zwar die Zwecktauglichkeit eines Grundrechtseingriffs nur dann, wenn die Ungeeignetheit einer Massnahme offensichtlich ist (E. 5b/cc mit Verweis auf ZBI 1991, S. 25 ff. E. 3d). Diese hohe Rechtsprechungshürde für die Anerkennung der Ungeeignetheit sollte es vermindern, da die Prüfung der Frage, ob der Eingriff im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» ist, nicht losgelöst von der Eignung der umstrittenen Massnahme beantwortet werden kann. Das Bundesgericht hat auch den entsprechenden Spielraum für eine striktere Eignungsprüfung, da den EMRK-Vertragsstaaten gerade im Bereich der kommerziellen Werbung ein beträchtlicher Ermessensspielraum zugestanden wird (VPB 2001 Nr. 119, Ziff. 69 und 71).

PROF. ANDREAS KLEY UND LIC. IUR. RETO FELLER, BERN

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

**Ehrenschutzprivilegien für
ausländische Staatschefs**

Urteil des Europäischen Gerichtshofs
für Menschenrechte (2. Kammer)
vom 25.6.2002 «Colombani u.a. c.
Frankreich» (Beschwerde N°
51279/99)

Die französische Tageszeitung «Le Monde» berichtete im November 1995 aus der vertraulichen Originalversion eines Berichts des «Observatoire géopolitique des drogues» (OGD), den die EU-Kommission im Zusammenhang mit der Kandidatur Marokkos bestellt hatte. Der Artikel auf der Frontseite trug den Titel: «Le Maroc, premier exportateur mondial de hachisch» und den Untertitel: «Un rapport confidentiel met en cause l'entourage du roi Hassan II.» Auf Seite 2 wurde der Inhalt des Berichts dargestellt und es wurde ausgeführt, der Bericht wecke Zweifel am Willen der marokkanischen Behörden, dem lukrativen Drogenhandel ein Ende zu setzen. Marokkos König Hassan II verlangte bei den französischen Behörden offiziell eine strafrechtliche Verfolgung. Der Autor und der Direktor der Zeitung (directeur de publication) mussten sich in der Folge vor der französischen Strafjustiz verantworten. Vorgeworfen wurde ihnen eine Verletzung des Tatbestandes der öffentlichen Beleidigung eines ausländischen Staatschefs. Artikel 36 des Gesetzes vom 29.7.1881 untersagt «l'offense commise publiquement envers les chefs d'Etats étrangers, les chefs des gouvernements étrangers et les ministres des affaires étrangères d'un gouvernement étranger (...)». Die französische Strafjustiz verurteilte die beiden Angeschuldigten letztinstanzlich zu Geldbussen. Ihnen wurde der gute Glaube abgesprochen, da sie sich ohne weitere Abklärungen auf die einseitigen Anschuldigungen des OGD-Berichts abgestützt hätten. Im Gegensatz zu den anderen Ehrverletzungsdelikten kann sich der Angeschuldigte in einem Verfahren nach Artikel 36 nicht durch den Wahrheitsbeweis entlasten.

In seinem einstimmig gefällten Urteil hält der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fest, der Eingriff in die Meinungsfreiheit diene dem legitimen Ziel, den Ruf des Königs von Marokko zu schützen. Diese Massnahme erwies sich jedoch als in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Artikel 10 Absatz 2 EMRK). Das Publikum hatte ein legitimes Interesse, über die vorliegende Thematik informiert zu werden, welche ein Land betrifft, das mit der EU und besonders mit Frankreich enge Beziehungen unterhält (Ziff. 64 des Entscheides). Und ebenfalls legitim war es, dass die Medienschaffenden den Inhalt des OGD-Berichts als glaubwürdig betrachteten. Der EGMR erinnert daran, dass sich die Medien grundsätzlich

auf offizielle Berichte stützen dürfen, ohne zusätzliche Recherchen unternehmen und die Wahrheit der entsprechenden Angaben verifizieren zu müssen. (Ziff. 65). Dass die Verurteilung im Gegensatz zum gewöhnlichen Ehrverletzungsrecht nicht durch den Nachweis der Wahrheit der Vorwürfe abgewendet werden könne, bedeute eine unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit zum Schutz der Reputation. Der Gerichtshof äussert grundsätzliche Bedenken gegen eine Regelung, welche Staatschefs einen im Vergleich zu Normalsterblichen erweiterten Schutz ihres Ansehens gewährt. Der Entscheid hält dazu wörtlich fest: «La Cour constate que l'application de l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 portant sur le délit d'offense tend à conférer aux chefs d'Etat un statut exorbitant du droit commun, les soustrayant à la critique seulement en raison de leur fonction ou statut, sans aucune prise en compte de l'intérêt de la critique. La Cour considère que cela revient à conférer aux chefs d'Etats étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui. Quel que soit l'intérêt évident, pout tout Etat, d'entretenir des rapports amicaux et confiants avec les dirigeants des autres Etats, ce privilège dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif.» (Z. 68) «La Cour relève donc que le délit d'offense tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun 'besoin social impérieux' susceptible de justifier cette restriction. Elle précise que c'est le régime dérogatoire de la protection accordée par l'article 36 aux chefs d'Etat étrangers qui est attentatoire à la liberté d'expression, et nullement le droit pour ces derniers de faire sanctionner les atteintes à leur honneur, ou à leur considération, ou encore les propos injurieux tenus à leur encontre, et ce, dans les conditions de droit communes à toute personne.» (Z. 69) ■

ANMERKUNGEN:

Das Urteil des Gerichtshofs gehört zu den wichtigeren Entscheiden, welche in der letzten Zeit zum Menschenrecht der Meinungsfreiheit in Strassburg gefällt wurden. Es betrifft zwei Themenkreise. Zum einen geht es um die Zulässigkeit, ehrenrührige Ausführungen in offiziellen Berichten ohne weitere Recherche durch die Massenmedien zu verbreiten. Zum anderen äussert sich der EGMR zu Spezialregelungen, welche hochrangigen ausländische Repräsentanten einen ganz besonderen Schutz ihrer Reputation gewähren.

Der erste Themenkreis betrifft ein Gebiet, welches für den Journalismus von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Mit dem Recht der Medienschaffenden, sich ohne vertiefte Abklärungen auf den Inhalt offizieller Berichte zu stützen, hat sich der Gerichtshof bereits im Entscheid «Bladet Tromsø & Stensaas c. Norwegen» vom 20.5.1999 (*medialex* 1999, S. 231ff.) befasst. Der EGMR hielt damals fest, dass sich die Medienschaffenden vernünftigerweise ohne weitere Nachforschungen auf einen vom norwegischen Fischereiministerium bestellten Bericht eines Fischereinspektors über die Seehundjagd stützen durften. Dies gelte selbst dann, wenn das Ministerium den Bericht der Öffentlichkeit nicht zugänglich machen wollte.

Die französische Regierung argumentierte, der vorliegende Fall liege anders. Es handle sich lediglich um einen Vorbericht einer privaten Organisation, dem die Zeitung einen offiziellen und unwiderlegbaren Anstrich gegeben habe. Das zitierte Dokument

Abgewiesenes Revisionsge- such wegen Nichtausstrah- len eines Werbespots

Bundesgerichtsentscheid vom
29. April 2002 (2A.526/2001)

Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte am 28. Juni 2001 feststellte, dass die Schweiz wegen Nichtausstrahlen eines Werbespots des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) Art. 10 EMRK verletzt habe (vgl. *medialex* 3/01, S. 158 ff.), wandte sich der VgT ans Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Bundesgerichtes vom 20. August 1997 zu revidieren und seine damalige Verwaltungsgerichtsbeschwerde nunmehr gut zu heissen. Mit Urteil vom 29. April 2002 lehnt das Bundesgericht dieses Revisionsbegehren wegen Nichtgenügen verschiedener formeller Anforderungen ab.

«Der Gesuchsteller ist inzwischen mit einem neuen Antrag auf Ausstrahlung seines Spots an die SRG bzw. die «publisuisse SA» gelangt. Danach möchte er diesen heute mit folgendem Vorspann ausgestrahlt wissen: «Dieser Werbespot wurde vom Schweizer Fernsehen zensuriert. Bundesrat Leuenberger und das Bundesgericht haben diese Zensur abgesehnet. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Schweiz wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit verurteilt und zu einer Entschädigung an den VgT von Fr. 20'000.— verpflichtet». Die «publisuisse SA» hat es offenbar erneut abgelehnt, mit ihm einen entsprechenden Werbevertrag abzuschliessen, wogegen der Gesuchsteller an das Bundesamt für Kommunikation gelangte, bei dem das Verfahren zurzeit noch hängig ist. Er belegt mit diesem Vorgehen selber, dass für ihn keine konkreten nachteiligen Auswirkungen fortbestehen, die allein über eine Revision beseitigt werden können. Dass er noch ein Interesse an der Ausstrahlung seines Spots in der ursprünglichen Fassung hätte, behauptet er nicht und erscheint wenig wahrscheinlich, nachdem es ihm in erster Linie nicht mehr (allein) um die Werbung gegen den Fleischkonsum und eine Anprangerung der Tierhaltung geht, die sich in den fast acht Jahren seit der ursprünglich geplanten Ausstrahlung auch gewandelt haben dürfte, sondern um die Bekanntmachung der durch den Gerichtshof festgestellten Verletzung seiner Meinungsäusserungsfreiheit. Damit steht heute aber nicht mehr der gleiche Spot zur Diskussion. Die seinerzeitige Konventionsverletzung wurde mit der Verurteilung der Schweiz und der damit verbundenen Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 41 EMRK beseitigt; über den nunmehr gewünschten neuen Werbevertrag ist in einem separaten Verfahren zu entscheiden.

Bei der Akquisition und Ausstrahlung von Werbung handelt die SRG nicht im Rahmen ihres Programmauftrags, sondern privatrechtlich. Sie kann ihre Programme unter

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Einhaltung der öffentlichrechtlichen Vorgaben mittels Werbung finanzieren, ist hierzu jedoch nicht verpflichtet. Macht sie von diesem Finanzierungsinstrument Gebrauch, muss sie sich an die entsprechenden im öffentlichen Interesse erlassenen Beschränkungen hinsichtlich der Abgrenzung zum Programm (Art. 18 Abs. 1 RTVG), der Werbedauer (Art. 18 Abs. 3 RTVG) und der Werbeverbote (Art. 18 Abs. 4 und 5 RTVG) halten (vgl. BGE 126 II 7 ff. und 21 ff.). Allfällige Verletzungen der betreffenden Regeln können konzessionsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die SRG hat - wie alle anderen Veranstalter - sicherzustellen, dass das Werbeprogramm kein nationales oder internationales Recht verletzt. Es ist deshalb sachgerecht, wenn sie ihrerseits der «publisuisse SA» gegenüber darauf achtet, dass diese den öffentlichrechtlichen Sendebeschränkungen Rechnung trägt und nötigenfalls mit den Kunden nach einer Lösung sucht bzw. gewisse Werbungen zurückweist.

Das Bundesgericht hat im Urteil vom 20. August 1997 festgestellt, dass der Werbespot des Gesuchstellers unter das öffentlichrechtliche Verbot der politischen Werbung nach Art. 18 Abs. 5 RTVG fiel und dies der SRG bzw. der «publisuisse SA» einen zulässigen Grund geben konnte, auf den Abschluss des Werbevertrags zu verzichten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diese Ansicht nicht geteilt und festgestellt, dass sich die Nichtausstrahlung des Spots mit der Begründung, dass es sich dabei um eine politische Werbung handle und solche am Fernsehen verboten sei, in einem demokratischen Staat nicht rechtfertige; zur Frage, ob und wieweit die Schweiz allfällige positive Pflichten hinsichtlich einer Drittwirkung von Grundrechten unter Privaten verletzte, indem sie nicht für eine Ausstrahlung sorgte, äusserte er sich nicht (vgl. Ziff. 46 seines Entscheids). Gegenstand des bundesgerichtlichen Urteils bildete die behördliche Feststellung, dass die Werbung des Gesuchstellers als «politisch» im Sinne des Radio- und Fernsehgesetzes gelten und sich die Weigerung, diese auszustrahlen, bereits aus diesem öffentlichrechtlichen Grund rechtfertigen konnte, nicht hingegen die Frage, ob die SRG den Gesuchsteller boykottiert hat, sie den entsprechenden Werbemarkt beherrscht und sie aus diesem Grund zum Abschluss eines Werbevertrags verpflichtet gewesen wäre. Diese - das Zivilrecht beschlagenden - Aspekte eines Kontrahierungszwangs sind, was von der Schweiz geltend gemacht und vom Europäischen Gerichtshof nicht beanstandet wurde, in den entsprechenden zivilrechtlichen Verfahren (Kartell-, Wettbewerbs- bzw. Persönlichkeitsrecht) und nicht konzessionsrechtlich durchzusetzen.

Die Schweiz ist in diesem Zusammenhang ihrer aus Art. 10 EMRK fliessenden positiven Pflicht, für eine angemessene Realisierung der in der Konvention garantierten Rechte unter Privaten zu sorgen, mit dem Erlass der entsprechenden (zivilrechtlichen) Gesetzgebung und den damit verbundenen gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten nachgekommen. Die wettbewerbs- und kartellrechtliche Regelung bzw. die Möglichkeit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs dient einer fairen, einen Interessenausgleich suchenden Umsetzung grund-

rechtlicher Positionen im wirtschaftlichen Bereich unter Privaten. Dem Gesuchsteller steht es offen, den Anspruch auf Ausstrahlung seines Werbespots auf diesem Weg durchzusetzen, soweit er hieran entgegen dem Gesagten noch ein aktuelles Interesse haben sollte, wobei in jenen Verfahren seinen verfassungsmässigen Rechten und den Grundsätzen von Art. 10 EMRK Rechnung zu tragen sein wird (vgl. Art. 35 BV). Das Urteil des Gerichtshofs für Menschenrechte steht einer solchen Sichtweise nicht entgegen, ergibt sich daraus doch nur, dass der umstrittene Spot nicht als «politische Werbung» von einer Ausstrahlung ausgenommen werden durfte bzw. eine entsprechende Sendung seitens der SRG gestützt auf Art. 10 EMRK keine konzessionsrechtlichen Konsequenzen für die Veranstalterin hätte nach sich ziehen dürfen. Zu Recht weist die SRG darauf hin, dass das Urteil nicht dahin verstanden werden kann, dass sie gestützt darauf nun losgelöst von der Rechtsordnung - etwa dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb - gehalten wäre, den umstrittenen Spot auszustrahlen, nachdem sich der Europäische Gerichtshof mit den entsprechenden Fragen nicht befasst, seinen Entscheid auf die Problematik der «politischen» Werbung beschränkt und zu ihrer eigenen negativen Meinungsäusserungsfreiheit in keiner Weise Stellung genommen hat. Nachdem durch den Entscheid des Gerichtshofs bloss klar gestellt ist, dass das Verbot politischer Werbung am Fernsehen einer Ausstrahlung nicht entgegenstehen darf, ist die Verbreitung des Spots - soweit die SRG bzw. die «publisuisse SA» eine solche nach wie vor ablehnen - deshalb auf dem zivilrechtlichen Weg und nicht revisionsweise durchzusetzen (...).» ■

Voir aussi l'article de Denis Barrelet (Faut-il autoriser la publicité politique à la radio-TV?) dans ce numéro, p. 146).

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

seits der Ort, an dem die Äusserung getan wird, und andererseits, bei Äusserungen gegenüber einem bestimmten und begrenzten Personenkreis, die Zahl der Adressaten und die Beziehung des Urhebers der Äusserung zu diesen, wovon unter anderem auch abhängt, wie hoch das Risiko einer Weiterverbreitung der Äusserung durch einzelne Adressaten ist (siehe dazu auch BGE 126 IV 20 E. 1d S. 25 f.).

Die Festlegung eines bestimmten «Grenzwerts» in Bezug auf die Zahl der Adressaten, dessen Überschreitung Öffentlichkeit begründen würde, empfiehlt sich schon wegen der Gefahr von «Umgehungen» nicht. Eine Äusserung, die an einem Ort getan wird, wo sie von unbestimmt vielen Personen wahrgenommen werden könnte, kann auch dann eine öffentliche sein, wenn sie tatsächlich nur von zwei Personen zur Kenntnis genommen wird. Demgegenüber kann in Bezug auf eine Äusserung in einem geschlossenen Kreis Öffentlichkeit fehlen, auch wenn dieser Kreis beispielsweise 20 Personen umfasst (BGE 126 IV 176 E. 2c/aa S. 178f.).

Die Vorinstanz qualifiziert die unmittelbar anwesenden sechs Personen zu Recht nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes. Sie stellt jedoch fest, dass sich der Vorfall an einem sonnigen Juniabend zwischen 18 und 20 Uhr auf der Strasse eines Einfamilienhausquartiers ereignet hat. Aufgrund der Jahreszeit, der guten Wetterverhältnisse und der räumlichen Umstände war also damit zu rechnen, dass eine Vielzahl von unbestimmten und mit dem Beschwerdeführer in keiner persönlichen Beziehung stehenden Drittpersonen in den umliegenden Gärten und auf den Balkonen potentielle Zeugen der lautstarken Äusserungen des Beschwerdeführers hätten werden können. Vor dem Hintergrund der oben referierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsbegriff des Strafgesetzbuches ist das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit damit in objektiver Hinsicht erfüllt. In subjektiver Hinsicht nimmt die Vorinstanz Eventualvorsatz an. Auch wenn sich der Beschwerdeführer nicht mit direkter Absicht an die Öffentlichkeit, sondern vielmehr an den Geschädigten richtete und diesen beschimpfte, nahm er billigend in Kauf, dass seine im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB tatbestandsmässigen Äusserungen für unbestimmte Drittpersonen wahrnehmbar waren.» ■

ANMERKUNGEN:

1. Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht wie es scheint wieder weitgehend den Anschluss an seine langjährige und bewährte Praxis in Bezug auf den Begriff der Öffentlichkeit gefunden und damit dem zwischenzeitlichen Flirt mit einer rein numerischen Betrachtung des Öffentlichkeitsbegriffs (BGE 126 IV 176, vgl. *medialex* 2000, 172, und BGE 126 IV 230, vgl. *medialex* 2000, 226 f. mit kritischen Anmerkungen von M. A. NIGGLI) ein Ende bereitet.

2. Diese Wende ist um so begrüssenswerter, als das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Begehung nicht nur in Art. 261^{bis} StGB auftaucht, sondern - wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid (E. 3a) selber anführt - in einer Vielzahl anderer Bestimmungen. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in einer dieser Bestimmungen wirkt sich auch auf die anderen Bestimmungen aus, sofern sich nicht aus einer Norm die Notwendigkeit einer tatbestandspezifischen Differenzierung ergibt, welche dann auch spezifischer Begründung bedarf. Gerade bei Art. 261^{bis} besteht je-

doch stets das Risiko, dass eine tatbestandspezifische Verengung des Öffentlichkeitsbegriffs als vom Bedürfnis nach einer möglichst restriktiven Anwendung dieser Bestimmung getragen scheinen könnte. So ist davon auszugehen, dass die öffentliche Handlung gleich auszulegen ist wie bei anderen Strafbestimmungen (M.A. NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, Zürich 1996, N 704). Jedenfalls zu weitgehend ist die Ansicht, dass es verschiedene Arten von Öffentlichkeit gebe, dass der Öffentlichkeitsbegriff also relativ sei und auch Strafwürdigkeitsüberlegungen in sich aufnehmen (so aber M. SCHUBARTH, *Justiziable Kunst? in: Martin Schubarth (Hrsg.), Der Fahrer-Prozess, Ein Beispiel für die Problematik von Kunst und Justiz*, Basel 1983, 93-107, 100 ff.). Wenn auch die Sachverhalte, bei denen sich die Öffentlichkeitsfrage stellt, sehr heterogen sein können, so ist doch der Begriff der Öffentlichkeit an sich ein einheitlicher Begriff, dessen Gehalt dem Gegensatz zur Privatheit entspringt (vgl. SCHUBARTH, a.a.O., 100, sowie unten Ziff. 4). Höchst problematisch wäre jedenfalls die Verquickung der Öffentlichkeitsfrage mit Strafwürdigkeitsüberlegungen, ganz abgesehen davon, dass die meisten Tatbestände, in denen die Öffentlichkeit als Erfordernis genannt ist, andere Merkmale enthalten, die sich hierfür eher anbieten würden.

3. Erstaunlich ist immerhin, wie diskret diese Rückkehr zum herkömmlichen Öffentlichkeitsbegriff vollzogen wurde. Sie wird weder als Rechtsprechungsänderung behandelt, noch findet eine Auseinandersetzung mit der zwischenzeitlich vertretenen Position statt. Vielmehr wird zum Begriff der Öffentlichkeit verschiedentlich auf BGE 126 IV 176 zurückgegriffen, dies ist jedoch insofern trügerisch, als mit dem vorliegenden Entscheid viel von dem, was in jenem Entscheid vertreten wurde, aufgegeben wird. Der Argumentation und dem Ergebnis nach schliesst man an die vorhergehenden, der herkömmlichen Linie folgenden Entscheide an.

4. Inhaltlich ist zum herkömmlichen und mit dem vorliegenden Entscheid wieder vertretenen Öffentlichkeitsbegriff zu bemerken, dass die Beziehung des Äusserers zu den Adressaten massgeblich ist, und dass insofern auch das Risiko der Weiterverbreitung einer Äusserung bei der Prüfung der Öffentlichkeit einer Äusserung von Belang ist. Der Begriff der Öffentlichkeit lässt sich nämlich wie bereits angetönt nur aus seinem Gegenbegriff, dem Begriff des Privaten erschliessen: Öffentlich ist all das, was nicht privat ist. Welche Äusserungen privat sind, wird wiederum durch das Vorliegen persönlicher Beziehungen zwischen Äusserer und Adressaten bestimmt und erst in zweiter Linie durch die zahlenmässige Beschränkung von Personenkreisen (dazu eingehend G. FIOUKA / M.A. NIGGLI, *Das Private und das Politische*, AJP 2001, 533-547, 539 f.; NIGGLI, a.a.O., N 700).

5. Damit geht einher, dass sich für den Begriff der Öffentlichkeit keine zahlenmässige Begrenzung aufstellen lässt. Dies wurde zwar bereits in BGE 126 IV 176, 178 gesagt, konnte allerdings nicht sinnvoll operationalisiert werden, weil zugleich die anderen Möglichkeiten, die Öffentlichkeit einer Äusserung anhand der Vertrauensverhältnisse zwischen Äusserer und Adressaten und der daraus ableitbaren Kontrolle des Wirkungskreises zu ermitteln, verbaut wurden, so dass man sich doch wieder auf die Betrachtung der Anzahl Adressaten zurückgeworfen sah.

6. Skeptisch stimmt allerdings, dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid (E. 3c) festhält, die Vorinstanz habe die sechs unmittelbar anwesenden Personen «zu Recht» nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes bezeichnet. Es wäre verfehlt, aus dieser Aussage zu schliessen, dass eine Äusserung vor sechs Personen i.d.R. nicht öffentlich sei. Auch bei nur sechs Personen kommt es jedoch darauf an, ob zwischen dem Äusserer und diesen Personen ein Vertrauensverhältnis besteht, welches der Äusserung den öffentlichen Charakter zu nehmen vermöchte. Nur wenn dies gegeben ist (worüber der Entscheid keine Angaben enthält), wäre die Äusserung vor sechs Personen nicht öffentlich. Wenn es sich jedoch um beliebige Passanten oder andere dem Äusserer nicht näher bekannte Personen, so könnte durchaus bereits schon in einer solchen Konstellation (ohne das Risiko der Kenntnisnahme durch weitere Personen) Öffentlichkeit gegeben sein.

7. Man könnte nun einwenden, dass sich BGE 126 IV 176 nur mit dem Risiko der Weiterverbreitung befasst und dieses als unmassgeblich aus dem Öffentlichkeitsbegriff ausgeschieden habe, während es im vorliegenden Fall um das Risiko der direkten Wahrnehmung der Äusserung gegangen sei. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich diese beiden Risiken nicht trennen lassen,

denn die Weiterverbreitungsmöglichkeit ist immer nur ein Fortsatz der ursprünglichen Äusserung, und auch beim Weiterverbreitungsrisiko steht nicht die Weiterverbreitung an sich im Vordergrund, sondern die Frage, ob der Äusserer zu seinen Adressaten in einem Vertrauensverhältnis steht, welches eine Weitergabe unwahrscheinlich macht. Beim vorliegenden Entscheid ist es einfacher, das Vorliegen eines solchen Vertrauensverhältnisses zu verneinen, da der Äusserer nicht wusste, wer alles zuhören würde, während es bei BGE 126 IV 176 um die Qualifikation des Verhältnisses zwischen dem Äusserer und seinen gewählten Adressaten gab. Im Kern haben beide Erwägungen jedoch den selben Anknüpfungspunkt. Zentral ist nicht die Unterscheidung zwischen tatsächlicher Kenntnisnahme und sekundären Kenntnisnahmerisiken (durch Weitergabe), sondern die Gemeinsamkeit, dass in beiden Fällen Kenntnisnahmerisiken (primäre einerseits, sekundäre andererseits) bestehen, welche anhand bestehender Vertrauensverhältnisse zwischen Äusserer und Adressaten zu bewerten sind.

LIC. IUR. GERHARD FOLKA, FREIBURG

Unzulässige Werbung für Badezusatz

Bundesgerichtsentscheid vom
19. Juni 2002 (2A.62/2002)

Anpreisungen für Badezusätze wie «wohltuend bei Erkältungsgefahr» bzw. «wohltuend auch bei Muskelkater» sind gestützt auf die Verordnung über Gebrauchsgegenstände verboten, da sie gegen das Verbot von Heilanzeigen für Kosmetika verstossen. Zu diesem Schluss kommt das Bundesgericht und stützt damit einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom September 2001.

Unter Bezugnahme auf BGE 127 II 91 (vgl. dazu auch PUGATSCH SIGMUND, *Lovely cow – Neue Anpreisungspraxis im Lebensmittelrecht?*, *medialex* 2001, S. 59 f.) hält das Bundesgericht fest, dass zwar ist nicht jegliche gesundheitsbezogene Werbung verboten sei. Ihr dürfen und müssen aber - soweit es um Werbung für nicht als Heilmittel zugelassene Produkte geht - auf Grund der gesetzlichen Ordnung gewisse Schranken gesetzt werden, ohne dass es darauf ankäme, ob die fraglichen Produkte zu einer Täuschung oder gesundheitlichen Gefährdung des Konsumenten führen können. «Die streitigen Texte verstossen, wie das Verwaltungsgericht zulässigerweise annehmen durfte, gegen die Regelung von Art. 3 Abs. 2 GebrV, indem sie suggerieren, den betreffenden Produkten komme bei den erwähnten Krankheitszuständen eine lindernde Wirkung zu. Zwar ist einzuräumen, dass die von der besagten Werbung anvisierten Krankheiten sehr vage umschrieben sind und insbesondere der Begriff des «Muskelkaters» gemeinhin eher als Unwohlzustand denn als Krankheit verstanden wird (vgl. immerhin zu den Ursachen dieser Muskelschmerzen: Pschyrembel, 258. Auflage, S. 1059: «multiple Mikrofaserrisse mit nachfolgender lokaler Ödembildung»). Sodann wird den betroffenen Badezusätzen mit der beanstandeten Anpreisung auch nicht explizit ein heilender oder lindernder Einfluss auf die genannten Krankheitszustände, sondern lediglich eine «wohltuende» Wirkung

beim Betroffenen zugeschrieben. Die gewählten Formulierungen sprengen aber - wenn auch knapp - den Rahmen einer erlaubten gesundheitsbezogenen Werbung, indem die Produkte als (zum Teil vorbeugende) Mittel gegen die besagten Krankheitszustände angepriesen werden, was gegen die erwähnte Verordnungsvorschrift verstösst. Dass von den beanstandeten Badezusätzen selber keine Gefahr für die öffentliche Gesundheit ausgeht, ändert nichts.» ■

ANMERKUNGEN:

Die Bewerbung von Functional-Food, wie auch von sog. Quasikosmetika, stellen die Werbetreibenden immer wieder vor Probleme. Beiden Produktgattungen ist eigen, dass sie einen gewissen Gesundheitsbezug aufweisen, der auch gegenüber dem Konsumenten propagiert werden soll. Das vorliegende Urteil ist interessant, weil das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur «Kuh-Lovely-Werbung» (BGE 127 II 91) hier weiterentwickelt und die Grenzen zwischen Kosmetika- und Heilmittelwerbung darlegt.

In rechtlicher Hinsicht zeigt das Bundesgericht einleitend auf, dass für beide Produktgattungen an sich die selben gesetzlichen Bestimmungen anwendbar sind (Art. 2 Abs. 4 lit. b LMG, ergänzend müsste wohl hinzugefügt werden Art. 19 Abs. 1 lit. c LMV, wie andererseits Art. 3 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 GebrV). Zulässig ist, wie das Bundesgericht bereits im damaligen Entscheid ausführte, wenn für diese Produkte ein Gesundheitsbezug propagiert wird. Werbung für Gebrauchsgegenstände und Lebensmittel wird jedoch unzulässig, wenn der Gesundheitsbezug mit Heilanzeigen verbunden wird. An sich inhaltlich völlig unproblematische Produkte werden damit lediglich durch krankheitsbezogene Werbeaussagen unzulässig, selbst wenn die gemachten Aussagen effektiv den Tatsachen entsprechen. Entscheidend ist, dass für Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände keine Werbung, welche krankheitslindernde, -heilende, oder -verhütende Aussagen enthält, gemacht werden darf. Schwierig ist es für den Praktiker, angesichts der blumigen Werbesprache zu erkennen, wann eine Aussage im geschilderten Sinne als Heilanzeigen zu qualifizieren ist.

Das Bundesgericht unterlässt es jedoch in diesem Urteil den Beurteilungsmassstab für derartige Aussagen zu setzen. Ziel dieser Produktaussagen ist es schliesslich, den Konsumenten über die Wirkungsweise dieser Produkte zu informieren. Sie stellen daher Werbung dar und sind - den Kriterien des Lauterkeitsrechts entsprechend - aus der Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittskonsumenten, an den sich diese Aussagen richten, zu beurteilen. Dies ist massgebend, da gerade im Gebiet des Lebensmittelrechts oft eine vorsichtige, wenn nicht gar sektiererische Haltung und Auslegungspraxis der Behörden herrscht, die mit dem Verständnis des Durchschnittskonsumenten nichts zu tun hat.

Richtig analysiert das Bundesgericht, dass es sich bei Erkältungen und bei Muskelkater um Krankheiten handelt.

Lediglich die Erwähnung einer Krankheit oder eines Krankheitszustandes per se, ohne dass diese direkt oder indirekt mit der Wirkung des Produktes verbunden werden, stellt jedoch noch keinen direkten Gesetzesverstoss dar.

Nicht recht deutlich wird aus dem Urteil, warum der Formulierung «wohltuend bei» eine krankheitslindernde Wirkung zukommen soll. Wohltuend heisst: «es tut wohl, ergibt ein gutes Gefühl». Dieser Aussage eine krankheitslindernde Wirkung zuordnen zu wollen scheint nicht recht nachvollziehbar. Das Bundesgericht muss seine Beurteilung denn auch nur als «knapp» rechtsverletzend qualifizieren. Wobei aus dem Urteil nicht klar wird, warum diese Aussage nur «knapp» unzulässig sein soll. Wie ist der Begriff «knapp» zu deuten? Knapp vorbei ist doch auch daneben. Diese Unsicherheit des Bundesgerichts rührt wohl daher, weil sich das Bundesgericht vordringlich bei seiner Beurteilung an dem schwammigen Begriff «wohltuend» orientiert hat. Wenn man hingegen die gesamte Werbung, welche für diese Produkte gemacht wurde, betrachtet, so werden für den Badezusatz Aussagen wie: «fördern die Durchblutung; stärkt die Abwehrkräfte; die Nase wird freier; Sie atmen leichter, fühlen sich wohler» gemacht. Analog

.....

wird das Muskelbad mit den nachfolgenden Formulierungen beworben: «Kreislaufregend; durchblutungsfördernde Wirkung; Verbesserung des verspannten Rückens, verspannten Nackens; die Abgespanntheit lässt nach...». All diese Aussagen vermitteln den Eindruck einer inneren Wirkung, die eine Verbesserung des bestehenden angegriffenen Gesundheitszustands hervorruft. Damit werden krankheitslindernde Wirkungen propagiert, die für Lebensmittel und Kosmetika klar unzulässig sind. Die beurteilten Werbeaussagen sind somit gesetzeswidrig und dem Urteil des Bundesgerichts ist unter dieser ergänzenden Betrachtungsweise im Ergebnis auch zuzustimmen.

RA DR. SIGMUND PUGATSCH, ZÜRICH

.....

Téléphonie mobile: règlement tessinois corrigé

Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juin 2002 (1P.562/2001)

L'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant (ORNI), du 23 décembre 1999, est conforme à la loi fédérale sur la protection de l'environnement. Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence (ATF 126 II 399). Mais qu'en est-il du règlement d'application adopté le 26 juin 2001 par le Conseil d'Etat tessinois? Trois entreprises de télécommunications (TDC Switzerland, Orange Communications et Swisscom) l'ont attaqué par un recours de droit public. Les recourants estimaient notamment injustifié le fait que pour juger si les limites des émissions sont respectées dans un espace donné, le règlement se fonde sur une distance fixée à 100 mètres. Le Tribunal admet que la méthode des isolignes présente quelques avantages par rapport à la solution fondée simplement sur la distance. Mais, relève-t-il, elle n'est pas prescrite par le ch. 62 al. 1^{er} de l'annexe I ORNI qui, pour ce qui est des radiations des antennes, ne tient compte ni de leur intensité ni de leur direction. On ne peut pas non plus déduire de la genèse de cette disposition que le Conseil fédéral entendait définir l'espace déterminant de manière variable, en fonction de l'intensité et de la direction des radiations des antennes.

Le Tribunal fédéral considère toutefois que la limite choisie – 100 mètres – est inapte à atteindre le but poursuivi par le ch. 62 al. 1^{er} annexe I ORNI et que le règlement tessinois, sur ce point, viole la force dérogatoire du droit fédéral. Le Conseil fédéral est invité à fixer la limite lui-même, dans l'intérêt d'une unification au niveau fédéral (voir aussi l'arrêt du 8 avril 2002).

L'art. 5 du règlement obligeant les opérateurs à coordonner l'édification de leurs installations n'est pas contraire au droit fédéral, malgré la base légale douteuse d'une telle obligation. Le Tribunal fédéral relève la volonté déclarée du gouvernement tessinois de n'assurer la coordination que pour les zones non constructibles et les zones résidentielles non urbaines, de manière consensuelle.

L'art. 6 soumet l'installation et la modification d'antennes impliquant une augmentation des émissions à la procédure ordinaire pour les autorisations de construire, et exige

des opérateurs qu'ils informent la population intéressée «par des annonces dans tous les quotidiens locaux». Pour le Tribunal fédéral, un tel élargissement de la publicité donnée aux demandes de construire à la population du canton entier ne se justifie pas, puisque le droit de faire opposition, en la matière, n'est accordé qu'aux personnes directement touchées, donc à celles qui habitent le voisinage. ■

.....

Affiche contre l'avortement jugée diffamatoire

Arrêt du Tribunal fédéral du 14 mai 2002 (ATF 128 IV 53)

Dans le contexte du débat public qui s'était engagé en automne 1997 sur la modification des dispositions pénales sur l'avortement, un membre du parti démocrate-chrétien valaisan avait décidé de faire bouger les choses. Sa stratégie consista à attaquer trois femmes politiques clairement engagées en faveur de l'avortement légalisé. Il conçut pour cela une affiche anonyme, destinée à sensibiliser l'opinion publique à l'avortement. Elle mettait en scène la photographie d'un fœtus d'environ 20 semaines, des textes très provocateurs, ainsi que les photographies des trois femmes politiques valaisannes. Le 10 novembre 1997, avec l'aide d'une dizaine de personnes, il diffusa cette affiche dans tout le canton du Valais en 200 exemplaires. Les trois personnalités ont déposé plainte pénale pour diffamation et calomnie et se sont constituées parties civiles. Au terme d'une procédure pénale qui s'est déroulée jusqu'en appel, le Tribunal cantonal valaisan a condamné l'auteur de l'affiche pour diffamation et dommages à la propriété, tandis que les dix autres personnes impliquées ont été condamnées pour complicité, tous ayant pour le surplus été astreints au versement d'une amende. Les condamnés se sont pourvus en nullité au Tribunal fédéral, tant sur l'action pénale que sur l'action civile.

«Dans la discussion politique, l'atteinte à l'honneur punissable n'est admise qu'avec retenue (ATF 118 IV 248 consid. 2b p. 251) et, en cas de doute, doit être niée (ATF 116 IV 146 consid. 3c p. 150). La liberté d'expression indispensable à la démocratie implique que les acteurs de la lutte politique acceptent de s'exposer à une critique publique, parfois même violente, de leurs opinions (BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, Berne 1997, n. 10 ad art. 173 CP). Il ne suffit pas d'abaisser une personne dans la bonne opinion qu'elle a d'elle-même ou dans les qualités politiques qu'elle croit avoir. Echappent ainsi à la répression les assertions qui, sans faire apparaître la personne comme méprisable, sont seulement propres à ternir la réputation dont elle jouit comme politicien ou à ébranler la confiance qu'elle a en elle-même par une critique la visant en tant que politicien (ATF 119 IV 44 consid. 2a p. 47 et les arrêts cités). La critique ou l'attaque porte toutefois attein-

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

te à l'honneur protégé par le droit pénal si, sur le fond ou dans la forme, elle ne se limite pas à rabaisser les qualités de l'homme politique et la valeur de son action, mais est également propre à l'exposer au mépris en tant qu'être humain (ATF 105 IV 194 consid. 2a p. 196; BERNARD CORBOZ, loc. cit.)» En présence d'un texte à analyser, il faut non seulement prendre en compte les expressions utilisées séparément, mais également le sens général du texte dans son ensemble. Il ressort du texte de l'affiche que les trois femmes politiques visées «encouragent des traitements dégradants et sont, partant, dépourvues de sens moral, les rendant ainsi méprisables comme être humains». Le contenu de l'affiche étant attentatoire à l'honneur des trois politiciennes, la condamnation de son auteur pour diffamation doit être confirmée.

S'agissant des autres personnes impliquées qui ont participé à un titre ou à un autre à la diffusion de l'affiche, c'est l'art. 27 CP qui est déterminant. «Pour que l'art. 27 CP soit applicable, il faut que l'infraction en cause constitue un délit de presse, soit qu'elle ait été commise par la voie de la presse (par un média, selon le nouveau droit), qu'il y ait publication, puis que l'infraction soit consommée par la publication (ATF 125 IV 206 consid. 3b p. 211). La notion de presse doit être comprise dans un sens large (cf. DENIS BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, p. 332). Elle englobe tout écrit reproduit par un moyen mécanique permettant d'établir facilement un grand nombre d'exemplaires (ATF 74 IV 129 consid. 2 p. 130). Des écrits tels que affiches, tracts, feuillets publicitaires et prospectus entrent dans cette définition (DENIS BARRELET, op. cit., p. 332; ATF 117 IV 364 consid. 2b p. 365). Par publication, il faut entendre que l'écrit soit mis à disposition du public. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il ait effectivement été répandu de manière large. Un écrit est déjà publié lorsqu'il n'est répandu que dans un cercle limité, à condition qu'il ne soit pas remis seulement à des personnes déterminées, mais, à l'intérieur du cercle, à quiconque s'y intéresse (ATF 74 IV 129 consid. 2 p. 131; 82 IV 71 consid. 4 p. 80). Les infractions commises par voie de presse ne constituent pas toutes un délit de presse. Seules les infractions consommées par la publication tombent sous le coup de l'art. 27 CP. Tel est notamment le cas de l'atteinte à l'honneur, qui est consommée au moment de la publication (ATF 125 IV 206 consid. 3b p. 211 et la jurisprudence citée.)» En l'espèce, l'affiche constitue bien un écrit répondant à la notion de presse de l'art. 27 CP. L'infraction a été consommée lorsque les affiches ont été rendues publiques, soit au moment où elles ont été collées sur leur support. Lorsque l'auteur de l'infraction commise et consommée sous forme de publication par voie de presse est connu, il est seul punissable. C'est le système de la responsabilité particulière instauré par l'art. 27 CP, qui limite la responsabilité au seul auteur de l'infraction et, à titre subsidiaire, à un cercle limité de personnes. Celui qui a réalisé la maquette de l'affiche est intervenu dans le processus de production technique de l'affiche, tandis que ceux qui ont posé les affiches ont joué un rôle essentiel dans la publication. Aucun d'eux,

cependant, n'est punissable, car le régime spécial de l'art. 27 CP leur est applicable. ■

ANMERKUNGEN:

In diesem Entscheid geht es hauptsächlich um zwei Fragen: ob im konkreten Fall ein Plakat mit der Unterstellung, drei namentlich genannte Frauen befürworteten eine Tötungskultur in der Schweiz (in Verbindung mit der Abbildung eines blutüberströmten toten ca. 20 Wochen alten Fötus), ehrverletzend sei, und ob nicht nur der Autor des Plakats, sondern auch die mehreren «Anschläger» strafrechtlich verantwortlich sind. Die nachfolgende Kurzbesprechung befasst sich nur mit dem zweiten im Entscheid behandelten Aspekt. Was den ersten Teil anbetrifft, kann den Ausführungen des Bundesgerichts grundsätzlich zugestimmt werden.

Dürfen auch die Plakatverbreiter und -anschläger bestraft werden? Das Bundesgericht verneinte die Strafbarkeit mit dem Hinweis, die Kaskadenhaftung des Art. 27 StGB beziehe sich auch auf Verbreiter, weshalb diese bei bekanntem Autor nicht strafbar seien. Zur Frage, ob auch Verbreiter der Kaskadenhaftung unterstehen, ist eine Kontroverse entstanden. Das Bundesgericht hat diese These bereits in BGE 125 IV 206 ff. im Zusammenhang mit einem Buchhändler vertreten, der ein Buch vertrieb, dessen Autor wegen Verletzung der (französischen) Rassismuskultur verurteilt worden war. Weil ein Freispruch des Buchhändlers nicht opportun erschien, erklärte man kurzerhand die Kaskadenhaftung auf Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB als nicht anwendbar. In der erwähnten Kontroverse stützen sich die Befürworter der Unterstellung der Verbreiter unter die Kaskadenhaftung namentlich auf BGE 73 IV 67, der nebenbei, ohne dass dies im betreffenden Fall eine Rolle spielte, sinngemäss erklärte, auch Zeitungsverleger und Ablagehalter seien von Art. 27 StGB erfasst. Zur Gegenmeinung vgl. F. RIKLIN, Kaskadenhaftung – quo vadis?, *medialex* 2000, 199 ff., 206 f.; C. LUDWIG, Schweizerisches Presserecht, Bern/Stuttgart 1964, 157; C. BUSS, Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden, Diss. Bern 1991, 5.

M.E. müsste wie folgt differenziert werden: Unter der Herrschaft des früheren Art. 27 StGB bestand die Meinung, dass Presseudelikte im Zeitpunkt der Veröffentlichung vollendet sind, d.h. in dem Zeitpunkt, in welchem das Presseergebnis der Post übergeben wurde oder eine andere Art der Zustellung (wie das Austragen) begann (H. SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Band, 4. Aufl., Bern 1982, 310). Das Vertragen von Presseergebnissen wurden deshalb nur insoweit als pressemässige Mitwirkung angesehen, als es um die Veröffentlichung ging. Nur soweit z.B. Zeitungsverleger selber an der Veröffentlichung eines Presseergebnisses mit deliktischen Inhalt partizipierten und insofern an der Vollendung eines Presseudelikts beteiligt waren, wurden sie allenfalls von den Regeln über die Kaskadenhaftung erfasst.

Es gibt keine Anzeichen, die dafür sprechen, dass man dies im neuen Recht anders sieht. Im Einzelfall ist somit zu prüfen, ob ein Mediendelikt durch die Verbreitungshandlung vollendet wird. Das traf im vorliegenden Fall zu. Das öffentliche Plakatieren war die Veröffentlichungshandlung. Dem Bundesgericht ist somit im konkreten Fall zuzustimmen, nicht hingegen bzgl. der Verallgemeinerung der These, Verbreitungshandlungen seien stets von Art. 27 erfasst. Denn es wäre anders, wenn ein Medienprodukt bereits veröffentlicht ist. Dann kann es nur noch vertrieben werden. Blosser Verreiber oder Weiterverbreiter (wie z.B. ein Buchhändler, ein Kioskverkäufer, Kabelantennenbetreiber oder Access-Provider) fallen somit in aller Regel nicht unter das Medienstrafrecht. Sie verschaffen Zugang zu bereits veröffentlichten Medienprodukten. Andernfalls käme es wie erwähnt zu unerträglichen Konstellationen, falls z.B. ein Buchhändler ein Buch auch dann noch vertreiben würde, wenn der Autor wegen Verstosses gegen die Rassismuskultur bestraft worden ist. Deshalb muss man in einem solchen Fall keineswegs die Kaskadenhaftung ausser Kraft setzen, um ein unschönes Ergebnis zu vermeiden, wie dies das Bundesgericht in BGE 125 IV 206 ff. getan hat. Vielmehr haftet in diesem Fall der Verbreiter selbständig, falls man ihm einen Vorsatz nachweisen kann.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Livre sur Ben Laden: la justice genevoise compétente

Arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet 2002 (5C.110/2002)

Le Tribunal fédéral a renvoyé à la justice genevoise une affaire pour laquelle cette dernière s'était déclarée incompétente. En novembre 2001 était paru aux Editions Denoël Sàrl, Paris, le livre intitulé «Ben Laden, la vérité interdite». Saisi le 14 janvier 2002 d'une demande de mesures provisionnelles urgentes visant à interdire la diffusion en Suisse de cet livre, le Tribunal de première instance de Genève avait prononcé l'interdiction de diffusion. Le frère de Ben Laden, ainsi qu'une société anonyme saoudienne dont le siège est à Genève, avaient en effet saisi la justice genevoise, car ils estimaient que le livre en question portait atteinte à leur honneur en donnant au lecteur l'impression qu'ils étaient impliqués dans les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis. Sur recours de la maison d'édition et des auteurs du livre, la Cour de justice de Genève avait annulé la première décision et avait déclaré irrecevable la requête du 14 janvier 2002 en mesures provisionnelles. Statuant sur le recours en nullité déposé par le frère de Ben Laden et la société saoudienne, le Tribunal fédéral a constaté que tous les intimés avaient accepté la compétence des tribunaux genevois, à tout le moins de façon tacite. Il n'y avait par ailleurs pas d'autre juridiction exclusivement compétente pour trancher le litige et ce dernier présentait un lien manifeste avec le canton de Genève, canton de domicile des requérants. Il a donc constaté que la cour cantonale avait violé les règles de compétence territoriale et que les tribunaux genevois étaient compétents pour statuer sur la requête de mesures provisionnelles. ■

.....

Umstrittene «Teilnahme» an unbewilligten Demonstrationen

Urteile des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Februar 2002 (GG010737/U) und vom 6. Juni 2002 (GG020305/U; nicht rechtskräftig)

Das Bezirksgericht Zürich fällte zwei gegensätzliche Urteile im Zusammenhang mit der Teilnahme von Fotografen an Demonstrationen.

Mit Urteil und Verfügung vom 5. Februar 2002 sprach das Gericht einen Fotografen frei, der am 1. Mai 2000 Bilder einer unbewilligten 1.-Mai-Nachdemonstration schloss. Auf Grund der gemachten Fotos war davon auszugehen, dass der Fotograf zwischen Krawallanten und Polizisten hin und herging, da mehrere Filme Aufnahmen

von beiden Seiten enthielten. Gemäss Art. 260 Abs. 1 StGB macht sich des Landfriedensbruchs schuldig, wer an einer öffentlichen Zusammenrottung teilnimmt, bei der mit vereinten Kräften gegen Menschen oder Sachen Gewalttätigkeiten begangen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist unter «Zusammenrottung» eine Menschenansammlung zu verstehen, die nach aussen als vereinte Macht erscheint und die von einer für die bestehende Friedensordnung bedrohliche Grundstimmung getragen wird. Eine Zusammenrottung dann öffentlich, wenn sich ihr eine unbestimmte Zahl beliebiger Personen anschliessend kann (BGE 108 IV 34). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führt weiter aus, dass objektiv an einer Zusammenrottung teilnimmt, «wer kraft seines Gehabes derart im Zusammenhang mit der Menge steht, dass er für den unbeteiligten Beobachter als deren Bestandteil erscheint». Dies ist schon dann der Fall, wenn sich jemand «nicht als bloss passiver, von der Ansammlung distanzierter Zuschauer gebärdet». In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Täter um den Charakter der Menschenansammlung im Sinne einer «öffentlichen Zusammenrottung» weiss und sich ihr dennoch anschliesst beziehungsweise in ihr verbleibt (BGE 108 IV 36, bestätigt in BGE 124 IV 271). Der Richter kam zum Schluss, dass es für die Frage, ob der Fotograf als Teilnehmer der Nachdemonstration angesehen werden kann zentral sei, die gesamte relevante Zeitspanne von zwei bis drei Stunden zu berücksichtigen. Er sah es als erwiesen an, dass der Fotograf Demonstranten aus nächster Nähe fotografierte, zum andern sich aber auch räumlich vom Umfeld der Demonstranten distanzierte und Aufnahmen der Polizei machte. «Einem ausenstehenden Beobachter, der die gesamte Zeitspanne - beispielsweise aus einem Helikopter - überblickt hätte, wäre klar geworden, dass der sich zwischen den Parteien bewegend Angeklagte somit nicht der Krawallszene zugeordnet werden konnte und keinen Bestandteil derselben bildete».

Im zweiten Urteil, vom 6. Juni 2002, geht es um einen Fotografen, welcher am 1. Mai 2001 an der unbewilligten 1.-Mai-Nachdemonstration Bilder schoss. Zeugen wollen dabei gesehen haben, dass der Fotograf auch Steine geworfen habe. Der Einzelrichter stellte jedoch nach einer Abwägung von verschiedenen Aussagen fest, dass kein entsprechender Beweis vorliege, aber der Verdacht bestehe, dass der Fotograf am 1. Mai 2001 als Steinewerfer und Redelführer aktiv war. Zur möglichen Teilnahme des Fotografen an der Zusammenrottung führte der Einzelrichter was folgt aus: «Ausgangspunkt ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die in jedem Fall verlangt, dass jedermann, der in eine Zusammenrottung gelangt, sich nach aussen klar von der Menge absetzt (vgl. dazu BGE 108 IV 36). Das gilt grundsätzlich auch für Medienschaffende. Es schliesst aber ihre Anwesenheit inmitten der Zusammenrottung nicht aus, doch reicht in einem solchen Fall das Mitführen von Stift und Block oder eines Fotoapparats selbstredend für das geforderte Absetzen von der Menge nicht aus, weil der Medienschaffe so für den unbeteiligten Beobachter immer noch als Teil der gewalttätigen Menge erscheint. Zu for-

L avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

dem sind vielmehr - nebst tatsächlicher gegebener journalistischer Tätigkeit - deutlicher äussere Kennzeichen, die den Journalisten klar von der Menge unterscheiden, wie zum Beispiel beschriftete Jacke, Armbinde oder gut sichtbar umgehängter Presseausweis. Wer diese deutliche Kennzeichnung unterlässt und es vorzieht, als Journalisten inkognito zu arbeiten, riskiert im Falle der Teilnahme an einer Zusammenrottung strafrechtliche Sanktionen. Seinen Beweggründen zur Teilnahme ist höchstens im Rahmen der Bewertung seines Verschuldens und damit bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen.» Der Richter erkannte auch die Gefahr, dass Randalierende sich als Medienschaffende ausgeben könnten und so mit den journalistischen Privilegien ein Doppelspiel getrieben würde. Entsprechend verlangt er zudem, dass ein verdächtiger Journalist im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht in einer Strafuntersuchung nicht nur pauschal zu behaupten, sondern konkret darzulegen habe, dass er in der Wahrnehmung beruflicher Aufgaben an der Zusammenrottung teilnahm. «Zu denken ist in diesem Zusammenhang an eine vorgängige Registrierung, an das Mitführen entsprechenden Arbeitsgeräts, an den Nachweis einer Verbandsmitgliedschaft, die Vorweisung eines Presseausweises, den Nachweis einer Anstellung als Journalist etc.». Im konkreten Fall kam der Richter zum Schluss, dass sich der Fotograf in seiner Kleidung nicht von den übrigen Teilnehmer an der Zusammenrottung unterschied, einzig der Fotoapparat befand der Richter als atypisch. Er bestrafte jedoch den Fotografen zu einer Busse von CHF 1'000.00 wegen Landfriedensbruchs i. S. von Art. 260 Abs. 1 StGB.■

ANMERKUNGEN:

Das schwer kalkulierbare Risiko, von Art. 260 StGB erfasst zu werden, kann jeden «Normalbürger» treffen, der zufällig am falschen Ort ist. Journalisten sind ihm jedoch mehr als andere Menschen ausgesetzt, da sie bei der Berichterstattung über Demonstrationen darauf angewiesen sind, solche Risiken einzugehen, ohne zum Voraus einschätzen zu können, wie ihr Verhalten ex post dem äusseren Anschein nach gewürdigt wird.

Beim Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Februar 2002 war der Beschuldigte in einer glücklichen Lage: Aus seinen anlässlich der Zusammenrottung angefertigten Photos ging hervor, dass er sich nicht die ganze Zeit in der Menge der Demonstranten aufhielt, sondern zeitweise auch zwischen den Polizisten stand, weswegen er nicht als Teilnehmer der Zusammenrottung verurteilt werden konnte. Die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn sich der Photograph die ganze Zeit zwischen den Demonstranten aufgehalten hätte, wurde offengelassen.

Genau diese Frage lag nun aber dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Juni 2002 zugrunde. Dieser Entscheidung ist in verschiedener Hinsicht problematisch:

Zunächst war der Beschuldigte im Laufe der Untersuchung von verschiedenen Zeugen der aktiven Beteiligung an Gewalttaten (Steinwürfe) oder des Dirigierens der Menge mit Handzeichen bezichtigt worden. Auch der Richter hegte diesen Verdacht, konnte diese Geschehnisse jedoch, da die Zeugenaussagen kein einheitliches Bild ergaben und im Lauf des Verfahrens zusehends relativiert wurden, nicht als bewiesen ansehen. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese unglückliche Verdachtslage zur Folge gehabt haben könnte, dass die Möglichkeiten, die Art. 260 zur Verhängung einer Verdachtsstrafe bietet, ausgeschöpft wurden (vgl. dazu Hans VEST, Landfriedensbruch - Zufallsjustiz gegen Oppositionelle, SJZ 1988, 247-251, 249).

Problematisch war in diesem Fall die Frage, wann jemand an einer Zusammenrottung i.S.v. Art. 260 StGB teilnimmt. Die Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals wurde im Lauf der Zeit auf den blossen optischen Eindruck hin verengt: War nach älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts Teilnehmer, wer in der Zusammenrottung verbleibt oder sich ihr anschliesst, «obschon er die vom Haufen begangene Tat kennt und sie als Tat des Haufens billigt» (BGE 70 IV 33, 36; auch BGE 98 IV 41, 48), genügt es nach der neueren Rechtsprechung bereits, dass «jemand kraft seines Gehabens derart im Zusammenhang mit der Menge steht, dass er für den unbeteiligten Beobachter als deren Bestandteil erscheint. (...) Es genügt, dass er sich nicht als bloss passiver, von der Ansammlung distanzierter Zuschauer gebärdet» (BGE 108 IV 33, 36; 124 IV 269, 271). Auch dem optischen Eindruck nach nicht Teil der Zusammenrottung ist jedenfalls, wer in räumlicher Nähe erkennbar zusammenrottungsfremden Tätigkeiten nachgeht, z.B. Verletzten hilft (vgl. Fritz FALB, Demonstrationen und Strafrecht, ZStrR 1975, 321-304, 274).

Das Abstellen auf den optischen Eindruck birgt an sich bereits Probleme, da es hier stark auf die Spezifika der fraglichen Menschenmenge, aber auch auf die örtlichen Gegebenheiten ankommt: Bei kompakten Menschenmassen lassen die örtlichen Gegebenheiten vielfach eine erkennbare Distanzierung eines Einzelnen von der Masse nicht zu, weil Ausweichmöglichkeiten fehlen. Ist die Zusammenrottung bei grösserer Ausdehnung weniger dicht, versagt die Unterscheidung ebenfalls. Aufgrund dieser Mängel des optischen Kriteriums ist der älteren Rechtsprechung zu folgen, welche eine Billigung der Gewalttaten fordert, und Teilnahme nicht mit blosser Anwesenheit gleichzusetzen.

Auch gemessen an der neueren Rechtsprechung stellt das Bezirksgericht Zürich im Urteil vom 6. Juni 2002 überzogene Anforderungen an die Kennzeichnung von Journalisten. Die Aussage im Urteil, dass das Mitführen von Stift, Block und Photoapparat «selbstredend» für das geforderte Absetzen von der Menge nicht ausreicht, erscheint einigermassen apodiktisch: Die Benutzung derartiger Arbeitsgeräte kann durchaus hinreichend erkennbar machen, dass die entsprechende Person als Journalist zum Zwecke der Berichterstattung in der Menschenmenge weilt und damit einer zusammenrottungsfremden Tätigkeit nachgeht. Eine auffällige Kennzeichnung i.S. des Urteils kann also jedenfalls nur dann erforderlich sein, wenn sich die zusammenrottungsfremde Aktivität nicht anders visualisieren lässt. Eine generelle Kennzeichnungspflicht lässt zudem ausser Acht, dass die übermässige Kennzeichnung den Journalisten bei seinen Recherchen behindern oder ihn selber gefährden kann.

Nach dem Urteil vom 6. Juni 2002 sieht das Bezirksgericht Zürich die auffällige Kennzeichnung als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Nachweis zusammenrottungsfremder Tätigkeit an, sondern fordert, dass die berufliche Notwendigkeit der Anwesenheit an der Zusammenrottung besonders nachgewiesen werden müsse. Wer diesen Nachweis nicht erbringe, bleibe «unter dem Verdacht der Teilnahme an der Zusammenrottung». Zunächst einmal kann dieser Verdacht für eine Verurteilung nicht ausreichen. Hiefür müsste der Beweis für die Teilnahme erbracht werden. Weiter ist aber - ganz abgesehen von der mangelnden Praktikabilität mancher der vorgeschlagenen Nachweise - auch festzuhalten, dass mit einem solchen Erfordernis vom Kriterium des optischen Eindrucks abgewichen und ein tatbestandsfremder Nachweis zulasten des Bürgers eingeführt wird. Das ist nicht zulässig: Wer aufgrund optischer Differenzierung nicht Teil der Zusammenrottung ist, nimmt nicht i.S. von Art. 260 StGB daran teil, was mangels tatbestandsmässigen Handelns zur Straflosigkeit führen muss. Raum für einen anderweitigen Nachweis beruflicher Notwendigkeit der Anwesenheit an einer Zusammenrottung bliebe nur dann, wenn jemand den Tatbestand (etwa aufgrund ungenügender optischer Differenzierung) erfüllte, in seinem Handeln jedoch (z.B. durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen) gerechtfertigt wäre.

Im Ergebnis hat der letzte Entscheidung also die Rechtsunsicherheit, der sich Journalisten heute ausgesetzt sehen, weiter vergrössert. Man kann ihnen derzeit nur raten, sich bei der Polizei nach entsprechenden Armbinden zu erkundigen.

LIC. IUR. GERHARD FOLKA, FREIBURG

Busse für Journalisten wegen Amtsgeheimnisverletzung

Urteil des Einzelrichteramts für Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Mai 2002 (nicht rechtskräftig)

Drei Journalisten des SonntagsBlick wurden zu Geldbussen von je 800 Franken wegen «Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen» verurteilt, da diese im November 2000 über Ermittlungen gegen einen internationalen Mafia-Ring in der Schweiz berichtet und in dem Artikel aus «vertraulichen Dokumenten» zitiert haben. Die Angeklagten veröffentlichten praktisch wörtlich eine Meldung aus dem automatischen Fahndungssystem des Bundes RIPOL, deren Inhalt ihnen offenbar über Telefon vorgelesen wurde. Auf Grund der einschlägigen journalistischen Erfahrung sowie weiterer Beweise erachtete das Gericht es als erwiesen, dass die Angeklagten auch wussten, dass es sich bei der Mitteilung um eine RIPOL-Meldung handelte.

Der Einzelrichter erachtete weiter die RIPOL-Meldung von Gesetzes wegen als vertraulich, jedenfalls nicht öffentlich und damit formell geheim i. S. v. Art. 293 StGB. Eine Berechtigung zur Publikation lag nicht vor, da keine Autorisation durch eine zuständige Stelle vorgelegen habe. So wurde für den zur Publikation bestimmten Inhalt des Berichts und damit auch der RIPOL-Meldung nicht um ein Gut zur Publikation ersucht, was auch durch den Satz im Bericht «Doch offiziell wollten sowohl Interpol als auch das Bundesamt für Polizei die Recherchen des SonntagsBlick weder bestätigen noch dementieren» antizipiert angenommen werden könne, so der Einzelrichter.

Der von der Verteidigung vorgebrachte Rechtfertigungsgrund, dass die Publikation im öffentlichen, auch von der Bundesverfassung und der EMRK geschützten Interessen gelegen habe, liess der Einzelrichter nicht gelten: «(...) das Interesse von SonntagsBlick-Lesern an laufenden und sogar «energischen» Kriminalfahndungen gegen mutmassliche Vertreter des organisierten Verbrechens allein [ist] noch kein öffentliches Interesse, welches die Aufdeckung einer laufenden diskreten Überwachung von Verdächtigen in strafbefreiendem Sinne rechtfertigt. Von der Tatsache, dass in einem Rechtsstaat wie der Schweiz die zuständigen Behörden im Rahmen ihrer Möglichkeiten und gesetzlichen Aufträge ihre Funktionen erfüllen, ist auszugehen. Um den vom Verteidiger genannten öffentlichen Interessen

Rechnung zu tragen, hätte es genügt, in allgemeiner Form darüber zu berichten, dass die Bundesbehörden energisch und koordiniert mutmasslich international tätigen Kriminellen das Handwerk zu legen versuchten, so dass die Schweiz für die organisierte Kriminalität je länger desto weniger attraktiv sei. Eine Offenlegung eines formellen und materiellen Geheimnisses hätte es dafür nicht bedurft. (...) Der Gesetzgeber hat (...) an der Beschränkung der Pressefreiheit in Form von Art. 293 StGB festgehalten. Der Richter ist nicht befugt, diese auch im Lichte von Art. 10 EMRK gesetzlich zulässige und klare Beschränkung der Pressefreiheit im Einzelfall als nicht anwendbar zu erklären.» ■

.....

Mesures provisionnelles à l'encontre de M6 refusées à la SSR

Décision du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 3 juin 2002
(MP A2 6/02; non encore en vigueur)

Le 21 janvier 2002, la SSR a requis à l'encontre de M6 des mesures provisionnelles pour violation des dispositions relatives à la protection du droit d'auteur et contre la concurrence déloyale. Elle demandait que M6 soit interdite de diffuser en Suisse des œuvres protégées par le droit d'auteur et certaines séries télévisées dont elle avait l'exclusivité. Le Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté intégralement sur le fond la requête de la SSR. Il a tout d'abord rappelé que la requérante avait obtenu un droit exclusif de diffuser les œuvres concernées en Suisse romande, et M6 les droits lui permettant de diffuser les œuvres concernées en France. Il a ajouté que les programmes diffusés actuellement en Suisse romande et en France par M6 étaient transmis simultanément, et qu'il y avait ainsi identité de programme et inclusion dans le même territoire géographique. Le Tribunal a donc considéré qu'il n'y avait pas de diffusion nouvelle des œuvres concernées et partant pas de violation du droit d'auteur. Il n'a pas davantage reconnu d'actes de concurrence déloyale de la part de M6 qui se conforme aux prescriptions françaises, suisses et internationales en matière de télévision et de publicité. Il a estimé que le simple fait de tirer profit d'une situation particulière, mais légale, ne constituait pas un acte contraire à la bonne foi en matière de concurrence. ■