

LE JUGEMENT  
DAS URTEIL

## Wann sind rassistische Äusserungen öffentlich?

Bundesgerichtsentscheid vom 27. Mai. 2004 (6S.318/2003; BGE-Publikation vorgesehen)

*Als öffentlich wird eine rassistische Äusserung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB dann betrachtet, wenn sie nicht in einem privaten Rahmen erfolgt. Als privat sind Äusserungen anzusehen, die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen.*

*Un propos raciste est considéré comme public au sens de l'article 261<sup>bis</sup> CP lorsqu'il n'est pas tenu dans un cadre privé. On considère comme étant de nature privée les propos tenus au sein de la famille ou d'un cercle d'amis, ou plus généralement dans un cadre marqué par des relations personnelles ou une confiance particulière.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 26. September 1999 fand in einer Waldhütte eine Veranstaltung statt, in deren Rahmen ein Vortrag über die Entstehung der SS und der Waffen-SS vor knapp 50 Personen aus der Skinhead-Szene gehalten wurde, die nur gegen Vorweisung einer schriftlichen Einladung eingelassen worden waren. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern erhob gegen den Referenten und den Organisator der Veranstaltung Anklage unter anderem wegen Rassendiskriminierung. Straffbar im Sinne des Art. 261<sup>bis</sup> StGB sind grundsätzlich nur rassistische Äusserungen und Verhaltensweisen, die «öffentlich» erfolgen. Das Berner Obergericht sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei. Es war zum Schluss gekommen, dass die persönlich eingeladenen Teilnehmer einen geschlossenen Kreis und damit keine Öffentlichkeit gebildet hätten. Die darauffolgende Beschwerde des Generalprokurators wurde vom Bundesgericht gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung an die Berner Justiz zurückverwiesen.

### Aus den Erwägungen

**3.1** Öffentlich ist eine Äusserung nach allgemeiner Auffassung, wenn sie von unbestimmt vielen Personen oder von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis wahrgenommen werden kann (BGE 111 IV 151 E. 3; 123 IV 202 E. 3d; 126 IV 176 E. 2; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, Art. 259 N. 3a, Art. 261 N. 3, Art. 261<sup>bis</sup> N. 15; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil. II, 5. Aufl. 2000, § 38 N. 15; Marcel ALEXANDER NIGGLI, a.a.O., N. 696, 704; DORRIT SCHLEIMINGER, Basler Kommentar, StGB II, 2003, Art. 261<sup>bis</sup> N. 21; ähnlich die Rechtsprechung und herrschende Lehre in Deutschland, siehe statt vieler SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Strafbuch,

Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 186 StGB N. 19). Diese allgemeine Begriffsumschreibung gilt, wie sich aus den zitierten Entscheiden ergibt, auch für den Tatbestand der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) im Besonderen und die Tatbestandsvariante der Leugnung von Völkermord (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweite Hälfte StGB) im Speziellen.

**3.2.1** Nach der Praxis des Bundesgerichts ist öffentlich die Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit (im Sinne von Art. 259 StGB), die auf einem Plakat geäussert wurde, welches auf einer Strassensignalisationstafel auf dem Predigerplatz in Zürich aufgeklebt war (BGE 111 IV 151). Öffentlich sind antisemitische Äusserungen in einem Brief, der an 432 Personen und somit an einen grösseren Personenkreis versandt wurde (BGE 123 IV 202 E. 3d und E. 4c). Äusserungen in einem Schreiben, das an rund 50 Personen verschickt wurde, hat der Kassationshof in BGE 126 IV 20 E. 1d als öffentlich im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB qualifiziert mit der Begründung, der Beschuldigte in jenem Verfahren habe das Schreiben möglicherweise nur an Bekannte beziehungsweise an ohnehin interessierte Personen versandt, doch habe das Risiko bestanden, dass das Schreiben von den Adressaten weiterverbreitet und somit sein Inhalt über die fragliche Gruppe hinaus bekannt wurde. In BGE 127 IV 203 wurde Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB angenommen im Falle eines Beschuldigten, der in einer von ihm herausgegebenen Zeitschrift einige Exemplare eines den Holocaust leugnenden Buches eines Dritten unter Hinweis auf dessen Inhalt zum Verkauf angeboten hatte. Unerheblich war, dass kein einziges Exemplar des Buches verkauft wurde; das öffentliche Angebot reichte aus.

Demgegenüber hat das Bundesgericht Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB verneint im Fall eines Beschuldigten,

ten, der ein rassendiskriminierende Ideologien enthaltenes Buch eines Dritten per Post an sieben ihm bekannte Personen verschickt hatte (BGE 126 IV 176; zustimmend GUIDO JENNY, ZBJV 139/2003 S.379). Gemäss den Erwägungen im zitierten Entscheid sind sieben Adressaten in einer solchen Konstellation nicht als Öffentlichkeit zu qualifizieren. Daher stelle sich die - in der Lehre umstrittene - Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Risiko der Weiterverbreitung der Äusserungen durch die Adressaten Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> begründe, ob etwa Öffentlichkeit zu bejahen sei, wenn der Absender keine Kontrolle über die Weiterverbreitung durch die Adressaten und damit keine Kontrolle über den Wirkungskreis der Äusserungen habe. Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid die Frage verneint. Zwar könne das Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis je nach den Umständen grösser oder kleiner sein, doch bestehe insoweit im Prinzip nie eine Kontrollmöglichkeit; diese sei daher - allenfalls von Grenzfällen abgesehen - kein taugliches Kriterium. Öffentlichkeit sei somit nicht schon gegeben, wenn ein erhebliches Risiko der Weiterverbreitung an einen grösseren Personenkreis bestanden, sondern erst, wenn sich dieses Risiko verwirklicht habe, welche Voraussetzung im beurteilten Fall nicht erfüllt war. Das Ausmass des Risikos der Weiterverbreitung sei nur in Bezug auf den subjektiven Tatbestand von Bedeutung (BGE 126 IV 176 E. 2e; ablehnend und kritisch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FIOKA, Das Private und das Politische: Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, in: AJP 2001 S. 533 ff.). Das Bundesgericht hat Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB auch verneint im Fall eines Buchhändlers, der ein den Holocaust leugnendes Buch eines Dritten in beschränkter Anzahl (weniger als zehn Exemplare) an einem für Kunden nicht einseharen Ort aufbewahrt, hierfür keinerlei Werbung gemacht und es nur auf Verlangen verkauft hatte (BGE 126 IV 230; zustimmend GUIDO JENNY, ZBJV 139/2003 S. 379; ablehnend und kritisch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FIOKA, a.a.O., S. 533 ff.).

**3.2.2** Mit der Frage der Öffentlichkeit von mündlichen Äusserungen hatte sich das Bundesgericht nur relativ selten zu befassen. Im nicht publizierten BGE 6S.635/2001 vom 30. Mai 2002 (auszugsweise wiedergegeben in *medialex* 2002 S. 158) wurde Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 erste Hälfte StGB bejaht im Fall eines Beschuldigten, der die Äusserung gegenüber dem Betroffenen auf der Strasse eines Wohnquartiers in Anwesenheit von sechs Personen getan hatte. Das Bundesgericht hat festgehalten, die kantonale Instanz habe die unmittelbar anwesenden sechs Personen zu Recht nicht als Öffentlichkeit im Sinne des Gesetzes qualifiziert. Öffentlichkeit sei gemäss den zutreffenden Ausführungen der kantonalen Instanz aber deshalb gegeben, weil sich der Vorfall an einem sonnigen Juniabend zwischen 18.00 und 20.00 Uhr auf der Strasse eines Einfamilienhausquartiers ereignet habe.

Daher hätte eine Vielzahl von unbestimmten und mit dem Beschuldigten in keiner persönlichen Beziehung stehenden Drittperson potentielle Zeugen der lautstarken Äusserungen werden können. Das Bundesgericht hat Öffentlichkeit sodann bejaht im Fall von Äusserungen eines Beschuldigten in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung wegen Ehrverletzung, an welcher Medienschaffende zugegen waren, welche über die Gerichtsverhandlung und die Äusserungen des Beschuldigten zusammenfassend in Presseerzeugnissen berichteten (nicht publizierter BGE 6S.698/2001 vom 22. Januar 2003, E. 3.3).

**3.2.3** Das Bundesgericht musste sich in der zitierten Rechtsprechung somit vor allem mit Fällen auseinandersetzen, in denen Äusserungen in schriftlicher Form an einen begrenzten Personenkreis gerichtet waren. Da weder der Autor beziehungsweise der Versender der Schriften mit den Adressaten noch diese untereinander durch persönliche Beziehungen verbunden waren, stellte sich dem Bundesgericht jeweils die Frage, ob der Kreis der Adressaten im Sinne der zitierten allgemeinen Umschreibung des Öffentlichkeitsbegriffs als ein grösserer (nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängender) Personenkreis zu qualifizieren sei. Damit kam in diesen Fällen nach der Rechtsprechung der Zahl der Adressaten entscheidende Bedeutung zu. Das Bundesgericht hat denn auch in mehreren Urteilen massgeblich auf die Zahl der Adressaten der (schriftlichen) Äusserungen abgestellt und Öffentlichkeit einerseits unter Hinweis auf die offensichtlich grosse Zahl ohne weiteres bejaht (siehe BGE 123 IV 202 E. 3d und E. 4c) beziehungsweise in Anbetracht der kleinen Zahl verneint (vgl. BGE 126 IV 176, 230). Das Bundesgericht hat es aber abgelehnt, insoweit einen «Grenzwert» zu bestimmen und diesen beispielsweise - etwa in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG betreffend «viele Menschen» (siehe BGE 108 IV 63 E. 2; 109 IV 143 E. 3a) - auf die Zahl 20 festzulegen.

**4.1** Öffentlichkeit der Äusserung beziehungsweise des Verhaltens ist nicht nur in Art. 261<sup>bis</sup> StGB, sondern auch in verschiedenen weiteren Tatbeständen des Strafgesetzbuches ein strafbegründendes Merkmal, so in Art. 152 StGB (betreffend unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe in öffentlichen Bekanntmachungen), in Art. 197 Ziff. 2 Abs. 1 StGB (betreffend öffentliches Ausstellen und Zeigen von pornographischen Gegenständen oder Vorführungen), in Art. 259 StGB (betreffend öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit), in Art. 260 Abs. 1 StGB (betreffend Landfriedensbruch durch Teilnahme an einer öffentlichen Zusammenrottung), in Art. 261 Abs. 1 StGB (betreffend Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit etwa durch öffentliches Verspotten der Überzeugung anderer in Glaubenssachen in gemeiner Weise), in Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB (betreffend Störung des Totenfriedens durch öffentliche Beschimpfung eines Leichnams), in Art. 276 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (betreffend öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam gegen militärische Befehle) etc.

4.2 Die Lehre scheint überwiegend davon auszugehen, dass der Begriff der Öffentlichkeit im Strafgesetzbuch ein einheitlicher und daher bei allen Straftatbeständen gleich auszulegen ist (siehe statt vieler MARCEL ALEXANDER NIGGLI, a.a.O., N. 694, 704). Für diese Auffassung gibt es indessen keine zwingenden Gründe. In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der Tatbestände, die Öffentlichkeit als strafbegründendes Element voraussetzen, liegt im Gegenteil eine tatbestandsbezogene Auslegung des Merkmals der Öffentlichkeit nahe.

4.3 Ob Öffentlichkeit im Sinne eines bestimmten Straftatbestands gegeben ist, hängt wesentlich von dem durch die Strafbestimmung geschützten Rechtsgut sowie davon ab, weshalb darin Öffentlichkeit als strafbegründendes Merkmal vorausgesetzt wird. Das Bundesgericht hat denn auch schon mehrfach festgehalten, ob Öffentlichkeit anzunehmen sei, hänge von den gesamten Umständen ab, deren Tragweite unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der in Betracht fallenden Strafbestimmung und des dadurch geschützten Rechtsgutes zu bewerten sei (BGE 126 IV 176 E. 2c/aa; nicht publizierter BGE 6S.635/2001 vom 30. Mai 2002, E. 3d).

5 Zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren einzig, wie das Merkmal der Öffentlichkeit im Tatbestand der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB zu interpretieren ist.

5.1 Art. 261<sup>bis</sup> StGB («Rassendiskriminierung») ist im Zwölften Titel des Strafgesetzbuches betreffend die «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden» eingeordnet. Strafbar sind grundsätzlich - ausser bei der Tatbestandsvariante der Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB - nur öffentliche Handlungen. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates stellt Rassendiskriminierung eine Gefährdung des öffentlichen Friedens dar. Der Angriffspunkt sei allerdings die Menschenwürde eines jeden Einzelnen der betroffenen Gruppe. Der Zusammenhang sei jedoch eindeutig. In einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet oder herabgesetzt werden könnten, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden dürfte, wo einzelne Menschen auf Grund ihrer rassischen, ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit in ihrer Menschenwürde angegriffen werden könnten, wo aus derartigen Gründen einem Menschen oder einer Gruppe von Menschen eine Leistung verweigert werden dürfte, wäre der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet (Botschaft des Bundesrates, BBl 1992 III 269 ff., 309 f.). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützen Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 4 StGB in erster Linie - unmittelbar oder zumindest mittelbar (siehe BGE 129 IV 95 E. 3 zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweite Hälfte StGB) - die Würde des einzelnen Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion. Dieser Schutz des Einzelnen in seiner Zugehörigkeit zu

einer ethnischen oder religiösen Gruppe dient zugleich der Wahrung des öffentlichen Friedens (BGE 123 IV 202 E. 2 und E. 3a; siehe auch BGE 128 I 218 E. 1.4).

5.2.1 Äusserungen und Verhaltensweisen, die andere Menschen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse, Ethnie oder Religion in ihrer Würde unmittelbar oder mittelbar verletzen, sind in einem Rechtsstaat inakzeptabel und an sich schon strafwürdig. Dem Gesetzgeber schien es aber angezeigt, solche Äusserungen und Verhaltensweisen - abgesehen vom Fall der Leistungsverweigerung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB) - nur unter der Voraussetzung unter Strafe zu stellen, dass sie öffentlich erfolgen. Äusserungen und Verhaltensweisen im engen privaten Rahmen sind nicht strafbar und damit auch nicht Gegenstand von Strafuntersuchungen mit entsprechenden Zwangsmassnahmen sein. Der Begriff der Öffentlichkeit in Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist in Anbetracht von Sinn und Zweck dieses strafbegründenden Merkmals und mit Rücksicht auf das durch diese Bestimmung geschützte Rechtsgut der Menschenwürde auszulegen.

Von diesem Ausgangspunkt betrachtet erscheinen alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht dem erwähnten privaten Rahmen zugerechnet werden können. Es genügt also, um öffentliches Handeln anzunehmen, dass dieses nicht auf das engere private Umfeld beschränkt bleibt, das der Gesetzgeber von der Strafbarkeit ausnehmen wollte. So gesehen kann als öffentlich im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB alles gelten, was nicht privat ist (vgl. NIGGLI/FIOLKA, a.a.O., S. 539 f.).

Die bisherige Rechtsprechung geht demgegenüber von einer Umschreibung der Öffentlichkeit aus, die mit dem Verweis auf einen grösseren Personenkreis insbesondere der Zahl der Adressaten ein ausschlaggebendes Gewicht beimisst. So hat das Bundesgericht den Versand eines Buchs an sieben Empfänger als nicht öffentliche Handlung qualifiziert, weil sieben Personen noch keine Öffentlichkeit zu begründen vermöchten (BGE 126 IV 176 E. 2d/aa; ähnlich auch BGE 126 IV 230 E. 2b/dd). Diese rein quantitative Betrachtung vermag nicht länger zu überzeugen. Auch unter wenigen Personen ausgetauschte rassistische Äusserungen können den privaten Rahmen überschreiten, den der Gesetzgeber von der Strafbarkeit ausnehmen wollte. Die Zahl der Personen, welche eine Äusserung wahrnehmen, ist ohnehin oft zufällig und erscheint daher nicht als geeignetes Kriterium, um über den öffentlichen Charakter einer Handlung zu entscheiden.

5.2.2 Aus diesen Erwägungen kann an der bisherigen Umschreibung des Tatbestandsmerkmals der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB nicht festgehalten werden. Es gelten vielmehr inskünftig ungeachtet der Zahl der Adressaten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Als privat sind Äusserungen anzusehen, die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder

.....

besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen. Der Entscheid, ob eine Handlung noch im privaten Kreis erfolgt, ist auf Grund der konkreten Umstände zu treffen. Es liegt auf der Hand, dass dabei die Zahl der anwesenden Personen ebenfalls eine Rolle spielen kann. Je enger diese miteinander verbunden sind, umso umfangreicher kann der Kreis sein, ohne den privaten Charakter zu verlieren. Umgekehrt ist etwa ein Gespräch unter vier Augen auf Grund der dadurch geschaffenen Vertraulichkeit auch dann dem privaten Kreis zuzurechnen, wenn sich die involvierten Personen nicht näher kennen. Die Zahl der Adressaten einer Äusserung kann daher den Entscheid über die Privatheit bzw. Öffentlichkeit mitbeeinflussen, ohne aber für sich allein ausschlaggebend zu sein.

Eine gemeinsame Gesinnung der Teilnehmer vermag den öffentlichen Charakter einer Veranstaltung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB nicht auszuschliessen, wenn die Gesinnungsgenossen nicht auch persönlich miteinander verbunden sind. Ebenso wenig können Versammlungen schon deshalb als privat gelten, weil eine Einlasskontrolle durchgeführt und der Zugang nur einem besonderen Publikum gestattet wird. Art. 261<sup>bis</sup> StGB will gerade auch verhindern, dass sich rassistisches Gedankengut in Zirkeln, die ihm zuneigen, weiter verfestigt und ausweitet.

6. Die vom Beschwerdegegner 1 organisierte Veranstaltung, an welcher der Beschwerdegegner 2 den Vortrag hielt, fand in einer Waldhütte statt. Eingelassen wurde nur, wer eine schriftliche Einladung vorweisen konnte. Es wurden Einlasskontrollen durchgeführt. Die 40-50 anwesenden Personen gehörten verschiedenen Gruppierungen an. Sie waren nicht alle miteinander bekannt. Auch soweit sie sich kannten, waren sie nicht alle durch persönliche Beziehungen miteinander verbunden. Sie bildeten nicht einen sonst wie durch Vertrauen geprägten engen Kreis von wenigen Personen. Die Umstände, dass die Veranstaltung eine geschlossene war und dass alle Teilnehmer der «Skinhead»-Szene angehörten und im Wesentlichen dieselbe «rechtsextreme» Gesinnung hatten, vermögen keine Privatheit zu begründen. Die inkriminierten Äusserungen waren daher öffentlich.■

#### ANMERKUNGEN:

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht den Begriff der Öffentlichkeit in Art. 261<sup>bis</sup> StGB als Gegenbegriff zur Privatheit definiert und damit einen Vorschlag aus dem Aufsatz G. Fiolka / M. A. Niggli, Das Private und das Politische (AJP 2001, 533-547) aufgenommen. Demnach erstaunt wohl nicht, wenn die Entscheidung an dieser Stelle als sinnvolle Klärung des Öffentlichkeitsbegriffs begrüsst wird (vgl. auch G. Fiolka, vor Art. 258 N 12 ff. in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Basel 2003). Was gibt es also noch zu sagen? Etwas zu den «Risiken und Nebenwirkungen» des Urteils.

Dem Entscheid wurde bei seiner Publikation grosse Aufmerksamkeit zuteil, die Reaktionen darauf fielen teilweise recht heftig aus. Die NZZ titelte «Öffentlich ist, was nicht strikt privat ist» und «Aus-

weitung der Strafbarkeit rassistischer Äusserungen» (NZZ, 17.08.2004, S. 13; ferner M. Felber, Jusletter, 23.08.2004). Die Frontseite der meistgelesenen Zeitung der Schweiz, 20 Minuten, zierte der Satz «Rassisten werden härter angepackt», während der Artikel auf S. 6 mit «Rassismus auch am Stammtisch strafbar» betitelt war (20 Minuten, 17.08.2004). Die Schweizerische Volkspartei SVP reagierte am 16.08.2004 mit einem Pressecommuniqué, welches den Titel «Privatsphäre abgeschafft?», trug und worin der Entscheid heftig kritisiert wurde, u.a. mit folgenden Ausführungen: Mit dem Urteil «wird das Recht auf Privatsphäre faktisch ausgeschaltet. Alle Versammlungen sind damit nämlich öffentlich erklärt worden, auch jene von Vereinen.» Da Art. 261<sup>bis</sup> StGB ein gravierender Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit sei und in seiner Tragweite nicht mehr der vom Volk 1994 gutgeheissenen Vorlage entspreche, müsse das Gesetz abgeändert werden. Aus alledem ergeben sich verschiedene Fragen:

Greift der Entscheid in die Privatsphäre ein? Der Entscheid sagt, dass öffentlich i.S.v. Art. 261<sup>bis</sup> StGB all das sei, was nicht privat sei. Privat seien Äusserungen im Familien- oder Freundeskreis, oder in sonst durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeldern. Im Ergebnis nimmt der Entscheid also die Privatheit zum Massstab für die Öffentlichkeit und definiert die Privatheit. An der Definition der Privatheit ist keine Kritik geübt worden, und sie scheint auch einem landläufigen Verständnis von Privatheit zu entsprechen. Eine Verletzung der Privatsphäre durch Definition der Privatsphäre liesse sich nur mit dem Argument begründen, dass die Privatsphäre zu eng definiert sei, so dass Privates in unsachgemässer Weise als öffentlich angesehen werde. Dadurch, dass sie zum Massstab der Rechtsanwendung gemacht wird, wird die Bedeutung der Privatheit nicht geschwächt, sondern eher gestärkt. Festzuhalten ist also: Eine Definition kann an sich kein Eingriff in den Gegenstand sein, den sie definiert.

Wird der Begriff der Öffentlichkeit (und damit auch der Anwendungsbereich von Art. 261<sup>bis</sup> StGB) durch den Entscheid ausgeweitet? Der Begriff der Öffentlichkeit ist keine Erscheinung, die erst mit Art. 261<sup>bis</sup> StGB Eingang in das Strafrecht gefunden hat. Von praktischer Bedeutung waren früher etwa die öffentlichen unzüchtigen Handlungen (Art. 203 StGB a.F.), aber auch die Bestimmungen der Ausverkaufsordnung. Auch heute findet sich das Tatbestandsmerkmal in verschiedenen Tatbeständen des geltenden Rechts (vgl. Fiolka/Niggli, op.cit. 534; E. 4.1 des Entscheids) und des Nebenstrafrechts (etwa des Strassenverkehrsrechts und des Waffenrechts, vgl. dazu G. Fiolka, Das Tragen von Waffen an öffentlich zugänglichen Orten, AJP 2003, 935-943, 938 ff.). Die Praxis betrachtete regelmässig Äusserungen als öffentlich, wenn sie von einem grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Kreis von Personen wahrgenommen werden konnten (BGE 111 IV 254; Fiolka/Niggli, op.cit. 539; M. A. Niggli, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, N 691 ff.). Bei Entscheiden zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB verlor das Bundesgericht allerdings das Kriterium der persönlichen Beziehungen (und damit der Kontrolle über den Wirkungskreis der Äusserung) aus den Augen und legte gesteigerten Wert darauf, dass die Äusserung einem grösseren Personenkreis zugänglich war, wobei es eine zahlenmässige Definition verwarf (anders als in anderen Rechtsgebieten: Eine Menge an Betäubungsmitteln gefährdet die Gesundheit «vieler» Menschen bei Betäubungsmittelverkehrsdelikten nach Art 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, wenn sie die Gesundheit von 20 Menschen gefährdet, BGE 108 IV 63, 66). Dies führte dazu, dass der Versand von Büchern an 7 nicht näher bekannte Adressaten (BGE 126 IV 176) oder der Verkauf von Büchern an beliebige Abnehmer unter dem Ladentisch (BGE 126 IV 230) als nicht-öffentliche Handlungen bewertet wurden. Stellt man primär auf die Grösse des Personenkreises ab, heisst das aber auch, dass die Skinhead-Versammlung in der Waldhütte mit 50 Teilnehmern nach der vormaligen Auffassung des Bundesgerichts mit grosser Wahrscheinlichkeit als öffentlich zu bewerten gewesen wäre. Erst mit dem Kriterium der Privatheit hat das Bundesgericht überhaupt einen Behelf, anhand dessen es die Öffentlichkeit ggf. verneinen könnte. Im Ergebnis zeigt sich also: Die neue Linie des Bundesgerichts ist nicht dermassen neu, und sie führt nicht zwingend zu einer Ausweitung der Öffentlichkeit, sondern vielmehr zu einer besseren Konturierung des Begriffs. Gerade bei grösseren Gesellschaften (Hochzeitsfeier, Versammlung eines Vereins/Unter-

nehmens, dessen Mitglieder einander gut kennen) erlaubt die neue Rechtsprechung sogar eine Verengung des Öffentlichkeitsbegriffs, für welche die vormaligen Vorstellungen keine Grundlage geboten hätten. Ein Ausweitungspotential birgt die neue Fassung des Öffentlichkeitsbegriffs lediglich bei Fallgestaltungen mit wenigen Adressaten ohne Vertrauensverhältnisse.

Sind rassistische Äusserungen auch am Stammtisch strafbar? Im Ergebnis ändert sich für den für die viel besprochenen, in der Praxis zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB allerdings bedeutungslosen Stammtischsituationen überhaupt nichts: Wenn der Sprecher seine Stammtischkollegen relativ gut kennt, bestehen regelmässig Vertrauensverhältnisse, welche Privatheit begründen und Öffentlichkeit ausschliessen. Vorsicht ist (in rechtlicher wie in sozialer Hinsicht) dann angebracht, wenn sich der Runde Unbekannte zugesellen. Wer am Stammtisch so laut redet, dass die ganze Wirtschaft mithören muss, handelt öffentlich, da i.d.R. nicht mit allen im Schankraum Vertrauensverhältnisse bestehen. Wenn das Servierpersonal oder ein Lauscher am Nebentisch Teile der Konversation mithört, ohne dass der Sprecher sich dessen gewahr ist, wird eine Strafbarkeit regelmässig am Vorsatz des Sprechers scheitern, denn Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist i.d.R. nur dann erfüllt, wenn jemand sich mit Wissen und Willen öffentlich äussert. All dies gilt heute wie früher. Im Ergebnis gibt die neue Rechtsprechung dem Richter also auch für Stammtischsituationen ein präziseres Instrument in die Hand, welches eher zur Einschränkung als zur Ausweitung der Strafbarkeit taugt.

Welche weiteren Auswirkungen hat der Entscheid? Wie dargelegt hat der Entscheid – von der gesteigerten Nachvollziehbarkeit der

Urteile abgesehen – keine grossen Auswirkungen auf die meisten praktisch relevanten Fallgestaltungen. Das Bundesgericht wollte die dogmatischen Auswirkungen des Entscheides durch die Feststellung begrenzen, dass der Entscheid nur für Art. 261<sup>bis</sup> StGB gelte und nicht für alle Bestimmungen, welche das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit enthalten (E. 4.2 ff. des Entscheides). Es begründet dies damit, dass das Rechtsgut (Menschenwürde) eine spezifische Auslegung nahe lege. Diese Auffassung wird sich indes wohl nicht halten lassen: Es ist nicht einzusehen, warum der Terminus der öffentlichen Äusserung je nach durch eine Bestimmung geschütztem Rechtsgut eine andere Bedeutung haben soll, dies auch in Anbetracht dessen, dass die Rechtsprechung letztlich nur einen Öffentlichkeitsbegriff konkretisiert, welcher früher jahrzehntelang problemlos ohne solche Kautelen im Gebrauch war. Grundsätzlich wird man eine öffentliche Handlung allgemein, für alle Strafbestimmungen, als eine nicht private Handlung interpretieren müssen. Es ist allerdings durchaus möglich, dass die Besonderheiten bestimmter Strafnormen auch spezifische Anpassungen des Öffentlichkeitsbegriffs erheischen. Zu denken ist insbesondere an abgewandelte Formen, wie etwa den rein örtlichen Öffentlichkeitsbegriff im Strassenverkehrs- und Waffenrecht, an besondere Formen der Publikumsorientierung wie etwa bei Art. 293 StGB oder auch an die öffentliche Zusammenrottung bei Art. 260 StGB. Die Vorstellung eines grundsätzlich einheitlichen Öffentlichkeitsbegriffs zielt also nicht darauf ab, alle Strafnormen in das Prokrustesbett eines solchen Begriffs zu stecken. Es dürfte vielmehr so sein, dass die neue Rechtsprechung aufgrund ihrer Plausibilität auf die anderen Strafbestimmungen ausstrahlen wird.

LIC. IUR. GERHARD FOLKA, FREIBURG

.....

## «Meili-Foto» fehlt es an Individualität

Bundesgerichtsentscheid vom 19. April 2004 (4C.111/2002; BGE-Publikation vorgesehen)

*Ob ein für eine Fotografie bestimmtes Objekt die für deren urheberrechtlichen Schutz notwendige Individualität aufweist, hängt davon ab, dass die Wahl des Objekts als Gestaltungselement dazu verwendet wird, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, unabhängig davon, ob das abgebildete Objekt als historisch einmalig angesehen werden kann.*

*Pour savoir si une photo a le caractère individuel nécessaire à sa protection par le droit d'auteur, on se fondera sur la manière dont l'auteur choisit son objet pour en faire un élément créateur capable de donner à la photo son caractère individuel. La question de savoir si l'objet photographié est historiquement unique est sans importance.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 8. Januar 1997 nahm der als Wachmann arbeitende Christoph Meili im Schredderraum der heutigen UBS am Sitz der Bank in Zürich verschiedene Akten an sich, unter anderem zwei Folianten mit den Aufschriften «Directions-Protokoll No XIII» und «Protokoll des Bankdirectoriums». Dieser Vorfall wurde in der Folge im Zusammenhang mit der zu jener Zeit aktuellen Diskussion über die seit dem Zweiten Weltkrieg nachrichtenlosen Bankkonten in der Presse bekannt gemacht.

Die Journalistin Gisela Blau Guggenheim traf sich am 13. Januar 1997 mit Christoph Meili und veranlasste ihn, sich zusammen mit den beiden Folianten fotografieren zu lassen. Die Schwarzweissfotografie zeigt Christoph Meili von vorne, direkt in die Kamera blickend, wobei er die beiden Folianten je mit einer Hand so vor den Körper hält, dass deren Deckel mit den Aufschriften gut sichtbar sind.

Diese Fotografie verwendete die British Broadcasting Corporation in ihrem Film «Nazi Gold», ohne vorher die Er-

laubnis von Gisela Blau Guggenheim erhalten zu haben. Der Film wurde in verschiedenen Ländern im Fernsehen gezeigt, im Juli 1997 auch in der Schweiz.



Mit Urteil vom 19. November 2001 wies da Obergericht des Kantons Zürich (vgl. *medialex* 2003, S. 239) die Klage der Journalistin gegen die BBC wegen Verletzung des Urheberrechts ab. Die Journalistin machte eine Urheberrechtsverletzung der BBC geltend und verlangte die Bezahlung von «Lizenz- und Verletzergebühren» in der Höhe von 16'000 Franken.

#### Aus den Erwägungen:

«Das Obergericht hat der von der Klägerin aufgenommenen Fotografie die urheberrechtliche Werkqualität mit der Begründung abgesprochen, es fehle ihr hinsichtlich des Einsatzes fototechnischer Mittel jegliche Besonderheit. Der Bildausschnitt und der Bildwinkel ergäben ein frontales Porträt in einer Grösse, bei der das Gesicht von Meili und die beiden von ihm vorgezeigten Folianten den Mittelpunkt bildeten und die Titel der beiden Folianten in der Originalaufnahme problemlos lesbar seien. Diese Bildelemente würde jedermann so wählen, der zeigen wolle, dass Meili im Besitz der fraglichen Dokumente gewesen sei. Alle anderen fototechnischen Mittel seien banal und entsprächen dem, was eine einfache Kamera automatisch gewählt hätte. Auch die Art, wie Meili die beiden Folianten

vorgezeige, nämlich mit den Titelseiten frontal gegen die Kamera, sei naheliegend und entspreche dem, was jedermann anordnen würde. Schliesslich sei die Beleuchtung eine Blitzlichtbeleuchtung, wie sie bei jeder einfachen Kamera von einer eingebauten Leuchte geliefert werde. Einmalig sei die Aufnahme nur wegen ihres Objekts. Dieses dokumentiere einen höchst ungewöhnlichen Vorfall, der damals weltweit Aufsehen erregt habe.

Die Klägerin wirft dem Obergericht eine Verletzung von Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1) vor, weil es der Fotografie zu Unrecht die Werkqualität abgesprochen habe. Sie macht geltend, entgegen der Auffassung des Obergerichts fehle der Fotografie weder der geistige Charakter noch die ausreichende Individualität.

**2.1** Gemäss Art. 2 URG sind Werke geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben, wobei es auf deren Wert und Zweck nicht ankommt (Abs. 1). Zu diesen Werken gehören nach dem Gesetz insbesondere auch fotografische, filmische und andere visuelle oder audiovisuelle Werke (Abs. 2 lit. g).

Das Bundesgericht hat sich in BGE 130 III 168, der ebenfalls die Frage des Urheberrechtsschutzes einer Fotografie betraf, insbesondere zum Werkmerkmal des individuellen Charakters geäussert. Dort (E. 4.4) wurde festgehalten, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, soweit sie auch nach dem Inkrafttreten des revidierten Urheberrechtsgesetzes die Begriffe der Originalität und der Individualität synonym verwendet hatte (vgl. BGE 125 III 328 E. 4b S. 331), dahingehend zu präzisieren sei, dass das Urheberrechtsgesetz den Schutz gemäss der Legaldefinition vom individuellen Charakter des Werkes abhängig mache. Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber oder die Urheberin ist nach dem revidierten Gesetz nicht erforderlich. Vorausgesetzt wird, dass der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommt. Massgebend ist die Werk-Individualität und nicht die Urheber-Individualität.

In diesem Entscheid hat sich das Bundesgericht in Erwägung 4.5 der in der schweizerischen Lehre mehrheitlich vertretenen Meinung angeschlossen, dass die Möglichkeit, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, in deren Gestaltung zu sehen ist, zum Beispiel durch die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts und des Zeitpunkts des Auslösens, durch den Einsatz eines bestimmten Objektivs, von Filtern oder eines besonderen Films, durch die Einstellung von Schärfe und Belichtung sowie durch die Bearbeitung des Negativs. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend und auch nicht so zu verstehen, dass vor allem entscheidend ist, welche fototechnischen Mittel zur Gestaltung der Fotografie eingesetzt worden sind. Massgebend ist vielmehr das erzielte Ergebnis, das für sich

allein der Anforderung gerecht werden muss, Ausdruck einer Gedankenäusserung mit individuellem Charakter zu sein. Auf dieser rechtlichen Grundlage aufbauend versteht sich im Übrigen von selbst, dass auch dokumentarische Pressefotografien nicht grundsätzlich vom Urheberrechtsschutz ausgenommen werden dürfen, wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben wird (VON BÜREN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Basel 1995, S. 110 Fussnote 233; HUG KETTMEIR, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136/1998, S. 151 ff., S. 159 Fussnote 27).

**2.2** Die Klägerin hält dem Obergericht entgegen, es stelle zu Unrecht zu sehr auf die technische Gestaltung ab und lasse andere Elemente vollkommen unberücksichtigt. Sie habe gestalterisch Meili mit den Ordnern so in Szene gesetzt, dass er den Zweck der Fotografie erfülle. Sie habe unbestreitbar die aktuelle Bedeutung von Meili in seiner Zeit erkannt. Deshalb habe sie ihn auch fotografiert, was ebenfalls eine geistige Tätigkeit darstelle. Sie habe den Zeitfaktor genutzt, der in der Fotografie so wichtig sei. Sie habe zur richtigen Zeit das richtige Bild gemacht.

Das Obergericht hat demgegenüber zu Recht festgehalten, dass das mit der Fotografie abgebildete Objekt für sich allein weder das Merkmal der Individualität noch das Merkmal der geistigen Schöpfung zu erfüllen vermag. Der Umstand, dass die Klägerin «zur richtigen Zeit am richtigen Ort» war, um Christoph Meili zusammen mit den Folianten zu fotografieren, führt nicht automatisch zum Urheberrechtsschutz für ihre Fotografie. Darin mag eine journalistisch wertvolle Leistung liegen, die jedoch als solche für die Zuerkennung urheberrechtlichen Schutzes nicht ausreicht. Die Werkqualität ist hinsichtlich des Merkmals der Individualität unabhängig von der Entstehungsgeschichte, also auch vom getätigten materiellen oder geistigen Aufwand zur Herstellung der Fotografie zu beurteilen (Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992; BBl 1989 III 477 ff., 521; BGE 130 III 168 E. 5.1; vgl. zu dieser Frage MAX KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, S. 209 f., der erfolglos eine urheberrechtliche Sonderregelung für die Fotografie gefordert hat).

Die Umstände der Entstehung der Fotografie können indes den Aufschluss über die Frage geben, ob das Merkmal der geistigen Schöpfung erfüllt ist. So ist Christoph Meili im vorliegenden Fall nicht zufällig, sondern mit der erkennbaren Absicht in der dargestellten Pose fotografiert worden, den Vorfall vom 8. Januar 1997 zu dokumentieren. Die Erzeugung und Gestaltung der Fotografie beruht zweifellos auf menschlichem Willen und diese ist auch Ausdruck einer Gedankenäusserung. Das Obergericht hat dies jedoch nicht verkannt, wie sich aus dem besonderen Teil seiner Urteilsbegründung ableiten lässt. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet, soweit die Klägerin rügt,

das Obergericht habe den Begriff der geistigen Schöpfung im Sinne von Art. 2 URG falsch verstanden.

**2.3** Die Klägerin wendet sich mit der Berufung speziell gegen die Begründung, mit welcher das Obergericht den individuellen Charakter verneint hat (vgl. deren wörtliche Wiedergabe oben E. 2). Sie geht indessen im zugehörigen Teil der Berufungsschrift gar nicht auf diese Begründung ein, sondern bringt zur Hauptsache die gleichen Einwände vor, die bereits in der vorangehenden Erwägung verworfen worden sind. So weist sie darauf hin, dass sie einen Fototermin mit Meili arrangieren konnte, wobei es langer Gespräche bedurft habe, bis dieser Vertrauen gefasst habe und bereit gewesen sei, auch noch die Folianten zu beschaffen; und dass sie Meili sich so habe hinstellen lassen, dass die Schrift auf den Deckeln der Folianten gut zu lesen war und das Ganze als Beweisstück dienen konnte. Die Klägerin wiederholt sodann, dass ihre Leistung darin bestand, zur richtigen Zeit am richtigen Ort zu sein, das heisst die historische Bedeutung des Vorfalls vom 8. Januar 1997 zu erkennen und mit der Fotografie zu dokumentieren.

Wenn sie in diesem Zusammenhang vorbringt, in der neueren schweizerischen Lehre werde zu Recht der individuelle Charakter bereits dann bejaht, wenn ein einmaliges Motiv fotografiert worden sei, trifft dies - jedenfalls für die Mehrheit der Autorinnen und Autoren - nicht zu. So weist der von ihr zitierte ALOIS TROLLER gerade darauf hin, dass die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht jene des Vorhandenseins eines Ereignisses oder einer Sache (z.B. Momentaufnahme eines gesellschaftlichen Ereignisses) entscheidend sei (Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Auflage, Basel 1983, S. 387). Andere Autoren, auf die sich die Klägerin ebenfalls beruft, erwähnen die Möglichkeit, der Fotografie insbesondere durch die Wahl oder Auswahl des abgebildeten Objekts individuellen Charakter zu verleihen (BARRELET/ EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Auflage, Bern 2000, N. 19 zu Art. 2; ACKERMANN/BURI, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, in: recht 1998, S. 144 ff., S. 153; DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Rz. 122 S. 78; HUG KETTMEIR, a.a.O., S. 161 f.; die von der Klägerin zitierten Gerichtsurteile [BGE 54 II 52 ff., 76 II 97; SJ 1964/86, S. 171 ff.] sind hinsichtlich der hier interessierenden Rechtsfrage nicht einschlägig). Diese Meinung, der sich das Bundesgericht in BGE 130 III 168 angeschlossen hat, bedeutet jedoch nicht, dass der fotografischen Abbildung eines weltweit einmaligen Objekts - zum Beispiel jener des letzten Exemplars einer aussterbenden Vogelart - eo ipso urheberrechtlicher Schutz zukommen muss (so aber de lege ferenda ELMAR HEIM, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Freiburg 1971, S. 92 f.). Der Schutz hängt vielmehr davon ab, dass die Wahl des Objekts als Gestaltungselement dazu verwendet wird, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen, unabhängig davon, ob das abgebildete Objekt als historisch einmalig angesehen werden kann. Insoweit ist das

angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Begründung nicht zu beanstanden. Es kann hier darauf verwiesen werden. Die Klägerin hat den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Christoph Meili weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt, sondern die Fotografie so gestaltet, dass sie sich vom allgemein Üblichen nicht abhebt. Es fehlt ihr deshalb der individuelle Charakter im Sinne von Art. 2 URG.

3. Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Mit seinem Urteil BGE 130 III 168 über den Werkcharakter eines Bob-Marley-Fotos hatte das Bundesgericht das Zürcher Obergericht darüber belehrt, dass auch einem Schnappschuss Werkeigenschaft im Sinne des Urheberrechts zukommen könne (vgl. *medialex* 2004, S. 99 ff.). Nicht auf den technischen oder geistigen Aufwand bei der Erstellung eines Fotos komme es für diese Qualifikation an, sondern einzig darauf, ob das Werk eine Gedankenäusserung darstelle, die individuellen Charakter habe. Diese Voraussetzung sah das Bundesgericht beim fraglichen Foto als klar erfüllt an, weshalb es das vorinstanzliche Urteil aufhob.

Die Begründung des nunmehr bestätigten Zürcher Urteils lautete über weite Strecken wörtlich gleich wie diejenige des in BGE 130 III 168 aufgehobenen. Dass das Bundesgericht bei der Überprüfung dieses zweiten Urteils zu einem gegenteiligen Resultat kommt, ist nicht etwa Ausdruck einer nachträglichen Meinungsänderung. Das Gericht verweist vielmehr ausdrücklich seine im früheren Urteil bezogene Position und bestätigt sie, kommt aber bei der Anwendung dieser grundsätzlichen Überlegungen auf das konkrete Objekt zum Ergebnis, dass hier ein Foto ohne individuellen Charakter vorliege. Das Zürcher Obergericht gelangte also in

diesem zweiten Fall trotz unzutreffender rechtlicher Überlegungen zu einem nach Meinung des Bundesgericht vertretbaren Resultat.

Der individuelle Charakter eines Werkes, auf welchem der urheberrechtliche Schutz beruht, müsse im Bild selbst zum Ausdruck kommen, führt das Bundesgericht aus. Dabei könne es nicht einfach auf die Einmaligkeit des fotografierten Objekts ankommen, sondern einzig auf die Einmaligkeit der Bildgestaltung. «Der Schutz hängt davon ab, dass die Wahl des Objekts als Gestaltungselement dazu verwendet wird, der Fotografie individuellen Charakter zu verleihen», heisst es im entscheidenden Satz der Urteilsbegründung. Diese Voraussetzung sei beim Meili-Bild nicht erfüllt.

Angesichts der Tatsache, dass Christoph Meili in einer ziemlich unnatürlichen Pose mit zwei der Fotografin entgegengestreckten Folianten gezeigt wird, erscheint diese Beurteilung keineswegs als zwingend. Sie vermag den Eindruck nicht ganz zu verwischen, dass auch bei diesem Entscheid das von der Vorinstanz zu Unrecht ins Spiel gebrachte Element mitschwingt, wonach ein mit vollautomatischer Kamera und automatisch ausgelöstem Blitzlicht erstelltes Bild von vorneherein nicht den gleichen Schutz beanspruchen könne wie ein professionelles Kunstfoto. Insbesondere die Bemerkung, die Klägerin habe «den an sich bestehenden Gestaltungsspielraum beim Fotografieren von Christoph Meili weder in fototechnischer noch in konzeptioneller Hinsicht ausgenutzt», deutet in diese Richtung.

Trotzdem hat das Bundesgericht mit seinen grundsätzlichen Ausführungen in diesem zweiten Foto-Urteil des laufenden Jahres die durch BGE 130 III 168 bewirkte Klärung urheberrechtlicher Grundbegriffe bestätigt. Es hat der Fotografie den vom Gesetzgeber gewollten Platz einer «normalen» Werkgattung zugewiesen, für welche die gleichen Schutzvoraussetzungen gelten wie für alle sonstigen Werkgattungen. Das ist vor allem für professionelle Fotografinnen und Fotografen eine ohne Zweifel erfreuliche Tatsache.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

## D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

### Konzessionsverweigerung für «Sky Radio» rechtmässig

Zulässigkeitsentscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27.9.2001 (Art. 10 EMRK) und 31.8.2004 (Art. 6 EMRK), «Skyradio AG u.a. c. Schweiz» Beschwerde N° 46841/00

Im März 1997 erteilte das Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) den Veranstaltern von «Radio Tropic» eine Konzession für ein Lokalradio im Raum Zürich. Alle anderen Gesuche wurden abgelehnt, darunter das Gesuch für das geplante Programm «Sky Radio». Eine Beschwerde der «Skyradio AG (in Gründung)» gegen die Konzessionsverweigerung wies der Bundesrat am 1. Juli 1998 ab. Das Vorgehen der schweizeri-

schen Behörden verletzte nach Ansicht des EGMR weder die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) noch das Recht auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 EMRK).

In einem ersten Zulässigkeitsentscheid bezeichnete der Gerichtshof 2001 die Rüge wegen Missachtung von Art. 10 EMRK einstimmig als offensichtlich unbegründet. Er erinnerte an seine Rechtsprechung, wonach der Staat gerade im Bereich der audiovisuellen Medien den Pluralismus zu gewährleisten hat. Im vorliegenden Fall war lediglich eine Frequenz zu vergeben und musste daher eine Auswahl getroffen werden. Die Überlegungen der schweizerischen Behörden schienen dem Gerichtshof nicht unvernünftig und der Eingriff in die Meinungsfreiheit der abgelehnten Konzessionsbewerber daher verhältnismässig. Im Gegensatz zu den bereits konzessionierten Veranstaltern im Raum Zürich wollte Radio Tropic ein Musikangebot aus unterschiedlichen Weltregionen sowie Nachrichten in verschiedenen Sprachen ausstrahlen. Dies leistete einen Beitrag zur Integration verschiedener Gesellschaftssegmente.

Drei Jahre später beurteilte der Gerichtshof auch die zweite, verfahrensrechtliche Rüge. Dass die Verweigerung der

Konzession nicht von einer unabhängigen Justizinstanz überprüft werden konnte, verletzte die Konvention ebenfalls nicht. Das Recht auf Zugang zu einem Gericht gilt gemäss Konvention nur für Strafverfahren (was hier nicht zur Diskussion stand) und für Streitigkeiten «über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Ein solcher Anspruch muss gemäss EGMR-Rechtsprechung im fraglichen Landesrecht anerkannt sein. Dies sei im Bereich der Vergabe von Konzessionen für die Programmveranstaltung in der Schweiz gerade nicht der Fall, erklärte der Gerichtshof unter Hinweis auf Art. 10 Abs. 2 des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) und auf Art. 99 Abs. 1 Bst. d des Bundesrechtspflegegesetzes (OG). Sogar wenn man ein Recht zur Teilnahme am Konzessionsverfahren bejahe, führe dies nicht dazu, dass die Konzessionsverweigerung unter den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK falle, angesichts des Ermessensspielraums, den das Departement bei der Konzessionsvergabe habe. Auch diese Rüge bezeichnete eine Mehrheit des (in diesem Punkt nicht einstimmigen) Gerichtshofs als unzulässig. ■

### Zulässige Kritik an privaten Machenschaften einer Richterin

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer),  
28.9.2004, «Sabou & Pircalab c.  
Rumänien» Beschwerde N° 46572/99)

Die rumänische Lokalzeitung «Ziua de Nord-Vest» wurde 1997 von einer Gruppe von Landwirten kontaktiert. Sie behaupteten, die Mutter der Gerichtspräsidentin von Baia Mare habe sie missbräuchlich um ihr Eigentumsrecht an einem Grundstück gebracht. In einer Reihe von Zeitungsberichten warfen zwei Journalisten der Präsidentin des Bezirksgerichts unter anderem vor, sie habe bei den Lokalbehörden ihren Einfluss spielen lassen, von der Hilfe des früheren Präfekten profitiert und versucht, einem Nachbarn durch die Verwendung falscher Dokumente das Grundstück abspenstig zu machen.

Die rumänische Strafjustiz verurteilte die Medienschaffenden wegen Ehrverletzung. Die Mutter der Gerichtspräsidentin habe die Grundstücke rechtmässig erworben. Die gravierenden Vorwürfe der Einflussnahme auf die lokalen Behörden und der Urkundenfälschung seien nicht fundiert, was der Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft zugunsten der Gerichtspräsidentin belege.

Der EGMR erinnerte in seinem einstimmigen Urteil an seine Rechtsprechung, wonach Magistraten vor unbegründeten

schweren Angriffen geschützt werden müssten. Andererseits sei es ein legitimes Anliegen der Presse, das Verhalten von Justizpersonen auch ausserhalb des Gerichtssaales zu erörtern, gerade wenn sie ihr Amt für eigene Zwecke einsetzen. Dies sei ein Beitrag zur Debatte über das Funktionieren der Justiz und die Moral ihrer Garanten (Ziff. 38).

Die fraglichen Zeitungsberichte hätten ein Thema von besonderem Interesse für die rumänische Gesellschaft aufgegriffen: Die Rückgabe von Grundstücken und die angebliche Korruption unter der hohen Beamtenschaft. Sicherlich waren die Vorwürfe illegalen Verhaltens gravierend, doch beruhten sie auf einer sachlichen Grundlage: «La Cour relève que rien ne prouve que les faits décrits étaient totalement faux et servaient à entretenir une campagne difamatoire à l'égard de la juge en question. Elle observe également que les articles incriminés ne portaient pas sur des aspects de la vie privée de M.I., mais sur ses comportements et attitudes impliquant sa qualité de magistrate». So hatte der zuständige Präfekt anerkannt, dass bei der Rückgabe der Grundstücke ein schwerer Fehler passiert war. Die rumänische Justiz habe die von den Journalisten angebotenen Beweise nicht geprüft, sondern den Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft als Beleg für die Unwahrheit der Zeitungsberichte genügen lassen. Für den EGMR gibt es keine Zweifel am guten Glauben der Medienschaffenden, zumal sie die Richterin zu kontaktieren versuchten und den Präfekten Stellung nehmen liessen (Ziff. 39-41).

Schliesslich verwies der Gerichtshof auf die ausgesprochen strengen Strafen: Die an die Richterin zu bezahlende Genugtuungssumme entsprach dem Zwölfwachen des durchschnittlichen Monatslohns, und einer der Journalisten wurde zu einer Gefängnisstrafe von zehn Monaten verurteilt. Als automatische Nebenstrafe wurden ihm während des Strafvollzugs die elterlichen Rechte entzogen. Das Vorgehen der rumänischen Justiz missachtete deshalb neben der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) auch den Anspruch auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK). ■

#### ANMERKUNGEN:

Dieser rumänische Fall verlängert die Reihe aktueller Urteile, in denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Recht zur unverblühten Kritik am Verhalten von Justizpersonen geschützt hat (vgl. die in *medialex* 3/2004, S. 171 dargestellten Urteile vom 20.7. 2004 «Hrico c. Slowakei» [Kritik an Amtsführung eines Richters] und vom 27.5.2004 «Rizos & Daskas c. Griechenland» [Kritik an Staatsanwalt]). Auch wenn die einzelnen Fälle nur bedingt vergleichbar sind, lässt sich doch eine gewisse Tendenz erkennen, scharfe Kritik am Verhalten von Richtern und Staatsanwälten selbst bei gewissen Übertreibungen grosszügiger zu betrachten als in der früheren Rechtsprechung, falls die Vorwürfe nicht völlig unbegründet sind (als jüngeres Beispiel für unfundierte Kritik vgl. etwa das Urteil der Grossen Kammer vom 6.5.2003 «Perna c. Italien» N° 48898/99 [Vorwurf des Amtsmissbrauchs gegen Staatsanwalt von Palermo]).

1. Dass der Gerichtshof das Recht zur Kritik an Justizvertretern in jüngster Zeit eher gestärkt hat, lässt sich am Vergleich mit dem EGMR-Urteil im Fall «Maronek c. Slowakei» (N° 32686/96 vom 19.4.2001) illustrieren, der ebenfalls den Vorwurf privaten Fehl-

verhalten einer Justizperson betraf: In einem offenen Brief an den Premierminister hatte Maronek eine Staatsanwältin wegen ihrer Rolle im Konflikt um die Zuteilung einer von ihrem Gatten bewohnten staatlichen Wohnung der Lüge bezichtigt. Maronek hielt fest, man könne die junge slowakische Demokratie zu Grabe tragen, wenn sie derartige Repräsentanten der Justiz habe. Der Gerichtshof beanstandete zwar auch im Fall Maronek einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit. Entscheidender Faktor war aber die Schwere der staatlichen Sanktion (hohe Entschädigungssumme). Und zwei von sieben Richtern betrachteten Maroneks Formulierungen an sich als unzulässig; sie waren der Ansicht, die Staatsanwältin sei hier in einen rein privaten Streit verwickelt gewesen und müsse sich deshalb keine schärfere Kritik gefallen lassen als eine nicht im öffentlichen Dienst stehende Privatperson.

Das aktuelle Urteil unterstreicht nun einstimmig die Berechtigung des Anliegens, auch das ausserdienstliche Verhalten von Justizvertretern zumindest dann genau zu beleuchten, wenn sie sich dank ihres Amtes private Vorteile verschafft haben könnten. Gemäss Gerichtshof ging es im rumänischen Fall weniger um das Privatleben als um die Eignung der angegriffenen Richterin für das öffentliche Amt. Eine Einschränkung solcher Diskussionen will der Gerichtshof nur mit grösster Zurückhaltung («plus grande prudence») akzeptieren. Die Schwere der Sanktionen wurde hier - anders als im erwähnten slowakischen Fall - nicht mehr als wichtigstes Element der Unverhältnismässigkeit des staatlichen Eingriffs bezeichnet.

2. Ein weiterer Aspekt dieses Falles ist erwähnenswert: Der Gerichtshof betrachtete den Vorwurf strafbaren Verhaltens (Urkundenfälschung) als zulässig, obwohl die öffentlich angegriffene Richterin nicht schuldig gesprochen worden war. Gemäss EGMR war es ausreichend, dass die Vorwürfe auf einer sachlichen Grundlage beruhten («les faits décrits n'étaient pas totalement faux») und die Journalisten im Ehrverletzungsprozess Beweise zur Untermauerung ihres Vorwurfs angeboten hatten. Die rumänische Justiz hätte sich nicht mit dem Hinweis begnügen dürfen, der Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft belege die Unwahrheit des Vorwurfs. Eine solch schematische Haltung läuft Gefahr, die Meinungsfreiheit zu missachten.

Dass diese Überlegungen einer recht gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechen, belegt das Urteil «Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettland» N° 57829/00 vom 9. Juni 2004. Eine lettische Umweltorganisation hatte einer Bürgermeisterin u.a. vorgeworfen, sie habe illegale Dokumente unterzeichnet, obwohl im Zeitpunkt der Äusserung keine Behörde die Rechtswidrigkeit festgestellt hatte. Der Gerichtshof bezeichnete die Formulierung aber als zulässiges Werturteil zu einer juristischen Frage. Amtsträger setzten sich permanenter öffentlicher Kontrolle aus. Wer guten Glaubens sei, dürfe daher die Öffentlichkeit auf in seinen Augen rechtswidrige Vorgänge aufmerksam machen.

Die Strassburger Überlegungen könnten auch einen Einfluss auf die Auslegung des schweizerischen Ehrverletzungsrechts gewinnen. Gemäss Bundesgericht lässt sich der Wahrheitsbeweis für die Behauptung oder Verdächtigung, jemand habe eine strafbare Handlung begangen, grundsätzlich nur durch eine entsprechende Verurteilung erbringen (BGE 106 IV 115 E. 2c [Vorwurf des Steuerbetrugs in einer Tageszeitung]). Eine Ausnahme komme in Betracht, wenn aus irgend einem Grund kein Strafverfahren durchgeführt werden konnte (z.B. wegen Verjährung) - nicht aber bei Freispruch, Verfahrenseinstellung, Nichteröffnung einer Strafuntersuchung (mangels ausreichender Verdachtsgründe; vgl. dazu die Kritik von FRANZ RIKLIN, Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N 12 zu Art. 173 StGB) oder bei einer vom Departement verweigerten Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen einen Beamten (so nun das Bundesgerichtsurteil 6S.490/2002 vom 9.1.2004, E. 5). Im Lichte der Strassburger Rechtsprechung dürfte es zumindest heikel sein, wenn ein schweizerisches Strafgericht in solchen Konstellationen die Erhebung von Beweisen verweigert, welche den Vorwurf illegalen Verhaltens einer in der Öffentlichkeit stehenden Person stützen könnten.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

## Strafbarer Internet-Download von harter Pornografie

Bundesgerichtsentscheid vom  
5. Oktober 2004 (6S.186/2004;  
BGE-Publikation vorgesehen)

Das Herunterladen von harter Pornografie aus dem Internet und das anschließende gezielte Speichern auf der Festplatte eines Computers ist laut einem neuen Grundsatzurteil des Bundesgerichtes nicht lediglich als Besitz von harter Pornografie strafbar, sondern als Herstellung derselben. Nicht als Hersteller wird aber bestraft, wer die heruntergeladene harte Pornografie nicht gezielt abspeichert. Dazu gehört etwa der Fall, wenn jemand E-Mail-Nachrichten mit strafbarem Datenanhang erhält und die Datei im Eingangsspeicher des Mail-Programms belässt. In solchen Fällen liegt bloßer Erwerb und Besitz vor.

«Herstellen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB bedeutet Anfertigen der dort genannten pornographischen Werke. Zu welchen Zwecken dies erfolgt, ist wie bereits dargelegt unerheblich. Hersteller ist zunächst, wer solche Produkte originär erzeugt, z.B. sexuelle Szenen filmt oder fotografiert. Ein Herstellen liegt darüber hinaus aber auch vor, wenn von entsprechenden Vorlagen weitere, inhaltlich identische Stücke angefertigt werden, etwa durch blosses Vervielfältigen oder Kopieren bzw. Duplizieren, oder durch Eingriffe in die Vorlage wie Vergrösserungen, andere inhaltliche Bildverarbeitungen, Kollagen usw. neue, andersartige Werke hervorgebracht werden (in diesem Sinne BGE 128 IV 25 E. 3b). Herstellen umfasst insofern das gesamte von Menschen bewirkte Geschehen, das ein im Tatbestand umschriebenes Endprodukt hervorbringt, sei dies durch Verfassen oder Anfertigen, Verlegen, Drucken, Aufnehmen oder Aufzeichnen usw. oder durch Vervielfältigen, d.h. Anfertigen weiterer Stücke nach einem bereits hergestellten. Ausgehend davon hat das Bundesgericht angenommen, das Fotografieren sowie Entwickeln und Vergrössern bereits vorhandener Bilder erfülle «ebenso wie das blosses Vervielfältigen, d.h. das Anfertigen weiterer Stücke eines bereits vorfabrizierten Exemplars, die Tathandlung des Herstellens im Sinne des Tatbestandes» (BGE 128 IV 25 E. 3b). Mit rein elektronischen Kopiervorgängen und der Frage, ob diese als Vervielfältigen im genannten Sinne gelten, hat sich das Bundesgericht bisher nicht befassen müssen.

Auf welche Weise ein bestehendes Werk (technisch) kopiert wird und welche äussere Beschaffenheit der Mitteilungsträger hat, kann für die Tathandlung des Herstellens nicht erheblich sein. Die auf gewisse Dauer ausgerichtete, gezielt vorgenommene elektronische Speicherung eines Werkes auf die Festplatte eines Personalcomputers, eine Diskette, eine CD-ROM, DVD oder auf andere Datenträger ist daher eine Herstellungshandlung, genau so wie etwa

das Einscannen und Abspeichern von Bildern. Das gilt auch für das so genannte «Downloading», d.h. das Abspeichern von Daten durch Herunterladen vom Internet oder von einem Datenträger auf einen anderen Datenspeicher. Bei Computerprogrammen erfolgt die technische Reproduktion unter Zuhilfenahme zumindest einer Datenverarbeitungsanlage mittels Kopiervorgang von einem Datenträger auf ein anderes Speichermedium. Ob dies beispielsweise von einer bestehenden CD-Rom auf eine andere erfolgt oder über Datenleitungen von einem Internet-Server auf einen Datenträger, kann keinen Unterschied machen. Entscheidend ist beim Kopieren nämlich nicht die Art des Vorgangs, sondern der Umstand der Reproduktion und das Kopierergebnis in der Form des mit einem Datensatz beschriebenen Datenträgers. Es wäre denn auch nicht einzuwenden, weshalb es darauf ankommen sollte, dass der Datensatz, von dem eine Kopie hergestellt wird, körperlich existiert, etwa in Form von Bildabzügen. Es macht für das Tatunrecht und den Taterfolg keinen Unterschied, ob etwa aus einem Buch mit kinderpornographischen Bildern Kopien hergestellt werden oder dies durch Herunterladen solcher Bilder aus dem Internet auf einen Datenträger erfolgt. Auch die Daten auf einer Webseite im Internet sind nicht bloss "virtuell", wie die Vorinstanz meint, sondern sind zumindest auf einem Internet-Server gespeichert. Das Herunterladen aus dem Internet unterscheidet sich somit nicht vom Kopiervorgang zwischen zwei Datenspeichern.

Daran vermag der seit dem 1. April 2002 in Kraft stehende Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB nichts zu ändern. Wie sich nur schon aus dem Titel der Gesetzesnovelle und der Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität / Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornografie) vom 10. Mai 2000 (BBl 2000 S. 2943) ergibt, zielte die Teilrevision in erster Linie darauf ab, den bis dahin straflosen Besitz bestimmter Arten harter Pornographie unter Strafe zu stellen. Mit der Tatvariante «erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonstwie beschafft oder besitzt» wollte der Gesetzgeber unter anderem sicherstellen, dass die - vor allem elektronischen - Medien, über welche pornographische Darstellungen verbreitet werden, vollständig erfasst werden (Botschaft a.a.O. S. 2975). Den Gesetzesmaterialien lassen sich hingegen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass mit der Teilrevision das elektronische Herstellen und Kopieren nunmehr als Erwerben, Beschaffen oder Besitzen gelten und von der privilegierenden Bestimmung der Ziffer 3<sup>bis</sup> erfasst werden sollte. Der Vorinstanz ist zwar einzuräumen, dass ein Täter, der pornographische Werke aus dem Internet auf einen (eigenen) Datenträger herunterlädt, sich die Daten beschafft und sie anschliessend auch besitzt. In diesen Fällen ist ein Besitz ohne vorgängige Beschaffungshandlung nicht denkbar. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Tatvariante der Beschaffung über elektronische Mittel mit der Qualifikation des Herunterladens von

Daten aus dem Internet als Herstellungshandlung gänzlich bedeutungslos würde. Vielmehr ist ein Beschaffen im Sinne der Norm denkbar, ohne dass die Daten gezielt abgespeichert werden bzw. von ihnen eine Kopie gemacht wird, etwa wenn der Täter über ein Passwort dauernden und unbeschränkten Zugang zu einer Webseite mit harter Pornographie erhält und über die Daten frei verfügen kann oder er auf seine Initiative hin eine E-Mail mit strafbarem Datenanhang erhält und die Datei im Eingangsspeicher belässt. Insofern ist bei elektronischen Mitteln ein Herunterladen aus dem Internet oder eine anderweitige elektronische Abspeicherung nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Der referierte Entscheid, der auch in den Medien Beachtung gefunden hat, zeugt von einem äusserst lebhaften Bedürfnis des Bundesgerichts, hart gegen Kinderpornographie vorzugehen. Bereits in der Vergangenheit hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich von Art. 197 Ziff. 3 StGB, insbesondere der Variante des «Herstellens» immer mehr ausgedehnt: Mit BGE 124 IV 106 wurde klargestellt, dass die Herstellung zum Eigenkonsum den Tatbestand erfüllt, seit BGE 128 IV 25 hat die photographische Vervielfältigung eigener kinderpornographischer Darstellungen zum Eigengebrauch als Herstellung zu gelten.

Mit dem neuen Entscheid hat das Bundesgericht jedoch letztlich offene Scheuentore ingerannt und ist weit über das Ziel hinausgeschossen. Es besteht nun das Risiko, dass die geförderte Norm dadurch Schaden leidet, denn aus einem an sich unbestrittenen «Postulat der Anständigen» wird nun ein Quell der Verunsicherung für den Normalverbraucher. Die Tathandlungen von Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB haben eine Gestalt erhalten, die Materialien und Text nicht einmal errahnen lassen und die zu diversen Problemen führt. Diese wohl ostentativ-philanthrop gemeinte Dehnung des Gesetzes wäre entbehrlich gewesen, betrifft sie doch Handlungen (direkt vorsätzlicher Download von Pornographie auf eigene Datenträger), welche ohnehin unstrittig unter Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB fallen. Die Anwendung von Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB war dem Gericht im beurteilten Fall lediglich deswegen versagt, weil die Bestimmung zum Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft gesetzt worden war.

Aus der Botschaft zu Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB geht hervor, dass «die Pönalisierung des Besitzes zur Einschränkung der Herstellung solcher Produkte angezeigt» sei (BBl 2000 2944), dass also damals die Meinung herrschte, der reine Besitz und der Erwerb seien nicht durch Art. 197 Ziff. 3 StGB erfasst. Die Revision zielte denn auch primär darauf ab, die Verbreitung der gravierendsten pornographischen Erzeugnisse über das Internet rechtlich zu erfassen. Auch den parlamentarischen Beratungen lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. So sagte Bundesrätin Metzler im Nationalrat: «Der Konsum pornographischer Darstellungen, d.h. blosses Betrachten von Pornoheften und Surfen im Internet, soll aber straflos bleiben. Die Schwelle der Strafbarkeit überschreitet der Internetsurfer dann, wenn er die fraglichen Bilder auf seinen Computer herunterlädt.» (AB N 2000 530). Im Ständerat sagte sie: «Für die Frage, ob strafbarer Besitz oder straffreier Konsum vorliegt, wird massgeblich sein, ob ein Internetbenutzer Daten in den eigenen Herrschaftsbereich transferiert», was beim Herunterladen auf eigene Datenträger gegeben sei, nicht jedoch beim Betrachten auf dem Internet (AB S 2000 911). Auf das Argument, dass die Unterscheidung nicht haltbar sei, weil auch beim Betrachten i.d.R. (in den sog. «Cache») heruntergeladen werde, entgegnete die Bundesrätin, die Abgrenzung sei schwierig, ohne jedoch von ihrer Position abzurücken (AB S 2000 911 f., Voten Plattner und Metzler). Nach Auffassung des Bundesgerichts soll das nun offenbar alles müssiges Gerede gewesen sein, weil das Herunterladen ohnehin ein Herstellen i.S. des bereits damals gültigen Art. 197 Ziff. 3 StGB

darstellt. Bundesrat, Parlament und Lehre (vgl. Ph. WEISSENBERGER, Revisionsentwurf zur harten Pornographie: in dubio contra libertate, ZBJV 1999, 159-170, 164) hätten sich demnach mit einem Phantomproblem befasst. Dass Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB ursprünglich die Handlungen erfassen sollte, welche das Bundesgericht nun darunter fassen will (E-Mail in Inbox, Zugang zu Porno-Website über Passwort) erscheint angesichts der Grenzziehung in den Materialien als unwahrscheinlich, ganz abgesehen davon, dass diese schon der Sache nach kaum haltbar sind (vgl. M.A. NIGGLI, Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, <http://www.jusletter.ch>, Jusletter 1.11.2004, Rz. 11 f.). Auch wenn die Vorstellungen, die der Gesetzgeber bei Erlass der Norm in Bezug auf die technischen Voraussetzungen hatte, bei Lichte besehen unzutreffend sind, lässt sich den Ausführungen doch recht deutlich entnehmen, welche Art von sozialen Vorgängen durch die Norm anvisiert wurden.

Im Ergebnis führt die Überdehnung des Begriffs des Herstellens in Art. 197 Ziff. 3 StGB zu dogmatischen Verwerfungen (dazu in extenso NIGGLI, Jusletter 1.11.2004, Rz. 5 ff.): Durch die Erfassung des Erwerbs über Internet als Herstellen i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB wird diese Erwerbsform strenger bestraft als der Erwerb einer Hardcore-Hardcopy, welcher durch die privilegierte Bestimmung von Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB erfasst wird. Ein sachlicher Grund dafür ist nicht ersichtlich. Nach der Begriffsbestimmung des Bundesgerichts gilt jede digitale Vervielfältigung objektiv als Herstellung. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob diese Vervielfältigung absichtlich (Download eines gesehenen Bildes auf Datenträger) oder eventualvorsätzlich (Betrachten von Bildern auf dem Internet, ohne zu wissen, wo und wie diese gespeichert werden) geschieht. Dieses Ergebnis erheischt eine (eigentlich systemfremde) Korrektur über den Vorsatz, soll das blosses Betrachten im Internet straflos bleiben. Ferner wird leicht übersehen, dass die Regelung nicht nur die allseits geächtete Kinderpornographie erfasst, sondern eben auch pornographische Darstellungen mit Gewalt, mit Tieren und mit Exkrementen (zu den eigenartigen Konsequenzen der Ungleichbehandlung NIGGLI, Jusletter 1.11.2004, Rz. 10), aber auch Gewaltdarstellungen i.S.v. Art. 135 StGB, Bereiche also, bei denen man mit Fug und Recht über die Angemessenheit der Kriminalisierung streiten kann: Die vom Bundesgericht wiederholt geäußerte These, dass das Betrachten von Darstellungen den Betrachter korrumpiere und zur Nachahmung animieren könne, ist nicht der Medienwirkungsforschung letzter Schluss, sondern nur eine These unter mehreren, ganz abgesehen davon, dass unklar ist, wer bei einvernehmlich erstellten SadoMaso-Filmen und Exkrementenpornos in welcher Hinsicht gefährdet wird (vgl. WEISSENBERGER, ZBJV 1999, 165 ff.).

Schliesslich eröffnet die neue Begriffsbestimmung des Herstellens in Kombination mit dem Versuch ganz neue Perspektiven. Was spricht denn eigentlich noch dagegen, denjenigen, der auf dem Netz einen Link «Kinderpornographie» anklickt, wegen Versuchs der Herstellung harter Pornographie zu bestrafen? Nichts, was sich dem neuen Entscheid entnehmen liesse.

LIC. IUR. GERHARD FIOKA, FREIBURG

## Le rédacteur responsable peut prouver la vérité

Arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin  
2004 (6S.403/2003;ATF 130 IV...)

Entre mai 2000 et mai 2001, la revue «L'Inchiesta» a publié trois articles non signés, mettant en cause diverses personnes. L'un traitait des prétendus liens secrets entre la Maçonnerie et les milieux politiques et économiques, l'autre du trafic d'argent sale avec l'Amérique du Sud et du rôle

de certains avocats et fiduciaires, le troisième du mobbing et du favoritisme au sein de la police cantonale tessinoise. Durant la procédure déclenchée par les diverses plaintes, le rédacteur responsable Matteo Cheda a toujours refusé de livrer le nom de l'auteur. Cela lui a valu, en vertu de l'art. 322<sup>bis</sup> CP, une condamnation à une amende de 1500 francs, prononcée par le préteur de Bellinzona le 11 mars 2002 (*medialex* 2002, p. 100 s.), et confirmée par la Cour de cassation tessinoise le 8 octobre 2003. Ces deux instances ne l'ayant pas autorisé à apporter la preuve de la vérité, Matteo Cheda s'est pourvu en cassation auprès du Tribunal fédéral, qui a admis son recours.

Pour le Tribunal fédéral, le rédacteur responsable peut recourir à la preuve de vérité de la même manière que l'auteur de l'article incriminé. Retenir le contraire, ce serait «prendre le risque d'admettre la punissabilité d'un rédacteur responsable pour la publication d'affirmations vraies et justifiées par l'intérêt public». Cette solution est dans la logique de la responsabilité par cascade de l'art. 27 CP, où le rédacteur responsable fait figure d'«inculpé de remplacement». Du reste, «l'interprétation proposée par l'arrêt attaqué ne serait pas conciliable avec l'art. 27<sup>bis</sup> CP, en ce sens qu'elle viderait de son contenu le droit du rédacteur de refuser le témoignage sur l'identité de l'auteur de l'oeuvre. Celui-ci serait mis sous une pression excessive et serait contraint de révéler l'auteur pour se libérer de la responsabilité pénale subsidiaire». Pour ce qui est de la preuve de la bonne foi, le rédacteur ne peut pas prouver celle l'auteur. Sa bonne foi à lui, si elle est admise - s'il est admis qu'il n'était pas conscient de la fausseté des allégations - lui évitera l'application de l'art. 322<sup>bis</sup>. Ce sera à l'accusation de démontrer qu'il n'y avait pas bonne foi de sa part. ■

### REMARQUES:

1. Première question que devait trancher le Tribunal fédéral: l'article 322<sup>bis</sup> CP, qui réprime de défaut d'opposition à une publication dans un journal, présuppose-t-il qu'une plainte pénale ait été déposée, à temps, soit dans le délai de trois mois prévu à l'article 29 CP contre le journaliste ou contre inconnu si la publication n'a pas été signée? Pour le Tribunal fédéral, si le défaut d'opposition porte sur une publication qui caractériserait un délit poursuivi sur plainte, à l'image d'une infraction contre l'honneur visée aux articles 173ss CP, le rédacteur en chef responsable au sens de l'article 322<sup>bis</sup> CP ne peut être puni que pour autant qu'une plainte pénale ait été déposée contre inconnu dans les trois mois suivant la publication. En ce sens, il importe peu que le délit soit poursuivi d'office.

2. Deuxième question: qu'en est-il de la recevabilité de l'exceptio veritatis et de la bonne foi invoquée par le rédacteur? La Cour de cassation tessinoise avait répondu par la négative, au motif que seul le journaliste pouvait invoquer de telles circonstances exculpatoires. Le Tribunal fédéral, avant de trancher la question, examine la problématique sous l'angle des nouvelles dispositions pénales, entrées en vigueur au 1er avril 1998 (révision de l'article 27 et de l'article 322<sup>bis</sup> CP). Il rappelle la ratio legis de la réforme: il s'est agi d'adapter les conditions posées par le droit pénal moderne à l'activité des médias afin qu'ils puissent accomplir leur travail pour la formation de l'opinion dans une société démocratique,

sans pour autant porter préjudice aux intérêts dignes de protection. Dans ce contexte, la justification d'une condamnation d'un journaliste pour infraction à l'honneur repose sur l'existence d'une faute (principe *nulla poena sine culpa*). Concrètement, le rédacteur responsable de la publication répond à raison d'un acte autonome, en principe indépendant de celui de l'auteur originaire de l'infraction. Cela signifie que le rédacteur responsable, s'il tolère ou ne s'oppose pas à la publication, peut se rendre coupable d'une infraction à l'article 322<sup>bis</sup> CP. Reste la question de l'exception libératoire. A la forme, l'article 322<sup>bis</sup> CP ne règle pas la question. Eu égard au concept de faute qui gouverne le droit pénal, il est normal que le rédacteur puisse invoquer aussi bien l'exception de la vérité que l'exception de la bonne foi. Admettre le contraire aboutirait à une situation paradoxale: le rédacteur responsable devrait répondre pénalement de la publication alors que le journaliste pourrait, à bon droit, invoquer la bonne foi ou la vérité. Cela signifie que le rédacteur pourrait répondre à raison de faits qui pourraient s'avérer être parfaitement justes et conformes à la vérité ou au souci objectif d'information. D'autre part, si l'on optait pour une solution rigide, cela reviendrait à obliger le rédacteur en chef à révéler le nom du journaliste, ce qui viderait de sa substance l'article 27<sup>bis</sup> CP. Le but de la révision de 1998 du Code pénal serait dès lors contourné.

3. Restait encore une question: lorsque l'on parle de preuve de la bonne foi ou de la vérité, s'agit-il des informations dont disposait le journaliste ou du rédacteur en chef? Pour le Tribunal fédéral, le rédacteur responsable peut recourir à la preuve de la vérité de la même manière que l'auteur de l'article incriminé. Pour ce qui est de la preuve de la bonne foi, le rédacteur ne peut prouver que la sienne. Ce n'est que lorsque le rédacteur en chef ne s'oppose pas, en toute bonne foi, à la publication qu'il ne sera pas punissable pour non opposition à une publication. Autrement dit, l'article 322<sup>bis</sup> CP punit le responsable qui n'a pas été assez vigilant dans la surveillance du journaliste ou du comité de rédaction. Concrètement, il doit prendre un minimum de précautions, compte tenu du cercle des destinataires, du tirage de la publication, du genre de communication et du travail sérieux de ses collaborateurs.

L'arrêt est important, car il a la mérite d'éclaircir les liens particulièrement délicats entre l'article 27 nouveau CP et l'article 322<sup>bis</sup> CP. Il consacre plusieurs opinions déjà exprimées dans cette revue (DENIS BARRELET, *medialex* 2002, p. 101, et FRANZ RIKLIN, *medialex* 2003, p. 124). Il institue par la voie prétorienne le régime de l'exception *veritatis* et de la bonne foi, qui n'était pas prévu à l'article 322<sup>bis</sup> CP. On relèvera que cette solution n'est pas révolutionnaire pour autant: l'exception de la bonne foi et la vérité a été admise, de jurisprudence constante, par le Tribunal fédéral en matière d'injures alors que le texte même de la loi ne le prévoit pas.

PROF. LAURENT MOREILLON, LAUSANNE

## Anwalt als «mittelbarer Urheber» eines kritischen Zeitungsberichts

Bundesgerichtsentscheid vom  
11. August 2004 (2A.600/2003)

Die Anwaltskommission des Kantons Aargau auferlegte Rechtsanwalt X. im April 2003 eine Busse von 2'500 Franken wegen Verletzung der anwaltlichen Standespflichten. Anlass für die Disziplinarstrafe war ein am 10. Mai 2002 in der Aargauer Zeitung publizierter Artikel mit dem Titel: «Starkes Stück ‚Hauruck-Justiz‘ - Justizfarce, wie Aargauer

Gerichte die Scheidungsgeschichte eines Syrers erledigten.» Der Journalist hatte seinen Artikel nach Rücksprache mit dem Anwalt des Ehemannes verfasst, der ihm im Auftrag des Klienten auch Akteneinsicht gewährt hatte.

Das Verwaltungsgericht reduzierte die Busse zwar auf 2'000 Franken, bestätigte jedoch im Grundsatz die Rechtmässigkeit der Disziplinarsanktion. Es nahm zwar an, nicht der Anwalt habe den Anstoss für den Zeitungsartikel gegeben, sondern dessen Klient. Er habe die Publikation aber «durch das Zurverfügungstellen von Unterlagen und die Beantwortung von Fragen unter Bestätigung der Vorwürfe» gefördert. Ein berechtigter Grund für den Gang an die Öffentlichkeit während des hängigen Verfahrens habe gefehlt. Eher wäre es Sache des Anwalts gewesen, seinem Klienten bzw. dem verantwortlichen Journalisten unter Hinweis auf die Rechtslage von einem entsprechenden Zeitungsartikel abzuraten. Zudem fehle es dem Zeitungsartikel an der gebotenen Sachlichkeit.

Das Bundesgericht wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Anwalts einstimmig ab. Es hielt u.a. fest (E. 3.2.2): «Mit Bezug auf die rechtliche Frage, inwieweit ein von einem Journalisten in Rücksprache mit einem Anwalt verfasster Artikel letzterem zuzurechnen ist, hat das Bundesgericht in einem Zürcher Fall aus dem Jahr 1985 festgehalten, das Ergebnis sei im Wesentlichen das gleiche, ob nun ein Anwalt direkt an die Öffentlichkeit gelange oder ob er das Erscheinen eines Artikels bloss ermögliche und fördere. Da der Redaktor nur schwer in Richtung einer objektiven und sachlich gebotenen Ausdrucksweise zu beeinflussen sei, rechtfertige es sich, an die Weitergabe von Unterlagen eher strengere Anforderungen zu stellen als an eine Publikation durch den Anwalt selbst; dies jedenfalls dann, wenn die betreffenden Unterlagen für die Ausarbeitung einer Publikation erforderlich und nur beim Anwalt zu erhalten seien, so dass letztlich dieser über die Publikation entscheide. In diesem Fall habe der Anwalt Würdigungen und Kommentare des Journalisten zu vertreten und müsse dafür sorgen, dass der Artikel in der Darstellung objektiv bleibe (Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 1985, publ. in ZR 86 [1987] Nr. 11 S. 28 [«Kuppler-Fall»]). Der Beschwerdeführer hat nach eigenen Angaben dem Journalisten nicht nur Einsicht in die Prozessakten gewährt, sondern auch dessen Fragen beantwortet. Der Zeitungsartikel gibt den Geschehensablauf grösstenteils aus dem Blickwinkel des Beschwerdeführers wieder; er wird im Artikel etliche Male direkt zitiert bzw. es werden seine Einschätzungen wiedergegeben. Dass der Artikel auf den Beschwerdeführer zugeschnitten ist, zeigt sich insbesondere auch darin, dass nicht nur seinen Mandanten, sondern auch ihn selbst betreffende Prozesse behandelt werden. Ob der Anstoss zum Artikel von ihm selbst, von seinem Klienten oder vom Journalisten ausgegangen ist, spielt letztlich keine Rolle: Zum einen ist der Anwalt trotz seiner Funktion als Verfechter von Parteiinteressen nicht das willenlose Werkzeug seines Klienten. Er kann sich den Standespflichten seines Berufes

nicht dadurch entziehen, dass er geltend macht, er sei den Instruktionen des Klienten gefolgt bzw. der Journalist und nicht er habe gehandelt (vgl. Urteil 2P.46/2001 vom 20. August 2001, E. 4c/dd; vgl. auch ZR 100 (2001) Nr. 20 E. II. 1c). Zudem erklärte sich der Beschwerdeführer wiederholt mit Inhalt und Tonfall des Artikels einverstanden, indem er in verschiedenen Eingaben betonte, der «seriös recherchierte Artikel» des Journalisten sei «absolut objektiv abgefasst» und entspreche «voll und ganz der Wahrheit» (...). Unter diesen Umständen verstösst es weder gegen das Willkürverbot noch gegen die übrigen angerufenen verfassungsmässigen Rechte, den Beschwerdeführer als mittelbaren Urheber des Zeitungsartikels zu betrachten und ihm für dessen Veröffentlichung sowie für Inhalt und Tonfall desselben die Verantwortung zuzurechnen.»

Der Anwalt habe nicht dargelegt, «inwieweit der Gang an die Öffentlichkeit für eine wirksame Interessenwahrung nötig war. Sodann macht er keine öffentlichen Angriffe gegen ihn oder seinen Klienten geltend und weist auch nicht nach, dass die fraglichen Verfahren in der Öffentlichkeit besonders beachtet worden seien. Es ist daher nicht ersichtlich, dass vorliegend besondere Umstände bzw. Interessen bestanden hätten, die das öffentliche Interesse der unbeflügelten Urteilsfindung durch das Gericht überwiegen würden. Die Voraussetzungen für einen Gang des Beschwerdeführers an die Öffentlichkeit waren daher nicht gegeben; sein Verhalten war vielmehr sowohl nach kantonaalem wie nach neuem Bundesrecht unzulässig.» (E. 4.4) ■

#### ANMERKUNGEN:

Die Begründung dieses Urteils offenbart ein merkwürdiges Verständnis des Verhältnisses von Informanten und Medienschaffenden. Aus Sicht des gebüssten Anwalts (und seines Klienten) weckt der Entscheid zudem grundrechtliche Bedenken.

1. Der vom Bundesgericht geschützte kantonale Entscheid wirft dem Anwalt u.a. vor, dem Bericht der «Aargauer Zeitung» habe die gebotene Sachlichkeit gefehlt. Nun stammte diese Publikation nicht aus der Feder des Anwalts selber, auch seine im Artikel zitierten Aussagen beanstandet die Urteilsbegründung nicht ausdrücklich. Vorgeworfen wird ihm, dass er seinem Klienten und dem recherchierenden Journalisten nicht vom Artikel abriet, dem Journalisten mündlich Auskunft gab, ihm Akteneinsicht gewährte und sich nach der Veröffentlichung mit dem Zeitungsartikel einverstanden erklärte. Dies rechtfertigt seine Einstufung als «mittelbarer Urheber» des Medienberichts. Die gewählte Terminologie macht stutzig. Würde demnach beispielsweise ein informierender Behördenvertreter zum «mittelbaren Urheber» eines von ihm nicht verhinderten, fehlerhaften oder polemischen Medienberichtes, der ihm inhaltlich zusagt? Die höchstrichterliche Praxis lässt das Gegenteil vermuten: Als es um die Verantwortlichkeit des Bundes für die behördliche Informationsstätigkeit zum Thema Listeriose-Käse ging, hielt das Bundesgericht 1992 fest, es müsse «klar unterschieden werden zwischen dem Informationsverhalten des Bundes einerseits und der in der Freiheit und Verantwortlichkeit jedes einzelnen Journalisten liegenden Umsetzung dieser behördlichen Information andererseits. Wenn die Primärinformation der Behörden grundsätzlich in Ordnung und damit rechtmässig war, hat die Behörde nicht für anderweitige Fehlinformationen einzustehen.» (BGE 118 Ib 473 E. 18b S. 483). Für anwaltliche Auskünfte scheint ein anderes journalistisches Berufsbild zu gelten, welches die klare Rollenteilung zwischen Informationslieferanten und eigenverantwortlichen Medienschaffenden verwischt.

2. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) differenziert sorgfältig zwischen anwaltlicher Äusserung und journalistischer Umsetzung. Nicht einmal die Medienberichterstattung über seine eigenen Zitate dürfen die disziplinierenden Behörden dem Anwalt vorbehaltlos zurechnen (Urteil Amihalachioaie c. Moldawien vom 20.4.2004, Ziff. 37, wobei sich der moldawische Anwalt allerdings - im Gegensatz zum schweizerischen Berufskollegen - klugerweise nachträglich von der Medienpublikation distanziert hatte.) Mit der Disziplinierung schweizerischer Anwälte hat sich der Gerichtshof bereits mehrmals befasst. Dabei ging es um Anwälte, die selber aktiv an die Medien gelangt waren. In einem Fall effektuascherischer und teilweise unwahrer Äusserungen eines luzernischen Anwalts an einer Pressekonferenz waren 1998 immerhin zwei von sieben Richtern der Ansicht, die Disziplinarbusse missachte die Meinungsfreiheit (EGMR-Urteil Schöpfer c. Schweiz vom 20.5.1998; abweichende Meinungen De Meyer & Jambrek). Die schweizerische Justiz bewegt sich also bei der Disziplinierung von Anwälten, die während laufender Verfahren aktiv an die Medien gelangen, auf menschenrechtlich eher dünnem Eis. Das Ausdehnen dieser Praxis auf Anwälte, die einen Medienbericht nicht einmal auslösen, sondern bloss fördern, könnte es früher oder später zum Brechen bringen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

## Strapaziertes Zitatrecht?

Urteil des Zürcher Obergerichts vom  
9. September 2004 (LK030001/U)

Am 2. Juli 2002 publizierte der «Tages-Anzeiger» in seiner Rubrik «Tribüne» einen Artikel des Klägers 1 (Prof. Georg Kreis) mit dem Titel «Wie die «Ausländer» in der Schweiz vorsätzlich schlecht gemacht werden». Er reagierte damit auf den Artikel von Nationalrat Christoph Mörgeli, der am 25. Juni 2002 in der gleichen Rubrik unter dem Titel «Ausländerkriminalität nicht schönreden» erschienen war. In der Zeitung «Schweizerzeit» vom 26. Juli 2002 druckte die Beklagte nebst einer Erläuterung des Zwecks der Publikation unter dem Titel «Ist, wer von «Ausländerkriminalität» spricht, ein «Studierstubenrassist?» die beiden Artikel im Wortlaut ab und fügte ihnen eine Stellungnahme von Eduard Stäubli bei. Das Obergericht hatte die urheberrechtliche Frage zu beurteilen, ob die vollständige Wiedergabe eines Artikels vom Ausnahmetatbestand Art. 25 URG (Zitatrecht) oder Art. 28 URG (Berichterstattung über aktuelle Ereignisse) erfasst wird. Die Anwendbarkeit von Art. 28 URG verneinte es, da auch kurze Werke nach dem klaren Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 URG nicht vollständig zitiert werden dürften. Hingegen bejahte es die Anwendbarkeit von Art. 25 URG, da es Fälle geben könne, in denen das ganze Werk zitiert werden dürfe, nämlich da, wo Kürzungen oder Zusammenfassungen den für das Zitat wesentlichen Inhalt des zitierten Werkes verfälsche. Dies treffe am ehesten auf konzise und kurze Werke zu.

«Art. 25 URG verlangt im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 2 URG nicht, dass nur auszugsweis oder zusammenfassend zitiert wird. Wenn der Zweck des Zitats es erfordert, darf dem-

nach das ganze Werk zitiert werden. Die abweichende Lehrmeinung von BARRELET/EGLOFF findet im Gesetz keine Grundlage und widerspricht sich im Übrigen selbst (vgl. BARRELET/EGLOFF, Urheberrecht, 2.A., N 4 zu Art. 25, Zeilen 2 und 5-7). Auch der Grundsatz, wonach das Zitat gegenüber der zitierenden Darstellung dem Umfang nach eine untergeordnete Stellung behalten soll, gilt nur unter dem Vorbehalt, dass der Zweck nichts anderes erfordert. Im vorliegenden Fall war es unerlässlich, den Artikel des Klägers 1 ungekürzt zu zitieren. Teile des zitierten Artikels wegzulassen wäre nur insoweit zulässig gewesen, als diese für das Verständnis der fraglichen Auseinandersetzung unerheblich gewesen wären, und Zusammenfassungen mit eigenen Worten der Beklagten hätten nur bei unnötiger Weitschweifigkeit des Artikels die wesentlichen Äusserungen des Klägers 1 nicht unterdrückt. Beide diese Voraussetzungen sind jedoch nicht gegeben. Der Vorwurf des Klägers 1, die Beklagte habe aus Bequemlichkeit auf Kürzungen und Zusammenfassungen verzichtet, fällt auf ihn zurück. Die Möglichkeit, den Artikel ohne Substanzverlust zu kürzen oder zusammenzufassen, schränkt das Zitatrecht der Beklagten ein. Sie ist demnach eine rechtshindernde Tatsache, und für diese trägt der Kläger 1 die Beweislast und damit auch die Behauptungslast (vgl. KUMMER, Kommentar zu Art. 8 ZGB, N. 165). Dennoch nennt der Kläger 1 kein einziges Wort, das unnötig gewesen wäre, und erläutert von keinem einzigen Satz, dass und mit welchem Wortlaut er ohne Substanzverlust hätte zusammengefasst werden können. Die Wiedergabe des Artikels des Klägers 1 durch die Beklagte ist demnach durch das Zitatrecht gerechtfertigt.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Das Gericht stellt zunächst zu Recht fest, dass die integrale Übernahme der beiden Zeitungsartikel nicht durch Art. 28 Abs. 1 URG gerechtfertigt werden könne, da es sich nicht um die Berichterstattung über ein aktuelles Ereignis handle. Die Bestimmung von Art. 28 Abs. 2 URG über die Verwendung von Presseartikeln zum Zwecke der Information über aktuelle Fragen könne die Publikation ebenfalls nicht rechtfertigen, da auf dieser Grundlage nur eine auszugsweise Wiedergabe zulässig sei. Insoweit gibt das zitierte Urteil kaum zu Bemerkungen Anlass.

Sehr viel problematischer ist aber die anschliessende Feststellung des Gerichts, dass es sich bei der integralen Wiedergabe des TA-Artikels um ein Zitat im Sinne von Art. 25 URG handle. Fragwürdig erscheint dies vor allem unter den folgenden Gesichtspunkten:

1. Das Gericht weist darauf hin, dass die Bestimmungen der Art. 25 und 28 URG einen gemeinsamen Zweck haben, nämlich den Austausch von Meinungen und Ideen zu begünstigen und die gesellschaftliche Kommunikation anzuregen. Es unterlässt es aber, das Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander zu klären. Deshalb übersieht es auch, dass seine Interpretation des Art. 25 URG zu einem unauflösbaren Widerspruch zu Art. 28 URG führt: Wenn nämlich, wie das Gericht ausführt, die «Erläuterung des Gegenstands einer publizierten Auseinandersetzung» den integralen Abdruck eines fremden Zeitungsartikels rechtfertigt, so bleibt für Art. 28 Abs. 2 URG gar kein Anwendungsbereich mehr. Über aktuelle Fragen kann dann gestützt auf Art. 25 URG eben in der Weise informiert werden, dass auf Artikel aus andern Zeitungen verwiesen wird und diese integral abgedruckt werden. Wenn das die Meinung von Art. 25 URG ist, warum sollte dann der Gesetzgeber in Art. 28 Abs. 2 URG ausdrücklich das Gegenteil statuiert haben?

2. Laut Zürcher Obergericht verlangt Art. 25 URG nicht, dass nur auszugsweise oder zusammenfassend zitiert werde. Vielmehr sei ein Zitat «desto aussagekräftiger, je vollständiger zitiert wird», weshalb ohne weiteres auch ganze Werke wiedergegeben werden dürften. Dass dies zumindest mit dem französischen und italienischen Wortlaut der Norm nicht zu vereinbaren ist, betrachtet das Gericht als sekundär. Mit Stillschweigen übergeht es die Tatsache, dass Art. 10 Abs. 1 RBÜ auch in der deutschen Fassung klar vom «Zitat aus einem der Öffentlichkeit bereits erlaubterweise zugänglich gemachten Werk» spricht, also nicht dem deutschsprachigen, sondern dem französisch- und italienischsprachigen Gesetzestext entspricht. Es wäre also zumindest zu prüfen gewesen, ob die vom Zürcher Obergericht vertretene Interpretation mit den verbindlichen Vorgaben des Konventionsrechts vereinbar ist.

3. Nach Meinung des Gerichts wäre es Sache des klagenden Urhebers gewesen, im einzelnen aufzuzeigen, welche Worte oder Sätze bei der Wiedergabe des Artikels allenfalls hätten weggelassen werden können. Nicht die Verletzerin des absoluten Rechts hätte demnach darzutun, dass sie sich im Rahmen einer gesetzlichen Schutz Ausnahme bewegt, sondern der Berechtigte trüge die Beweislast, dass dies nicht der Fall ist. Diese Auffassung dürfte mit Art. 8 ZGB kaum vereinbar sein: Der Urheber leitet seinen Rechtsanspruch aus der Tatsache her, dass er ein Werk geschaffen hat. Die Verletzerin stützt sich auf die gesetzliche Erlaubnis des Art. 25 URG, welche insoweit gilt, als «der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist». Die Beweislast, dass für den behaupteten Zweck der «Erläuterung» der integrale Abdruck des Zeitungsartikels notwendig war und dass eine referierende Zusammenfassung nicht genüge, hätte daher ausschliesslich bei der Verletzerin gelegen.

4. Bei seiner Interpretation des Art. 25 URG verweist das Gericht auf eine einzige Literaturstelle, nämlich auf den Kommentar von BARRELET/EGLOFF, deren Lehrmeinung «im Gesetz keine Grundlage» finde und widersprüchlich sei. Was die gesamte übrige Rechtswissenschaft zu diesem Thema meint, hat offenbar nicht interessiert. Das ist sehr bedauerlich, haben sich doch mehrere Autoren teils sehr spezifisch mit der hier zu entscheidenden Frage auseinandergesetzt (so insbesondere DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, S. 346-362; MACCIACCHINI, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit*, Bern 2000, S. 182-199; SCIARONI, *Das Zitatrecht*, Diss. Freiburg i.U. 1970; WITTEWELER, in: *AJP* 1993, S. 589 f.). Durch diese fehlende Auseinandersetzung mit der einschlägigen Lehre hinterlässt das Urteil den fatalen Eindruck, es sei aus dem hohlen Bauch heraus gefällt worden.

Kein Zweifel: Man kann das Ergebnis des obergerichtlichen Gedankengangs unter medienpolitischen Gesichtspunkten durchaus sinnvoll finden. Man kann es wünschbar finden, dass Zeitungsartikel in beliebigem Umfang wiedergegeben, kritisiert und kommentiert werden können. Aber dieses politische Ziel kurzerhand in Art. 25 URG zu verpacken und es damit weit über den publizistischen Bereich hinaus zur allgemeinen Gesetzesnorm zu erheben, erscheint schon als sehr gewagt.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

## Droit de consulter un audit avec des noms

Arrêt du Tribunal administratif du  
canton de Genève du 22.10.2004

Le Tribunal administratif du canton de Genève a eu l'occasion, le 28 septembre 2004, de rendre un arrêt accordant une priorité au droit du citoyen d'être informé. L'un des principaux problèmes que les juges administratifs ont dû

résoudre tient à une disposition de la LIPAD (loi sur l'information du public et l'accès aux documents): l'article 26 g, qui empêche l'accès à un document officiel si cette communication porte atteinte à la sphère privée ou familiale d'une personne.

Les faits sont les suivants: en automne 2003, le conseiller d'Etat Laurent Moutinot rendait publique l'existence d'un audit sur l'Office cantonal du logement. La «Tribune de Genève», informée de l'existence d'une polémique concernant une ancienne directrice de cet organe, qui peu après sa nomination au poste de directrice de l'Hospice Général démissionna, demanda la consultation de cet audit. Le conseiller d'Etat Laurent Moutinot refusa de le communiquer, dans le but de protéger la sphère privée des 17 personnes interrogées. Devant ce refus, la «Tribune de Genève» saisit le Tribunal administratif contre la décision du conseiller d'Etat. Dans un premier temps, le Tribunal, pris en étau entre sa volonté de défendre l'intérêt du public à avoir accès aux documents officiels et son souci de protéger la sphère privée des personnes figurant nommément dans l'audit, décida d'inviter tous les protagonistes à prendre connaissance des passages les concernant et à préciser si, à titre personnel, ils s'opposaient à la remise de cet audit. Seule une minorité d'entre eux ont accepté la remise du document.

Finalement, le Tribunal administratif dut constater que le caviardage des noms ou des passages les plus critiques rendait le texte illisible ou sans intérêt. Les juges ont alors procédé à une pesée des intérêts en présence et ont estimé que l'intérêt public du droit du citoyen à l'information sur le fonctionnement de l'Etat prime sur l'intérêt des personnes directement concernées; la protection de leur sphère privée ou familiale doit s'effacer en l'espèce devant un nécessaire besoin de transparence, but recherché par la loi sur l'information du public et l'accès aux documents. ■

.....

### **La vie d'une famille princière et l'intérêt public**

Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 3 septembre 2004 (C/19877/2002)

Le 23 juin 2002, la Télévision Suisse Romande (TSR) a diffusé dans le cadre de son émission «Mise au point» un reportage intitulé «Un clandestin dans la jet-set». Celui-ci était consacré aux conditions faites aux travailleurs clandestins à Genève et prenait l'exemple d'un Brésilien engagé durant deux ans au service de la belle-mère de Victor Emmanuel de Savoie. Enrichi d'extraits filmés et de photographie de la famille princière dans sa villa de Vésenaz,

ce reportage relatait des difficultés faites à l'employé en question, qui obtint notamment gain de cause devant le Tribunal des prud'hommes pour le paiement d'arriérés. Estimant que ce reportage violait le droit des programmes, la famille de Savoie a saisi l'Autorité indépendante de plaintes en matière de radio-télévision, qui, dans une décision du 27 juin 2003, lui a donné tort. Selon l'AIEP, la TSR était en droit de donner le nom d'une famille en vue dans le canton, même en dehors de toute procédure judiciaire; le reportage, d'autre part, était conforme aux règles sur l'objectivité. Parallèlement, Victor Emmanuel de Savoie, sa femme et sa belle-mère ont engagé une action civile, que le Tribunal de première instance a rejetée le 8 janvier 2004. En appel, le Cour de justice a annulé ce jugement. Elle a ordonné à la SSR de diffuser son jugement constatant l'illicéité de l'atteinte et à verser une indemnité de procédure à la famille de Savoie de 15 000 francs.

Selon la Cour de justice, les faits relatés dans le reportage sont attentatoires à l'honneur de la famille de Savoie, et il n'y a pas lieu d'examiner s'ils sont vrais ou faux, car il n'existe pas de motif justifiant une telle atteinte. Certes, la Cour de justice admet que deux des plaignants - le prince et sa femme - sont des personnages publics, leur célébrité provenant de leur appartenance à la famille royale d'Italie. Elle admet aussi qu'ils «apparaissent régulièrement dans la rubrique mondaine de périodiques ou dans les publications axées sur la vie des célébrités. Par ailleurs, la presse s'est faite l'écho de la levée par le parlement italien de l'interdiction faite aux membres masculins de la famille de pénétrer sur le sol italien». Mais cela dit, «les faits révélés par le reportage ne concernent en rien l'origine de leur célébrité. Il n'est pas allégué que Victor Emmanuel et Marina de Savoie exercent des fonctions officielles ou y aspirent. En définitive, les faits évoqués dans le reportage n'ont aucun rapport avec la condition de personnage public des intéressés. Il n'y a dès lors pas d'intérêt du public à être informé des faits appartenant à leurs sphère privée. Même si la sujet du reportage était l'emploi des clandestins par des familles aisées, il n'existait aucun intérêt prépondérant à rendre reconnaissable au public la famille de Savoie». La TSR a renoncé à porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. ■

### **REMARQUES:**

Cet arrêt laisse songeur pour plusieurs raisons:

1. Deux autorités ont rendu dans la même affaire des décisions contradictoires. Il est vrai que les dispositions appliquées ne sont pas les mêmes. L'AIEP est chargée de faire respecter le droit des programmes. Mais celui-ci ne consiste pas uniquement en règles assurant que le public puisse se forger sa propre opinion librement, comme le prétend la Cour de justice. L'AIEP a aussi à faire respecter certaines valeurs fondamentales, telle la dignité humaine. C'est pourquoi, dans plusieurs décisions, elle a demandé que l'anonymat soit respecté, en particulier dans les procédures judiciaires. En l'occurrence, elle a estimé qu'«en tant que famille princière très présente dans des activités publiques, notamment mondaines, qui suscitent l'intérêt de la population, les plaignants doivent être considérés comme des personnalités connues. Un ano-

nymat à la carte, qui serait accordé chaque fois que les faits et gestes de telles personnalités ont une connotation négative, n'est pas imaginable» (cons. 2.2.2).

2. Il est vrai que toute personnalité connue n'a pas à tolérer de ce seul fait que sa vie privée soit étalée sur la voie publique. Seuls les faits de la vie privée qui sont de nature à influencer sur la célébrité de la personne, parce que remettant en cause celle-ci ou le jugement que le public porte sur la personne, peuvent être révélés. C'est dans ce sens qu'on dit qu'il faut un lien entre les faits de la vie privée qui sont révélés et la célébrité. La Cour de justice est un peu rapide lorsqu'elle prétend qu'il n'y a aucun lien en l'occurrence. Une famille princière, même écartée de toute responsabilité politique, a une fonction quasi-officielle, puisqu'elle a, à tout le moins sur le plan historique, des prétentions à faire valoir sur la direction d'un pays. Si elle a trouvé refuge dans un pays ami, son comportement dans ce pays n'est pas indifférent. Une telle personnalité qui viendrait à abuser de l'hospitalité du pays hôte en violant ses lois doit tolérer que le public s'intéresse à son comportement.

3. Il est regrettable que la SSR n'ait pas donné au Tribunal fédéral l'occasion de corriger ce jugement. Il est probable qu'elle ait été influencée dans sa décision par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire von Hannover (voir *medialex* 2004, p. 158 ss, et notre commentaire), et il n'est pas exclu que les juges genevois l'aient été aussi. Cette jurisprudence est contestable, puisqu'elle ne tient pas compte du fait que certaines personnalités ont tendance à jouer sur tous les tableaux à la fois, en réclamant une protection de leur vie privée à la carte. Mais surtout, le cas présent est différent. La TSR n'a pas pourchassé une personnalité, pour révéler des faits en rapport avec sa vie sentimentale ou d'autres futilités de ce genre. Elle a évoqué un comportement légalement et moralement répréhensible, cadrant mal avec l'attente que le public était en droit d'avoir à l'égard de la personnalité en question.

4. L'arrêt n'est pas non plus conforme avec la dernière jurisprudence du Tribunal fédérale dans le domaine des reportages télévisés qui, pour être concrets, choisissent de prendre un exemple. Dans l'arrêt du 15 mai 2002 rendu par la Cour civile concernant un reportage sur les mauvais soins prodigués par certains EMS, le Tribunal fédéral a admis qu'on décrive la situation d'un seul EMS et qu'on cite nommément son directeur, à condition de bien préciser qu'il s'agit d'un exemple et que d'autres EMS ne sont pas meilleurs (*medialex* 2002, p. 209 et le commentaire de FRANZ RIKLIN; *medialex* 2003, p. 183, et le commentaire de FRANZ WERRO). Cette jurisprudence, qui concerne certes la loi contre la concurrence déloyale, tient compte des besoins de l'information aujourd'hui. Celle-ci, si elle est désincarnée, ne répond pas aux exigences actuelles en matière de qualité. Le Tribunal fédéral l'a compris. Pourquoi la SSR ne lui a-t-elle pas fait confiance?

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

## Rachat de Corbaz par Edipresse: recours irrecevable

Décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 15 juillet 2004 (DPC 2004/3, p. 922 ss)

La Commission de recours pour les questions de concurrence a déclaré irrecevable le recours déposé le 30 janvier 2003 par les Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. contre l'acte par lequel la Comco a déclaré ne pas s'opposer au rachat du groupe Corbaz par Edipresse (voir *medialex*

2003 p.121). La recourante avait fait valoir que l'autorisation d'exécuter la concentration constitue une décision au sens de l'art. 5 PA. Elle avait également estimé avoir qualité pour agir, motif pris qu'elle se trouve dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet du litige. Pour la Commission de recours, le texte de la LCart ne fonde pas un régime d'autorisation. Le législateur a, au contraire, renoncé à un tel régime à la faveur d'un système de notification censé éviter toute bureaucratie inutile. S'écartant en cela du droit communautaire qui prévoit expressément à l'art. 8 du règlement sur les concentrations que la Commission «rend une décision» non seulement lorsqu'elle interdit l'opération de concentration ou qu'elle la soumet à des conditions et des charges mais également lorsqu'elle constate qu'elle est compatible avec le marché commun, la Commission de recours estime qu'il ne paraît pas contraire à la lettre des art. 9 et 10 LCart de considérer la déclaration par laquelle la Comco déclare ne pas s'opposer à une opération de concentration comme un simple avis et non comme une décision».

Selon la Commission, «faire dépendre la réalisation d'une opération de concentration d'une autorisation implicite ou tacite reviendrait par contre à assujettir les fusions à un régime d'autorisation», solution pourtant clairement écartée par le législateur. Au surplus, elle estime qu'il n'est pas soutenable de qualifier différemment l'acte administratif suivant qu'il clôt la phase préliminaire du contrôle ou la phase principale de l'évaluation de la concentration. La doctrine étant unanime sur le fait de considérer l'acte de clôture de la procédure préalable comme une simple détermination, la Commission ne voit pas de raison de consacrer un autre statut pour l'acte de clôture de la procédure d'examen proprement dit. Jugeant problématique l'absence de tout contrôle juridictionnel, la Commission précise que la Comco est néanmoins soumise à un certain contrôle, sous la forme d'un rapport devant être adressé au Département fédéral de l'économie sur la base de l'article 22 OCCE pour chaque concentration qui ne soulève aucune objection. Par ailleurs, la Commission rappelle que la question de fond soulevée par la requérante peut être examinée par l'autorité de surveillance dans le cadre d'une procédure de dénonciation au sens de l'art. 71 PA. La recourante alléguait à titre subsidiaire que la Comco a rendu une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de la LCart. Faute de l'existence à ses yeux d'une décision formelle et matérielle, la Commission ne fait pas droit à cet argument. Plus subsidiairement, la recourante soutenait l'existence d'une décision sui generis devant être avalisée de la même manière qu'un accord amiable au sens de l'art. 29 LCart. Constatant que la loi n'interdit en aucune manière un dialogue entre les entreprises participant à la concentration et la Comco au cours duquel des modifications sont conçues, concrétisées et convenues, la Commission considère par ailleurs que l'art. 29 LCart n'est pas transposable aux ententes et engagements négociés dans le cadre de l'examen des opérations de concentration. Le raisonne-

ment par analogie de la recourante est également écarté au motif qu'il consacrerait un formalisme excessif.

Concernant la problématique de la qualité pour agir, la Commission estime que l'article 43 al. 4 LCart déroge à l'art. 48 lit. a PA, une question que le Tribunal fédéral a laissée ouverte jusqu'ici. En d'autres termes, la Commission estime que l'art. 43 al. 4 LCart vise non seulement la procédure de première instance, mais également celle de recours.

Le cercle des personnes ayant qualité pour agir est ainsi restreint aux personnes ayant qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations. La recourante n'a donc pas qualité pour agir. ■

Le même jour et dans la même affaire, la Commission, estimant que l'ensemble des conditions n'était pas rempli, a rejeté un recours ayant pour objet des mesures provisionnelles. Elle a également déclaré irrecevable un recours de l'AGEFI, jugeant que cette dernière n'avait pas qualité pour agir.

.....

### Werbespot mit esoterischem Inhalt

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 14. Mai 2004 (b. 487)

Die Televisione svizzera di lingua italiana (TSI) strahlte u.a. im Januar 2004 zwei Werbespots eines Studios mit esoterischen Dienstleistungen aus. Im Mittelpunkt dieser Spots steht eine Mitarbeiterin dieses Studios. Sie wird gezeigt mit diversen Objekten wie Karten, Kristallen oder einem Pendel, welche im Rahmen der angebotenen Dienstleistungen eine wichtige Rolle spielen. Parallel dazu stellt eine Off-Stimme das Studio und das Angebot wie Kartenlegen, Numerologie oder Traumdeutungen vor. Die Mitarbeiterin verspricht am Schluss, dass verlorene Lebensfreude wieder gefunden werden könne. Im Reminder-Spot werden die Bilder aus dem ersten Spot teilweise wiederholt. Zusätzlich erklärt die Off-Stimme, dass es sich nicht um Versprechen, sondern um Tatsachen handle.

In einem ersten Schritt hat die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) geprüft, ob der bean-

standete Spot den Tatbestand der irreführenden Werbung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Bst. d der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) bzw. von Art. 11 Ziffer 2 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF) erfüllt. Der Beschwerdeführer bezweifelte, dass die im Spot gemachten Versprechungen eingehalten werden können. In ihren Erwägungen legt die UBI dar, dass es tatsächlich zweifelhaft sei, ob die Inanspruchnahme der entsprechenden Dienstleistungen zu einer Steigerung der Lebensfreude führe. «Versprechungen und Übertreibungen sind aber bis zu einem gewissen Grad Teil der Werbung. (...) Die vom betreffenden Studio gemachten Versprechungen gehen nicht über das übliche Mass von Werbespots hinaus. Das Publikum ist sich gewohnt, dass viele Spots in Wort oder Bild eine Steigerung des körperlichen oder geistigen Wohlbefindens, Glück, Erfolg etc. bei Inanspruchnahme des beworbenen Produkts bzw. der Dienstleistung versprechen. Der beanstandete Spot unterscheidet sich einzig durch die Art der angebotenen Dienstleistungen vom Grossteil der übrigen bei Schweizer Fernsehveranstaltern regelmässig ausgestrahlten Werbespots. Dienstleistungen wie Kartenlegen, Numerologie oder gewisse Arten von Traumdeutungen, welche der Esoterik zugerechnet werden, mögen für einige Leute noch immer einen etwas dubiosen, wenig seriösen Ruf haben. Das Anbieten entsprechender Dienstleistungen, auch mittels telefonischer Beratung, wie dies das betreffende Studio tut, ist aber grundsätzlich zulässig». Aus diesen Gründen hat die UBI die beanstandeten Spots nicht als irreführend erachtet.

In einem zweiten Schritt hat die UBI beurteilt, ob die Spots mit den relevanten Jugendschutzbestimmungen in der RTVV und dem EÜGF vereinbar sind. Die Mehrheit der UBI-Mitglieder ist zum Schluss gekommen, dass dies der Fall ist. Die Thematik des Spots würde viel eher erwachsene Personen ansprechen. Negative Veränderungen der Persönlichkeitsstruktur von Jugendlichen, wie etwa im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einer Sekte, seien aufgrund der Dienstleistungen des Studios nicht zu befürchten. Eine Minderheit von UBI-Mitgliedern hat in einer Dissenting Opinion eine gegenteilige Meinung vertreten. Darin weisen sie insbesondere auf die Ausstrahlungszeit hin. Die Spots seien praktisch immer am Mittag, Nachmittag oder am Vorabend ausgestrahlt worden und würden sich daher direkt an Jugendliche richten. Diese seien auch besonders empfänglich für die Botschaften der Spots. Es werde ihnen weisgemacht, dass sie mit einem Telefonanruf Hilfe, Verständnis und Lebensfreude finden. ■

## Rechtsprechung 2002-2004 auf den Gebieten des Rundfunks und der Telekommunikation

Christoph Beat Graber

Professor für Kommunikations- und Kulturrecht an der Universität Luzern

Die Recherche beschränkt sich auf Entscheidungen zu Bestimmungen des Schweizer Radio-, Fernseh- und Fernmelderechts (einschliesslich menschenrechtlicher Fragen), die im Zeitraum zwischen dem 1.12.2002 und der Kommunikationsrechtstagung vom 12. Oktober 2004 in schweizerischen Fachzeitschriften publiziert worden sind.

### I. Rundfunk

1. **Verweigerte Konzession für Fernsehprogramm Car-TV (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 5.11.2002 [Demuth c. Schweiz]; *medialex* 2003, 49 ff.; sic! 2003, 211 ff.).

2. **Verbot religiöser Werbung respektiert Meinungsfreiheit (Art. 9 und 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 10.7.2003 [Murphy c. Irland]; *medialex* 2003, 171 ff.; plädoyer 2003, 88).

3. **Diligence particulière pour formuler des messages diffusés à la radio (art. 6 par. 2, art. 7 et art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 30.3.2004 [Radio France c. France]; *medialex* 2004, 103 ff.).

4. **Redevances radio-TV: conditions de l'exonération (art. 8 Cst., art. 45 ORTV).** (Tribunal fédéral, 23.6.2003 [X. c. Billag SA]; *medialex* 2003, 237 s.).

5. **Voraussetzungen des Gebührensplittings für Lokalradio (Art. 17 Abs. 2 RTVG, Art. 10 Abs. 3 RTVV).** (Bundesrat, 26.6.2002 [Radio A. c. BAKOM]; VPB 67/2003 Nr. 26).

6. **Keine Konzessionserweiterung für lokales Fernsehprogramm (Art. 11 Abs. 1 Bst. g RTVG).** (Bundesrat, 18.12.2002 [Tele X c. UVEK]; VPB 67/2003 Nr. 56).

7. **Recours irrecevable contre l'introduction de la télévision numérique terrestre (art. 28 LRTV).** (Conseil fédéral, 12.3.2004 [H. c. UVEK]; VPB 68/2004 Nr. 101).

8. **Politische Werbung: Geklärte Zuständigkeitsabgrenzung von UBI und BAKOM (Art. 18 Abs. 5 RTVG).** (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 11.1.2004 [SF DRS: Werbespot für Atomstrom II]; *medialex* 2004, 59 f.).

9. **BAKOM beansprucht Kompetenz in Fragen politischer Werbung (Art. 18 Abs. 5 RTVG).** (Bundesamt für Kommunikation, 14.3.2003 [SF DRS: Werbespot für Atomstrom I]; *medialex* 2003, 112 ff.).

10. **Parrainage et publicité à la RSR (art. 18 al. 1 LRTV).** (Office fédéral de la communication, 21.7.2003 [Radio Suisse Romande: parrainage]; *medialex* 2003, 240).

11. **Unerlaubte Werbung bei MusicStar (Art. 18 Abs. 1 und 19 Abs. 2 RTVG, Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> und 15 Abs. 2 RTVV).** (Bundesamt für Kommunikation, 2.7.2004 [SF DRS: MusicStar]; *medialex* 2004, 175 f.).

12. **Keine wesentlichen Fakten unterschlagen (Art. 4 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 21.6.2002 [Radio Rumantsch: Novitads]; VPB 67/2003 Nr. 2002).

13. **Public Relations und Programmrecht (Art. 4 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 6.12.2002 [SF DRS: Kids Party]; *medialex* 2003, 58 f.).

14. **Vielfalt und Schweizer Titel im Musikprogramm von Radio DRS 1 (Art. 3 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 21.3.2003 [Radio DRS 1: Musikprogramm]; *medialex* 2003, 120 f.; VPB 67/2003 Nr. 91).

15. **Limites de la satire religieuse à la radio (art. 3 al. 1 et art. 5 al. 1 LRTV).** (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, 21.3.2003 [Radio Suisse Romande: La soupe est pleine]; *medialex* 2003, 181; VPB 68/2004 Nr. 27).

16. **Tragweite des Verbots politischer Werbung im Fernsehen (Art. 18 Abs. 5 RTVG, Art. 10 EMRK).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 27.6.2003 [SRG: Werbespot Flüchtlingshilfe]; *medialex* 2003, 241; VPB 68/2004 Nr. 28).

17. **Schwere Vorwürfe gegen Flughafen Unique (Art. 4 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 5.10.2003 [SF DRS: 10 vor 10 I]; *medialex* 2004, 60 f.).

18. **Bilder der Gewalt in der «Tagesschau» (Art. 6 Abs. 1 letzter Satz RTVG; Art. 7 Ziff. 1 lit. a EÜGF).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 21.3.2003 [SF DRS: Tagesschau]; *medialex* 2004, 61).

19. **Vermummte in «10 vor 10» (Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 14.5.2004 [SF DRS: 10 vor 10 II]; *medialex* 2004, 174 f.).

20. **Spot im Schweizer Werbefenster von SAT.1 verletzt Alkoholverbot des RTVG (Art. 18 Abs. 5 RTVG und Art. 16 Abs. 1 EÜGF).** (Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter, 16.9.2002 [SAT.1: Alpenarena]; sic! 2003, 113 ff.).

### II. Telekommunikation

1. **Verwendung vertraulicher Interkonnectionsinformationen vorläufig verboten (Art. 58 Abs. 2 FMG, Art. 50 Abs. 2 FDV).** (Bundesgericht, 3.4.2003 [Swisscom: Carrier Preselection I]; *medialex* 2003, 118 f.; plädoyer 2003, 58 f.).

2. **Unrechtmässige Verwendung spezifischer Telekommunikationsinformationen (Art. 13 BV, Art. 46 FMG, Art. 50 Abs. 2 FDV).** (Rekurskommission UVEK, 20.8.2003 [Swisscom: Carrier Preselection II]; VPB 68/2004 Nr. 26).

3. **Änderung einer UMTS-Konzession (Art. 5 und 10 Abs. 1 FMG).** (Eidgenössische Kommunikationskommission, 25.6.2002 [Konzessionärin Z.: UMTS]; VPB 67/2003 Nr. 28).

4. **Voraussetzungen der Übertragung einer WLL-Konzession (Art. 6 und 23 FMG).** (Eidgenössische Kommunikationskommission, 10.7.2002 [Konzessionärinnen 1 und 2: WLL]; VPB 67/2003 Nr. 27).

5. **Keine Ausstandspflicht von BAKOM-Mitarbeitern nach Mitwirkung an gescheiterter Schlichtung (Art. 11 Abs. 3 FMG, Art. 57 FDV, Art. 10 VwVG, Art. 22 ff. OG).** (Eidgenössische Kommunikationskommission, 25.4.2003 [Fernmeldediensteanbieterin c. BAKOM]; VPB 67/2003 Nr. 90).

6. **Verpflichtung zur Entbündelung der letzten Meile (Art. 11 Abs. 1 und Art. 3 lit. e FMG, Art. 1 und 43 FDV).** (Eidgenössische Kommunikationskommission, 19.2.2004 [Swisscom c. Sunrise]; *medialex* 2004, 106 f.).

### 1. Trennung von Werbung und Programm (Entscheid I/11)

«MusicStar», die im Winter 2003/04 erstmals ausgestrahlte Casting-Show, war für die SRG ein finanzieller Grosseffort. Ermöglicht wurde dieser durch ein Vermarktungskonzept, das auf einer - dem Publikum verschwiegenen - engen Zu-

sammenarbeit zwischen SF DRS und Universal Music basierte. Wie das BAKOM in seiner Aufsichtsentscheidung vom 2. Juli 2004 (Entscheid I/11) feststellte, war die Zusammenarbeit nicht unzulässig. Obwohl Universal als Exklusivpartner von SF DRS für die Vermarktung der ersten Staffel von MusicStar verantwortlich war, lag gemäss BAKOM kein Sponsoring-Verhältnis vor, das gemäss Art. 19 Abs. 2 RTVG dem Publikum hätte kenntlich gemacht werden müssen. Universal sei rechtlich als Lizenznehmer und nicht als Sponsor einzustufen. Die Zusammenarbeit sei aber auch keine - vom Sponsoringrecht ausgenommene - Koproduktion, weil das massgebliche Recht (RTVG und Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen) lediglich Gemeinschaftsproduktionen mit unabhängigen Produzenten in den Bereichen des Films und des Fernsehens unter diesen Begriff fasst. Dem BAKOM blieb letztlich nichts anderes übrig, als die Zusammenarbeit zu dulden, obwohl sie sich in einem gesetzlich nicht geregelten Graubereich bewegte. Dieses Ergebnis vermag nicht zu befriedigen, weil das Publikum ein legitimes Interesse hat, über eine intensive Zusammenarbeit zwischen SF DRS und einem Hollywood-Major informiert zu werden.

In einem zweiten Punkt stellte das BAKOM jedoch fest, dass die in der Sendung und in Programmtrailern erfolgte Platzierung von Hinweisen auf Universal-CDs Werbung sei, die vom übrigen Programm hätte getrennt werden müssen. Damit verletzte die SRG das in Art. 18 Abs. 1 RTVG enthaltene Gebot der Trennung von Werbung und Programm. Zu Recht wies das BAKOM die Behauptung der SRG zurück, bei diesen Hinweisen habe es sich um Begleitmaterial zur Sendung gehandelt. Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> RTVG bestimmt, dass Hinweise auf Begleitmaterialien, die in engem Zusammenhang mit der Sendung stehen, keine Werbung sind. Laut Praxis des BAKOM unterfallen Hinweise auf Broschüren, Tonträger oder Online-Dienste nicht dem Begriff der mit Werbung gleichgestellten Eigenwerbung, wenn sie den Inhalt der Sendung erläutern oder vertiefen. Wie das BAKOM zutreffend feststellte, handelte es sich bei den Hinweisen auf die CDs indessen um Werbung, weil sich SF DRS dafür von Universal Music bezahlen liess. Weil diese werblichen Hinweise nicht in einem Werbeblock ausgestrahlt wurden, handelte die SRG dem in Art. 18 Abs. 1 RTVG enthaltenen Gebot der Trennung von Werbung und Programm zuwider.

## 2. Werberegeln des RTVG auch für Schweizer Werbefenster von SAT.1 massgeblich (Entscheid I/20)

Nicht alltäglich ist es, dass eine deutsche Rundfunkaufsichtsbehörde einen deutschen Veranstalter verurteilt, Werbevorschriften des Schweizer RTVG verletzt zu haben.

Mit Strafbescheid vom 6. Dezember 2001 verurteilte das BAKOM die Schweizer Fernsehveranstalter TV3, Viva-Swiss und StarTV, mit einem Werbespot für die Bündner Skiregion «Alpenarena» (Flims/Laax/Falera) das Werbeverbot für

alkoholische Getränke (Art. 18 Abs. 5 RTVG) verletzt zu haben. Der Spot zeigte Angestellte verschiedener Bars dieser Skiregion, die sich auf die Wintersaison vorbereiteten und dazu diverse teils hochprozentige alkoholische Getränke bestellten. Gegen das Schweizer Werbefenster von SAT.1, das den Spot ebenfalls ausgestrahlt hatte, konnte das BAKOM mangels Schweizer Konzession keine Untersuchung führen. Indessen gelangte das BAKOM gestützt auf das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF) an das zuständige deutsche Aufsichtsorgan und beantragte, es sei gegenüber SAT.1 ein Verfahren einzuleiten. Die Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter (LPR) leistete diesem Antrag Folge. Mit Entscheid vom 16. September 2002 stellte die LPR in Anwendung von Art. 16 Abs. 1 EÜGF und der (deutschen) Lizenzregelung für das Schweizer Werbefenster von SAT.1 einen Verstoß von SAT.1 gegen das Verbot der Alkoholwerbung gemäss Art. 18 Abs. 5 RTVG fest und legte ihrer Entscheidung die Bewertung des BAKOM zugrunde. Dieser Entscheid ist höchst bedeutsam: Daraus folgt, dass Art. 16 Abs. 1 EÜGF auf die Schweizer Werbefenster von in Deutschland konzessionierten Veranstaltern Anwendung findet und die deutschen Rundfunkaufsichtsbehörden demgemäss die Einhaltung der Werbevorschriften des RTVG zu überwachen haben.

## 3. Politische Werbung (Entscheide I/8, I/9, I/16)

Im Entscheid I/16 stellte die UBI fest, dass ein auf SF DRS ausgestrahlter Werbespot der «Schweizerischen Flüchtlingshilfe» das Verbot politischer Werbung im Sinne von Art. 18 Abs. 5 RTVG nicht verletzte. Der beanstandete Werbespot zeigte ein Schweizerkreuz, dessen vier Schenkel nacheinander heraufgeklappt wurden. Das dabei erzeugte Geräusch erinnerte an zuschlagende Gefängnistüren. Es folgte der Text: «Wer andere ausschliesst, schliesst sich selber ein». Der Spot endete damit, dass Name und Logo der «Schweizerischen Flüchtlingshilfe» als Auftraggeberin eingeblendet wurden. Die UBI fand, dass der Spot zwar als politische Werbung zu taxieren sei. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte habe jedoch unlängst im Urteil i.S. Verein gegen Tierfabriken (*medialex* 2001, 158 ff., 2003, 60) entschieden, dass ein absolutes Verbot politischer Werbung unzulässig sei. Es müssten im konkreten Fall relevante und ausreichende Gründe für eine Untersagung bestehen. Das sei vorliegend nicht der Fall.

Die vom EGMR geforderten relevanten und ausreichenden Gründe für ein Verbot politischer Werbung setzen nach überzeugender Auffassung der UBI voraus, dass es sich um einen im Vorfeld einer Volksabstimmung ausgestrahlten Werbespot handelt. Die Überlegung dahinter ist, dass Abstimmungen nicht durch Werbeauftritte finanzstarker Kreise im Fernsehen beeinflusst werden sollen. Weil der beanstandete Spot gut einen Monat nach der Abstimmung über die Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch» vom November 2002 ausgestrahlt wurde, konnte er die politische Meinungsbildung zu dieser Volksabstimmung freilich nicht mehr beeinflussen.

Als weiterer Fall politischer Werbung beschäftigte ein Werbespot des «Forums Stromversorgung Schweiz» gar zwei Instanzen, wobei sich v.a. interessante Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung von Aufsichtsbehörden stellten. Im Entscheid I/9 stellte das BAKOM fest, dass die SRG das Verbot politischer Werbung verletzte, weil sie im Vorfeld der Volksabstimmung vom Mai 2003 zum Atomstrommoratorium den erwähnten Werbespot auf den drei sprachregionalen Senderketten des Schweizer Fernsehens ausstrahlte. Der Spot zeigte einen Mann und eine Frau in einem Lift. Beide wünschten sich einen Stromausfall. Doch es blieb beim Wunsch, der Lift erreichte sein Ziel und Mann und Frau gingen in verschiedene Richtungen davon. Eine Stimme aus dem Off sagte: «Damit das so bleibt, sind Wasserkraft und Kernenergie ein unverzichtbares Paar». Weiter wurde die Internetadresse des «Forums Stromversorgung Schweiz» eingeblendet.

Nach Ansicht des BAKOM verletzte die SRG durch die Ausstrahlung des Spots vor einer Volksabstimmung den Kernbereich des Verbots politischer Werbung im Sinne von Art. 18 Abs. 5 RTVG. Dieses bezwecke in erster Linie zu verhindern, dass wirtschaftlich starke Akteure durch Schalten von kostspieliger Fernsehwerbung die freie Meinungsbildung einseitig zu Ungunsten finanzschwacher Gruppierungen beeinflussen können. Gefährdet sei die freie Meinungsbildung insbesondere im Umfeld von Abstimmungen und Wahlen, weil dort der institutionalisierte Willensbildungsprozess direkt betroffen sei.

Hinsichtlich seiner Begründung im Materiellen ist der Entscheid nicht zu beanstanden. Anlass zur Kritik gibt indessen die Tatsache, dass das BAKOM sich als zuständig erachtete, die Frage zu beurteilen, ob ein Werbespot gegen das Verbot politischer Werbung verstösst. Das ist eine Frage programmrechtlicher Natur, die in die exklusive Zuständigkeit der UBI fällt. Richtigerweise hiess das UVEK im Entscheid I/8 eine dagegen gerichtete Beschwerde gut. Das UVEK sieht die ratio legis des Verbots politischer Werbung darin, dass politische Inhalte ins eigentliche Programm gehörten und «nicht in die wirtschaftlich orientierte und immer auch tendenziell manipulative Werbung».

#### 4. Religiöse Werbung (Entscheid I/2)

Eine christliche Glaubensgemeinschaft mit dem Namen «Irish Faith Centre» wollte durch einen kommerziellen Lokalradioveranstalter einen Werbespot ausstrahlen lassen. Darin sollte für die öffentliche Vorführung eines Videos mit religiösem Inhalt geworben werden. Der Text des geplanten Spots lautete wie folgt: «What think ye of Christ? Would you, like Peter, only say that he is the son of the living God? Have you ever exposed yourself to the historical facts about Christ? The Irish Faith Centre are presenting for Easter week an hour long video by Dr Jean Scott on the evidence of the resurrection». Der Spot endete mit Angabe der Zeiten, zu denen die Gemeinschaft das Video öffentlich vorführte und über Satellit ausstrahlte. Der Radioveranstal-

ter war zur Ausstrahlung des Spots bereit, doch die «Independent Radio and Television Commission» (IRTC) stoppte den Werbespot gestützt auf das irische Radio- und Fernsehgesetz, das religiöse und politische Werbung im Rundfunk generell verbietet. Die irische Justiz bestätigte den Entscheid der IRTC. Der für die Glaubensgemeinschaft tätige Pfarrer Roy Murphy beschwerte sich in Strassburg und machte v.a. geltend, das Werbeverbot verletze Art. 10 EMRK. Der EGMR wies Murphys Beschwerde ab.

Bedeutsam am Entscheid (I/2) ist die Rücksicht auf die besondere Brisanz religiöser Themen in Irland, die der EGMR bei der Prüfung der Frage nahm, ob das Verbot religiöser Werbung in Radio und Fernsehen «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» sei. Dogmatisch begründete er diese Rücksichtnahme mit dem Ermessen, das den Mitgliedstaaten bei der Frage zustehe, ob eine Massnahme notwendig sei. Generell hielt der EGMR im Fall Murphy fest, dass das Ermessen, das den nationalen Gerichten in Fragen religiöser Rundfunkwerbung zusteht, weiter sei als jenes in Fragen politischer Rundfunkwerbung. Diese Präzisierung brachte der Gerichtshof vor allem an, um diesen Entscheid von jenem im (bereits erwähnten) Fall Verein gegen Tierfabriken (*medialex* 2001, 158 ff., 2003, 60) unterscheiden zu können. Dort hatte der EGMR der Schweiz ein bloss beschränktes Ermessen zugewilligt und auf dieser Grundlage entschieden, dass die Weigerung, einen bestimmten politisch motivierten Werbespot auszustrahlen, Art. 10 EMRK verletzte.

Von besonderem rundfunkrechtlichem Interesse sind jene Passagen des Urteils Murphy, wo der EGMR begründet, weshalb die von Irland ins Feld geführten Gründe für ein Verbot relevant und ausreichend sind: Nach Auffassung des EGMR ist es gerechtfertigt, religiöse Werbung in Rundfunk und Presse unterschiedlich zu behandeln. Er rief in diesem Zusammenhang in Erinnerung, dass elektronische Medien viel eindringlicher und direkter wirkten als die Presse. Richtig fand der EGMR auch, dass Irland hinsichtlich der Behandlung religiöser Themen im Rundfunk zwischen gekaufter Werbezeit und dem eigentlichen Programm unterscheidet: Programme müssten unparteiisch, neutral und ausgewogen sein, Werbung dagegen nicht. Religiöse Rundfunkwerbung würde sich zu Ungunsten kleiner und wenig finanzkräftiger Gruppen auswirken. Damit würde die Chancengleichheit unter den Glaubensgemeinschaften tangiert. Angesichts der extremen Empfindlichkeit der Iren in religiösen Angelegenheiten, wäre das höchst unerwünscht. Der EGMR verwarf auch das Argument des beschwerdeführenden Pfarrers, das vom Staat angestrebte Ziel hätte auch mit milderem Mitteln erreicht werden können. In diesem Zusammenhang betonte er vor allem, dass ein Verbot fairer sei als eine Fall-zu-Fall-Prüfung, ob die in einem Spot enthaltenen religiösen Äusserungen unhaltbar seien.

Zweifellos handelt es sich hier um einen neuen Leitentscheid des EGMR. Das Urteil ist nicht nur sehr sorgfältig

begründet, es liefert den Rundfunkregulatoren auch wichtige Orientierung in der Frage, wieweit Verbote bestimmter Werbeinhalte mit Art. 10 EMRK vereinbar sind. Für die Revision des RTVG lässt sich daraus schliessen, dass ein Festhalten am Verbot religiöser Werbung in der Schweiz nicht gegen Art. 10 EMRK verstösst.

### 5. Satire und Religion (Entscheid I/15)

Nach Praxis der UBI zählen die religiösen Gefühle zu jenen sensiblen Bereichen, wo das im RTVG enthaltene kulturelle Mandat den Veranstaltern eine besondere Sorgfalt abverlangt. Auch unter dem Gesichtspunkt der Glaubensfreiheit (Art. 15 BV) erheischen religiöse Gefühle einen besonderen Schutz, nicht zuletzt zur Sicherung des religiösen Friedens. Programmrechtlich geschützt sind jedoch nur die zentralen Glaubensinhalte - gleichgültig, um welche Religion es sich handelt. Keinen besonderen Schutz geniessen hingegen kirchliche Institutionen oder Würdenträger wie z.B. der Papst. Werden religiöse Themen in satirische Beiträge aufgenommen, kann sich ein Grundrechtskonflikt ergeben. Denn: Als Ausdruck der Meinungsfreiheit (16 BV) bzw. der Kunstfreiheit (Art. 21 BV) ist auch die Satire grundsätzlich besonders geschützt.

Im Entscheid I/15 hat die UBI in Fragen religiöser Gefühle eine problematische Praxisänderung vorgenommen, die insbesondere im konkreten Fall nicht überzeugt. Während sie nach alter Rechtsprechung eine Programmrechtsverletzung bereits dann bejahte, wenn zentrale Glaubensinhalte berührt waren, verlangt sie nach neuer Praxis, dass diese Berührung **erheblich** sei.

Auslöser der Praxisänderung war die Osterausgabe der im Programm von Radio Suisse Romande live und vor Publikum ausgestrahlten Satiresendung «La Soupe est pleine». Anlass der dagegen eingereichten Beschwerde einer Zuhörerinnen waren zwei Sketches, worin ein Humorist mit dem Moderator über Aprilscherze und Ostern blödelte. Im ersten Sketch wurde die Auferstehung Christi als jährlich wiederkehrender Aprilscherz verulkt. Dann musste erraten werden, ob es sich bei verschiedenen «vermischten Meldungen» zu Arafat, Bin Laden, der englischen Königin, einem Tennisturnier und ähnlichem um Aprilscherze handelte oder um Realität. Im zweiten Sketch lieferte der Satiriker Wortspiele und Belustigungen, die sich um Auferstehung, Eucharistie, Ostereier, «Eier des Christus», Maria und den Papst drehten.

Die UBI kam mit 6 zu 3 Stimmen zum Ergebnis, dass die beanstandeten Sequenzen die religiösen Gefühle der Zuschauer nicht verletzen. Dieser Entscheid ist vor allem im Vergleich zum UBI-Entscheid vom 23. August 2002 (*medialex* 2002, 221 und 2003, 61) zu kritisieren. Darin hiess die UBI eine Beschwerde gegen einen harmlosen satirischen Beitrag der Sendung Kassensturz gut, in dem «gegründete» Swissair-Manager bei einem Pfarrer die Beichte ablegten. Der Angriff auf die religiösen Gefühle erscheint im

konkreten Fall weit gravierender als in jenem der beichtenden Swissair-Manager. Unpassend ist es deshalb, dass die UBI gerade diesen Fall zum Anlass nimmt, ihre Praxis zu ändern. Aber selbst unter den Voraussetzungen der neuen Praxis leuchtet die Abweisung der Beschwerde nicht ein. Eucharistie und Auferstehung sind zweifellos zentrale Glaubensinhalte des christlichen Glaubens. Die Gleichsetzung der Auferstehung mit einem Aprilscherz oder die vulgäre Verulking der Sexualität Christi erscheinen durchaus geeignet, die religiösen Gefühle katholischer Gläubiger erheblich zu berühren.

### 6. UBI-Entscheide neu mit Sondervoten (Entscheid I/15)

Der Entscheid I/15 ist auch in einer anderen Hinsicht bemerkenswert: Zum ersten Mal in ihrer zwanzigjährigen Geschichte publizierte die UBI ein Sondervotum (dissenting opinion) der drei unterlegenen Mitglieder. Diese äusserten darin mit sehr deutlichen Worten ihr Befremden gegenüber dem Entscheid. Ihres Erachtens habe die UBI noch nie zuvor eine Sendung zu beurteilen gehabt, die derart direkt die religiösen Gefühle von Gläubigen verletzte.

Es ist zu begrüessen, dass sich die UBI zum Instrument der dissenting opinion durchgerungen hat. Bei der Wahl ihrer Mitglieder wird jeweils besonders auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Geschlechtern, den Parteienproporz und die Vertretung der Sprachregionen geschaut. Das bringt zum Ausdruck, dass die UBI gewissermassen die wichtigsten Strömungen in der Schweizer Öffentlichkeit im Kleinen repräsentieren soll. Diesem Ziel ist gedient, wenn im Verfahren auch nach aussen gezeigt wird, dass divergierende Meinungen vorhanden sind, und wo die Differenzen genau liegen. Das kann das Instrument der Sondervoten erreichen.

### 7. Konzessionierung von Spartenprogrammen (Entscheid I/1)

Im Entscheid I/1 äusserte sich der EGMR zur Frage, welchen Spielraum Art. 10 EMRK nationalen Regulatoren bei der Konzessionierung von Spartenprogrammen lässt. Konkret ging es um das Konzessionsgesuch von Car TV, das die Schweizer Behörden mit der Begründung ablehnten, es diene dem öffentlichen Interesse nicht genügend. Der Bundesrat argumentierte, Spartenprogramme seien der demokratischen Willensbildung abträglich. Voraussetzung der Genehmigung eines Konzessionsgesuchs sei deshalb, dass diese Nachteile mit wertvollen Themeninhalten kompensiert werden. Er begründete in seinem Entscheid jedoch nicht, worin sich Car TV von jenen Spartenprogrammen unterscheide, die er bisher bewilligt hatte. Die Schweiz ist hier wohl nur deshalb einer Verurteilung entgangen, weil der EGMR ihr bei der Konzessionierung von Spartenprogrammen einen grossen Ermessensspielraum zubilligte.

### 8. Interviews mit Vermummten (Entscheid I/19)

Im Rahmen des Nachrichtenmagazins «10 vor 10» zeigte SF DRS eine Pressekonferenz mit vermummten Mitgliedern

der Gruppe «Revolutionäres Bündnis» gegen das Weltwirtschaftsforum WEF in Davos. Der Auftritt hatte in der Öffentlichkeit grosses Aufsehen erregt und teilweise harsche Kritik gegenüber dem Veranstalter hervorgerufen. Zwei gegen diesen Beitrag eingereichte Beschwerden mehrerer Zuschauer wies die UBI einstimmig ab. Interessant ist an der Begründung, dass sich die Beschwerdeinstanz in dieser heiklen Angelegenheit stark an die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anlehnte. Der EGMR hatte im Urteil *Jersild c. Dänemark* vom 23. September 1994 (Verfahren Nr. 15890/89) entschieden, dass die Verurteilung eines Fernsehjournalisten in Dänemark wegen eines mit einem Rechtsradikalen geführten Interviews Art. 10 EMRK verletzte. Auf der Linie dieses Urteils strich die UBI heraus, dass die Präsenz der Vermummten in der Sendung «10 vor 10» nicht dazu gedient habe, für die angekündigte Demonstration zu werben. Vielmehr sei im Beitrag mehrmals auf deren Illegalität hingewiesen worden. Eine Gefährdung der inneren Sicherheit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RTVG scheidet damit aus. Der Beitrag sei ausgewogen gewesen, da er auch Statements von Behörden und Archivbilder wiedergab. Insgesamt habe er das Publikum in die Lage versetzt, sich frei eine eigene Meinung bilden zu können und sei mithin sachgerecht gewesen. Der Entscheid wurde von einer Beschwerdeführerin an das Bundesgericht weitergezogen, das auf die Beschwerde nicht eintrat.

## 9. Missbrauch von Interkonnectionsinformationen zu Werbezwecken (Entscheide II/1 und II/2)

Zur Zeit läuft jede Carrier Preselection (CPS), d.h. Inanspruchnahme der Telefondienste einer alternativen Fernmeldediensteanbieterin (FDA) an Stelle der Swisscom, über die ehemalige Monopolistin. Die Gatekeeper-Stellung der Swisscom bei den CPS-Schaltungen ist eine Folge ihres Eigentums an der letzten Meile (vgl. C.B. GRABER, «Lost Highway»- Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut?, in: Girsberger/Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 224 f.). Im Zusammenhang jeder CPS-Schaltung fallen bei der Swisscom Informationen über Kunden und Kundinnen der Konkurrenz an wie insbesondere deren Name, Adresse und Telefonnummer sowie der Name der ausgewählten FDA. Die auf diesem Weg gewonnenen Informationen verwendete die Swisscom dazu, abgesprungene Teilnehmerinnen und Teilnehmer in gezielten Werbekampagnen persönlich anzuschreiben - mit dem Ziel, sie als Kundinnen zurückzugewinnen.

Mit Verfügung vom 11. November 2002 stellte das BAKOM fest, dass die Verwendung von Interkonnectionsinformationen zu Marketingzwecken widerrechtlich war und die Swisscom damit Art. 50 Abs. 2 FDV verletzte. Das BAKOM forderte die Swisscom auf, diesen Missbrauch von Interkonnectionsinformationen unverzüglich zu unterlassen und die damit erzielten, auf 2 Mio. Franken geschätzten

Einnahmen an den Bund abzuliefern. Einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung.

Gegen die Verfügung des BAKOM erhob die Swisscom Verwaltungsbeschwerden an die Rekurskommission UVEK (REKO UVEK). In einem Zwischenentscheid leistete der Präsident der REKO UVEK einem Gesuch der Swisscom um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung keine Folge. Eine dagegen gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Swisscom wies das Bundesgericht mit Urteil vom 3. April 2003 ab (Entscheid II/1). In der Sache selbst machte die Swisscom vor der REKO UVEK vor allem geltend, die Verwendung von Informationen aus CPS-Schaltungen falle nicht in den Anwendungsbereich von Art. 50 Abs. 2 FDV. Zur Begründung brachte sie vor, Art. 50 Abs. 2 FDV wolle verhindern, dass eine der Interkonnectionsparteien aus dem Interkonnectionsverhältnis einen Vorteil ziehen könne. Die REKO UVEK wies die Swisscom-Beschwerde mit Entscheid vom 20. August 2003 ab (Entscheid II/2). In ihrem klaren und überzeugend begründeten Entscheid machte die REKO UVEK deutlich, dass der Zweck von Art. 50 Abs. 2 FDV - entgegen der Behauptung der Swisscom - nicht nur in der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs, sondern auch im Schutz der Persönlichkeit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer bestehe. Diese sollen davor geschützt werden, dass die im Zusammenhang der Interkonnection bzw. der CPS-Schaltung erlangten Informationen missbräuchlich verwendet werden.

## 10. Entbündelung der letzten Meile (Entscheid II/6)

Die Entbündelung der letzten Meile in der Schweiz ist eine unendliche Geschichte. Ein weiteres Kapitel daraus hat die ComCom am 19. Februar 2004 (Entscheid II/6) aufgeschlagen. In einem Teilentscheid zu dem im Juli 2003 eingereichten Interkonnectionsgesuch von TDC Switzerland («sunrise») gegen die Swisscom AG kam die ComCom zum Schluss, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Einführung des gemeinsamen und des vollständig entbündelten Zugangs zur letzten Meile besteht. Bemerkenswert ist dieser Entscheid deshalb, weil hier zum ersten Mal die direkte Anwendbarkeit des WTO-Dienstleistungsabkommens als Grundlage der Entbündelungspflicht bejaht wurde. Die ComCom stellte diesbezüglich fest, dass die von der Schweiz im Rahmen des GATS (General Agreement on Trade in Services) akzeptierten Bindungen das Land zur Entbündelung der letzten Meile verpflichten. Wie zu erwarten war, hat die Swisscom den Zwischenentscheid an das Bundesgericht weitergezogen, wo das Geschäft seit bald sechs Monaten hängig ist. Das Hauptverfahren ruht, solange das Bundesgericht nicht entschieden hat. Vermutlich wird das Bundesgericht mit seinem Entscheid zuwarten, bis das Parlament die Frage der gesetzlichen Grundlage der Entbündelungspflicht im Rahmen der FMG-Revision geklärt hat. Obwohl damit - aus der Sicht der alternativen Anbieter - viel wertvolle Zeit verstreicht, ist das angesichts der politischen Brisanz der Frage nicht unklug. ■