

Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat*

Urs Saxer

Dr. iur., LL.M, Rechtsanwalt und Privatdozent an der Universität Zürich

I. Zur Information und Kommunikation als staatliche Tätigkeit

Der Staat ist zu einem erheblichen Teil auch informierender Staat, und Öffentlich-

- * Überarbeitete Fassung eines anlässlich der Kommunikationsrechtstagung 2003 in Freiburg gehaltenen Vortrags. Der Autor dankt herzlich Herrn lic. iur. LORENZ ENGI für die Unterstützung bei der Aufbereitung für die Publikation.
- 1 Zur Entwicklung zum kooperierenden, verhandelnden und moderierenden Staat vgl. z.B. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000 S. 131 ff.; RAINER PITTSCHAS, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993 S. 219 ff. Zu den Verhältnissen bei komplexen Verwaltungsverfahren vgl. SCHUPPERT, op. cit. S. 133 f.
- 2 Vgl. EDWIN CZERWICK, Strukturen und Funktionen der Verwaltungskommunikation, DÖV 1997 S. 973; ferner KLAUS-ECKART GEBAUER, Regierungskommunikation, in: Otfried Jarren/Ulrich Scarcinelli/Ulrich Saxer (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft, Opladen/Wiesbaden 1998 S. 465 ff.; OTFRIED JARREN/PATRICK DONGES, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft. Eine Einführung, Bd. 1: Verständnis, Rahmen und Strukturen, Wiesbaden 2002 S. 164 f. Vgl. auch das Leitbild «Information und Kommunikation von Bundesrat und Bundesverwaltung» der Konferenz der Informationsdienste (KID) des Bundes, aufzufinden unter www.admin.ch/ch/d/cf/leit.pdf (besucht am 26. 1. 2004).
- 3 Vgl. SCHUPPERT (FN 1) S. 723 ff. m.w.N. Vgl. auch ULRICH SARCINELLI, Legitimität, in: Jarren/Scarcinelli/Saxer (FN 2) S. 253 ff.
- 4 Vgl. hierzu auch JÖRG PAUL MÜLLER, Responsive Government: Verantwortung als Kommunikationsproblem, ZSR 1995, I, S. 3 ff.
- 5 Vgl. hierzu den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (E BGÖ) mit Botschaft, BBl 2003 1963 ff. Gemäss Art. 1 soll das Gesetz die Transparenz der Verwaltung fördern; hierzu auch ISABELLE HÄNER, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen - Neuere Entwicklungen, ZBl 6/2003 S. 281 ff.; ferner THIERRY TANQUEREL/François BELLANGER, L'administration

keitskommunikation ist unabdingbarer Teil seiner Tätigkeit. Darin reflektiert sich u.a. auch der Wandel zu einer Informations- und Kommunikationsgesellschaft, in welcher die Aktivitäten von Verwaltungen und Behörden in die Medienöffentlichkeit eingebettet sind, dies im politischen Prozess, aber auch bei komplexen Verwaltungsverfahren¹. Daher darf der Staat im Wettstreit um die knappe Ressource «öffentliche Aufmerksamkeit» nicht zu kurz kommen. Behörden müssen zur Aufgabenerfüllung ihre Anliegen der Allgemeinheit vermitteln können, denn staatliche Entscheidungen sind auch Kommunikationsprozesse. Mit öffentlicher Kommunikation werden staatliche Entscheidungs- und Handlungsprozesse vorbereitet, gesteuert, durchgesetzt und gerechtfertigt², dies u.a. im Sinne eines Akzeptanzmanagements einzelner Entscheidungen und eines allgemeinen Legitimitätsmanagements des Staates und seiner Institutionen³.

Besonders in der Schweiz mit ihren nach wie vor konkordant geprägten Regierungssystemen und ihren direkt-demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten sind Staat und Verwaltungen in hohem Mass auf funktionsfähige Kommunikationsbeziehungen angewiesen. Öffentliche Kommunikation von und mit Behörden und Verwaltungen ist hierbei Teil eines demokratiegeprägten Dialogs⁴. So hat die Öffentlichkeit, haben die Stimmberechtigten ein besonderes und legitimes Interesse an Informationen und Stellungnahmen von Behörden. Ferner erfüllt eine aktive amtliche Informationspolitik auch Forderungen nach Transparenz der Tätigkeit von Verwaltungen und Behörden - Forderungen, welche sich namentlich in einer Abkehr von der Geheimhaltungsmaxime und in einer Zuwendung zur Verwaltungsöffentlichkeit äussern⁵.

Résumé: *L'Etat a un droit, et en partie un devoir, d'informer le public. Comme pour toute activité étatique, cette activité générale d'information est soumise à la Constitution. Dans chaque cas particulier, il faut avant tout procéder à une pesée des intérêts privés ou publics qui s'opposent. Cette pesée doit se faire sous le signe de la communication, afin de diffuser le plus possible d'informations au public. Ce faisant, il faut également tenir compte du rôle particulier des médias. Il n'est toutefois pas possible de concevoir entièrement la communication des autorités sous l'angle constitutionnel ; cela n'est pas non plus souhaitable. On ne peut pas énoncer plus que des règles sommaires.*

Zusammenfassung: *Der Staat hat ein Recht und teilweise eine Pflicht, die Öffentlichkeit zu informieren. Diese allgemeine Informationstätigkeit ist wie jedes andere staatliche Handeln konstitutionell gebunden. Diese Determinanten äussern sich vor allem in einer auf den Einzelfall bezogenen Pflicht zur Abwägung zwischen dem Informationsinteresse und kollidierenden, öffentlichen oder privaten Rechten und Interessen. Die Abwägung ist kommunikationsorientiert vorzunehmen, um Öffentlichkeitsinformationen möglichst zuzulassen. Dabei ist auch auf die besondere Rolle der Medien Rücksicht zu nehmen. Eine vollständige rechtsstaatliche Erfassung der Behördenkommunikation ist indessen nicht möglich und auch nicht wünschbar. Mehr als Faustregeln lassen sich nicht bilden.*

II. Rechtsstaatliche Anforderungen an allgemeine Behördeninformationen

1. Ausgangslage

Die Verfassungslage reflektiert diese Bedeutung staatlicher Öffentlichkeitsinformationen nicht angemessen: Aus der Informationsfreiheit ergibt sich bekanntlich nur das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten, demgegenüber kein selbständiges Recht auf Information bzw. Einblicknahme in die staatliche Tätigkeit oder eine Pflicht des Staates, die Öffentlichkeit zu informieren⁶. Hinter dieser Zurückhaltung steht wohl die unausgesprochene, obrigkeitsstaatlich geprägte Auffassung, Informationsrechte im Sinne konstitutioneller Leistungsansprüche seien den staatlichen Interessen potentiell abträglich. JÖRG PAUL MÜLLER hat hierzu schon vor mehr als zwanzig Jahren bemerkt, die verfassungsmässig gewährleistete freie Meinungsbildung würde vereitelt, wenn eine Regierung ihre Tätigkeit oder die Aktivitäten der Verwaltung von der Öffentlichkeit fernhalten wollte⁷. Ferner schafft gerade Transparenz, mit den gebotenen Ausnahmen zum Schutz wichtiger Rechtsgüter, Vertrauen und sichert längerfristig die Legitimität des Staates und seiner Institutionen. Und der Staat selber ist aus den erläuterten Gründen dringend darauf angewiesen, die Öffentlichkeit informieren zu können.

Mit der vermehrten Zuwendung zum Öffentlichkeitsprinzip und der Festlegung einer allgemeinen Pflicht zu einer aktiven behördlichen Informationspolitik im Bund sowie in einigen Kantonen wurde dieser Kritik immerhin teilweise Rechnung getragen⁸. Auf Verfassungsstufe scheint indessen der grundsätzliche, allgemeine Zusammenhang mit den Kommunikationsgrundrechten sowie den politischen Rechten zu wenig auf: Informationen sind unabdingbar, um von der Informations- und Meinungsfreiheit konkret Gebrauch machen zu können; auch eine informierte Ausübung der politischen Rechte setzt voraus, dass die Stimmberechtigten von den zuständigen Behörden über ihre Tätigkeit informiert werden. Schliesslich sind die Medien auf behördliche Informationen angewiesen, um ihre Kritik- und Kontrollfunk-

tion angemessen einnehmen zu können.

Unbestritten ist demgegenüber, dass die staatliche Informationstätigkeit verfassungsrechtlichen bzw. rechtsstaatlichen Bindungen unterliegt. Lehre und Praxis differenzieren hierbei je nach Art der behördlicher Informationstätigkeit. Eine grundlegende Unterscheidung besteht zwischen behördlichen Öffentlichkeitsinformationen und Informationsrechten von bzw. -pflichten gegenüber besonders betroffenen Privaten, für welche zumeist eine besondere Rechtsgrundlage besteht⁹. Rechtsstaatlich verschieden behandelt werden sodann die verwaltungsinterne und die verwaltungsexterne Kommunikation¹⁰. Bei der amtlichen Öffentlichkeitskommunikation ist schliesslich eine rechtliche Kategorisierung je nach der Art bzw. dem Gegenstand der Information üblich geworden.

Hier besteht die wohl einlässlichste Praxis zum Problem behördlicher Stellungnahmen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, welche durch eine Rücksichtnah-

transparente, Genf/Basel/München 2002; STEPHAN C. BRUNNER, Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Patrick Sutter (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer, Zürich/Basel/Genf 2003 S. 31 ff.

6 Vgl. Art. 16 Abs. 2 BV; hierzu auch ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, St. Galler Kommentar zu Art. 16 BV Rz 31 ff.; vgl. auch BGE 113 Ia 317; 104 Ia 95.

7 Vgl. ZBJV 1980 251 f.

8 Vgl. Art. 180 Abs. 2 BV sowie Art. 10, 10a, 11 34, 40 und 54 RVOG; hierzu auch das Informationsleitbild des KID (FN 2). Vgl. als neuesten Regelungsversuch den Entwurf zu einem Gesetz über die Information und den Datenschutz (E IDG) des Kantons Zürich, aufzufinden unter www.justiz.ch (besucht am 14. 1. 2004), der für die Gemeinwesen und öffentlich-rechtlichen Körperschaften des Kantons den Datenschutz zusammen mit dem Öffentlichkeitsprinzip und der Öffentlichkeitsinformation regelt.

9 Z.B. in Verfahrensgesetzen; anstatt vieler MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000; im Datenschutzrecht, hierzu z.B. das Auskunftsgesetz gemäss Art. 8 DSG; oder in einem Öffentlichkeitsgesetz wie z.B. in Art. 6 E BGÖ.

10 Bei ersterer handelt es sich um Information und Kommunikation als verwaltungsinternes Arbeitsmittel, das u.a. Probleme des Datenschutzes aufwirft; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/HERBERT BURKERT, Verwaltungsinformationsrecht, SBVR Rz 9 ff.

me auf die freie Meinungsbildung und die Ausübung der politischen Rechte bestimmt ist¹¹. Die rechtsstaatlichen Grundsätze zur Informationstätigkeit von Gerichten regeln das Spannungsverhältnis von richterlicher Unabhängigkeit, Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Justiz und den Rechten der Verfahrensbeteiligten, bei Strafprozessen namentlich der Unschuldsvermutung¹². Bei amtlichen Warnungen und Empfehlungen stellen sich Probleme unter dem Aspekt der Verhaltenssteuerung ohne Rechtskraft¹³.

Keine verbindliche Doktrin und Praxis besteht demgegenüber zum hier besonders interessierenden Normalfall staatlicher Kommunikation, nämlich zum breiten Feld allgemeiner oder auf spezifische Ereignisse und Vorgänge bezogener Informationen und Stellungnahmen durch Behörden und Verwaltungen im Rahmen ihrer Tätigkeit. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass sich staatliches kommunikatives Handeln den traditionellen Rechtsformen des Verwaltungshandelns weitgehend entzieht. Es ist nicht wie z.B. die formelle Verfügung, welche eine individuelle Rechtsbeziehung begründet, ändert oder beendet, auf rechtserhebliche Wirkungen ausgerichtet und dient nicht der zweckgerichteten Steuerung konkreter Verhältnisse bzw. der spezifischen Verhaltenssteuerung. Vielmehr ist kommunikatives Handeln dem informellen bzw. schlichten Verwaltungshandeln zuzuordnen und entsprechend nicht als formalisierten Akt, sondern als Realakt zu qualifizieren, dies u.a. zusammen mit amtlichen Warnungen, Appellen und Empfehlungen¹⁴.

Dies ändert freilich nichts daran, dass eine behördliche Kommunikationspolitik ein staatliches Handeln darstellt. Daraus folgt prinzipiell eine Bindung an die in Art. 5 BV festgelegten rechtsstaatlichen Grundsätze, sowie, da Behördeninformationen Mittel zur staatlichen Aufgabenerfüllung sind, gemäss Art. 35 Abs. 2 BV eine Grundrechtsbindung. Indessen sind, wie nachfolgend zu zeigen ist, diese rechtsstaatlichen Anforderungen teilweise gelockert.

2. Gesetzliche Grundlage

Viele Gemeinwesen regeln ihre Informationstätigkeit, aber keineswegs alle. Eine aus-

drückliche gesetzliche Normierung erscheint nicht zwingend erforderlich. Weil Öffentlichkeitsinformation als Realhandeln grundsätzlich nicht auf Verhaltenssteuerung oder auf die Gestaltung individueller Rechtsverhältnisse ausgerichtet ist, entfallen wesentliche Gründe für die Aktualisierung einer Schutzfunktion des Legalitätsprinzips. Behördeninformation ist sodann öffentliche Kommunikation der Behörde über deren eigene, auf Gesetz beruhende Tätigkeit. Als Mittel und notwendiger Bestandteil der Aufgabenerfüllung ist die allgemeine Informationstätigkeit in einer Kommunikationsgesellschaft in den gesetzmässigen Zuständigkeiten weitgehend impliziert. Behörden müssen grundsätzlich ein Recht zur Öffentlichkeitsinformation haben, dies als Ausfluss ihrer allgemeinen Zuständigkeit in einem bestimmten Sachbereich und, bei politischen Behörden, als Folge ihrer politischen Verantwortlichkeit¹⁵. Ihre Informationen erfolgen im übrigen nicht nur im Interesse der informierenden Behörde, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit sowie der Stimmberechtigten¹⁶. Dies alles spricht dafür, aus verfas-

11 Eingehend hierzu PIERREMARCO ZENRUFFINEN, L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 S. 349 ff., insb. S. 355 ff. Rz 21 ff. Vgl. auch die Garantie der politischen Rechte in Art. 34 BV, welche gemäss Abs. 2 die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe schützt; hierzu auch GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV Rz 13 f. m.w.N.

12 Zu amtlichen Mitteilungen in Zusammenhang mit Gerichtsverfahren FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Medienberichte über hängige Gerichtsverfahren im Licht der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes und der EMRK-Organe, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1998 S. 299 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang die vom Ministerkomitee des Europarates am 10. Juli 2003 angenommene Recommendation 13 (2003) über die Verbreitung von Informationen durch die Medien über Strafverfahren; hierzu auch DENIS BARRELET, Les principes européens régissant l'information sur les affaires pénales, *medialex* 3/2003 S. 141 f.

13 Hierzu vor allem PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 1999 Bd. 118 NF, 2. Halbband S. 355 ff.; ferner allgemein PATRICK NÜTZI, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Diss. Bern 1995.

14 Vgl. auch SCHUPPERT (FN 1) S. 230 ff. und S. 253 ff.; TSCHANNEN (FN 13) S. 399 ff. Rz 72 ff.

15 PAUL RICHLI, Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990, Band 109 NF S. 151 ff., 162. Differenzierend SCHWEIZER/BURKERT (FN 10) Rz 26 ff.

16 Es besteht daher eine Pflicht, die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger im Vorfeld von Abstimmungen mit Informationen zu versorgen; vgl. PASCAL MAHON, L'information par les autorités, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 1999, Bd. 118 NF, 2. Halbband, S. 201 ff., 233 f. Rz 26. Amtliche Informationen im Vorfeld von Abstimmungen bedürfen denn auch keiner speziellen Rechtsgrundlage: YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY-STRULLER, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 1035 f. Rz 2596.

sungsrechtlicher Sicht im Normalfall für eine allgemeine staatliche Informationstätigkeit keine besondere Rechtsgrundlage zu fordern.

Höhere Anforderungen an die Rechtsgrundlage bestehen, falls behördliche Informationen die Rechte und Interessen Dritter tangieren, falls sie verhaltenssteuernd wirken oder falls ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen einer Information entgegenstehen. Betrachtet man allerdings die bestehenden gesetzlichen Regelungen, so verweisen diese im wesentlichen auf eine Pflicht zur Abwägung von entgegenstehenden Interessen¹⁷. Insoweit ist der rechtsstaatliche Gewinn ausdrücklicher Normierungen eher gering, zumal sich auf Abwägungsvorgängen beruhende Entscheidungsprozesse normativ nur beschränkt vorstrukturieren lassen¹⁸. Verhaltenssteuernde Informationen sind demgegenüber im Licht der bundesgerichtlichen Praxis zu Warnungen und Empfehlungen zu würdigen, aus welcher sich u.U. die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage ergeben kann¹⁹. Eine Rechtsgrundlage ist ferner erforderlich, wenn Behörden eigentliche Informationspflichten auferlegt werden sollen.

Eine bessere gesetzliche Durchdringung der allgemeinen behördlichen Informationsstätigkeit ist an sich durchaus wünschbar bzw. erforderlich zur Festlegung von Zuständigkeiten und von Informationspflichten sowie z.B. zur Regelung des Verhältnisses zu gesetzlichen Vertraulichkeitspflichten. Indes dürfen die Erwartungen an

die normative Kraft von Regelungen mit Bezug auf die konkrete Informationspolitik über einzelne Vorgänge nicht überspannt werden: Mehr als Faustregeln lassen sich angesichts des Umstands, dass es sich oft um einzelfallbezogene Abwägungsvorgänge handelt, nicht bilden.

3. Öffentliches Interesse

Generelle und spezifische Öffentlichkeitsinformationen zählen heutzutage zu den selbstverständlichen Staatsaufgaben und zu den unverzichtbaren Mitteln der Staatstätigkeit. Sie liegen in einem öffentlichen Interesse. Insbesondere sind offizielle Informationen und Stellungnahmen unabdingbar dann, wenn die Tätigkeit von Behörden kritisiert und ins Rampenlicht der Öffentlichkeit gerät²⁰. Andernfalls können Behörden bei einer zu zurückhaltenen Informationspolitik derart stark unter Druck geraten, dass ihre Legitimität, die Legitimität der Amtsträger sowie die Effektivität ihrer Tätigkeit gefährdet wird. Wesentliche Informationsinteressen haben aus den erläuterten Gründen auch die Öffentlichkeit aus politischen und die Stimmberechtigten aus demokratischen Gründen. Ferner ist immer wieder denkbar, dass Private für die sinnvolle Nutzung gesetzlicher Rechte auf behördliche Informationen angewiesen sind. Schliesslich können die Medien ihre Funktion als public watchdog²¹ nur dann effektiv erfüllen, wenn Behörden über ihre Tätigkeit informieren. Daher ist zu postulieren, dass Behörden bei wichtigen Vorfällen oder bei einer erheblichen Zahl von Personen betreffenden Entwicklungen, Vorgängen etc. praktisch eine Informationspflicht trifft, dies als Reflex der Informationsfreiheit sowie als Ausfluss einer allgemeinen Amtspflicht in einer Medien- und Informationsgesellschaft²².

Das öffentliche Interesse ist im konkreten Fall zu prüfen, wobei der Fall selten eintreten dürfte, dass eine Behörde eine Öffentlichkeitsinformation erwägt, obschon ein Informationsinteresse schlicht nicht besteht. Behörden sollten grundsätzlich einen grossen Spielraum bei der Festlegung ihrer Kommunikationspolitik haben und selber entscheiden können, welche Informationen sie als im öffentlichen Interesse stehend betrachten. Allerdings besteht ein Informationsinteresse in der Regel nur im

17 Vgl. z.B. Art. 180 Abs. 2 BV, Art. 10 Abs. 3 RVOG, Art. 16 Abs. 1 und 26 Abs. 1 IG BE.

18 Allgemein zur Schwierigkeit informationsbezogener verwaltungsrechtlicher Regelungen SCHWEIZER/BUKERT (FN 10) Rz 26 ff.

19 Vgl. BGE 118 Ib 473 ff.

20 Allgemein zur Glaubwürdigkeit der Verwaltung und zum Schutz der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen als öffentliche Interessen MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Habil. Bern 2001 S. 337 ff.

21 Vgl. die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Observer und Guardian c. Grossbritannien, Ser. A Nr. 216, Ziff. 59, auch in EuGRZ 1995 S. 20. Zur Wächterfunktion der Massenmedien zuhanden einer demokratischen Öffentlichkeit JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage Bern 1999 S. 296 ff.; vgl. auch BGE 116 IV 31 ff.; 126 III 212; 122 III 457.

22 So auch das Informationsleitbild der KID (FN 2), wonach die Informationsorgane zu aktiver, sachlicher, umfassender und zielgerechter Information verpflichtet sind; Information der Öffentlichkeit wird hierbei als Bringschuld bezeichnet. Vgl. auch MÜLLER (FN 21) S. 294 ff., der für eine Weiterbildung der Informationsfreiheit plädiert.

Verantwortungsbereich der informierenden Behörde sowie bei einer besonderen Betroffenheit durch Handlungen oder Entscheidungen anderer Behörden oder Gemeinwesen. Insoweit begrenzt die materielle und funktionelle Zuständigkeit von Behörden und Verwaltungsstellen auch das öffentliche Interesse. Aus dem öffentlichen Interesse ist ferner abzuleiten, dass behördliche Informationen und Stellungnahmen nicht zu sachfremden, z.B. propagandistischen Zwecken oder im ausschliesslichen Interesse Dritter eingesetzt werden dürfen²³. Vielmehr haben Informationen zur Erfüllung der Aufgabe der informierenden Behörde bzw. im Interesse der Allgemeinheit zu erfolgen.

Eine genauere Interessenprüfung ist beim Vorliegen entgegenstehender öffentlicher und/oder privater Interessen notwendig. In diesen Fällen sind im Verfahren praktischer Konkordanz die Interessen gegeneinander abzuwägen, dies im Rahmen einer umfassenden, auch von der Verhältnismässigkeit geprägten Interessenabwägung.

4. Verhältnismässigkeit

Die Proportionalität ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da öffentliche Informationen zu einem erheblichen Teil auch Mittel zum Zweck sind, also Teil der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung, und eine behördliche Informationspolitik nur beschränkt normativ gebunden werden kann²⁴. Daher nimmt die Verhältnismässigkeit angesichts einer sonst nur beschränkten rechtsstaatlichen Durchdringung des behördlichen Informationsrechts eine rechtsstaatliche Korrektivfunktion ein. Im Normalfall, in welchem einer Information keine weiteren öffentlichen oder privaten Interessen entgegen stehen, dürfte sie allerdings kaum zu grösseren Diskussionen Anlass geben. Immerhin: Die Kriterien der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit der Eingriffswirkungen auf Betroffene können auch hier fruchtbar gemacht werden. So macht es durchaus Sinn zu prüfen, inwieweit im konkreten Fall eine Öffentlichkeitsinformation bzw. die Art der Information geeignet ist, die damit bezweckten Ziele im Licht der behördlichen Aufgabenerfüllung und der Informationsinteressen der Öffentlichkeit zu erreichen. Ferner ist auch die Frage zu stellen, ob der

Informationsaufwand in einem vernünftigen Verhältnis zum Informationsgehalt und zum Informationszweck steht.

Entscheidende Bedeutung hat die Verhältnismässigkeit jedoch vor allem als Teil einer Interessen- und Güterabwägung im konkreten Fall.

III. Entgegenstehende Rechte und Interessen: Abwägung und praktische Konkordanz

1. Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Abwägung

Der Kern rechtsstaatlicher Bindung einer behördlichen Informationspolitik liegt im wesentlichen, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, im Erfordernis einer konkretisierenden Interessenabwägung dann, wenn die Information bzw. die Stellungnahme geeignet ist, die Interessen und Rechtsgüter Dritter oder andere öffentliche Interessen zu tangieren²⁵. Kollidierende Rechtsgüter und Interessen sind denkbar in der Form von gesetzlichen Verschwiegenheits- und Geheimnispflichten²⁶; des Schutzes ordnungsgemässer Verwaltungs-, Gerichts- sowie Strafverfahren unter Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten; des Schutzes nicht-öffentlicher politischer Entscheidungsverfahren und, bei Kollegialbehörden, des Kollegialitätsprinzips²⁷; der Interessen und der Zuständigkeiten mitbetroffener Behörden und Amtsstellen; schliesslich von gesetzlich oder grund-

23 Ähnlich auch das Informationsleitbild KID (FN 2), wonach Propaganda, Suggestion, Manipulation, Vertuschung, Lüge und Desinformation nicht zulässig sind; ferner ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz 1393 ff. S. 396 f.; TSCHANNEN (FN 13) Rz 117 S. 428.

24 Allgemein zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Verwaltungsinformationsrecht SCHWEIZER/BURKERT (FN 10) Rz 29 ff.; ferner RICHLI (FN 15) S. 164 ff.; TSCHANNEN (FN 13) Rz 123 ff. S. 431 f.

25 Zum Interessenausgleich auch BRUNNER (FN 5) S. 43 ff.; ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le projet de loi fédérale sur la transparence: transparence de l'administration ou des citoyens?, in: Tanquerel/Belanger (FN 5), S. 131 ff., 154 ff.

26 Vgl. auch die Informationsgrundsätze der KID (FN 2).

27 Vgl. KURT NUSPLUGER, Regierungsarbeit und Öffentlichkeit, *medialex* 3/2001 S. 150 ff.; ferner BERNHARD EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 177 BV Rz 2 ff. m.z.N.; vgl. auch den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates an den Rat über die «Informationsaktivität des Bundesrates und der Bundesverwaltung in ausserordentlichen Situationen», BBl 1997 III 1568 ff. (insb. 1573).

rechtlich geschützten Interessen Privater²⁸. Häufig wird es sich um gesetzlich ausdrücklich geregelte Rechte und Interessen handeln, aber nicht immer: Kollidierende Interessen können sich auch mittelbar aus gesetzlichen Regelungen ergeben.

Im Kollisionsfall kann in der Regel nicht einfach allgemein geprüft werden, ob im Licht der entgegenstehenden Interessenpositionen ein öffentliches Interesse an der Information besteht oder nicht. Zwar findet sich in gesetzlichen Regelungen regelmässig die Formel, behördliche Informationen seien zulässig, sofern im konkreten Fall nicht (überwiegende) öffentliche oder private Interessen entgegen stehen²⁹. Diese Umschreibung birgt indes die Gefahr eines Schematismus, weil mit ihr eine Entscheidung über alles oder nichts suggeriert wird. Dies kann rechtsstaatlich nicht befriedigen, denn zu berücksichtigen sind u.a. auch die Informationsbedürfnisse der zuständigen Behörde und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Bei der in hohem Mass vom Einzelfall geprägten und auf den konkreten Informationsanlass bezogenen Interessen- und Rechtsgüterabwägung ist daher im Verfahren praktischer

Konkordanz zu versuchen, die Informationspolitik konkret der gegebenen Situation und Sachlage anzupassen und, unter Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen, trotzdem, soweit dies möglich ist, zu informieren. Gerade darin zeigt sich auch der bedeutende Einfluss der Verhältnismässigkeit.

2. Zu berücksichtigende Interessen

Der Kreis der im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigenden Interessen hängt stark vom konkreten Informationsanlass ab, was Verallgemeinerungen Grenzen setzt. Immerhin lassen sich Leitlinien aufzeigen. So ist einmal das öffentliche Interesse an einer Information, sei dies ein Informationsbedürfnis der zuständigen Behörden und vor allem ein Interesse der Öffentlichkeit an Informationen zu einem bestimmten Vorfall oder Ereignis, zu berücksichtigen³⁰, dies auch vor dem Hintergrund der konstitutionellen Garantien der Rechte öffentlicher Kommunikation und politischer Partizipation. Dem stehen die im konkreten Fall durch eine Information tangierten Rechte und Interessen gegenüber, welche sich bereits aus der Verfassung, vor allem aber direkt oder indirekt aus gesetzlichen Regelungen ergeben können.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht können z.B. Aspekte der Persönlichen Freiheit, der Rechtsgleichheit³¹, des Willkürverbots oder des Vertrauensschutzes eine Rolle spielen³². Im übrigen sind die gegenläufigen Interessen durchaus vergleichbar dem Kreis der Interessen, welche unter dem Öffentlichkeitsprinzip Einschränkungen des Zugangs zu amtlichen Akten zulassen³³. Der bundesrätliche Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (BGÖ) erwähnt in diesem Zusammenhang unter anderem den Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung von Behörden und Gerichten, die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz sowie die aussenpolitischen Interessen, den Vertraulichkeitsschutz freiwilliger Informationen Dritter und die Privatsphäre Dritter. Diese Interessen können auch bei einer behördlichen Informationspolitik wegleitend sein³⁴. Daraus ergibt sich e contrario, dass behördliche Informationen in Sachbereichen, bei

28 Vgl. als Beispiel die Formulierung in Art. 10 Abs. 3 RVOG, welche bei Informationen des Bundesrates die besonderen Bestimmungen zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen vorbehält. Vgl. allgemein ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée, medalex* 4/2003 225 ff.

29 Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 3 RVOG; ferner Art. 16 Abs. 1 und 26 Abs. 1 IG BE.

30 Ein besonderes Gewicht haben diese Interessen bei gesetzlichen Informationspflichten und in Gemeinwesen, die das Öffentlichkeitsprinzip verwirklicht haben. Vgl. zum öffentlichen Interesse an Informationen auch BGE 118 Ib 479.

31 So wäre es mit der Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverboten wohl kaum vereinbar, wenn in Polizeinachrichten bei verdächtigen Personen mit einer bestimmten Staatsangehörigkeit immer auf diese Nationalität hingewiesen würde, während bei anderen Verdächtigen ein solcher Hinweis entfällt.

32 So verlangt das Vertrauensprinzip, dass bei Personen, welche gestützt auf Gesetz oder spezielle Vereinbarung in einem Vertrauensverhältnis zu Behörden stehen und in diesem Rahmen Dispositionen treffen, Öffentlichkeitsinformationen in der Regel nur nach vorgängiger Rücksprache bzw. in Koordination mit den Betroffenen erfolgen sollten.

33 Vgl. Art. 7 E BGÖ. Zur Kritik dieser Bestimmung auch BERTIL COTTIER, *Loi fédérale sur la transparence: deux pas en avant, un en arrière, medalex* 1/2003 S. 9 f.

34 Die Analogie mit Art. 7 E BGÖ findet allerdings bei der Interessenbewertung eine Grenze. Öffentliche Informationen stehen selber in einem öffentlichen Interesse, welches möglicherweise mit anderen öffentlichen oder privaten Interessen kollidiert. Dies indiziert, dass bei Öffentlichkeitsinformationen tendenziell Beeinträchtigungen bzw. Gefährdungen kollidierender Interessen und Rechtsgüter weniger schnell angenommen werden sollten als bei Einsichtsrechten Privater.

denen keine Restriktionen des allgemeinen Aktenzugangs bestehen, grundsätzlich zulässig sein sollten, denn wo der Einzelne voraussetzungslos behördliche Akten einsehen kann, sind Akten praktisch öffentlich. Es gibt nun allerdings gesetzliche Bestimmungen, namentlich Verschwiegenheitspflichten, welche nach ihrem Wortlaut eine Abwägung nicht zulassen. Ist damit eine Interessenbewertung ausgeschlossen? Dies würde bedeuten, dass Informationsinteressen immer zurückzutreten hätten. Ob dies der Fall ist, hängt primär von einer Interpretation der Norm im Hinblick auf ihren Zweck, die geschützten Rechtsgüter und den Adressatenkreis ab. Soweit solche Normen amtliche Geheimnisse schützen und damit die Geheimnisträgerschaft beim Staat liegt, kann die zuständige Behörde im Einzelfall aus Gründen eines überwiegenden Informationsinteresses auf die Vertraulichkeit verzichten. Beim Geheimnisschutz privater Interessen ist das nicht möglich. In der Regel dürften aber auch private Geheimnisse nicht absolut geschützt sein, so dass sie einer Abwägung im Grundsatz zugänglich sind und es von einer auf den konkreten Fall bezogenen Interessenwertung abhängt, ob und allenfalls wie grundsätzlich geheimnisgeschützte Informationen veröffentlicht werden dürfen³⁵.

3. Interessenbewertung; Schaffung kommunikationsorientierter praktischer Konkordanz

In der Folge sind die betroffenen bzw. zu berücksichtigenden Interessen im Hinblick auf die Beurteilung der Informationsmöglichkeiten zu bewerten. Dem Verhältnismäßigkeitsgebot kommt hierbei bei der Schaffung eines Interessenausgleichs eine entscheidende Rolle zu³⁶. Aus diesem Gebot lässt sich u.a. ableiten, dass nicht alle möglichen, sondern nur wesentliche Beeinträchtigungen entgegenstehender Rechte und Interessen bei der Verbreitung von Informationen berücksichtigt werden sollten³⁷, da im Grundsatz von einem Informationsinteresse auszugehen ist. Ferner ergibt sich die weitere Konsequenz, dass kollidierende Rechtsgüter wohl inhaltlich die Information beeinflussen können, aber in der Regel nicht dazu führen, dass überhaupt nicht informiert werden kann. Die Interessenbewertung selber hat sich an Kriterien zu orientieren, die stark vom kon-

kreten Fall abhängig und häufig nicht verallgemeinerungsfähig sind³⁸. Daran müssen auch Versuche einer rechtlichen Fixierung dieser Wertungsgesichtspunkte scheitern.

Aus der Interessenbewertung kann sich nun ergeben, dass nicht frei informiert werden kann. Dann ist ein Interessenausgleich im Sinne kommunikationsorientierter praktischer Konkordanz zu versuchen, wozu die zur Verfügung stehenden Regeln und Techniken der Öffentlichkeitskommunikation einzusetzen sind. So können private Interessen dadurch geschützt werden, dass Informationen anonymisiert, d.h. nicht identifizierend erfolgen. Interessen z.B. eines laufenden politischen Entscheidungsprozesses können durch relativ allgemein gehaltene Auskünfte unter Hinweis auf die bevorstehende Entscheidung berücksichtigt werden. Denkbar sind auch Erläuterungen darüber, warum nicht vollständig informiert werden kann bzw. welche Normen eine Information nicht zulassen. Auch Hinweise auf einen vorläufigen, ungesicherten Informationsstand bei besonderen Ereignissen, auf die Notwendigkeit weiterer Abklärungen etc. können Transparenz schaffen und zugleich mitbetroffene Drittinteressen schützen.

4. Faustregeln einer behördlichen Informationspolitik

Beim Versuch, behördliche Informationspolitik in praktische, kommunikationsorientierte Faustregeln zu fassen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Anspruch der Öffentlichkeit auf eine einheitliche, frühzeitige, kontinuierliche sowie sachliche Information durch die zu-

35 So unter anderem auch die Regelung in Art. 7 Abs. 2 E BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten ausgeschlossen, beschränkt oder aufgehoben werden kann, wenn die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann; ausnahmsweise kann aber das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen.

36 Vgl. auch BRUNNER (FN 5) S. 48; ferner das Informationsleitbild der KID (FN 2).

37 Vgl. auch den E BGÖ, der in Art. 7 E BGÖ in der Regel eine (wesentliche) Beeinträchtigung bzw. Gefährdung der geschützten Interessen verlangt.

38 Denkbare Kriterien sind u.a. besondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit, die Rolle und das Gewicht möglicherweise kollidierender Interessen, allfällig bestehende gesetzliche Vertraulichkeitspflichten, die Rolle der involvierten Behörden und die Rechte bzw. die Funktion und Stellung betroffener Personen, dies immer bezogen auf den konkreten Fall.

ständigen Behörden besteht, soweit ein allgemeines Interesse daran vorhanden ist und dadurch keine wesentlichen schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen verletzt werden³⁹. Entgegenstehende Interessen sollten eine Information nicht verunmöglichen.

Im übrigen können folgende Regeln gebildet werden:

- Die Informationszuständigkeit verläuft parallel zur Sachzuständigkeit. Sofern andere Behörden in der Sache allein oder mitzuständig sind, ist deren Zuständigkeiten zu achten, ebenso im Fall von öffentlichen Interessen, welche Gegenstand gesetzlicher Regelungen bzw. der Vollzugszuständigkeit einer anderen Behörde sind.
- Behördliche Informationen müssen transparent (Transparenzgebot) und als amtliche erkennbar sein. Dabei haben Behörden ihre Rolle, ihren Informationsstand, die Qualität der Information und allfällige Interessenkonflikte zu erläutern.
- Behördliche Informationen haben inhaltlich und in der Form sachlich zu sein (Sachlichkeits- und Klarheitsgebot). Aus ihnen muss sich ergeben, dass eine Behörde im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabe mit Sachkompetenz informiert. Unzulässig sind irreführende, tatsachenwidrige und verletzende Äusserungen. Informationen haben ferner inhaltlich möglichst klar zu sein. Daraus ergibt sich das Gebot nach möglichst vollständiger Information, soweit dies möglich und zulässig ist.
- Die Interessen und Rechte beteiligter Individuen müssen geachtet und geschützt werden. Dies schliesst eine sachliche Berichterstattung ohne Vorverurteilung ein, ebenso die Pflicht, betroffene Private nicht ohne Not der Öffentlichkeit preiszugeben. Zum Schutz der Betroffenen

kann eine anonymisierte Information erforderlich sein.

- Entgegenstehende öffentliche Interessen sind soweit als möglich zu berücksichtigen, indem z.B. der Detaillierungsgrad der Information zurückgenommen und erläutert wird, warum nur beschränkt informiert werden kann.
- Informationen haben zeitgerecht zu erfolgen. Dieses Kriterium kann in Gegensatz stehen zu den Erfordernissen der Vollständigkeit, Klarheit und Sachlichkeit. Bei raschem Handeln kommt daher dem Transparenzgebot eine besondere Bedeutung zu. Es ist z.B. auf den vorläufigen, ungesicherten Informationsstand hinzuweisen⁴⁰.

IV. Rolle der Medien

1. Allgemeines

Die zentrale Funktion der Medien für das politische System zeigt sich auch bei Behördeninformationen: Medien stellen Öffentlichkeit überhaupt erst her; politische Öffentlichkeit findet daher weitgehend über die Medien statt. Entsprechend sind diese für staatliche Stellen ein zentraler Öffentlichkeitszugang für die Verbreitung offizieller Informationen und Stellungnahmen. Dabei ist von einem teilweise symbiotischen, aber nur partiell von Interessenparallelitäten bestimmten Verhältnis zwischen Medien und Behörden auszugehen: Medien stellen für Behörden Öffentlichkeit her und sind zugleich auf behördliche Informationen angewiesen. Die Behörden benötigen Medien als Foren der Öffentlichkeit und bieten ihnen dafür Informationen an. Allerdings stellen sich Medien den Behörden nicht einfach als willenlose Instrumente zur Verfügung. Vielmehr aktualisiert sich auch hier die verfassungsrechtlich durch die Medien- und Meinungsfreiheit gesicherte, eigenständige Kritik-, Kontroll- und Informationsfunktion der Medien gegenüber behördlichen Verlautbarungen und Stellungnahmen⁴¹. Entsprechend sind bei einer staatlichen Informationspolitik die konstitutionellen Grenzen zum Schutz der Rolle der Medien zu achten.

2. Gleichbehandlung der Medien

Zu diesen Grundsätzen zählt, dass Behörden gegenüber den Medien hinsichtlich ih-

39 Ähnlich auch das Informationsleitbild der KID (FN 2).

40 Ähnlich auch das Informationsleitbild der KID (FN 2), wonach Information aktiv, frühzeitig/rechtzeitig, sachlich und wahr, umfassend, einheitlich, koordiniert, kontinuierlich, transparent, dialogorientiert sowie zielgruppen- und mediengerecht zu erfolgen hat.

41 Zu den Funktionen der Medien im politischen System auch ROLAND BURKART, Kommunikationswissenschaft, 3. A. Wien/Köln/Weimar 1998 S. 368 ff., der folgende Funktionen der Medien unterscheidet: Informationsfunktion; Herstellung von Öffentlichkeit; Artikulationsfunktion; politische Sozialisations- bzw. Bildungsfunktion; sowie Kritik- und Kontrollfunktion.

rer Informationstätigkeit an die Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 BV und das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV gebunden sind, wie sich auch aus der Bundesgerichtspraxis zur aBV ergibt⁴². Entsprechend gilt der Grundsatz, dass Medien gleich zu behandeln bzw. einzelne Medien nicht zu diskriminieren sind⁴³. Zwar wird dadurch ein behördliches Ermessen nicht ausgeschlossen. Es hängt auch von der Natur von Mitteilungen ab, welches Medium gewählt wird. Ferner können Medienauftritte in einem Verhältnis der Ergänzung zueinander stehen. Es ist also durchaus denkbar, dass - gerade wenn schnelles Handeln erforderlich ist - u.U. ein Lokalradio oder ein Regionalfernsehen für die Verbreitung einer bestimmten Mitteilung gewählt wird. Unzulässig ist jedoch auf jeden Fall die systematische Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Medien.

3. Freiheit der Medien zur Inhaltsgestaltung und Kritik

Ein eigentlich selbstverständlicher Grundsatz ist, dass die Medien volle Freiheit besitzen, wie sie behördliche Informationen weitergeben bzw. kommentieren und kritisieren wollen. Gerade dies ist Ausfluss der Informations-, Kritik- und Kontrollfunktion der Medien⁴⁴.

Die Praxis ist bekanntlich diesbezüglich anders. Mit Instrumenten wie Berichtigungsrechten⁴⁵ und Akkreditierungsvorschriften⁴⁶ können sich Verwaltungen und Exekutiven zwangsweise Zugang zu den Medien verschaffen und auch inhaltlich auf die Berichterstattung einwirken⁴⁷. Das Bundesgericht hatte mehrmals solche Vorschriften, welche z.B. die Verpflichtung zur wahrheitsgetreuen Berichterstattung, die Verpflichtung zur Publikation von Berichtigungen, die Verpflichtung, niemanden blosszustellen, das Verbot, Informationen missbräuchlich zu verwenden etc.⁴⁸ enthalten, zu beurteilen⁴⁹ und ist in der Regel nicht zur Auffassung gelangt, sie seien verfassungswidrig.

Indes sind solche Regelungen verfassungsrechtlich fragwürdig, denn sie reduzieren Medien tendenziell zu einem Instrument der Behörden und verkennen, dass Medien auch im Rahmen einer behördlichen Informationspolitik eine eigenständige Rolle

einnehmen. Die rechtsstaatlich geprägten Grundsätze, an welche Behörden bei ihrer Informationspolitik gebunden sind, ergeben sich aus der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und können nicht auf private Medien übertragen werden.

4. Haftungsfragen

Inwieweit haften Medien für die Weiterverbreitung behördlicher Informationen und Stellungnahmen? Dieses Problem kann sich namentlich bei persönlichkeitsrelevanten Informationen stellen. Die Passivlegitimation bei Persönlichkeitsverletzungen ist bekanntlich weit gefasst: Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann der Richter gegen jeden, der an einer Persönlichkeitsverletzung mitwirkt, angerufen werden, also auch gegen das Medium, welches eine persönlichkeitsverletzende Äusserung Dritter weiterverbreitet sowie gegen alle weiteren Personen und Unternehmungen, welche in irgendeiner Form an der Persönlichkeitsverletzung mitwirken⁵⁰. Diese Haftung für Drittausserung stellt die Medien vor nicht unerhebliche Probleme und ist immer wieder kritisiert worden⁵¹.

Bei der Verbreitung behördlicher Informationen dürfte indessen die Quelle von ent-

42 Vgl. BGE 113 Ia 309, 317; 104 Ia 377, 378; 104 Ia 88, 97.

43 Vgl. hierzu auch MÜLLER (FN 21) S. 279 ff.

44 Beim Rundfunk wird diese Freiheit bis zu einem gewissen Grad durch das Sachgerechtigkeitsgebot gemäss Art. 93 Abs. 2 BV bzw. Art. 4 RTVG eingeschränkt. Allerdings besteht dieses Gebot nicht zum Schutz von Staat und Behörden, sondern zur Sicherstellung einer manipulationsfreien Meinungsbildung des Publikums; vgl. anstatt vieler MARTIN DUMERMUTH, Rundfunkrecht, SBVR Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996 Rz 65 ff. m.w.N.

45 Vgl. hierzu auch BGE 112 Ia 398 ff. (Waadtländer Pressegesetz) und das dort vorgesehene Berichtigungsrecht.

46 Zur Akkreditierung eingehend FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 108 ff.

47 Als Beispiel eines geplanten behördlichen Berichtigungsrechts vgl. § 14 Abs. 3 des E IDG des Kantons Zürich (FN 8). Hinzuweisen ist auch auf das Zugangsrecht von Behörden gemäss Art. 6 Abs. 3 Bst. c RTVG. Dieses soll freilich im neuen RTVG entfallen; vgl. Art. 8 E RTVG.

48 Vgl. DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, Rz. 964; RIKLIN (FN 46) S. 56.

49 Vgl. z.B. BGE 104 Ia 88 (Informationsrichtlinien GR), 104 Ia 379 (Telefonziitig), 107 Ia 314 ff. (Informationsreglement NW), 113 Ia 313 ff. (Gerichtsorganisationsgesetz AG).

50 So hat das Bundesgericht auch in neueren Urteilen festgehalten, ein Medium könne sich der Verantwortung für die Berichterstattung nicht dadurch entziehen, dass es sich darauf berufe, es habe lediglich die Behauptung eines Dritten originalgetreu wiedergegeben; vgl. BGE 126 III 305, 308.

51 Allgemein dazu CHRISTOPH BORN, Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?, *medialex* 1/2001 S. 13-20.

scheidender Bedeutung sein. Liegt die Informationsstätigkeit durch die Behörden im öffentlichen Interesse, so sollte die Weiterverbreitung durch die Medien auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Inhalt an sich persönlichkeitsverletzend ist. Es ist den Medien nicht zuzumuten, die behördlichen Bewertungen auf ihre Rechtmässigkeit hin zu untersuchen⁵².

Anders ist die Situation dann zu beurteilen, wenn behördliche Informationen verändert, verfälscht oder angereichert werden. In solchen Fällen tritt eine normale medienrechtliche Verantwortlichkeit ein. Im übrigen unterscheidet auch das Bundesgericht klar zwischen dem Informationsverhalten staatlicher Stellen und der in der Freiheit und Verantwortung der Medien liegenden Umsetzung behördlicher Informationen: Behörden können für Fehler der Medien bei der Umsetzung nicht verantwortlich gemacht werden⁵³.

V. Würdigung

Die rechtsstaatlichen Determinanten einer behördlichen Informationspolitik sind teilweise komplex. Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere bei der Umsetzung und

Konkretisierung der an sich klaren rechtsstaatlichen Vorgaben im Rahmen einer behördlichen Informationspolitik zu konkreten Vorfällen und Ereignissen. Verantwortlich hierfür sind die Abhängigkeit vom konkreten Informationsanlass, die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Abwägung gestützt auf Kriterien, welche sich nur ansatzweise verallgemeinern lassen, und die daraus resultierende Unmöglichkeit einer klaren rechtlichen Festlegung. Zu berücksichtigen sind ferner generell die Grenzen, welche einer rechtlichen Bindung öffentlicher Kommunikation gesetzt sind. Kommunikation sollte ein möglichst freier Vorgang sein. Es kann nicht sein, dass eine behördliche Informationspolitik praktisch zu einer Frage der Rechtsanwendung wird, welche nur noch von juristisch geschulten Personen bewältigt werden kann.

Klar erscheint, dass in einer Informationsgesellschaft die öffentliche Kommunikation durch Behörden einen wichtigen Stellenwert einnimmt und dass sie daher professionell geführt werden muss. Klar ist auch, dass diese Kommunikation wegen der Bindung an rechtsstaatliche Grundsätze nicht dieselbe Gestalt und dieselben Inhalte aufweisen kann wie die öffentliche Kommunikation von Medien, Unternehmungen und politischen Parteien. Im übrigen ist die Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Dimension, in Berücksichtigung der konkreten Informationsbedürfnisse, Teil einer professionellen Informationspolitik der öffentlichen Hand oder - etwas anders formuliert - eines rechtsstaatlich imprägnierten Fingerspitzengefühls. ■

52 Analog zur Rechtsprechung des Bundesgerichts über die Mithaftung Dritter für Medienäusserungen, der zufolge eine Haftung entfällt, wenn die Meldung aus einer seriösen Quelle stammt; vgl. BGE 126 III 161 ff.; 64 II 14 ff.; 64 II 24 ff.; auch BARRELET (FN 48) Rz 1384 ff.

53 Vgl. BGE 118 Ib 473 ff., 483 f. E. 18.

Rectificatif

Dans l'article de Michel Hottelier (La liberté de la presse aux USA? Mythe fondateur et judicial activism, *medialex* 2003, p. 209), le propos reproduit à la note 2 est celui de Bill M. Chamberlin. La rédaction prie d'excuser son erreur de manipulation.

Devoir de transparence des entreprises (ou de la responsabilité sociale des sociétés)

Henry Peter

Professeur de droit commercial à l'Université de Genève, avocat, Lugano

I. Introduction

«*Vertrauen ist für alle Unternehmungen das grösste Kapital*»¹. Le problème est que cette évidence rappelée par Albert Schweitzer n'a pas encore été comprise par la plupart des entreprises privées. Pas plus d'ailleurs que son corollaire: il ne saurait y avoir de confiance sans transparence. Une récente caricature concernant la qualité de la communication de Swissair montre l'ancien ministre de l'information du gouvernement de Saddam Hussein, devenu porte-parole de la compagnie, annonçant «*Wir werden die Flotte ausbauen, Recordgewinne einfliegen und die Lufthansa übernehmen*». La satire est cruelle; on sait en effet quelles ont été les conséquences néfastes de la politique obscurantiste pratiquée par notre compagnie nationale en matière de transparence et de communication, pour elle-même, pour ceux qui lui ont fait confiance (travailleurs, créanciers, obligataires, actionnaires, etc.) et pour une partie importante de notre économie. Pratiquer la transparence relève ainsi de l'intérêt bien

compris des entreprises; elles en sont les premières bénéficiaires. Elles devraient donc y souscrire spontanément. On peut espérer que ce sera un jour le cas. Il convient pour l'heure d'être réaliste: plutôt que de la carotte - ou seulement de la carotte - c'est bien du bâton qu'il faut jouer. C'est la raison pour laquelle nous nous intéresserons ici principalement au devoir de transparence des entreprises privées. Ceci nous amènera à sortir du champ strict du droit des sociétés. Nous examinerons en effet si les sociétés privées ont un devoir de transparence à l'égard de la société civile.

Il est grand temps de poser ces questions. Depuis deux ans, d'importants et nombreux scandales ont en effet interpellé - et ébranlé - l'opinion publique et les fragiles équilibres économiques et financiers. Derniers épisodes en date, Parmalat et Adecco, qui confirment que toutes les leçons d'Enron et consorts² n'ont pas encore été tirées. La plupart des sociétés impliquées dans les affaires dont on a parlé sont cotées en bourse, et donc soumises au contrôle des autorités en charge de la surveillance du marché, des analystes financiers, des agences de notation³, de leurs propres organes de révision interne ou externe, et naturellement de leur conseil d'administration. Or, on ne peut que constater que ces nombreux *gatekeepers*⁴, *watchdogs* ou autres *whistleblowers*⁵ n'ont pas fait ce que l'on attendait d'eux.

Il est présomptueux de prétendre traiter le sujet en quelques pages, mais il est néanmoins utile de s'y atteler. Nous le ferons en posant quatre questions: (I) Que s'est-il vraiment passé? (II) Quelles ont été les déficiences? (III) Existe-t-il une responsabilité sociale des entreprises privées? (IV) Quels sont, du point de vue normatif, l'état actuel de la situation³ et les perspectives?

Zusammenfassung: *Die Affären Parmalat und Adecco zeigen, dass noch nicht alle Lehren aus der Affäre Enron gezogen worden sind. Die Verpflichtung der Unternehmen zur Transparenz bezieht sich nicht nur auf die Aktionäre. Auch die Gläubiger, die Angestellten, die Lieferanten, der Finanzmarkt und die Öffentlichkeit sind daran interessiert. Es existiert somit eine soziale Verantwortung der Unternehmen, die auf die Transparenz Bezug nehmen. Die aus dem Grundsatz der Transparenz fließenden Verpflichtungen betreffen in erster Linie die kotierten Gesellschaften, aber auch die anderen - unabhängig von ihrer Grösse. Sie entstammen grösstenteils aus dem Gesellschafts- und Finanzrecht. Es handelt sich insbesondere um Verpflichtungen (und Sanktionen) im Bereich der Unternehmensführung und der Buchhaltung. Die zahlreichen Skandale haben zu einem Mentalitätswechsel und damit verbunden zu zahlreichen neuen und griffigen Normen geführt.*

- 1 Albert Schweitzer, déclaration faite à l'occasion de la remise du prix Nobel de la paix, 4 novembre 1954.
- 2 Voir PETER H., *Creative Accounting et Corporate Governance: les leçons d'Enron et consorts*, Actes de la Journée de droit bancaire et financier du 30 octobre 2002, Berne 2003, p. 35 à 79.
- 3 STANDARD & POOR'S, *The Evolving Role of Corporate Governance In Credit Rating Analysis*, communiqué de presse du 11 octobre 2002 [www.standardandpoors.com].
- 4 C'est-à-dire, par exemple, les auditeurs ou les analystes. Voir COFFEE J.C., Jr., *Understanding Enron: It's About the Gatekeepers, Stupid*, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, 30 juillet 2002.
- 5 Une organisation a été créée pour la protection et la défense des «whistleblowers». [www.whistleblowers.org].

Résumé: Les affaires Parmalat et Adecco montrent que les leçons d'Enron n'ont pas encore été tirées. Le devoir des entreprises en matière de transparence ne valent pas seulement à l'égard des actionnaires. Il intéresse aussi les créanciers, les employés, les fournisseurs, les marchés financiers et même les collectivités publiques. Il existe donc une responsabilité sociale des entreprises pour ce qui a trait à la transparence. Elle s'inscrit dans le concept plus large du «développement durable». Les obligations qui en découlent concernent en premier lieu les sociétés cotées, mais également celles qui ne le sont pas, indépendamment de leur taille. Elles relèvent en particulier du droit des sociétés et du droit comptable. Elles se traduisent notamment par des exigences en matière de gouvernement d'entreprise, d'établissement et de présentation des comptes, ainsi que de sanctions. Les nombreux scandales ont donné lieu à un changement de mentalité qui débouche sur des interventions normatives aussi nombreuses qu'incisives.

II. Catalogue des principaux problèmes

Que s'est-il vraiment passé⁶? Il est inopportun de généraliser face à des situations dont les causes et les effets sont disparates. Nous limiterons le cahier des doléances à quelques exemples qui nous paraissent pertinents et particulièrement préoccupants du point de vue de la transparence. Le rapport rendu par Ernst & Young à propos de Swissair⁷ constitue malheureusement à cet égard une riche source d'inspiration.

1. Transactions hors bilan

On a eu recours à des «*Special Purpose Vehicles*» (SPV)⁸, à des opérations de titrisation, de *lease back*, de portage⁹ ou à des *equity swaps*¹⁰ pour faire en sorte que certains actifs ou passifs, ou parfois certaines transactions, n'apparaissent pas dans les comptes. Dans le cas d'Enron, on a dénombré plus de 3000 SPV¹¹! Le rapport Swissair constate quant à lui que «certaines des garanties concédées n'ont pas été mentionnées dans l'annexe au bilan»¹². Plus récemment, la bourse suisse sanctionnait SAir-Group pour avoir violé le Règlement de cotation en omettant de déclarer des engagements conditionnels¹³.

2. Rémunération des cadres

L'absence de transparence a souvent trait aux *stock-option plans*, aux plans de retraite ou autres *packages* attribués à certains dirigeants. La découverte des sommes concédées à certains cadres d'ABB en est une illustration particulièrement choquante: CHF 78 millions au CEO sortant en 1996 et CHF 50 millions à son successeur en 2000. Ces informations ne furent révélées qu'en 2002¹⁴, au moment où ABB, au bord du gouffre, fut contrainte d'avouer - et d'expliquer - ses difficultés financières.

3. Acquisition d'actions propres

Lorsqu'une société rachète ses propres actions, elle se rachète en quelque sorte elle-même. Ceci produit deux effets principaux: un effet d'autocontrôle et un effet de remboursement - donc d'annulation - de ses fonds propres. En raison de ces deux conséquences perverses, de tels rachats sont strictement réglementés et doivent notam-

ment être révélés¹⁵. Ces exigences n'ont pas été respectées par Swissair¹⁶.

4. Modification des normes comptables et comptes pro forma

Conformément au principe de continuité, les méthodes comptables doivent être appliquées de la même manière d'un exercice à l'autre¹⁷. A défaut, aucune comparaison n'est possible, ce qui rend vaine toute tentative de comprendre la réelle évolution des affaires de l'entreprise. On ne saurait évidemment contourner ce principe en recourant à des *restated accounts* ou autres comptes pro forma. Or ces préceptes ont souvent été ignorés. Ceci a notamment été reproché à Swiss Life qui a fait l'objet d'un avertissement de la SWX le 11 avril 2002 pour violation du Règlement de cotation¹⁸.

5. Incompétence et conflits d'intérêts des réviseurs

C'est la problématique bien connue des réviseurs qui, parallèlement à leur rôle statu-

6 Pour un aperçu plus général de cette question, voir PETER (n. 2), p. 35 à 79.

7 Ernst & Young, Bericht in Sachen Swissair, Untersuchungsergebnisse, Zurich 2003 (ci-après «Rapport Swissair»).

8 Rapport Swissair (n. 7), p. 215-217.

9 Rapport Swissair (n. 7), p. 16.

10 Rapport Swissair (n. 7), p. 187 à 189.

11 Selon le témoignage du Professeur F. Partnoy devant le Sénat américain, Hearings before the United States Senate, Committee on Governmental Affairs, 24 janvier 2002, p. 4, [www.senate.gov].

12 Rapport Swissair (n. 7), point 6.6, p. 215.

13 SWX Swiss Exchange, sanction à l'encontre de SAirGroup du 25.07.2003 dans le domaine de l'établissement des comptes, [www.swx.com/admission].

14 PENNA N., article sans titre, Institutional Shareholder Services, 22 août 2002, disponible sur le site Internet www.issueatlas.com, et REED S. / SAINS A., Outraged in Europe Over ABB. The Swiss giant's travails rock the Continent, Businessweek online, 4 mars 2002, [www.businessweek.com].

15 Art. 659 ss CO. SWX Swiss Exchange, L'Instance d'admission durcit ses prescriptions en matière de publication, communiqué de presse du 05.05.2003, [www.swx.com/news].

16 Rapport Swissair (n. 7).

17 Principe dit de la permanence des méthodes. Art. 662a al. 2 ch. 5 CO.

18 SWX Swiss Exchange, Avertissement de la SWX Swiss Exchange à Swiss Life pour son rapport intermédiaire 2001, sanction du 11.04.2002, [www.swx.com/admission].

taire, dispensent des conseils¹⁹. La raison en est connue également: le conseil est plus rémunérateur et moins risqué²⁰. Il en résulte inévitablement un conflit d'intérêts, conséquence de ce que l'auditeur révisé ce qu'il a lui-même conseillé. Ce conflit n'est pas sans effet sur la transparence, et plus précisément sur la qualité de l'information. On n'a pas oublié Enron ou WorldCom, tous deux à la fois révisés et conseillés par Arthur Andersen. Ou Swissair, laquelle, selon le rapport Ernst & Young²¹, a payé en 2000 à son organe de révision presque dix fois plus pour ses conseils que pour son activité d'organe de révision²². Il lui était évidemment difficile dans ces conditions d'exercer trop rigoureusement son rôle de censeur.

6. Rôle et comportement des analystes financiers

Il s'agit en général également d'un problème de conflit d'intérêts, mais qui découle cette fois du cumul de l'activité d'analyste financier avec celle de *merchant banker*. La première requiert une totale indépendance à l'égard des entreprises analysées, tandis que la deuxième est exercée dans l'intérêt propre de ceux qui s'y livrent. Ces deux fonctions sont par essence incompatibles²³. Dans de nombreux cas, elles ont néanmoins été pratiquées simultanément par les mêmes sociétés²⁴.

III. Synthèse des déficiences

On peut tenter de synthétiser cette liste de disfonctionnements en les regroupant en quatre catégories: (1) la déficience de l'appareil comptable, (2) la déficience de l'appareil gouvernant, (3) la déficience de l'appareil condamatoire et, en général, (4) la déficience de la transparence.

1. La déficience de l'appareil comptable

Peter Drucker, prix Nobel d'économie, affirmait récemment: «The accounting model has become obsolete». L'affirmation concerne autant les Etats-Unis que l'Europe. Il convient donc de réformer les modèles - les référentiels comptables - quels qu'ils soient, afin notamment de les adapter à la complexité croissante de l'environnement. Il faut les mettre en adéquation avec un monde où l'activité - les actifs -

sont toujours plus immatériels et virtuels. Internet, la biotechnologie et la téléphonie n'y sont pas étrangers.

Plutôt que de se perdre dans des détails techniques, on privilégiera les principes. Au-delà de la lettre et des technicismes, c'est l'esprit - la finalité - qui doit prévaloir. Il est temps de donner une image *true and fair* de l'entreprise. Dans cette perspective, il est fondamental de savoir lequel des deux grands systèmes internationaux (IAS²⁵ ou US GAAP²⁶) mérite de servir de standard, car il est souhaitable et probablement nécessaire qu'il n'y ait qu'un seul système de référence dans un monde globalisé.

2. La déficience de l'appareil gouvernant

Par gouvernant il faut entendre ce qui a trait au gouvernement d'entreprise. On en parle certes *ad nauseam* depuis quelques années, mais il faut y revenir. Rappelons préliminairement que la *corporate governance* a une double nature: elle concerne, d'une part, les structures (rapport entre les différents organes (*checks and balances*) et, d'autre part, l'information, c'est-à-dire notamment la présentation des comptes.

Sur les deux fronts, des progrès considérables restent à faire. Il est incidemment gênant de n'avoir pas encore clairement tranché la question de savoir quels intérêts doivent être protégés²⁷. De quels *stakeholders* faut-il se préoccuper? Qui donc doit bénéficier de l'information? Sont-ce seulement

19 PETER (n. 2).

20 Voir Commission fédérale des banques (ci-après CFB), Questions et développements en matière de révision bancaire, conférence de presse du 2 mai 2003 [www.cfb.ch/f/aktuell].

21 Rapport Swissair (n. 7), point 7.4, p. 231 ss.

22 Rapport Swissair (n. 7), point 7.8, p. 243 et 244.

23 Voir Association suisse des banquiers (ASB), Directive visant à garantir l'indépendance de l'analyse financière, du 1er juillet 2003 [www.swissbanking.org].

24 Voir tout récemment la décision du Tribunal de commerce de Paris du 12 janvier 2004 dans l'affaire LVMH c/ Morgan Stanley.

25 International Accounting Standards (IAS), désormais International Financial Reporting Standards (IFRS), édictées par l'International Accounting Standards Board (IASB) [www.iasb.org.uk].

26 Generally Accepted Accounting Principles des Etats-Unis, émanant du Financial Accounting Standards Board (FASB) [www.fasb.org].

27 Voir MUSTAKI G./ENGAMMAR V., L'audit juridique des sociétés: le point sur le corporate governance, Revue de droit suisse, 2002, p. 243 s., n. 254, 256 et 272.

les actionnaires, conformément à la philosophie américaine? Rien n'est moins sûr, en tout cas si l'on souhaite éviter les dérapages auxquels a conduit ces dernières années le mythe, ou en tout cas l'obsession, de la *shareholders' value*²⁸. L'intérêt des créanciers doit-il être pris en considération? Celui des travailleurs? Celui du marché? Et que faire de celui de l'entreprise en tant que telle, pour autant que l'on admette qu'elle en ait un? L'intérêt de la société civile doit-il être pris en compte? Avant de réglementer, il faut au préalable connaître ses objectifs et, le cas échéant, hiérarchiser les intérêts.

3. La déficience de l'appareil condamatoire

La meilleure des règles ne peut avoir d'effet que si sa violation est adéquatement sanctionnée. Il est donc indispensable que les bases légales opportunes soient instaurées: *nulla poena sine lege*. Mais il est indispensable aussi que les autorités, qu'elles soient administratives, judiciaires ou corporatives, prennent pleinement conscience des enjeux et de leurs responsabilités, et qu'elles accomplissent en conséquence leurs tâches avec suffisamment de courage et de fermeté.

Ici aussi la transparence - l'information - peut jouer un rôle déterminant. Ceci n'a pas échappé à la Commission fédérale des banques²⁹ et à certains observateurs de la bourse suisse, qui ont souligné que les sanctions ne sont vraiment efficaces que si elles sont rendues publiques, au vu de l'effet de mise au pilori qu'entraîne une telle mesure. Il en résulterait d'ailleurs un effet

préventif considérable, compte tenu de l'importance fondamentale de la réputation dans le domaine financier.

4. En général, la déficience de la transparence

On connaît l'adage «*sunlight is the best of disinfectants*»³⁰. La mise en oeuvre de ce précepte suppose toutefois que la transparence soit adéquatement définie et réglementée. On dit que la transparence est la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer³¹. Mais l'excès d'information équivaut à la non-information, c'est particulièrement vrai s'agissant des entreprises. C'est la qualité de l'information qui importe, plus que sa quantité. Elle doit donner une image compréhensible pour un quidam non spécialiste et qui, de plus, ne connaît pas particulièrement l'entreprise considérée. C'est dans cet esprit qu'il convient d'intervenir sur le plan des normes qui régissent tant l'établissement que la présentation des comptes³².

IV. Existe-t-il une responsabilité sociale des entreprises privées?

1. Les conséquences sociales de la déconfiture des grandes entreprises

Avant de nous demander si et de quelle manière il y a lieu d'améliorer l'appareil normatif, il convient de revenir aux objectifs, et en particulier à la question de savoir si et dans quelle mesure il existe une responsabilité sociale des entreprises privées, une responsabilité vis-à-vis de la société civile. Une responsabilité qui induirait un devoir de transparence.

Sans tomber dans un débat purement idéologique, il est difficilement soutenable que les grandes entreprises peuvent tout simplement ignorer les conséquences sociales de leur comportement. La déconfiture de Swissair a stimulé ce débat en raison de ses effets: la suppression directe ou indirecte d'un grand nombre d'emplois, la disparition d'un certain nombre d'autres entreprises, les conséquences néfastes pour certaines communautés publiques, les pertes substantielles de nombreux épargnants (actionnaires ou obligataires), ainsi que le préjudice considérable subi par un certain

28 La valeur actionnariale est un critère d'estimation de la performance des dirigeants. Elle est traditionnellement analysée comme privilégiant la rentabilité du capital. Voir à ce propos BRATTON W.W., *Enron and the dark side of shareholder value*, 76 *Tulane Review*, mai 2002, p. 48; NOBEL P., *Das Öffentlichkeitprinzip in der Wirtschaft*, *medialex* 4/2001, p. 221 s.

29 CFB, Rapport sur les sanctions, avril 2003, préambule [www.ebk.admin.ch/f/aktuell/].

30 «*Sun light is said to be the best of disinfectants; electric light is the most efficient policeman*» (L. BRANDEIS [Juge à la Cour Suprême des Etats-Unis], *Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York 1914, p. 92).

31 Le Petit Robert de la langue française, Paris 2001.

32 Département fédéral de justice et police, *Davantage de transparence dans l'établissement des comptes annuels*, Communiqué de presse du 29 janvier 2003.

nombre de caisses de pension, donc indirectement et à nouveau par les travailleurs.

2. La *Corporate social responsibility*, partie du débat sur le développement durable

Bien que les juristes pratiquant le droit des sociétés l'ignorent souvent, on découvre heureusement que l'état de la réflexion est relativement avancé. La question a été identifiée et désignée comme étant celle de la *corporate social responsibility*³³ (CSR), dite parfois aussi celle de la *corporate citizenship*, la citoyenneté d'entreprise³⁴. Plus globalement, la CSR entre dans le cadre de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la problématique du «développement durable», auquel appartiennent les normes sociales et environnementales ainsi que l'éthique commerciale. En Suisse, ce concept trouve désormais son fondement dans l'article 2 de la Constitution fédérale selon lequel: «[La Confédération Suisse] favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays.»

Il est toutefois illusoire de se limiter à poser ce principe et de se fier exclusivement à l'altruisme des décideurs au sein des entreprises. Il convient donc que l'Etat intervienne pour créer les conditions cadres nécessaires, celles-ci devant être incorporées dans des normes de nature légale ou réglementaire. De nombreuses initiatives ont été prises à cette fin depuis quelques années. Sur le plan international, on mentionnera en premier lieu le concept des «trois dimensions de la durabilité», élaboré par le *World Business Council for sustainable development*: ces composantes sont environnementales, sociales et financières. On citera également le «Pacte Mondial de l'ONU»³⁵ de 1999, les «Recommandations de l'OCDE aux entreprises multinationales», révisées et durcies en 2000³⁶, une communication du 2 juillet 2002 de la Communauté Européenne concernant la responsabilité sociale des entreprises³⁷, ainsi que les interventions de la *Global Reporting Initiative*³⁸, institution indépendante qui élabore un cadre mondial pour rendre compte des performances des entreprises s'agissant de l'application des principes du développement durable.

3. L'intérêt bien compris des entreprises et la pression du marché

Les entreprises ont de bonnes raisons de souscrire spontanément aux principes du développement durable. Tout d'abord parce que leur responsabilité sociale bien comprise est à la base de toute activité commerciale à long terme³⁹. Un environnement social stable joue en effet un rôle essentiel pour assurer le succès du commerce et des investissements. La confiance joue, d'autre part, un rôle primordial dans l'économie de marché⁴⁰ dont les entreprises dépendent; or, on l'a rappelé, il n'y a pas de confiance sans transparence. Concrètement, cette confiance se traduit par un meilleur rating et donne donc accès à des financements à des conditions plus avantageuses, autant du point de vue des taux d'intérêts que du cours des actions, ce qui permet d'émettre du capital à un prix supérieur.

Le respect du principe de la responsabilité sociale est, cela étant, devenu une condition de participation à de nombreux programmes étatiques ou projets d'institutions financières actives dans le monde⁴¹. En matière de notation, l'appréciation de la solvabilité prend d'ailleurs désormais en considération les risques réputationnels des entreprises⁴².

Les gestionnaires de fonds tiennent toujours plus fréquemment compte des aspects éthiques, sociaux et environnementaux

33 Voir par exemple sur ce thème le site Internet du Conseil de l'Europe [http://europa.eu.int/comm/employment_social].

34 Economiesuisse, Développement durable: une mise en œuvre laborieuse, dossier politique, 15 septembre 2003, p. 3 [www.economiesuisse.ch].

35 Voir le site Internet The Global Compact [www.unglobalcompact.org].

36 Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE) [www.oecd.org/olis].

37 Commission des Communautés Européennes, Communication de la commission concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable, Bruxelles, le 2 juillet 2002, COM(2002) 347 final [http://europa.eu.int/comm/employment_social/].

38 Pour de plus amples renseignements consulter [www.globalreporting.org].

39 Economiesuisse, (n. 34), p. 6.

40 Economiesuisse, (n. 34), p. 7.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

dans leurs décisions d'investissement.⁴³ En substance, ceux qui se rallient à cette politique n'investissent plus dans - et donc ne financent plus - les sociétés qui ne respectent pas les principes généralement admis en matière de *corporate governance*, notamment s'agissant de la transparence. En Suisse, le protagoniste dans ce domaine est probablement la Fondation suisse d'investissement pour un développement durable (Ethos)⁴⁴, dont le travail remarquable fait désormais office de *standard setter*.

Le lecteur juriste considérera probablement que nous nous sommes égarés. Nous pensons au contraire que ces réflexions fondamentales sont non seulement utiles, mais nécessaires. Elles conditionnent de manière plus ou moins consciente tous les débats actuellement en cours en matière de droit des sociétés et de droit financier. Il est vain de tenter de construire un édifice sans fondations.

V. Plan normatif: état actuel et perspectives

La plupart des places financières importantes ont pris - ou prendront prochainement - des mesures visant à remédier à tout ou partie des déficiences que nous avons évoquées.

1. Aux Etats-Unis

Ce qui se passe aux Etats-Unis est notoirement important en raison de la prédominance de ce marché. Les normes qui y sont édictées produisent immanquablement un effet transnational. Souvent, donc, la réglementation américaine dicte les standards.

A. President's Ten Points Plan⁴⁵

A la suite d'une inquiétante série de scandales, le président Bush a élaboré un plan en dix points qu'il a présenté en mars 2002. En substance, les mesures législatives et réglementaires qui voient progressivement le jour aux Etats-Unis sont toutes des mises en œuvre de ces directives.

B. Sarbanes-Oxley Act⁴⁶

Le 30 juillet 2002, le président Bush signait cette loi qui introduit un vaste arsenal de mesures destinées à corriger les manquements constatés et à rétablir la confiance des investisseurs. Le renforcement des exigences en matière de transparence y joue un rôle central⁴⁷.

C. Corporate Governance Rules

De nouvelles règles en matière de «*Corporate Governance*» ont été simultanément adoptées par le *New York Stock Exchange*⁴⁸ (NYSE) et par le *Nasdaq*⁴⁹ le 4 novembre 2003.

2. En Suisse

A. Sur le plan comptable

La Commission fédérale des banques est intervenue en annonçant, le 25 avril 2002, la création de nouvelles structures «dont l'activité sera exclusivement consacrée à contrôler les contrôleurs»⁵⁰. Elle a d'autre part révisé ses directives régissant l'établissement des comptes⁵¹. Ces modifications sont en vigueur dès l'exercice 2003. Fondamentalement, cette réforme impose le respect du principe dit de *true and fair view*.

La bourse suisse (SWX) a pris de nombreuses initiatives. Leur point focal est l'amélioration de la transparence et donc la communication d'informations fidèles et compréhensibles. La SWX a notamment décidé que les normes IFRS devront être respectées à partir de 2005⁵².

C'est également la SWX qui, par le biais de son «Instance d'admission», édicte le Règlement de cotation⁵³ dont le but est de «faciliter l'accès des émetteurs au négoce boursier, garantir l'égalité de traitement, et, pour les investisseurs, la transparence

43 *Ibidem*.

44 www.ethosfund.ch.

45 Se référer au site Internet de la Maison Blanche et en particulier [www.whitehouse.gov/infocus/corporateresponsibility].

46 Sarbanes-Oxley Act [<http://news.findlaw.com>].

47 Section 401 SOA.

48 www.nyse.com/pdfs/finalcorpgovrules.pdf.

49 www.nasdaq.com/about/CorpGovSummary.pdf.

50 Composée de cinq personnes, cette structure est rattachée au service «banque/négociants». CFB, Révision bancaire - contrôler les contrôleurs, conférence de presse du 25 avril 2002, p. 2 [www.ebk.admin.ch/f/aktuell].

51 CFB, Directives de la Commission fédérale des banques sur les dispositions régissant l'établissement des comptes (art. 23 à 27 OB) (DEC-CFB) [www.ebk.admin.ch/f/aktuell].

52 SWX Swiss Exchange, Décision de l'instance d'admission, communiqué de presse du 11 novembre 2002 [www.swx.com/news].

53 SWX Swiss Exchange, Règlement de Cotation de la SWX (04/03) [www.swx.com/admission].

des émetteurs et des valeurs». Ce texte a été modifié à plusieurs reprises, la dernière fois avec effet au 1^{er} mars 2003.

L'Art. 72 du Règlement de cotation concerne ce qu'il est convenu d'appeler la publicité événementielle (*ad hoc* Publizität). L'émetteur de titres doit immédiatement informer le marché de tout fait survenu dans la sphère d'activité de l'entreprise qui n'est pas connu du public et qui est susceptible d'avoir une influence sur le cours de ses actions⁵⁴. La non-observation de cette obligation a récemment été sanctionnée à plusieurs reprises par la Commission disciplinaire de la SWX Swiss Exchange⁵⁵.

Le 29 juin 1998 furent présentés un avant-projet de loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA), ainsi qu'une ordonnance sur l'agrément des contrôleurs des comptes (OACC)⁵⁶. Il s'agissait de textes audacieux qui stagnèrent regrettamment auprès du Conseil fédéral, notamment en raison de leurs implications fiscales supposées. A la suite toutefois des différents scandales dont il a été question et de différentes interventions notamment parlementaires, le Conseil fédéral a, en janvier 2003, décidé de remettre ces avant-projets sur le métier⁵⁷. La réforme devrait consacrer le principe de la *true and fair view*, ce qui devrait incidemment entraîner la disparition des très controversées réserves latentes⁵⁸.

B. Sur le plan de la Corporate Governance

La Suisse se caractérise par deux innovations récentes et importantes. En premier lieu, le Code Suisse de bonne pratique pour le Gouvernement d'entreprise, promulgué à l'initiative d'Economiesuisse et en vigueur depuis le 25 mars 2002⁵⁹; en second lieu, la Directive de la Bourse suisse concernant les informations relatives à la Corporate Governance, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2002⁶⁰.

Il est probable que ces deux textes seront progressivement complétés et améliorés. A la suite par exemple de l'initiative parlementaire Chiffelle, intitulée «Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourse», déposée le 9 mai 2001, un groupe de travail a été mandaté par l'Office fédéral de la justice afin d'examiner de manière générale la

conformité du droit suisse des sociétés aux principes du gouvernement d'entreprise⁶¹. Ce groupe a remis ses conclusions finales en automne 2003. On en attend les effets.

C. Sur le plan de la surveillance étatique

Il est progressivement apparu que le système de vigilance de l'activité financière devait être profondément réformé en créant en particulier une autorité centralisée, dont la compétence s'étendrait à l'ensemble du marché financier et de ses opérateurs. Il n'est en effet pas opportun que certains de ceux-ci répondent à plusieurs autorités (problème rencontré notamment par ceux qui pratiquent la «bancassurance»), ni que les normes ou leur application soient hétérogènes, ni encore que certains intermédiaires financiers échappent à toute surveillance. Enfin, il est apparu nécessaire que cette autorité puisse intervenir beaucoup plus rapidement et efficacement.

Est ainsi née l'idée de créer la FINMA⁶². Cette autorité se verrait transférer les tâches de surveillance aujourd'hui assumées notamment par la Commission fédérale des banques et des Bourses et par l'Office fédéral des assurances privées. Selon la commission d'experts, il conviendrait de lui confier à terme des tâches supplémentaires, telle la surveillance des gérants de fortune et des intermédiaires financiers, au sens de la loi sur le blanchiment d'argent⁶³.

54 NOBEL (n. 28), p. 221 s.

55 Notamment, à l'encontre de sociétés telles que la BCV, Publigroupe ou Swissair.

56 Ces deux textes ainsi que leur rapport explicatif sont disponibles sur [www.ofj.admin.ch/themen/rrg].

57 Département de justice et police, «Davantage de transparence dans l'établissement des comptes annuels», Communiqué de presse du 29 janvier 2003.

58 NOBEL (n. 28), p. 220.

59 Fédération des entreprises suisses [www3.economiesuisse.ch].

60 www.swx.com/admission.

61 BÖCKLI P./HUGUENIN C./DESSEMONTET F., Rapport intermédiaire du groupe de travail «Gouvernement d'entreprise»: Transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants des sociétés anonymes, 25 mars 2003 [www.ofj.admin.ch/themen/corpgov/zber-f.pdf].

62 Voir le projet de la loi sur la surveillance des marchés financiers («LFinma»), Annexe 1 du rapport de la CFB sur les sanctions (n. 29).

63 CFB, Rapport de gestion 2002, Commission fédérale des banques, Berne 2002, p. 13.

D. Sur le plan des sanctions

La surveillance des marchés, et en particulier des délits d'initiés ainsi que les manipulations de cours et autres infractions aux règles de comportement demeurent des domaines dans lesquels beaucoup reste à faire⁶⁴. L'entrée en scène de la FINMA devrait jouer un rôle déterminant à cet égard. On consultera utilement à ce propos le «Rapport de la CFB sur les sanctions»⁶⁵, publié en avril 2003, dont le préambule rappelle qu' «au cours des années passées, la Commission fédérale a publiquement maintes fois déploré l'absence de sanctions appropriées et harmonisées dans la législation régissant la surveillance».

3. Sur le plan international et transnational

Sur le plan international, le développement le plus remarquable réside probablement dans la convention dite *The Norwalk Agreement*⁶⁶ qui a été souscrite le 18 septembre 2002 par le *Financial Accounting Standard Board (FASB)*⁶⁷, à l'origine des *US GAAP*, et l'*International Accounting Standard Board (IASB)*⁶⁸ dont émanent les normes *IFRS (ex IAS)*. Cet accord de principe formalise la volonté de ces deux institutions d'œuvrer en vue d'une convergence de leurs standards comptables respectifs, et ce au plus tard le 1^{er} janvier 2005.

L'idée est ici d'uniformiser les systèmes comptables, en tout cas ceux qui concernent les entreprises d'importance internationale. Cela devient indiscutablement nécessaire dans un monde où les marchés sont toujours plus globalisés. On s'achemine ainsi vers des règles uniformes en matière d'établissement et de présentation des comptes.

4. Sociétés non-cotées

La plupart des cas dont on parle et l'essentiel des interventions normatives concer-

nent les sociétés cotées. Est-ce justifié? La réponse doit être nuancée. Il est vrai que les entreprises cotées constituent la partie prépondérante de l'économie. Mais il arrive aussi que des entreprises de dimensions considérables ne soient pas cotées. Il est vrai également que les PME, dans leur ensemble, représentent une partie très substantielle du tissu économique.

Les sociétés non cotées ont également leurs *stakeholders*: fournisseurs, actionnaires minoritaires, travailleurs, etc. Se justifie-t-il de les traiter différemment? En principe non; le fait qu'une entreprise soit ou non cotée est *a priori* sans incidence sur sa responsabilité à l'égard de ses parties prenantes. *Mutatis mutandis* ceci devrait conduire à imposer à ces entreprises les mêmes exigences en matière en particulier de *corporate governance* et de transparence⁶⁹ que celles qui incombent aux sociétés cotées. Ce d'autant plus qu'elles ne sont pas soumises à la surveillance d'autorité étatique ou auto-régulatrice, ni aux analystes financiers, ni en général aux critiques de la presse ou au jugement des agences de notation.

Il est vrai toutefois que les sociétés cotées présentent des caractéristiques qui justifient des exigences accrues. Le fait en effet de se financer en recourant au marché, c'est-à-dire à des personnes qui n'entretiennent avec la société aucun rapport direct et qui se comportent plus comme des épargnants que comme des associés, l'importance quantitative des capitaux qui sont en général levés, la nécessité, enfin, de maintenir la confiance dans le marché sont quelques-unes des raisons qui plaident dans ce sens.

VI. Conclusion

Toute action entraîne une réaction. On a assisté, ces dernières années, à une préocupante dérive éthique: sous prétexte de se préoccuper de l'intérêt des actionnaires, les dirigeants de nombreuses entreprises ont en réalité privilégié le leur. Pour parvenir à leurs fins, ils ont notamment utilisé et manipulé l'information. Il en est résulté un système pervers qui a souvent conduit à la ruine des sociétés concernées et, incidemment, de biens d'autres *stakeholders* vulnérables et impuissants.

64 CFB, Rapport de la CFB sur les sanctions, (n. 29).

65 *Ibidem*.

66 www.iasb.org.uk/docs/press.

67 Voir n. 26.

68 Voir n. 25.

69 Dans ce sens, WEGELIN J., Noch zu viele Geheimniskrämer in der Wirtschaft, *medialex* 1/2002, p. 55.

La réaction est une lame de fond, se traduisant notamment par une prise de conscience collective et par l'affirmation de la responsabilité sociale des entreprises. Cette dernière se concrétise progressivement par des interventions normatives en matière de structures, de contrôle, d'établissement et de présentation des comptes et de sanctions. Ces initiatives convergentes amélioreront la qualité de l'information - et donc la transparence. Le mouvement est profond, salutaire et probablement irréversible.

Le développement durable, avec ses trois dimensions, englobe toutes les préoccupations qui ont été l'objet de nos propos: gou-

vernement d'entreprise, comptabilité, transparence, ainsi que les responsabilités qui en résultent. Il est devenu un objectif fondamental, aussi bien pour les Etats que pour les entreprises.

Il est utile que les juristes prennent conscience des objectifs qui fondent les interventions normatives actuelles ou futures. Le droit a cependant ses limites. D'autres interventions sont ainsi nécessaires sur le plan éthique, donc de la culture et de la moralité des opérateurs. Le processus est en marche sur ces différents fronts. Il est une sorte de révolution culturelle socio-juridique. ■

L'AUTRE REGARD

DIE ANDERE SICHT



„Es ist in Ordnung, dass du meine Rechtschreibung und meine Grammatik verbesserst, aber meine Gesinnung geht dich gar nichts an!“

Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit – eine Illusion?

Hans Wiprächtiger

Bundesrichter, Lausanne

Résumé: *En Suisse, le contrôle de la justice par les médias et le public paraît, dans l'ensemble, garanti, que ce soit sur la base de la CEDH et de la Constitution (publicité des débats et du prononcé du jugement), ou sur la base des législations fédérale et cantonales. Les autorités judiciaires s'efforcent de plus en plus, à tous les niveaux, fédéral et cantonal, de maintenir la confiance du peuple en la légalité et l'impartialité de la justice (en particulier, par une collaboration accrue avec les médias). En réalité, la majeure partie des procédures pénales est réglée au stade de l'instruction. Il s'agit de créer pour ce stade un standard comparable à celui qui vaut pour la procédure devant les tribunaux. On pourrait y parvenir par la publication des décisions au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 IV 234) ou une information accrue de la part des autorités d'instruction.*

I. Gerichtsöffentlichkeit statt Geheimnisjustiz

1. Transparenz in der Rechtspflege. Öffentlichkeit als Grundlage des demokratischen Rechtsstaates¹

Die Öffentlichkeit der Justiz ergibt sich verfassungsrechtlich insbesondere aus der Informationsfreiheit gemäss Art. 16 Abs. 3 BV. Weiter lässt sie sich auf Art. 30 Abs. 3 abstützen, welche Bestimmung die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und der Urteilsverkündung regelt. Das Bundesgericht bezeichnet öffentliche Verhandlungen vor Gerichten unter dem Gesichtswinkel von Art. 6 Ziff. 1 EMRK als öffentlich zugängliche Informationsquelle der Allgemeinheit und der Journalisten.² In einem zweiten wegweisenden Entscheid setzt sich das Bundesgericht (in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung) mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung - und darin eingeschlossen jenem der öffentlichen Urteilsverkündung - auseinander.³ Dieser soll nach den Ausführungen des Gerichts eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz bedeuten. Der allgemeinen Öffentlichkeit soll ermöglicht werden, Kenntnis davon zu erhalten, wie das Recht verwaltet und wie die Rechtspflege ausgeführt wird. Durch den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung wird damit auch für Transparenz in der Rechtspflege gesorgt. Diese Transparenz erst ermöglicht eine demokratische Kontrolle durch das Volk und gehört als wesentliches Element des Anspruchs auf ein faires Verfahren zu den Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates.⁴

Art. 30 Abs. 3 BV stellt nicht den Anspruch der Verfahrensbeteiligten ins Zentrum: Es geht nicht um den Individualanspruch auf Durchführung einer Verhandlung, sondern

um die Garantie der Publikumsöffentlichkeit als rechtsstaatlich-demokratisches Prinzip, das nicht ohne gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden darf.⁵

2. Funktionen der Gerichtsöffentlichkeit im Einzelnen

A. Rechtsstaatliche Funktion

Durch eine verstärkte Transparenz der Justiz und des Gerichtsverfahrens profitieren auch die Angeschuldigten und andere Verfahrensbeteiligte; durch die Kontrolle der Öffentlichkeit soll nicht zuletzt ihnen eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleistet werden. Das Bundesgericht hat bereits in einem wegweisenden Entscheid aus dem Jahre 1982⁶ die Kontrolle durch die Öffentlichkeit befürwortet, weil dies der Qualität der Rechtsprechung förderlich sei.

B. Demokratische Funktion

Die Publikums- und Medienöffentlichkeit soll das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit si-

1 Vgl. dazu HANS WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, Festgabe zum 60. Geburtstag von Giuseppe Nay, Luzern 2002; FRANZ ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit als Quelle der Medienberichterstattung, *medialex* 1/2003, S. 15 f.

2 BGE 127 I 145 E. 4c/aa mit Hinweis auf BGE 113 I 309 E. 4c S. 318 und ein Urteil des Bundesverfassungsgerichtes Deutschland vom 24. Januar 2001 in: EuGRZ 2001, S. 59.

3 BGE 124 IV 234 E. 3b.

4 Ausführlich zu dieser Formel des Bundesgerichts FELIX BOMMER, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtsstaatlich-demokratischem Strukturprinzip, in: Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 671 f.

5 BGE 128 I 288; FRANZ ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 18.

6 BGE 108 Ia 90.

chern.⁷ Die Gerichtsbarkeit stellt sich öffentlicher Beobachtung und Auseinandersetzung. Dies erlaubt es der Bevölkerung, sich an konkreten Beispielfällen über die Rechtsdurchsetzung zu informieren; die Justiz wird der Kritik zugänglich. Für die Allgemeinheit ist die Gerichtsöffentlichkeit ein wichtiges Mittel, um über die wirksame und angemessene Erfüllung der Richteraufgaben zu wachen.⁸

C. Präventive Funktion

Dem Öffentlichkeitsgrundsatz kommt schliesslich eine zwar nicht messbare, aber dennoch nicht zu unterschätzende präventive Bedeutung zu.⁹

3. Publikumsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit

Die Öffentlichkeit kann ihre notwendige Kontrolle über das staatliche Handeln, d.h. auch über die Justiz, nur dann wahrnehmen, wenn die Massenmedien als Vermittler auftreten und gleichsam stellvertretend eine Aufsichtsfunktion ausüben. Die Jour-

nalisten sind, um dies mit den Worten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auszudrücken, als «public watch dogs» tätig.¹⁰ Da nicht jedermann jederzeit an beliebigen Gerichtsverhandlungen teilnehmen kann, übernehmen die Medien mit ihrer Gerichtsberichterstattung insofern eine wichtige Brückenfunktion, als sie die richterliche Tätigkeit einem grösseren Publikum zugänglich machen. Die Gerichtsberichterstattung dient damit einer verlängerten bzw. mittelbaren Gerichtsöffentlichkeit. In diesem Sinn besteht an ihr ein erhebliches öffentliches Interesse.¹¹ Neben ihrer Wächterrolle hat man sich aber auch auf die ureigenste Aufgabe der Massenmedien zurückzubedenken, die in der Berichterstattung über die Justiz liegt.¹² Wie sich übrigens auch aus Art. 16 Abs. 3 BV ergibt, dient die Meinungsfreiheit nicht nur dem Äusserungsbedürfnis des Medienschaffenden, sondern der Information des Publikums.¹³ Die Kontrolle von Aussen darf dabei nicht als Übel verstanden, sondern soll als Chance gesehen werden. Mit der Teilnahme an der Rechtsprechung durch Aussenstehende besteht auch vermehrt die Gelegenheit, die Bürger für die Sache der Justiz zu interessieren. Die Berichterstattung über Justiz trägt neben ihrer Publizitätswirkung dazu bei, das Vertrauen des Volkes in die Gesetzlichkeit und Unparteilichkeit der Justiz aufrecht zu erhalten. Vertrauen ist in der Demokratie kein gesicherter Besitz, sondern muss immer wieder von neuem erworben werden.¹⁴

Allerdings entspricht es weder dem Selbstverständnis der Medien noch ihrer anerkannten Funktion, sich auf eine blosser Abbildung der Realität zu beschränken.¹⁵ Ihnen obliegt es beispielsweise, «Reformbedarf» aufzuzeigen, Missstände aufzudecken und zur Diskussion zu stellen.¹⁶

II. Öffentlichkeit und Bundesgericht

1. Öffentliche Urteilsberatung

Vor Bundesgericht kann zwar ohne Verstoß gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werden.¹⁷ Hier gilt aber das Prinzip der öffentlichen Urteilsberatung, eine schweizerische Besonderheit.¹⁸ Der Bundesrat schlägt in seinem Entwurf zu einem Bundesgerichtsgesetz die Ausdehnung

Zusammenfassung: Die Kontrolle der Justiz durch Medien und Öffentlichkeit scheint in der Schweiz insgesamt gewährleistet, sei es auf Grund von Bestimmungen der EMRK und der BV (öffentliche Verhandlung und öffentliche Urteilsverkündung), sei es durch eidgenössische und kantonale Gesetzgebung. Gerichtsbehörden sowohl auf Bundesebene wie in den Kantonen bemühen sich zunehmend (insbesondere durch vermehrte Zusammenarbeit mit den Medienschaffenden), das Vertrauen des Volkes in die Gesetzlichkeit und Unparteilichkeit der Justiz aufrecht zu erhalten. Allerdings werden die meisten Strafverfahren im Untersuchungsverfahren erledigt. Es gilt, hier einen Standard wie im Gerichtsverfahren herzustellen. Dies könnte mit der Auflage von Entscheiden im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 124 IV 234) sowie mit mehr Information durch die Untersuchungsbehörden möglich werden.

- 7 BGE 119 Ia 99; ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 16.
- 8 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 16.
- 9 NICCOLO RASELLI, Das Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung, in Festgabe zum 60. Geburtstag von Giuseppe Nay, Luzern 2002, S. 23.
- 10 WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 14, „mit Hinweisen.
- 11 BGE 129 III 259.
- 12 Neuestens GEORG MÜLLER, Justiz, Politik und Medien; Festschrift Thomas Fleiner: Mensch und Staat, Fribourg 2003, S. 554. Vgl. auch Anhang zur Empfehlung Rec (2003) 13 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten des Europarates über die Informationsverbreitung durch die Medien bezüglich Strafverfahren, Grundsatz 1.
- 13 JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la confédération suisse du 28 avril 1999, Zürich 2003, Art. 16 N 9 ff.
- 14 WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 14/15 und dortige Hinweise.
- 15 FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Diss. Bern 1998, S. 178 f.; MARCEL GUIGNARD, Die Gerichtsberichterstattung, in Festschrift für den aargauischen Juristenverein 1936 - 1986, Aarau 1986 S. 62 f.; GEORG MÜLLER, Justiz, Politik und Medien, S. 554.
- 16 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 17.
- 17 BGE 125 V 37 E. 3; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 191 f.; KARL SPÜHLER, Der Grundsatz der Öffentlichkeit in der Rechtsprechung, in: Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Reber, Zürich 1996, S. 319.
- 18 Art. 17 Abs. 1 - 3 OG.

dieses Prinzips auf Bereiche vor, bei denen heute noch Einschränkungen gelten, unter anderem auf Beratungen der strafrechtlichen Abteilungen und für Steuersachen.¹⁹ Er begründet in seiner Botschaft den Grundsatz der öffentlichen Beratungen und Abstimmungen eindrücklich. Er weist darauf hin, dass das Publikum und namentlich die Medien auf diesem Wege eine gewisse Kontrolle ausüben und so einem allfälligen Misstrauen gegenüber einer zu grossen Macht der höchsten Richter in einem demokratischen Staat vorbeugen könnten. Eine öffentliche Beratung biete ferner Gelegenheit, eine Minderheitsmeinung publik zu machen, was im schriftlichen Entscheid nicht oder nur sehr beschränkt möglich sei. Schliesslich könne es für die Parteien vertrauensfördernd wirken, wenn sie mitverfolgen könnten, wie das Gericht über ihre Argumente debattiere.

Gemäss dem Beschluss des Ständerates zum Bundesgerichtsgesetz vom 23. September 2003 sollen allerdings die mündlichen Beratungen und darauf folgende Abstimmungen nur noch öffentlich sein, wenn der Abteilungspräsident Öffentlichkeit anordnet oder ein Richter dies verlangt.²⁰ Dieser Beschluss könnte der von der Lehre²¹ befürchteten Tendenz entsprechen, die Transparenz auf Bundesebene abzubauen, was zu einem Verlust an demokratischer Kontrolle führe.

2. Öffentliche Urteilsverkündung

Im Unterschied zur öffentlichen Verhandlung erfährt der Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung in der EMRK keine Einschränkung.²² Die Urteilsverkündung muss

selbst dann öffentlich erfolgen, wenn die Öffentlichkeit von der Parteiverhandlung ausgeschlossen war.²³

Der Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung erfordert nach der Strassburger Rechtsprechung allerdings nicht, dass das Urteil dem Publikum mündlich verlesen wird; es genügt, wenn das Urteil öffentlich zugänglich gemacht wird.²⁴ Das Schweizerische Bundesgericht hat sich dieser Praxis grundsätzlich angeschlossen.²⁵ Seine Rechtsprechung verlangt allerdings, dass ein berechtigtes bzw. ernsthaftes Interesse geltend gemacht wird, wobei mit Bezug auf Einschränkung dieses Rechts strenge Massstäbe anzulegen sind.²⁶

3. Verkündungsprinzip am Bundesgericht

Gemäss Beschluss der Präsidentenkonferenz des Bundesgerichtes vom 22. Mai 2002 wird dem Verkündungsprinzip dadurch nachgekommen, dass alle Urteile mit Rubrum und im Dispositiv während vier Wochen im Bundesgericht aufgelegt werden, wo sie jede Bürgerin und jeder Bürger einsehen kann. Davon wird allerdings selten Gebrauch gemacht. Diese Auflage folgt «in der Regel» in nicht anonymisierter Form. Sachverhalt und Erwägungen werden dabei zwar nicht öffentlich aufgelegt, dann aber (allerdings aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen anonymisiert) im Internet publiziert. Heute werden «wirklich alle Urteile» bekannt gemacht.²⁷ Diese Praxis der Verkündung soll vor der Verfassung der EMRK standhalten.²⁸ Dies wird jedenfalls dann angenommen, wenn das Einsichtsrecht auch jenen Personen weiterhin gewährt wird, die nicht über einen Internetanschluss verfügen, wenn ihnen adernfalls eine rechtserhebliche Benachteiligung droht.

4. Bundesgericht und Öffentlichkeit in einem weiteren Sinn

Es fragt sich, wie darüber hinaus am Bundesgericht (und an anderen Gerichten) die Öffentlichkeit hergestellt werden kann: Die Öffentlichkeitsarbeit am Bundesgericht beruht auf den fünf Säulen «Amtliche Publikation, Belieferung der Medien, Zusammenarbeit mit Fachzeitschriften, Öffentlichkeitsarbeit im Allgemeinen sowie die Auflage aller Urteile».²⁹ Insgesamt ist die Öff-

19 Art. 55 E, vgl. Botschaft zu Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, S. 4303 und 4492.

20 Amtliches Bulletin 2003, S. 858 ff.

21 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 24.

22 Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 EMRK

23 PAUL TSCHÜMPERLIN, Öffentlichkeit der Entscheidungen und Publikationspraxis des Schweizerischen Bundesgerichts, SJZ 99, 2003, S. 265 f.

24 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 23.

25 BGE 124 IV 234.

26 Kritisch zu den Einschränkungen, RASELLI, Urteilsverkündung, S. 33/34.

27 TSCHÜMPERLIN, Öffentlichkeit der Entscheidungen, S. 270

28 CAROLINE FLÜHMANN/PATRICK SUTTER, Kritische Betrachtung der bundesgerichtlichen Veröffentlichungspraxis oder: «Wünschbares ist machbar» AJP 2003, S. 1043/1044.

29 Ausführlich dazu TSCHÜMPERLIN, Öffentlichkeit der Entscheidungen S. 268 - 270 und WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 17/18.

fentlichkeits- und Medienarbeit des Bundesgerichtes trotz aller guttönenden (und nur teilweise verwirklichten) Ansätze noch verbesserungsfähig, was durch den Umstand bestätigt wird, dass dem damit beauftragten Stellvertreter des Generalsekretärs dafür bloss ein Pensum von 20% zur Verfügung gestellt ist.

Das Anliegen, die Justiz der Öffentlichkeit näher zu bringen und dieser damit u.a. auch eine bessere Kontrolle zu ermöglichen, lässt den immer wieder gehörten Wunsch plausibler erscheinen, die Namen der in einem Urteil mitwirkenden Richter auch in den amtlichen Sammlungen, im Internet und den Medien aufzuführen. Der Namensnennung in der Gerichtsberichterstattung widersetzt sich das Bundesgericht nicht mehr.³⁰ Der Generalsekretär hat am 1. März 2002 darüber «offizielle» Regeln erlassen.³¹

Es stellt sich im weiteren die Frage, ob nicht die Gerichte den medialen Bildbedürfnissen in besonderen Fällen entgegenkommen sollten, soweit der Gang der Verhandlung und die Persönlichkeitsrechte der beteiligten Parteien nicht beeinträchtigt werden. Zur Diskussion wird immer wieder gestellt, im Gericht zu filmen, ferner auch bei wichtigen Entscheiden mit den beteiligten Gerichtsmitgliedern oder einem Medienbeauftragten Interviews führen zu können. Gewisse Filmaufnahmen werden teilweise in kantonalen, aber auch in vielen europäischen Gerichten gestattet, und es liesse sich auch denken, das Filmen der öffentlichen Verkündung des Urteils unter Ausblendung der Parteien zu ermöglichen. Für eine eher liberalere Haltung in diesem Bereich tritt auch eine Minderheit in der schweizerischen Literatur ein.³² Die Befürchtung, dass das Justizwesen durch die Zulassung der elektronischen Medien ihre Autorität einbüßen und sich «populistischen Stimmungsschwankungen» aussetzen würden, zeigt von einem «geringen Vertrauen in die Funktionsfähigkeit eines unabhängigen, dem Recht verpflichteten Judikative».³³

Weitere vertrauensbildende Massnahmen sind diskutierbar, um die Justiz der Öffentlichkeit näher zu bringen, damit die Gesellschaft deren Anliegen besser verstehen und ihr Vertrauen entgegen bringen kann.

Beispielsweise stellt sich die Frage, ob nicht vermehrt der unterliegenden Minderheit eines Gerichtes die Gelegenheit gegeben werden soll, ihre Auffassung zu Protokoll zu geben um der Minderheit zu ermöglichen, ihre so genannte «dissenting opinion» bekannt zu geben. Das Recht der Gerichtsmitglieder, dissenting opinions abzugeben, würde wohl auch in der Schweiz die Verständlichkeit und Qualität höchstrichterlicher Urteile fördern, weil die öffentliche Urteilsberatung am Bundesgericht fast verschwunden sei.³⁴ Dieses System würde nicht nur zur Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung beitragen³⁵, sondern könnte unter anderem das allgemeine Rechtsempfinden durch die Einsicht in die Relativität und Zeitgebundenheit von Recht und Gerechtigkeit verstärken.³⁶

Das Institut des Minderheitsvotums ist im geltenden Bundesrechtspflegegesetz (OG) nicht vorgesehen, jedenfalls nicht ausdrücklich. Zudem gilt es zu beachten, dass beim Bundesgericht nach der schriftlichen Zirkulation nicht einstimmige Urteile mündlich (und in der Regel öffentlich) beraten werden. Die Mitglieder des Bundesgerichtes stehen dem Minderheitsvotum mehrheitlich skeptisch gegenüber, und auch der Entwurf zu einem neuen Bundesgerichtsgesetz vom 28. Februar 2001

30 Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 2. Juli 2001.

31 Vgl. dazu auch RUDOLF RENGIER, Veröffentlichung und Überlassung abschliessender strafgerichtlicher und staatsanwältlicher Entscheidungen, 2003, S. 6; kritisch REMO BORNATICO, Interview NZZ vom 6. August 2002; offenbar auch GEORG MÜLLER, Justiz, Politik und Medien, S.556.

32 So z.B. ANDREAS MEILI, Die Akkreditierung von Journalisten im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zürcher Diss. 1990, S. 189; FRANZ RIKLIN, Schweiz. Presserecht, Bern 1996, S. 184 f.; ROBERTO BERNHARD, Gerichtsberichterstattung - Zweck und Probleme aus der Sicht der Medien, ZBJV 1995 S. 199 f., S. 210. Zum Ganzen und nicht ablehnend, MARTIN PHILIP WYSS, Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren und Fernsehberichterstattung EuGRZ 1996, S. 1 f., GUIDO BRITZ, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal, ein rechtsvergleichender Beitrag zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren, Diss. Saarbrücken 1999; WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 19 und 20.

33 WYSS, S. 16.

34 RAINER I. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER, Das Institut der abweichenden oder zustimmenden Richtermeinung im System der EMRK, in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 107; ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 24.

35 So etwa ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 138 N 15. Eingehend auch PASCAL PICHONNAZ und PETER SCYBOZ, Les dissenting opinions dans les jugements: Une innovation à craindre?, SJZ 98, 2002, S. 377 f.

36 WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 20 ff. und dortige Hinweise.

schlägt es nicht vor, wohl aber der Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001.³⁷

In diesem Zusammenhang sei schliesslich noch angemerkt, dass auch einzelne Gerichtsmitglieder zu einer fruchtbaren Öffentlichkeitsarbeit beitragen können, indem sie sich offen zeigen für individuelle Gespräche mit interessierten Medienschaffenden.³⁸

III. Öffentlichkeit und kantonale Gerichte (dargestellt am Beispiel der Strafjustiz)

1. Art. 30 Abs. 3 BV räumt dem Betroffenen kein Recht auf eine **öffentliche Verhandlung** ein, sondern er beschränkt sich darauf zu gewährleisten, dass, sofern eine Verhandlung abgehalten wird, diese öffentlich ist, es sei denn, das Gesetz sehe eine Ausnahme vor³⁹. Nach wie vor besteht ein Anspruch als solcher auf eine öffentliche (mündliche) Verhandlung nur in den Fällen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK oder sofern das anwendbare Verfahrensrecht dies vorsieht oder wenn sich eine solche aus beweisrechtlichen Überlegungen als notwendig erweist.⁴⁰ Das Fehlen eines öffentlichen Verfahrens vor einer Beschwerdeinstanz verletzt Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht, wenn die Rechtsmittelinstanz nur über Rechtsfragen entscheidet und vor erster Instanz eine Verhandlung stattgefunden hat. Der Anspruch auf öffentliche Verhandlung ist auch insofern nicht zwingend, als die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf ihre Anwesenheit und allenfalls sogar auf eine mündliche Verhandlung verzichten können.⁴¹

2. Das Recht auf **Urteilsveröffentlichung** dagegen kann nicht durch Verzicht der

Prozessparteien eingeschränkt werden, weil es grundsätzlich von jedermann geltend gemacht werden kann.⁴²

Allerdings gilt das Verkündungsgebot nicht absolut in einer durchwegs mündlichen Bekanntgabe, was zu praktischen Schwierigkeiten führen würde. Gemäss der Praxis der Strassburger Organe sind Ersatzformen möglich. Zu denken ist etwa an das Hinterlegen der Urteile in der Gerichtskanzlei zu Händen des Publikums, die Gewährung der Einsicht in Urteile oder die Möglichkeit, Kopien der Entscheidungen anzufordern, so dass jedermann Zugang zum gesamten Urteilstext hat.⁴³ In kantonalen Prozessgesetzen enthalten zwar regelmässig Bestimmungen über die mündliche und schriftliche Urteilsverkündung, aber nur ausnahmsweise über Ersatzformen für die fehlende mündliche Urteilsöffnung.⁴⁴

Der Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 schreibt die öffentliche mündliche Urteilsverkündung vor für Urteile und Beschlüsse erstinstanzlicher Gerichte, für Berufungsgerichte, soweit ein mündliches Verfahren vorgesehen ist (Art. 76 Abs. 2). Art. 76 Abs. 5 regelt die Ersatzformen der öffentlichen Urteilsverkündung und bestimmt, dass interessierte Personen in die Urteile sowie in Strafeinschüsse, die in Strafbefehls- und Übertretungsstrafverfahren ergangen sind, Einsicht nehmen können.

IV. Öffentlichkeit und Untersuchungsverfahren

1. Allgemeines

Nun ist aber nicht zu verkennen, dass in der Schweiz wie im Ausland öffentliche Hauptverhandlungen nur noch relativ sporadisch vorkommen, weil das Vorverfahren (polizeiliches Ermittlungsverfahren und Untersuchung) immer mehr ins Zentrum rückt und eine klassische gerichtliche Hauptverhandlung mit anschliessend verkündetem Urteil nur noch eine von mehreren Möglichkeiten der Verfahrenserledigung darstellt.⁴⁵ Neben der gerichtlichen Beendigung eines Verfahrens sind folgende Verfahrenserledigungen denkbar:

a) Mit einer Einstellung oder Vonderhandweisung.⁴⁶

37 Art. 92 Abs. 3 lit. a

38 WIPRÄCHTIGER, Bundesgericht und Öffentlichkeit, S. 19.

39 HAUSER/SCHWERI, Strafprozessrecht, § 52 N 19.

40 BGE 128 I 288 E. 2.6 und dortige zahlreiche Hinweise.

41 HAUSER/SCHWERI, Strafprozessrecht, § 52 N 19.

42 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 25/26.

43 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 28 und dortige Hinweise.

44 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 29 f. mit Hinweisen auf die kantonale Praxis. Der Leitfaden für den Umgang mit den Medien des luzernischen Obergerichts vom 15. Januar 2004 lässt in D 4 beispielsweise Surrogate, namentlich die Auflage des Dispositivs in der Gerichtskanzlei, zu

45 Dazu FRANZ RIKLIN, Bessere Kontrolle von Justiz und Polizei nötig, plädoyer 5/03 S. 47.

46 Vgl. als Beispiel §§ 59 und 125 StPO/LU.

b) Mit Strafbefehl oder Strafverfügung, mit denen je nach Kanton neben Bussen auch Freiheitsstrafen bis zu 3 oder 6 Monaten verhängt werden können.⁴⁷

c) Gemäss Art. 52 des revidierten Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002⁴⁸ soll die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen können, wenn Schuld und Tatfolgen gering sind. Es handelt sich hier um ein materiellrechtliches Opportunitätsprinzip.⁴⁹ Ein mehr oder weniger weitgehendes prozessuales Opportunitätsprinzip kennen bereits heute mehrere Kantone, und entsprechend Art. 52 des rev. StGB sieht auch der Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 in Art. 8 vor, dass Staatsanwaltschaft und Gerichte von einer Strafverfolgung absehen können, wenn Schuld- und Straffolgen gering sind.

d) Gemäss Art. 53 rev. StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen. Durch die Wiedergutmachung soll auch die Beziehung zwischen Täter und Opfer verbessert werden, was den öffentlichen Frieden wieder herstellen soll.⁵⁰

e) Eine Art. 52 rev. StGB vergleichbare prozessrechtliche Regelung sieht z.B. Art. 153 StPO/Deutschland vor. In Art. 153a StPO/D kann zudem die Staatsanwaltschaft (mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten) bei einem Vergehen von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen. Zugleich kann sie dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse und die Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Strafschuld dem nicht entgegensteht.⁵¹ Mit dieser so genannten Diversion soll der mit der Sanktionierung verbundenen Stigmatisierung und der negativen Programmierungen möglichst entgegen gewirkt werden. Dies sei ein Mittel der Entkriminalisierung und erfülle zudem Aufgaben der Justizentlastung. Damit werde für Fälle schwerer

Schuld und grösseren Sanktionsbedürfnissen das traditionelle «Normalverfahren» funktionsfähig erhalten. Schliesslich soll die Opferposition durch Stärkung des Täter-Opfer-Ausgleichs gestärkt werden.⁵² Der Diversion wird allerdings auch zum Teil heftige Kritik entgegen gebracht.⁵³ Kritisiert wird etwa, der Gleichheitsgrundsatz und Grundsätze einer unabhängigen Judikative seien verletzt; ferner wird eingewendet, die Geltung von materiellrechtlichen Normen würden verfahrensrechtlich ausser Kraft gesetzt; «der Staatsanwalt werde Richter vor dem Richter»; die Freiheit des Bürgers sei in Gefahr; die Polizei könne sich von den Justizgrundsätzen des Strafverfahrens befreien. Was die Kontrolle der Justiz betrifft, wird geltend gemacht, der Trend zum Geheimverfahren sei in höchstem Masse zerstörend für das rechtsstaatliche Strafverfahren, weil die Nachvollziehbarkeit der gerichtlichen Aufklärungstätigkeit aufgehoben und der Souveränitäts- und Kontrollverlust der dritten Gewalt eingeleitet würden.⁵⁴

f) Der Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung zeigt sich am Beispiel des Kantons Luzern. Hier wurde im Jahre 2001 nur rund 1 % der Strafverfahren gerichtlich beurteilt.⁵⁵ Denkt man an die Möglichkeit, dass zusätzlich im Einzelfall die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann, so ist von einem Geltungsverlust der gerichtlichen Hauptverhandlung auszugehen. Es kommt dazu, dass in der Schweiz das Un-

47 Vgl. als Beispiel § 131 StPO/LU. Nach dem Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 sollen u.a. neben Geldstrafen in der ganzen Schweiz Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten mittels Strafbefehls verhängt werden können (§ 412).

48 BBl. 2002 S. 8340 ff., noch nicht in Kraft, möglicherweise anfangs 2006.

49 Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl. 1999, S. 2063.

50 Botschaft 1998, S. 2065.

51 Als Auflagen oder Weisungen kommen z.B. die Wiedergutmachung, die Bezahlung eines Geldbetrags zu Gunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder sonstige gemeinnützige Leistungen in Frage.

52 WERNER BEULKE, in Löwe/Rosenberg, Grosskommentar, 25. Aufl., 2002, § 153 N 1 und 153a NN 3 und 4.

53 BEULKE, StPO, § 153 NN 5 - 7 und 153a NN 11 - 15 und dortige Hinweise; vgl. aber insbesondere PETER ALEXIS ALBRECHT, Die vergessene Freiheit, Berlin 2003, S. 87 f.

54 ALBRECHT, S. 158.

55 Vgl. Rechenschaftsbericht des Obergerichts an den Grossen Rat über die Jahre 2000/2001, S. 16: In zwei Jahren 60'762 abgeschlossene Strafverfahren, davon 53'930 mit einer Strafverfügung erledigt. An die Gerichte wurden 626 überwiesen.

mittelbarkeitsprinzip nicht stark entwickelt ist. Es fragt sich deshalb, inwieweit die Kontrolle der Justiz und damit eine mögliche Kabinettsjustiz in diesen quantitativ überwiegenden Fällen, die in Untersuchungsverfahren erledigt werden, gesichert ist oder werden kann.

Dies scheint nur möglich, wenn die öffentliche Verkündung auch in diesem Bereich grundsätzlich gewährleistet wird und die Strafverfolgungsbehörden die Öffentlichkeit in diesem Zusammenhang vermehrt informieren. Im Einzelnen ergeben sich folgende Möglichkeiten:

2. Strafbefehl und Verkündungsgebot

a) Wegweisend ist BGE 124 IV 234. Hier ging es um einen Strafanzeiger, der beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) Strafanzeige gegen Piloten eines einmotorigen Sportflugzeuges erstattet hatte. Anzuwenden war hier das Verwaltungsstrafrecht. Die Anklagekammer des Bundesgerichtes hielt fest, dass zwar Strafbescheid und Strafverfügung einem allfälligen Anzeiger oder Geschädigten nicht zu eröffnen sind. Der (unverzichtbare) Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung gelte aber auch dann, wenn etwa das vorausgegangene Strafverfahren nicht öffentlich durchgeführt worden sei. Es müsse ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht werden. Allerdings seien angesichts der Bedeutung, welche der öffentlichen Urteilsverkündung insbesondere in Strafsachen im Allgemeinen zukomme, mit Bezug auf Einschränkung dieses Rechts strenge Massstäbe anzulegen. Es genüge deshalb, wenn der Betroffene ernsthaftes Interesse an der Kenntnissnahme eines Urteils glaubhaft mache. Ein solches sei jedenfalls für den Anzeiger im Verwaltungsstrafverfahren ohne weiteres zu bejahen. Es genüge daher, wenn die Verwaltung den im Verwaltungsstrafverfahren ausgefallten Strafbescheid für einige

Zeit auf der Kanzlei zur Einsicht durch Interessierte auflege oder - wie hier - einen Berechtigten auf besonderes Ersuchen hin Einsicht in einen Strafbescheid gewähre.

b) Daraus ergibt sich folgendes Fazit: Der Strafbescheid des Verwaltungsverfahrens - und damit auch die Strafverfügung und Strafbefehle usw. im Untersuchungsverfahren - stellen zunächst einen blossen Urteilsvorschlag dar. Er kommt aber, wenn der Angeschuldigte ihn annimmt bzw. auf eine Einsprache verzichtet, einem rechtskräftigen Gerichtsurteil gleich. Dem Verkündungsgebot (worauf nicht verzichtet werden kann) wird in diesem Stadium des Verfahrens damit nachgekommen, dass der Strafbescheid - wie in BGE 124 IV 234 ausgeführt - für einige Zeit auf der Kanzlei zur Einsicht für Interessierte aufliegt oder wenn einem Berechtigten auf besonderes Ersuchen hin Einsicht in einen Strafbescheid gewährt wird.⁵⁶

c) Es ist fraglich, ob die Einschränkung auf ein berechtigtes Interesse, das glaubhaft gemacht werden muss, sich vor Art. 6 EMRK halten lässt.⁵⁷

d) Zu erwähnen bleibt noch, dass nach dem Gesagten Einstellungen nicht unter den Begriff Urteil im Sinne von Art. 6 EMRK fallen dürften.

3. Folgerungen für die Urteilsverkündung im Untersuchungsverfahren

a) Möglich wäre, dass die Untersuchungsbehörden alle Strafbefehle usw. auflegen. Im Kanton Luzern ergäbe sich für das Jahr 2000 beispielsweise, dass pro Woche über 500 Verfügungen in der Kanzlei der Öffentlichkeit zur Einsicht aufgelegt werden müssten.⁵⁸ Praktisch wäre dies wohl machbar, weil die verschiedenen Untersuchungsrichterämter fast durchwegs EDV-mässig vernetzt sind. Möglich wäre deshalb auch eine Einsichtnahme via Bildschirm.

Es liegt auf der Hand, dass ein solches Vorgehen nur eine Scheintransparenz bedeuten und dass damit dem Verkündungsgebot wohl nur formal nachgekommen würde. Fraglich scheint unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes, alle diese Strafverfügungen etwa auf dem Internet der Öffentlichkeit bekannt zu geben, auch

56 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 25, HAUSER/SCHWERTI, Strafprozessrecht, § 52 N 19; NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1997, N 159.

57 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 24 N 79 mit einem Hinweis auf ein EGMR-Urteil Werner c. Österreich vom 24. November 1979 Ziff. 57, demgemäss eine Regelung nicht genüge, welche die Urteils Einsicht von einem legitimen Interesse abhängig mache; so auch RASELLI, Urteilsverkündung, S. 33/34.

58 Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Luzern an den Grossen Rat über die Jahre 2000/01, S. 54.

wenn die Einsichtnahme nur eine beschränkte Zeit möglich wäre.

Bei den motivierten Strafverfügungen müssen die Untersuchungsbehörden - ähnlich der Praxis am Bundesgericht - vorgehen, nämlich das Rubrum und das Dispositiv mit Namen auflegen, die Erwägungen dann aber anonymisiert im Internet bekannt geben.

b) Möglich wäre aber auch, die Strafbescheide - wegen des berechtigten Interesses gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung - bloss Medienschaffenden bekannt zu geben, was aber insofern wenig sinnvoll wäre, weil die Arbeit, wenn sie schon für die Medienschaffenden getan wird, auch für das Publikum zur Verfügung gestellt werden kann. Eine solche Regelung würde zwar wohl vor dem Verfassungsrecht standhalten.⁵⁹ Ob allerdings die Medien angesichts ihrer zur Verfügung stehenden finanziellen, personellen und platzmässigen Ressourcen auch noch diese Aufgabe übernehmen könnten⁶⁰, scheint fraglich.

c) So bleibt es bei dem vom Bundesgericht in BGE 124 IV 237 aufgezeigten Weg, nämlich den Berechtigten, die ein glaubhaftes Interesse geltend machen können, die Strafverfügungen usw. zu zeigen. Die Untersuchungsbehörden haben gemäss diesem Urteil grosszügig zu verfahren; Neugier sollte genügen.⁶¹ Unter «Berechtigte» fallen selbstverständlich auch Medienschaffende, denen ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in die Strafverfügungen klarerweise zuzubilligen ist. Die damit einhergehende Kontrolle könnte möglicherweise stichprobeweise erfolgen.

Das wäre der eine Schritt, der aber unter dem Stichwort Kontrolle der Justiz möglicherweise noch nicht als genügend erachtet werden kann. Ein weiterer, zweiter Schritt wäre denkbar; wie nachfolgend unter Ziff. 4 zu zeigen sein wird.

4. Information durch die Untersuchungsbehörden

A. Allgemeines

Das Untersuchungsverfahren ist zwar grundsätzlich geheim. Das hat seinen Grund in der besonderen Anfälligkeit der

ersten Verfahrensphase für externe Störungen der Wahrheitsfindung sowie für Verletzungen der Unschuldsvermutung und der Persönlichkeitsrechte.⁶²

Allerdings ist diese Geheimhaltung in der Praxis nicht immer möglich und auch nicht wünschbar. Fehlende Information kann zum Nährboden von Mutmassungen, Spekulationen, Verdächtigungen und unangebrachten journalistischen Recherchen werden.⁶³ Die Anklagekammer des Bundesgerichts führte in diesem Zusammenhang aus, dass es ausnahmsweise angezeigt sein könne, an die Öffentlichkeit zu treten, wenn etwa falschen schwerwiegenden Gerüchten entgegen zu treten sei. Von solchen Fällen abgesehen, könne namentlich bei publizitätsträchtigen Fällen ein legitimes Bedürfnis der Öffentlichkeit bestehen, über den Stand der Untersuchung informiert zu werden, namentlich wenn das Verfahren lange daure. Dabei seien aber immer der Persönlichkeitsschutz und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu respektieren.⁶⁴ ZELLER⁶⁵ zeigt anschaulich die Zwickmühle der Behörden auf, in der sie sich befinden können, nämlich in einem Lavieren zwischen einer zu zögerlichen oder einer zu offensiven Information. Immerhin erlauben die Prozessgesetze eine Orientierung in der Regel zur Beruhigung oder Warnung der Bevölkerung, zur Berichtigung falscher Informationen oder beim Vorliegen besonders schwerwiegender bzw. aufsehenerregender Delikte.⁶⁶ Wie ZELLER zutreffend ausführt,⁶⁷ wäre ein taugliches Gegenmittel gegen unachtsame Äusserungen von Behörden, wenn diese die prozessuale Gegenseite (d.h. die Verteidigung) vermehrt in die Kommunikationsprozesse

59 BGE 117 Ia 387 E. 3; ZELLER, Die Gerichtsöffentlichkeit, S. 23.

60 ZELLER, Die Gerichtsöffentlichkeit, S. 17.

61 RASELLI, Urteilsverkündung, S. 33/34. In diesem Zusammenhang ist auch auf den bereits erwähnten Art. 76 Abs. 5 des Vorentwurfs einer schweizerischen StPO hinzuweisen, der von «interessierten Personen» ausgeht, die in Urteile und Strafverfügungen Einsicht nehmen können.

62 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 19; HAUSER/SCHWERI, Strafprozessrecht, § 5, N 5 f.

63 HAUSER/SCHWERI, Strafprozessrecht, § 52 N 7.

64 Entscheid der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 25. September 2000, 8G.36 und 39/2000, Praxis 2000 192 1167.

65 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 20.

66 Vgl. dazu die Nachweise bei GÉRARD PIQUEREZ, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, Rz 682; ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 20 Rz 34 und dortiger Hinweis, vgl. z.B. auch § 65 Abs. 3 StPO/LU.

67 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 20.

einbeziehen und sie rechtzeitig über die amtliche Informationsabsicht ins Bild setzen würde.

B. Mitteilung an Medien

In Gesetzen oder Reglementen könnte festgehalten werden, dass in Verfahren ohne grundsätzliche Urteilsverkündung, die in der Öffentlichkeit aber auf besonderes Interesse stossen, der Entscheid mit oder ohne Begründung an die Medien geht und damit der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden soll, was, unter Wahrung der Interessen der Geschädigten, auch in Verfahren, in denen die Öffentlichkeit gemäss Art. 5 Abs. 3 OHG ausgeschlossen wurde, gelten müsste.⁶⁸

Mit einer solchen Information kann - wenn sie ernst genommen wird - der Befürchtung der Öffentlichkeit entgegen gewirkt werden, Mächtige usw. würden geschont.⁶⁹ Damit könnte auch dem befürchteten Trend zum Geheimverfahren, «zur freiwilligen Entmündung der dritten Gewalt» (zu Gunsten der Polizei) begegnet werden.⁷⁰

5. Fazit für das Untersuchungsverfahren

Mit der Auflage von Urteilen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie mit mehr Information durch die Untersuchungsbehörden kann dem Argwohn vor einer Geheimjustiz entgegengetreten und die Kontrolle auch über die Untersuchungsbehörden gewährleistet werden. Ohnehin ist nicht in jedem Verfahrensstadium die gleiche Transparenz gefordert, vielmehr nimmt sie bis zur Hauptverhand-

lung zu,⁷¹ was aber auch heisst, dass in einer ersten Phase des Rechtsstreits die Diskretionsinteressen schwerer wiegen als die Informationsbedürfnisse der Allgemeinheit.⁷² Es kommt dazu, dass die Parteien vom Ergebnis einer Strafuntersuchung und einer allfälligen Erledigung durch Strafverfügung ohnehin Kenntnis erhalten. Im weiteren dürfte es nicht allzu sehr stören, wenn in Fällen, in denen wegen eines fehlenden Strafbedürfnisses oder aus anderen Diversionsgründen eingestellt oder nicht bestraft oder weniger hoch bestraft wird, das Publikum davon nichts erfahren würde. Stigmatisierungen können so vermieden werden, was einer Resozialisierung des Täters zuträglich ist.⁷³ Der Reiz der Diversion gemäss den Art. 52 und 53 rev. StGB liegt u.a. gerade in ihrer Heimlichkeit und Schnelligkeit sowie in seinem insgesamt nicht stigmatisierenden Charakter.⁷⁴ Schliesslich ist eine lückenlose Orientierung der Öffentlichkeit auf dem Gebiet der Bagatellkriminalität auch rechtspolitisch nicht nur erwünscht, da sie zu Schnüffeleien führen könnte.

V. Zusammenfassung

Die Kontrolle der Justiz durch Medien und Öffentlichkeit scheint in der Schweiz insgesamt befriedigend gewährleistet. Es sind, wie aufgezeigt, noch Verbesserungen anzubringen. Wenn die Gerichts- und Untersuchungsbehörden noch nicht in der von EMRK, BV, den kantonalen Gesetzen und der Rechtsprechung geforderten Weise orientieren, so muss dies nicht einem schlechten Willen entspringen, sondern hängt eher mit einem mangelnden Problembewusstsein zusammen. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die Öffentlichkeit für die Belange der Justiz wenig interessiert. Dies mag mit der immer noch nicht optimalen Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte zusammenhängen, möglicherweise aber auch mit dem Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz, das nach wie vor da ist: Gemäss einer neuen Untersuchung des Plädoyers schenken drei Viertel der Bevölkerung den Richterinnen und Richtern ziemlich viel Vertrauen.⁷⁵ Die Justiz darf auch auf dem Gebiete der Information zwar nicht die Hände in den Schoss legen; sie trägt aber schon heute dazu bei, dass die Kontrolle über sie durch Medien und Öffentlichkeit keine Illusion ist. ■

68 RENGIER, Veröffentlichung, S. 15.

69 Das würde aber bedingen, dass auch Einstellungen bekannt gegeben würden.

70 ALBRECHT, S. 158.

71 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 19.

72 ZELLER, Gerichtsöffentlichkeit, S. 19.

73 SCHMID, Strafprozessrecht, N 154. In der Literatur werden sogar der Strafbefehl und Einstellungen als Beispiele genannt, die sich nicht zur Veröffentlichung eignen. (WALKER, Die Publikation von Gerichtsentscheidungen, Diss. Saarbrücken 1988).

74 RENGIER, Veröffentlichung, S. 14

75 plädoyer 5/03, S. 8. In eine ähnliche Richtung geht ein Bericht des Tages-Anzeigers vom 20. Juli 2002, wonach gemäss einer Univox-Trend-Befragung 64 % der Befragten Vertrauen in das höchste Schweizer Gericht hätten, mehr als in die Regierung, das Parlament und die Verwaltung.