

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Informantenschutz geht vor

Bundesgerichtsentscheide vom 11. Mai 2006 (6P.45/2006 und 6S.89/2006; BGE-Publikation vorgesehen)

Das Recht der Medienschaffenden auf Zeugnisverweigerung geht grundsätzlich dem Interesse der Strafverfolgung vor, ausser es könne ein im Ausnahmekatalog (Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB) ausdrücklich erwähntes Delikt ohne das Zeugnis nicht aufgeklärt werden. Die Aufklärung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts liegt in einem eminenten öffentlichen Interesse, doch bleibt dieses jeweils im Einzelfall zu konkretisieren. Bei der Interessenabwägung sind namentlich die Umstände der mutmasslichen Straftat, der bisherige Untersuchungsstand sowie der mögliche Beweiswert des journalistischen Zeugnisses zu berücksichtigen.

Le droit des gens de presse de refuser de témoigner prime en principe sur l'intérêt de la poursuite pénale, à l'exception des cas mentionnés dans le catalogue de l'article 27^{bis} al. 2 CP et qui ne pourraient être résolus sans l'apport dudit témoignage. L'éclaircissement d'un délit pénal intentionnel pour lequel existe un danger d'atteinte imminente à la vie est d'un intérêt public indiscutable. Il reste toutefois à tenir compte du cas d'espèce. Ainsi, lors de la pesée des intérêts, les circonstances de l'acte criminel présumé, l'état de l'enquête, ainsi que la valeur probante de l'éventuel témoignage du journaliste doivent notamment être pris en considération.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 20. April 2004 wurde A. im Universitätsspital Zürich ein Herz transplantiert. Drei Tage später, am 23. April 2004, verstarb die Patientin, gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 7. Juni 2005 an einem akuten Herzversagen infolge einer hyperakuten Herzabstossungsreaktion nach blutgruppeninkompatibler Herztransplantation. Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich nahm Ermittlungen auf, unter anderem gegen den verantwortlichen Chefarzt Prof. Dr. B. wegen fahrlässiger Tötung.

Am 12. Juni 2005 erschienen in der «NZZ am Sonntag» unter der Überschrift «Fatales Risiko im Operationsaal» (Titelseite) und «Das Wagnis des Starchirurgen» (Hintergrundbericht) zwei vom Journalisten X. verfasste Artikel, in welchen – unter Berufung auf drei gut informierte Quellen – ausgeführt wird, die Ärzte um den Starchirurgen B. hätten bewusst das «falsche» Herz eingepflanzt. In der Folge weitete die Staatsanwaltschaft am 17. Juni 2005 ihre Strafuntersuchung gegen B. auf den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung aus. Sie verlangte vom Journalisten, dass er seine im Artikel angeführten Quellen (Informanten) offen lege, was dieser jedoch verweigerte.

Erwägungen:

(...)

2.1 Die schweizerische Bundesverfassung gewährleistet in Art. 17 Abs. 3 das Redaktionsgeheimnis. Der Europäische

Gerichtshof für Menschenrechte seinerseits hat im Urteil i. S. Goodwin gegen Vereinigtes Königreich vom 27. März 1996 aus der in Art. 10 EMRK verankerten Freiheit der Meinungsäusserung einen Anspruch auf Schutz journalistischer Quellen abgeleitet (Recueil CourEDH 1996-II S. 483, Ziff. 28). Es ist in der Tat zu befürchten, dass das Fehlen eines solchen Schutzes es den Medienschaffenden erschweren würde, zu den erforderlichen Informationen zu gelangen, welche ihnen erst erlauben, die in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrliche Wächterfunktion der Medien wahrzunehmen. Der Schutz der Quellen ist insofern Grundbedingung und Eckpfeiler der Pressefreiheit zugleich und als solcher verfassungs- und konventionsrechtlich anerkannt.

Das kann freilich nicht bedeuten, dass der Schutz des Redaktionsgeheimnisses absolut zu setzen wäre. Wie andere grundrechtliche Ansprüche kann auch das Redaktionsgeheimnis Einschränkungen unterworfen werden. Solche sind gemäss Art. 36 BV zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind. Ähnlich erlaubt Art. 10 Ziff. 2 EMRK Einschränkungen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, namentlich zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Rechte anderer oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung. Dabei ist sowohl unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Verfassungsrechts wie auch der Konvention in Rechnung zu stellen, dass dem Schutz der Quelle des Journalisten als Eckpfeiler der Pressefreiheit erhebliches Gewicht

zukommt und nur ausserordentliche Umstände eine Offenbarungspflicht des Journalisten zu begründen vermögen (BGE 123 IV 236 E. 8 S. 247; Urteil des EGMR i. S. Goodwin, a.a.O., Ziff. 39, 40).

2.2 Der schweizerische Gesetzgeber hat das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht im Rahmen der Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts von 1997 in Art. 27^{bis} StGB geregelt. Die Bestimmung, welche am 1. April 1998 in Kraft getreten ist, lautet:

1. Verweigern Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, oder ihre Hilfspersonen das Zeugnis über die Identität des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen, so dürfen weder Strafen noch prozessuale Zwangsmassnahmen gegen sie verhängt werden.
2. Absatz 1 gilt nicht, wenn der Richter feststellt, dass:
 - a. das Zeugnis erforderlich ist, um eine Person aus einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben zu retten, oder
 - b. ohne das Zeugnis ein Tötungsdelikt im Sinne der Artikel 111-113 oder ein anderes Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bedroht ist, oder eine Straftat nach den Artikeln 187, 189, 190, 191, 197 Ziffer 3, 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 305^{ter} und 322^{ter}-322^{septies} des vorliegenden Gesetzes sowie nach Artikel 19 Ziffer 2 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 nicht aufgeklärt werden oder der einer solchen Tat Beschuldigte nicht ergriffen werden kann.

In seiner Botschaft zu einem Medienstraf- und Verfahrensrecht machte der Bundesrat noch den Vorschlag, die Grenzen des Quellenschutzes – innerhalb gewisser Leitplanken – der richterlichen Interessenabwägung im Einzelfall zu überlassen (BBl 1996 IV S. 525 ff.). Als Leitplanken sollten die Situationen genannt werden, in denen auf der einen Seite der Quellenschutz klar überwiegt (namentlich bei Übertretungstatbeständen), auf der anderen Seite jene, in welchen das Interesse an der Strafverfolgung Vorrang verdient. Ein überwiegendes Strafverfolgungsinteresse erachtete der Bundesrat als in jedem Fall gegeben, wenn ohne das Zeugnis ein Tötungsdelikt im Sinne der Artikel 111–113 StGB (vorsätzliche Tötung, Mord, Totschlag) oder ein anderes Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bedroht ist, nicht aufgeklärt werden kann (Art. 27^{bis} Abs. 3 des Entwurfs; BBl 1996 IV S. 576). Die eidgenössischen Räte standen demgegenüber der richterlichen Interessenabwägung im Einzelfall kritisch gegenüber und strebten eine Lösung an, welche mehr Rechtssicherheit schafft (vgl. AB 1997 N 402, Votum Suter; AB 1997 S 582 f., Voten ZIMMERLI und COTTIER). Daraus resultierte die schliess-

lich getroffene Lösung, wonach das Recht der Medienschaffenden auf Zeugnisverweigerung grundsätzlich dem Interesse der Strafverfolgung vorgeht, ausser es könne ein in einem Ausnahmekatalog ausdrücklich erwähntes Delikt ohne das Zeugnis nicht aufgeklärt werden. Zu diesem Ausnahmekatalog gehören die schon erwähnten Tötungsdelikte und die mit einer Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus bedrohten Delikte, bei denen bereits nach dem Entwurf des Bundesrates dem Interesse an der Strafverfolgung generell Vorrang zukommen sollte, dazu weitere Straftatbestände wie sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und Schändung (Art. 189–191 StGB), harte Pornografie (Art. 197 Ziff. 3 StGB), kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} StGB), die Bestechungsdelikte (Art. 322^{ter} - 322^{septies} StGB) sowie die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Ziff. 2 BetmG).

4.1 Es ist nicht zu verkennen, dass es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, ihm wohl auch nicht gelingen kann, einen systematisch kohärenten Ausnahmekatalog zu formulieren (kritisch etwa TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 240; FRANZ ZELLER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N. 25 zu Art. 27^{bis} StGB; STÉPHANE WERLY, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2005, S. 238 f., 248). Gleichwohl vermag eine solche Liste der Ausnahmen Rechtssicherheit zu schaffen. Medienschaffende sind darauf angewiesen, ihren Informanten vor einer Publikation absolute Diskretion zusichern zu können, was naturgemäss nicht möglich ist, wenn der Schutz vor Enthüllung vom ungewissen Ausgang einer richterlichen Interessenabwägung abhängig ist (ZELLER, a.a.O., N. 22). Diesem Anliegen trägt Art. 27^{bis} StGB Rechnung. Da im Rechtsstaat der Aufklärung schwerer Verbrechen unbestreitbar ebenfalls zentrale Bedeutung zukommt, kann der Quellenschutz nicht in jedem Falle Vorrang beanspruchen. Heisst das, dass Medienschaffende aussagen müssen, sobald es um eine in Art. 27^{bis} StGB erwähnte Tat geht? Der Wortlaut der Bestimmung legt eine solche Auslegung zwar nahe (MAJA SIDLER/JÖRG ZACHARIAE, «Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet» – aber wodurch?, in: Camprubi [Hrsg.], Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Zürich 2004, S. 83 f.), doch bleibt zu beachten, dass der Zweck der Norm im Rechtssicherheitsinteresse der Medienschaffenden liegt. Dieses gebietet jedenfalls nicht, dass im Bereiche der vom Ausnahmekatalog erfassten Straftaten das Zeugnisverweigerungsrecht in jedem Falle entfällt. Überdies verlangen die verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen an einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Redaktionsgeheimnis eine einzelfallweise Prüfung der Verhältnismässigkeit (Urteil des EGMR i. S. Goodwin, a.a.O., Ziff. 45; BGE 123 IV 236 E. 8 S. 247 ff.).

5.1 Die Staatsanwaltschaft nahm die Ermittlungen im Zusammenhang mit der Herztransplantation an A. vom 20. April

2004 wegen Verdachts auf fahrlässige Tötung auf. Wenige Tage nach der Veröffentlichung der beiden Zeitungsartikel des Beschwerdeführers weitete sie die Untersuchung mit Verfügung vom 17. Juni 2005 auf den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung aus. Ein Tatverdacht dafür bestand bis zu diesem Zeitpunkt nicht. Erst vor Obergericht verwies die Staatsanwaltschaft auf die Aussagen des in der Nacht vom 19. auf den 20. April 2004 Dienst habenden Oberarztes. Dieser sagte in der Untersuchung aus, er habe anlässlich seines nächtlichen Telefongesprächs mit B. zwei Mal darauf hingewiesen, dass A. die Blutgruppe 0 und das Spenderherz die Blutgruppe A aufweise, worauf B. etwa 5 bis 6 Sekunden gezögert und dann in die Operation eingewilligt habe. B. machte allerdings geltend, er sei bei diesem Gespräch einem Missverständnis erlegen, indem er die Aussagen des Oberarztes genau im gegenteiligen Sinne verstanden habe, nämlich dahingehend, dass A. die Blutgruppe A habe und das Spenderherz die Blutgruppe 0 aufweise (was aus medizinischer Sicht unproblematisch gewesen wäre). Weiter machte er geltend, es sei unerklärlich, wie ihm die Patientin A. als mögliche Empfängerin habe genannt werden können nach den Vorabklärungen durch die Koordinationsstelle, den leitenden Arzt und den Oberarzt. Er habe überhaupt nicht in Betracht gezogen, dass ihm eine Herztransplantation über die Blutgruppenschranke hinweg zur Entscheidung vorgelegt würde.

Im Zeugnis des Oberarztes ist ein Anhaltspunkt dafür zu erblicken, dass B. möglicherweise (entgegen seiner Darstellung) von der Blutgruppeninkompatibilität zwischen Spender und Empfängerin Kenntnis gehabt haben könnte. Weitere Verdachtsmomente diesbezüglich ergaben sich in der Untersuchung jedoch nicht.

5.2 Der Verdacht, dass B. der Patientin A. bewusst ein blutgruppeninkompatibles Herz implantierte und folglich damit rechnen musste, dass die Transplantation den Tod der Patientin zur Folge haben konnte, gründet zur Hauptsache auf den Zeitungsartikeln des Beschwerdeführers vom 12. Juni 2005. So wird auf der Frontseite berichtet: «Ärzte des Unispitals Zürich haben (...) A. wissentlich ein Herz mit einer unverträglichen Blutgruppe eingepflanzt. Das zeigen Recherchen dieser Zeitung.» Weiter heisst es: «Das Spital stellte den Fehler als Missverständnis dar, bei einem Telefonat seien die Blutgruppen von Spenderherz und Patientin verwechselt worden. Bald sickerte durch, die Ärzte um den Starchirurgen B. hätten das Herz mit der «falschen» Blutgruppe wissentlich verpflanzt. Umfangreiche Recherchen dieser Zeitung zeigen, dass dies stimmt. Drei gut informierte Quellen bestätigen, dass etwas versucht worden ist, was in Fachkreisen als medizinisches Tabu gilt.» In leichtem Widerspruch hiezu werden die Geschehnisse wie folgt geschildert: «Wenig später wird A. mit Blutgruppe 0 für die Transplantation vorbereitet. Stunden zuvor hat B. mit seinem Team die Operation vorbesprochen. Bei dem Gespräch hat es eine Meinungsverschiedenheit darüber gegeben, ob die Operation möglich sei. Das «falsche» Herz wird eingesetzt, aber es schlägt nicht. Spätestens jetzt ist für alle Betei-

ligten klar, dass etwas nicht stimmt. Niemand weist B. darauf hin; der Chefarzt setzt die Operation fort.» Im Hintergrundbericht unter dem Titel «Das Wagnis des Starchirurgen» werden folgende Ausführungen gemacht: «Vor einem Jahr stirbt A., nachdem ihr am Universitätsspital Zürich ein Herz transplantiert worden ist. Es habe eine Verwechslung der Blutgruppen gegeben, lautet die offizielle Erklärung. Recherchen zeigen, dass die Ärzte bewusst das «falsche» Herz eingepflanzt haben.» Weiter wird berichtet: «Die NZZ am Sonntag hat mit vielen direkt und indirekt Beteiligten gesprochen, wir halten diese Leute anonym. Mehrere verlässliche Quellen, die über die Operation an A. gut informiert sind, kommen unabhängig voneinander zum selben Schluss: Die Verwechslungstheorie ist falsch. B. hat der Patientin bewusst das «falsche» Herz eingesetzt. Man habe es versucht im Glauben, es könnte gelingen. Man habe eine medizinische Heldentat vollbringen wollen.» Die Geschehnisse werden dann wie folgt geschildert: «In der Nacht auf Dienstag, den 20. April 2004, etwa um 3 Uhr morgens, ruft der diensthabende Arzt am Universitätsspital Zürich B. an und teilt mit, man habe einen Unfallpatienten, dessen Organe für eine Transplantation in Frage kämen. Chefarzt B. telefoniert anschliessend mit den beiden Kollegen, D. und C., die für die Operation vorgesehen sind. Bei dem Telefongespräch gibt es eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Operation möglich sei. Die Operation wird beschlossen.» Schliesslich findet sich - teilweise wiederum in leichtem Widerspruch zum vorher Gesagten - Folgendes: «Im Operationsaal, wo A. in der Narkose bereitliegt, sind ein gutes Dutzend Leute parat: Die drei Herzchirurgen, Assistenzärzte, Anästhesisten, Schwestern. Mindestens vier von ihnen wissen, dass der Chef im Begriff ist, der Patientin mit Blutgruppe 0 ein Herz der Gruppe A einzusetzen, was gemäss Fachleuten einem «medizinischen Tabu» gleichkommt. Keiner interveniert bei B. B. setzt das Herz ein, mit einem elektrischen Impuls soll es zum Schlagen gebracht werden. Das Herz schlägt aber nicht. «Spätestens jetzt war jedem Anwesenden klar, dass etwas nicht stimmte», sagt ein Arzt. Es herrscht Alarmstufe rot, doch wiederum weist niemand den Chef auf das Offensichtliche hin - oder die Interventionen sind zu schwach, um durchzudringen.»

5.3 Die beiden Zeitungsberichte sind nicht völlig frei von Widersprüchen. Wenn etwa gesagt wird, mindestens vier der bei der Operation anwesenden Personen hätten gewusst, dass der Chef ein blutgruppeninkompatibles Herz einsetzt, doch niemand weise den Chef auf das Offensichtliche hin, so legen diese Ausführungen den Schluss nahe, dass B. die Blutgruppeninkompatibilität in diesem Moment nicht bewusst war. Andere Ausführungen sagen aber ganz klar, dass B. bewusst ein falsches Herz eingepflanzt habe. Auf entsprechende Anfrage des Staatsanwalts hat der Beschwerdeführer mit E-mail vom 16. Juni 2005 denn auch bestätigt: «Mir wurde tatsächlich mitgeteilt, dass Prof. B. wissentlich das Herz der falschen Gruppe implantiert hat. Drei Personen haben mir dies mitgeteilt. Man darf über diese Personen mit Fug und Recht sagen, sie seien gut über die

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

se Operation informiert.» Der Beschwerdeführer scheint mithin über Informationen zu verfügen, wonach nicht nur einzelne Ärzte am Universitätsspital, sondern B. selbst über die Blutgruppeninkompatibilität im Bilde war. Damit liegen konkrete Anhaltspunkte vor, die zur Begründung eines dringenden Verdachts für vorsätzliche Tötung ausreichen, auch wenn nicht zu übersehen ist, dass sich entsprechende Verdachtsmomente in der Untersuchung kaum niedergeschlagen haben. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, ein Zeitungsartikel, der nicht völlig widerspruchsfrei abgefasst sei, müsse zur Wahrung des Quellenschutzes so ausgelegt werden, dass er gerade keinen dringenden Tatverdacht ausdrücke. Dieser Einwand geht an der Sache vorbei, denn es geht nicht darum, ob die im Zeitungsartikel gemachten Äusserungen durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt und rechtlich daher (etwa unter dem Gesichtspunkt eines Ehrverletzungsdelikts) nicht zu beanstanden sind. In Frage steht vielmehr nur, ob das Zeugnis des Medienschaffenden geboten ist, um eine mögliche Straftat aufzuklären.

6.1 Das Redaktionsgeheimnis kann, wie schon dargelegt (E. 2.1), nur aufgehoben werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, es im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig erscheint, den Beschwerdeführer zur Aussage zu verpflichten. Dass Art. 27^{bis} Abs. 2 lit. b StGB in abstrakter Weise eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um bei Verdacht auf vorsätzliche Tötung den Quellenschutz zu durchbrechen, kann nicht fraglich sein (E. 2.2). Die entfernte Möglichkeit allerdings, dass ein im Ausnahmekatalog aufgelisteter Straftatbestand erfüllt sein könnte, reicht zur Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses nicht aus (ZELLER, a.a.O., N. 28 zu Art. 27^{bis} StGB). Erforderlich ist vielmehr ein dringender Tatverdacht, der vorliegend jedoch zu bejahen ist (E. 3.3). Sodann ist offensichtlich, dass an der Aufklärung von Straftaten im Allgemeinen und eines Tatvorwurfs, wie er hier im Raum steht, ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Der Beschwerdeführer rügt denn ausdrücklich auch nur, sein Zeugnis könne zur Aufklärung der Straftat nichts mehr beitragen. Weder sei es notwendig noch unentbehrlich, weshalb die Aufhebung des Quellenschutzes unverhältnismässig sei.

6.2 Das Gesetz selbst errichtet eine Schranke der Zeugnispflicht durch die Anforderung, dass eine vom Ausnahmekatalog erfasste Straftat ohne das Zeugnis des Medienschaffenden nicht aufgeklärt oder der einer solchen Tat Beschuldigte nicht ergriffen werden kann (Art. 27^{bis} Abs. 2 lit. b StGB). Die gesetzliche Bestimmung ist Ausfluss des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Die Zeugnispflicht muss danach in einem vernünftigen Verhältnis zur Aufklärung der Straftat stehen, um überhaupt gerechtfertigt zu sein. Die Verhältnismässigkeit verlangt zunächst, dass die Zeugenaussage geeignet ist, zur Aufklärung des fraglichen Delikts unmittelbar beizutragen. Es muss eine einigermaßen begründete Erwartung bestehen, dass die Aussage eine für die Beurteilung wesentliche Abklärung der mutmasslichen Straftat erlaubt. Ob das Zeugnis letztlich zur Überführung des Täters oder aber zu

dessen Entlastung beiträgt, ist nicht entscheidend, denn in einem wie im anderen Fall dient es der Wahrheitsfindung im Strafprozess. Betrifft das Zeugnis hingegen bloss Nebenaspekte der deliktischen Handlung, leistet es zur unmittelbaren Deliktsaufklärung keinen Beitrag und ist folglich nicht geeignet (BBI 1996 IV S. 559; FRANZ RIKLIN, Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, *medialex* 1999 S. 158 f.). Die Verhältnismässigkeit bleibt sodann nur gewahrt, wenn das Zeugnis erforderlich ist. Eine Zeugnispflicht besteht nicht, wenn und solange andere taugliche Beweismittel zur Verfügung stehen. Als tauglich muss ein anderes Beweismittel angesehen werden, wenn es ähnlich gut geeignet ist wie das Zeugnis eines Journalisten, um zum gewünschten Beweisergebnis zu führen (BBI 1996 IV S. 559; FRANZ RIKLIN, a.a.O., S. 158). Schliesslich gebietet das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Abwägung der einander entgegengesetzten Interessen. Die Verpflichtung zur Zeugenaussage lässt sich nur rechtfertigen, wenn das Strafverfolgungsinteresse das Recht des Journalisten an der Geheimhaltung seiner Quellen überwiegt. Die Interessenabwägung muss nach der bundesrätlichen Botschaft ergeben, dass das Zeugnis für die Deliktsaufklärung «geradezu unentbehrlich» (BBI 1996 IV S. 561) ist, um das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht ausser Kraft zu setzen.

Im Folgenden ist im Lichte dieser Grundsätze zu prüfen, ob es verhältnismässig erscheint, den Beschwerdeführer unter den gegebenen Umständen zur Preisgabe seiner Informationsquellen zu verhalten.

6.3 Im Hinblick auf die Eignung des Zeugnisses ist erstellt, dass der Beschwerdeführer über Informationen verfügt, die zur Aufklärung des allfälligen Tötungsdelikts beitragen könnten. Es handelt sich um wesentliche Angaben im Interesse der Strafverfolgung, da sie die Kernfrage beschlagen, ob der Angeschuldigte B. um die Blutgruppeninkompatibilität zwischen Spender und Empfängerin wusste, womit das Zeugnis des Beschwerdeführers ein taugliches Beweismittel darstellt. In der Beschwerde wird zwar vage angedeutet, die anonym gehaltenen Informanten gehörten möglicherweise zum Kreis der Personen, die vor dem Staatsanwalt bereits aussagten, oder seien jedenfalls leicht in Erfahrung zu bringen. Unter dem Blickwinkel der Tauglichkeit spricht dies nicht gegen die Verpflichtung des Beschwerdeführers, Zeugnis abzulegen. Die Bekanntgabe der Informationsquellen allein gewährleistet, die geäusserten Vorwürfe ins Strafverfahren einzubringen und - unter Wahrung der prozessualen Rechte der Beteiligten - auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Die Zeugenaussage des Beschwerdeführers leistet dazu einen Beitrag, und sei es auch nur, dass der Angeschuldigte dadurch die Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit der Informanten zu erschüttern und damit den Tatverdacht unmittelbar zu entkräften.

6.4 Unter dem Gesichtswinkel der Erforderlichkeit hält der angefochtene Entscheid fest, dass die Strafverfolgungsbehörden bereits sämtliche an der Herzexplantation und -implantation beteiligten Personen befragt haben, zudem auch

weitere, nur indirekt beteiligte Personen. Die Befragungen brachten keine schlüssigen Indizien hervor für ein eventualvorsätzliches Handeln des Angeschuldigten B., was das Bundesgericht anhand der Untersuchungsakten überprüft hat. Weitere Untersuchungshandlungen, die darüber Aufschluss geben könnten, stehen nicht mehr zur Verfügung. Die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Aussage ist somit erforderlich, da sie als einzige taugliche Massnahme verbleibt. Von der Frage der Erforderlichkeit ist zu unterscheiden, ob das Zeugnis für die Aufklärung des Tötungsdelikts unentbehrlich erscheint. Diese Beurteilung lässt sich erst nach einem abwägenden Vergleich mit dem konkret auf dem Spiel stehenden Interesse der Strafverfolgung vornehmen, worauf in der Beschwerde zu Recht hingewiesen wird. Soweit der Beschwerdeführer allerdings geltend macht, ihm sei eine umfassende Akteneinsicht verwehrt worden, weshalb er andere Ermittlungshandlungen nicht aufzeigen könne, ist ihm nicht zu folgen. Das Recht auf Akteneinsicht findet seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder schutzwürdigen Interessen Dritter (BGE 129 I 249 E. 3 S. 253 mit Hinweisen). Die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist hier verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wird sie doch vom Obergericht zutreffend damit begründet, dass ansonsten der Untersuchungszweck gefährdet wäre. Eine umfassende Akteneinsicht würde die Zeugenaussage des Beschwerdeführers zwangsläufig beeinflussen, womit diese weitgehend an Wert verlöre. Zur Wahrnehmung seiner Rechte ist der Beschwerdeführer auf detaillierte Aktenkenntnis auch nicht angewiesen. Aus den Eingaben der Untersuchungsbehörden sind ihm die massgeblichen Aussagen des Oberarztes und des Angeschuldigten B. bekannt, ebenso hat er im Wesentlichen Kenntnis von den bisher getätigten Ermittlungsmassnahmen, da ihm eine Liste sämtlicher befragten Personen ausgehändigt wurde.

6.5 Zu prüfen bleibt, ob das öffentliche Interesse an der Aufklärung des fraglichen Tötungsdelikts das Recht des Beschwerdeführers auf Geheimhaltung seiner Quellen überwiegt. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass dem Schutz der Quelle des Journalisten als Eckpfeiler der Pressefreiheit ein erhebliches Gewicht zukommt. Nur ausserordentliche Umstände, die öffentliche oder private Interessen gefährden, lassen die Zeugnispflicht als zumutbar erscheinen (BGE 123 IV 236 E. 8 S. 247; Urteil des EGMR i. S. Goodwin, a.a.O., Ziff. 39, 40). Zweifellos entspricht die Aufklärung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts einem eminenten öffentlichen Interesse, doch bleibt dieses jeweils im Einzelfall zu konkretisieren. Bei der Interessenabwägung sind namentlich die Umstände der mutmasslichen Straftat, der bisherige Untersuchungsstand sowie der mögliche Beweiswert des journalistischen Zeugnisses zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall wurde die Strafuntersuchung wegen Verdachts auf einen ärztlichen Kunstfehler bzw. fahrlässiger Tötung angehoben. Die Strafverfolgungsbehörden nahmen die Ermittlungen bereits unmittelbar nach der Herzoperati-

on vom 20. April 2004 auf. Erst am 17. Juni 2005 - nach über einem Jahr und nur wenige Tag nach der Veröffentlichung der beiden Zeitungsartikel des Beschwerdeführers - wurde die Untersuchung auf den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung ausgeweitet. Wohl besteht dafür ein Anfangsverdacht, der sich im Wesentlichen auf die Berichterstattung des Beschwerdeführers stützt. In der Untersuchung selbst ergaben sich jedoch kaum entsprechende Hinweise. So sind mittlerweile sämtliche Personen, die mit der Herztransplantation direkt oder indirekt befasst waren, einlässlich befragt worden, ohne dass sich schlüssige Indizien dafür ergeben hätten, der Angeschuldigte B. habe um die Blutgruppeninkompatibilität von Spender und Empfängerin gewusst, und ihm folglich vorzuwerfen wäre, er habe bei der Transplantation den Tod der Patientin in Kauf genommen. B. selber hat in der Untersuchung glaubhaft geltend gemacht, er habe die Blutgruppen infolge eines Missverständnisses verwechselt. Dafür spricht nicht zuletzt auch sein Verhalten während der Operation, wie es unter anderem in den beiden Zeitungsberichten dargestellt wird. Insgesamt enthalten die Akten der umfangreichen Untersuchung keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine vorsätzliche Tat. Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation der Straftat als Vorsatzdelikt liegt somit ein ausgesprochener Zweifelsfall vor. Das Interesse der Strafverfolgung fällt dadurch bei der verfassungsrechtlich gebotenen Gewichtung deutlich geringer aus, ist in einem Grenzfall wie hier doch zu berücksichtigen, dass bei Fahrlässigkeitsdelikten das Redaktionsgeheimnis zwingend vorgeht (Art. 27^{bis} Abs. 2 lit. b StGB e contrario).

Bei der Interessenabwägung fällt weiter ins Gewicht, dass das fragliche Tötungsdelikt bereits weitestgehend aufgeklärt ist. Die mutmassliche Täterschaft ist bekannt. Die Strafuntersuchung wurde von Beginn an gegen den verantwortlichen Chefarzt B., den leitenden Arzt sowie den in der betreffenden Nacht Dienst habenden Oberarzt geführt. Dass der Angeschuldigte B. der Patientin A. ein blutgruppenunverträgliches Herz implantierte (Tathandlung), ist unbestritten. Weiter steht fest, dass die Patientin an einer hyperakuten Herzabstossungsreaktion nach blutgruppeninkompatibler Herztransplantation verstarb (Kausalität der Tat). Darüber hinaus sind auch die Vorkommnisse in der Nacht vom 19. auf den 20. April 2004 hinreichend untersucht, ebenso die Begleitumstände, der Ablauf und die Einzelheiten der Herztransplantation (konkrete Tatumstände). Damit ist der äussere Sachverhalt des Tötungsdelikts vollständig ermittelt und aufgeklärt.

Alsdann ist zweifelhaft, ob dem Zeugnis des Beschwerdeführers überhaupt noch massgebliche Beweiskraft zukäme. Nachdem bereits sämtliche Personen befragt wurden, die im Zusammenhang mit der Herztransplantation in irgend einer Weise unmittelbaren Kontakt zum Angeschuldigten B. hatten, ist fraglich, ob sich noch weitere Erkenntnisse zum subjektiven Tatbestand gewinnen liessen. Angesichts der einlässlichen Befragungen aller Beteiligten sind jedenfalls tatnahe Angaben zur Beurteilung der Vorsatzfrage

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

nicht ohne Weiteres zu erwarten. Handelt es sich bei den anonym gehaltenen Informanten um Personen, die nicht in direktem Kontakt zu B. standen, beruhten ihre Aussagen auf Wahrnehmungen Dritter bzw. blossen Schlussfolgerungen und wären vor dem Hintergrund der gesamten Untersuchung entsprechend zu würdigen. Lässt sich bei dieser Sachlage aber nur schwerlich annehmen, das Zeugnis des Beschwerdeführers vermöchte das bisherige Beweisergebnis zu ändern, haben die Interessen der Strafverfolgung, wie auch dasjenige der Angehörigen des Opfers sowie jenes von B. selbst an der Klärung des Tatvorsatzes zurückzutreten.

Gesamthaft ergibt sich, dass dem Interesse an der Aufklärung des hier in Frage stehenden Tötungsdelikts nicht das ausserordentliche Gewicht zukommt, das vorausgesetzt wäre, um dem Beschwerdeführer das Recht an der Geheimhaltung seiner Quellen abzusprechen. Der Quellenschutz geht damit vor.

Der angefochtene Entscheid erweist sich als unverhältnismässig und verletzt Art. 17 Abs. 3 BV und Art. 10 EMRK. Entsprechend ist die staatsrechtliche Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. ■

ANMERKUNGEN:

Das Urteil hinterlässt einen etwas zwiespältigen Eindruck.

Aus der Sicht der Medien und der Medienschaffenden ist es zunächst erfreulich, nicht nur deswegen, weil der Beschwerdeführer Recht bekam und seine Quellen geschützt wurden. Positiv zu bewerten sind vor allem die Passagen, in denen die hohe Bedeutung zum Ausdruck kommt, welche das Bundesgericht dem Quellenschutz als «Eckpfeiler der Pressefreiheit» beimisst. Nach früheren eher «medienfeindlichen» Entscheiden unseres obersten Gerichts konnte man ein solches Bekenntnis nicht ohne weiteres erwarten. Erfreulich ist ferner die mehrfache Hervorhebung eines Kriteriums, das im Gesetzestext nur partiell zum Ausdruck kommt, nämlich des Gebots der Verhältnismässigkeit. Auch wenn eine Katalogtat im Sinn von Art. 27^{bis} StGB vorliegt und die Aufklärung nur möglich wäre, wenn die Quellen bekannt gegeben werden, ist der Quellenschutz nicht automatisch obsolet, sondern es ist zusätzlich in jedem Einzelfall noch eine Prüfung der Verhältnismässigkeit erforderlich. Das ist eine ganz wichtige Aussage. Sie wird einerseits mit Art. 10 EMRK und der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR begründet, andererseits mit Art. 36 Abs. 4 der Bundesverfassung, wonach es für Eingriffe in Grundrechte nicht nur einer gesetzlichen Grundlage und eines (überwiegenden) öffentlichen Interesses bedarf, sondern auch der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden muss. Bereits die Inkraftsetzung von Art. 27^{bis} StGB vor acht Jahren hatte eine grosse präventive Wirkung, weil seither Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in aller Regel gar nicht erst den Versuch unternehmen, Medienschaffenden, welche sich auf den Quellenschutz berufen können, zu befragen. Die eindrücklichen Ausführungen des Bundesgerichts über den Stellenwert des Quellenschutzes und die hohen Anforderungen, die es an die Verhältnismässigkeit stellt, werden diese präventive Wirkung noch verstärken und jedenfalls verhindern, dass leichtfertig mit den Ausnahmeregeln umgesprungen wird.

Weniger überzeugend wirken diejenigen Passagen des Urteils, in denen das Gericht hinsichtlich der Verhältnismässigkeit laviert und über den Nutzen einer Quellenbekanntgabe aus der Sicht der Interessen der Strafverfolgung spekuliert. Zum Lavieren: Beispielsweise wird an einer Stelle gesagt, ein Tatverdacht auf vorsätzliche Tötung habe bis zur Publikation in der «NZZ am Sonntag» nicht bestanden. Dann wird aber eingeräumt, das Zeugnis des leitenden Oberarztes, der dem Starchirurgen frühmorgens zweimal ausdrücklich gesagt haben will, das Blut des Spenders weise eine nicht kom-

patible Blutgruppe auf, sei ein Anhaltspunkt dafür, dass dieser möglicherweise Kenntnis von der Inkompatibilität gehabt haben könnte. Weiter wird ausgeführt, der Verdacht auf vorsätzliche Tötung stütze sich «zur Hauptsache» auf den Zeitungsartikel, das heisst im Klartext «nicht ausschliesslich». Wie vertragen sich ferner Aussagen wie: ein dringender Tatverdacht sei vorliegend zu bejahen, es sei erstellt, dass der Journalist über Informationen verfüge, die zur Aufklärung des allfälligen Tötungsdelikts beitragen könnten, es handle sich um wesentliche Angaben, allein die Bekanntgabe der Informationsquellen gewährleiste, die geäusserten Vorwürfe auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen und sei deshalb erforderlich mit der Quintessenz des Bundesgerichts, wonach das Zeugnis des Journalisten nicht unentbehrlich erscheine und fraglich sei, ob ihm überhaupt noch massgebliche Beweiskraft zukäme, weil die Vorgänge um die tödlich verlaufene Herztransplantation «bereits weitgehend aufgeklärt» seien? Und kommt es eigentlich auf die Beweiskraft des Zeugnisses des Journalisten an? Entscheidend wäre doch wohl die Beweiskraft der Aussagen der anonymen Informanten. Abgesehen davon, dass die Zürcher Staatsanwaltschaft die Sicht des Bundesgerichts nicht teilt, befindet man sich hier im Bereich der Spekulation, weil man u.a. nicht einmal sicher weiss, ob die Informanten des Journalisten von der Zürcher Staatsanwaltschaft befragt wurden und dort allenfalls anders aussagten als gegenüber der «NZZ am Sonntag», oder ob es sich um entferntere Beteiligte handelt, die nicht befragt wurden, nur indirekt vom Vorfall Kenntnis erhielten und deren Aussagen weniger Gewicht hätten. Deshalb ist es kaum möglich, seriös zu beurteilen, ob Aussagen der Informanten das scheinbar gefestigte Beweisergebnis erschüttern könnten.

Eine Unklarheit besteht auch insofern, als im fraglichen Artikel nicht nur stand, dass sich der Journalist auf mehrere verlässliche, von einander unabhängige Quellen stütze, sondern auch, dass ein Informant gesagt habe, *mindestens vier der Mitbeteiligten* hätten um die Blutgruppeninkompatibilität gewusst, ohne zu intervenieren. Die Untersuchung der Zürcher Staatsanwaltschaft läuft lediglich gegen drei Verdächtige, wobei aus dem Urteil des Bundesgerichts nicht klar wird, ob die Ausdehnung auf vorsätzliche Tötung nur gegenüber dem Starchirurgen erfolgte. Geht es bei der verlangten Quellenangabe nur um den Starchirurgen oder auch noch um andere über die Problematik informierte potentielle Täter?

A propos Beweisergebnis: Im Urteil wird ein wichtiger Aspekt nicht angesprochen. Im Laufe des Verfahrens wurden sämtliche an der Herzexplantation und –implantation beteiligten Personen sowie darüber hinaus bloss indirekt damit befasste Personen befragt. Man erfährt allerdings nicht in welcher Funktion, ob sie als Beschuldigte, Auskunftspersonen oder Zeugen befragt wurden, und von wem (Bezirksanwalt oder Polizei) und wie (protokollarisch oder mittels eines polizeilichen Fragebogens). Schlimm finde ich, dass es volle 1 1/2 Jahre dauerte, bis diese Befragungen abgeschlossen waren. Der Vorfall ereignete sich am 20. April 2004. Am 15. Juli 2005, also 15 Monate später, wies die Anklagekammer des Zürcher Obergerichts das Gesuch um Aufhebung des Quellenschutzes mit der Begründung ab, es seien nicht alle Beteiligten durch die Untersuchungsbehörde einvernommen worden! Erst bis zum 23. Januar 2006 waren alle Beteiligten befragt, weshalb die zuständige Kammer des Zürcher Obergerichts die Beschwerde gegen den Beschluss der Anklagekammer unter Hinweis auf diese Tatsache guthiess. Empirische Forschungen haben gezeigt, dass Zeugenaussagen ein sehr unzuverlässiges Beweismittel sind, weil falsche Aussagen häufiger vorkommen, als gemeinhin angenommen, sei es vorsätzlich oder – viel häufiger – ungewollt. Das dürfte erst recht gelten, wenn es sich um Auskunftspersonen handelt, denen im Fall einer Falschaussage kein strafrechtlicher Nachteil droht, und wenn eine Befragung erst lange Zeit nach der Tat erfolgt. Es ist ferner anzunehmen, dass der Vorfall unter den Beteiligten Diskussionen auslöste. Es ist notorisch, dass in solchen Situationen ein aus der Reihe tanzender, belastende Aussagen verbreitender Beteiligter schwerwiegende Repressalien befürchten muss und als Teammitglied nicht mehr tragbar ist. Dies könnte eine plausible Erklärung dafür sein, dass sich Beteiligte an die «NZZ am Sonntag» wandten und die Wahrung ihrer Anonymität wünschten, was wiederum indiziert, dass an der Sache etwas «faul» sein könnte. Eine seriöse Aufklärung ist für die Strafverfolgungsbehörden bei solchen Gegebenheiten nur möglich, wenn alle Beteiligten unverzüglich, ohne dass sie sich gegenseitig absprechen können, befragt werden. Dann ist viel

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

wahrscheinlicher, dass sich Befragte, welche ihr Umfeld protegierten möchten, in Widersprüche verwickeln. Vor allem die Hauptakteure hätten so rasch als möglich befragt und nötigenfalls ohne Verzug miteinander konfrontiert werden müssen. Gerne hätte man in diesem Zusammenhang mehr Details über das Timing dieser Befragungen erfahren. Offenbar fand die Befragung des diensthabenden Oberarztes, der den Starchirurgen frühmorgens zweimal auf die Inkompatibilität hingewiesen haben soll, erst zwei Monate nach dem Todesfall statt. Und bis zur entscheidenden Konfrontation zwischen diesem Oberarztes mit seinen belastenden Aussagen und dem Starchirurgen verstrichen weitere 4 ½ Monate! Auch die Befragung der übrigen Beteiligten soll nur sehr schleppend vor sich gegangen sein. Mit einer solchen Vorgehensweise werden die

Chancen einer Aufklärung, die diesen Namen verdient, vertan. Dann rechtfertigt es sich auch nicht mehr, zu versuchen, die Situation mit Hilfe einer Durchbrechung des Quellenschutzes zu retten. Dem Bundesgerichtsentscheid ist somit in Bezug auf dessen Quintessenz zuzustimmen, aber mit einer andern oder jedenfalls komplementären Begründung im geschilderten Sinn.

PS: Jedem Medienkenner ist klar, dass der beschwerdeführende Journalist im Fall einer Prozessniederlage vor Bundesgericht ohnehin die Quellen nicht offenbart hätte, auch wenn er unter Strafandrohung dazu aufgefordert worden wäre.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

Gerade noch akzeptable Aussagen zum Kurdenkonflikt

Der Chefredaktor und der Eigentümer der türkischen Tageszeitung «Özgür Bakis» wurden im Januar 2000 wegen separatistischer Propaganda verfolgt. Vorgeworfen wurde ihnen die Publikation eines Briefs und eines Artikels des PKK-Leiters Murat Karayilan zum Strafprozess gegen den inhaftierten PKK-Chef Abdullah Öcalan und zum bewaffneten Kampf der PKK.

Der Chefredaktor wurde zu einer Gefängnisstrafe von 13 Monaten und einer Busse verurteilt, der Eigentümer wurde gebüsst. Später wurde der Eigentümer ebenfalls zu einer Gefängnisstrafe verurteilt und ein Erscheinungsverbot von drei Tagen ausgesprochen, weil in einem Artikel der bewaffnete Kampf propagiert worden sei.

Eine Mehrheit des Gerichtshofs betrachtete die Massnahmen als unverhältnismässig. Sie hielt u.a. fest:

«36. La Cour a examiné la présente affaire à la lumière de sa jurisprudence et considère que le Gouvernement n'a fourni aucun fait ni argument convaincant pouvant mener à une conclusion différente dans le cas présent. Elle a porté une attention particulière aux termes employés dans les articles de presse incriminés et au contexte de leur publication. A cet égard, elle a tenu compte des circonstances entourant le cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme (voir Ibrahim Aksoy, précité, § 60, et Incal c. Turquie, arrêt du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998 IV, p. 1568, § 58).

37. Les articles litigieux pour lesquels le requérant a été condamné, en sa qualité de propriétaire du journal Özgür

Bakis, consistaient en des propos sur Abdullah Öcalan, le chef du PKK emprisonné, sur le déroulement de son procès ainsi que sur la lutte armée du PKK et le processus de la démocratisation en Turquie. L'un des auteurs des propos était Murat Karayilan, l'un des chefs de ladite organisation.

38. La Cour relève que la cour de sûreté de l'État a estimé que les articles en cause contenaient des termes de propagande séparatiste et propagande d'une organisation armée. Toutefois, les motifs figurant dans les décisions des juridictions internes ne sauraient être considérés en eux-mêmes comme suffisants pour justifier l'ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression (voir, mutatis mutandis, Sürek c. Turquie (no 4) [GC], no 24762/94, § 58, 8 juillet 1999). Elle observe notamment que si certains passages particulièrement acerbes des articles brossent un tableau des plus négatifs de l'État turc, et donnent ainsi au récit une connotation hostile, ils n'exhortent pas pour autant à l'usage de la violence, à la résistance armée, ni au soulèvement, et il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération (voir, a contrario, Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 62, CEDH 1999 IV, et Gerger c. Turquie [GC], no 24919/94, § 50, 8 juillet 1999).»

Das Urteil fiel im Gegensatz zu zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen nicht einstimmig. In einer abweichenden Meinung begründeten der portugiesische und der türkische Richter, weshalb die Beschränkung der Meinungsfreiheit in diesem Falle ihres Erachtens eine notwendige Massnahme war.

«Dans le cas d'espèce, nous porterons une attention particulière aux termes employés dans les articles et au contexte de leur publication. A cet égard, nous tenons compte des circonstances entourant le cas soumis à l'examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme (voir Ibrahim Aksoy, précité, § 60, et Incal, précité, § 58). A travers la lettre et l'article parus dans le numéro 270 du quotidien (paragraphe 9 ci-dessus), le journal permet à deux personnes, dont un des chefs du PKK, Murat Karayilan, de donner leurs points de vue concernant, entre autres, le recours à la lutte armée par le PKK. Toutefois, nous relevons la nette in-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

tention de stigmatiser l'autre protagoniste au conflit par l'emploi d'expressions telles que:

- page 2, «Les lettres qui ne parviennent pas à Imrali»: «Nous attendons vos appels d'Amed» :

«(...) Et même entre vos quatre murs, malgré toutes les impossibilités, vous nous transmettez tout votre acquis. Certains milieux ont eu peur de votre attitude révolutionnaire pendant le processus d'Imrali. Parce qu'ils n'auront aucune autre possibilité et seront condamnés à disparaître? C'est pour cette raison qu'ils essayent de saboter et provoquer votre attitude démocratique(...) Vive notre soleil de libération président Apo».

- page 6, «Le membre du conseil de la présidence du PKK Murat Karayilan: que l'absence de solution ne soit pas imposée»:

«Dans cette optique, sans faire traîner, une décision saine et juste doit être prise. En tant que partie kurde, nous croyons que l'on ne doit pas nous forcer plus encore. Nous forcer par différentes méthodes, divers moyens de pression mettra en difficulté le processus positif et la solution.»

Il faut mettre l'accent notamment sur certains passages des propos incriminés émanant de Murat Karayilan, l'un des chefs militaires du PKK. Se fondant sur une analyse des positions de la partie kurde et de son adversaire «la Turquie», celui-ci demande sur le champ la mise en œuvre d'une décision qui serait «saine et juste». Faute de quoi, le «processus positif et la solution» seront en difficulté ce qui équivaudrait à l'«absence de solution». A nos yeux, de tels propos, lus dans ce contexte, ne peuvent être considérés que comme un appel implicite à la reprise éventuelle des armes. En ce qui concerne les propos de la même personne exprimés dans le numéro 318 du quotidien (paragraphe 13 ci-dessus), ils pourraient se prêter à plusieurs interprétations; mais, en tout état de cause, ils présentent une ambiguïté quant aux méthodes à employer dans le but d'atteindre les objectifs définis par le PKK. D'une part, l'on constate l'apologie des méthodes employées dans le passé par le PKK; d'autre part, Murat Karayilan, sans exclure le retour aux méthodes violentes, laisse entendre que si «la pression» se poursuit, de telles méthodes pourront s'imposer. Dans ces circonstances, le fait de prôner l'idée que «la pression équivaut à l'absence de solution» ne peut constituer qu'une menace de reprise des armes, si la partie adverse n'accepte pas les conditions imposées par le PKK. Dans ces circonstances, de tels propos qui sous-entendent la reprise des armes, publiés dans un quotidien national et émanant notamment de l'un des chefs militaires du PKK, devaient passer pour de nature à aggraver une situation déjà explosive dans la région Sud-Est où, depuis 1985 environ, de graves troubles faisaient rage entre les forces de sécurité et les membres du PKK, ayant entraîné de nombreuses pertes humaines et la proclamation de l'état d'urgence dans la plus grande partie de la région (Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 1997, Recueil 1997 VII, § 10).»

(Urteile der 2. Kammer N° 71978/01 «Çapan c. Türkei» und N° 71984/01 «Halis Dogan c. Türkei» [No 2] vom 25.7.2006). ■

ANMERKUNGEN:

Die Kriterien der Strassburger Rechtsprechung zu den Grenzen allgemeiner politischer Kritik sind seit längerer Zeit gefestigt: Für staatliche Beschränkungen der freien Kommunikation gibt es besonders wenig Raum, wenn eine Äußerung nicht auf bestimmte Einzelpersonen gemünzt ist. Zentral ist jeweils, ob die politische Polemik die Grenze der Aufstachelung zum Hass («hate speech») oder des Aufrufs zur Gewalt überschreitet. In solch gravierenden Fällen macht der EGMR das staatliche Einschreiten nicht zwingend davon abhängig, dass die Äußerung eine eindeutige und unmittelbare Gefahr («clear and present danger») für substantielle Rechtsgüter schafft. Die Stimmen im Gerichtshof, welche sich im Sinne der US-amerikanischen Rechtsprechungstradition für eine solche Beschränkung hoheitlicher Massnahmen einsetzen, sind bisher in der Minderheit geblieben (vgl. die abweichende Meinung von Richter Bonello im Fall N° 26682/95 «Sürek (No 1) c. Türkei» vom 8.7.1999).

Unterhalb der Schwelle der Hassrede und des Gewaltaufrufs lässt der Gerichtshof auch provokative, kämpferische, undifferenzierte, unsachliche und überrissene Formulierungen zu. Diesen Freiraum hat der Gerichtshof in Dutzenden von Urteilen geschützt, welche meistens die Türkei betrafen (vgl. aus der neusten Rechtsprechung etwa die Urteile N° 65849/01 «Güzel c. Türkei [No. 2] vom 27.7.2006 sowie N° 71355/01 «Deniz c. Türkei» und N° 58459/00«Yesilgöz & Firik c. Türkei» vom 27.6.2006).

Kürzer ist die Liste von Fällen, bei denen der Gerichtshof eine Grenzüberschreitung bejaht hat. Zu erwähnen sind namentlich folgende Urteile:

- Im Fall N° 18954/91 «Zana c. Türkei» vom 25.11.1997 beanstandete eine Mehrheit der Grossen EGMR-Kammer die teils widersprüchlichen und ambivalenten Formulierungen des Ex-Bürgermeisters von Diyarbakir über die in verschiedenen Staaten verbotene Arbeiterpartei Kurdistans (PKK), deren Methoden er zwar kritisiert, die er aber auch als «nationale Befreiungsbewegung» bezeichnete hatte. Die Mehrheit des Gerichtshofs betonte, dass das in einer grossen Tageszeitung publizierte Interview geeignet war, die bereits explosive Situation in der Region anzuheizen. Das Urteil fiel mit 12 gegen 8 Stimmen, wobei die Minderheit die Aussagen des Politikers teilweise anders interpretierte.
- Das Urteil der Grossen Kammer im Fall N° 26682/95 «Sürek (No 1) c. Türkei» vom 8.7.1999 betraf zwei Leserbriefe, die in Zeiten erhöhter Spannung in einer türkischen Wochenzeitung erschienen waren. Die Mehrheit des EGMR beanstandete Formulierungen wie «die faschistische türkische Armee» und «die imperialistischen Mörder» sowie Hinweise auf «Massaker», «Brutalitäten» und «Gemetzel». Diese Ausdrucksweise schüre Emotionen, verhärtete Vorurteile und komme einem Appell zu blutiger Rache gleich. Sie vermittele dem Leser die Botschaft, Gewalt sei ein gerechtfertigtes Mittel der Selbstverteidigung gegen den türkischen Aggressor. Dieses Urteil wurde mit 11 gegen 6 Stimmen gefällt.
- Im Urteil N° 77109/01 «Hocaogullari c. Türkei» vom 7.3.2006 fasste sich der Gerichtshof mit einem Zeitschriftenartikel über die rebellierende Jugend, welche im Kampf gegen den Feind auch ihr Leben opfere («ils montrent que leur combat n'est pas passager. Même au prix de leur vie. Oui, peut-être sont-ils perdus, mais en résistant. Car ils savaient que la victoire réelle peut être remportée avec ces résistances ponctuelles et persistantes.») Dieser glorifizierende Text konnte nach einhelliger Ansicht der 2. Kammer als Aufforderung zu Gewalt und bewaffnetem Widerstand betrachtet werden. Er widerspreche dem Geist der Toleranz und den Grundwerten der EMRK.

In der bisherigen Praxis des EGMR sind offene Aufrufe zu Gewalt oder unmissverständliche Aufstachelung zum Hass vergleichsweise selten geblieben. Auch pointiert kritische Äußerungen sind oft ambivalent und daher verschiedenen Interpretationen zugänglich, die nicht zuletzt vom Gesamtzusammenhang der Äußerung abhängen.

Dies belegt ein anderes aktuelles Urteil des Gerichtshofs zur (unverhältnismässigen) Einziehung eines Buchs über den 5. Kongress der kommunistischen Partei der Türkei (Urteil der 3. Kammer N° 69763/01 «Eytisim Ltd. Sti. c. Türkei» vom 22.6.2006). Die umstrittenen Passagen schilderten u.a. die «Bedingungen des Faschismus in Kurdistan» und die Notwendigkeit eines Kampfes der türkischen und kurdischen Völker gegen den gemeinsamen Feind. Diese Formulierungen waren nach Ansicht des Gerichtshofs zwar virulent. Im Gesamtzusammenhang waren sie aber nicht als Anstachelung zu Gewalttätigkeit oder als Ruf zur blutigen Rache zu verstehen. Schon in früheren Fällen hatte eine Mehrheit des Gerichtshofs festgehalten, dass Worte wie «Widerstand», «Kampf» oder «Befreiung» nicht automatisch einen Aufruf zu Gewalt und bewaffnetem Widerstand bedeuten (Urteil N° 24919/94 «Gerger c. Türkei» vom 8.7.1999).

Das oben zusammengefasste Urteil zur Kritik am Prozess gegen den PKK-Vorsitzenden Öcalan zeigt, dass die Anwendung der etablierten Kriterien auf bestimmte öffentliche Äusserungen zumindest in Grenzfällen schwierig bleibt und den Gerichtshof spaltet. Es bleibt aber (bisher) dabei, dass eine Mehrheit des EGMR den Freiraum der politischen Debatte im Zweifelsfall höher bewertet als entgegengesetzte Sicherheitsüberlegungen.

FRANZ ZELLER, BERN

Ex-Ministerpräsident unverhältnismässig bestraft

Der türkische Politiker Necmettin Erbakan (Premierminister von Juni 1996 bis Juni 1997) hatte im Februar 1994 in der südosttürkischen Stadt Bingöl eine öffentliche Wahlrede gehalten. Erbakans Äusserungen führten erst vier Jahre später (im Juli 1998) zur Eröffnung eines Strafverfahrens. Erbakan wurde vorgeworfen, er habe die Zuhörenden zu Hass und Feindseligkeit v.a. aufgrund religiöser Unterschiede angestachelt. Erbakan bestritt die Verlässlichkeit der Videoaufzeichnung seiner Rede, wurde aber im März 2000 durch das Staatssicherheitsgericht zu einer einjährigen Gefängnisstrafe und einer Busse verurteilt. Das Gericht kam zum Schluss, Erbakan habe die Grenzen akzeptabler politischer Äusserungen überschritten. Dies galt besonders für eine Passage seiner Rede, welche unterschied zwischen Gläubigen (seiner Partei) und Ungläubigen (allen übrigen Parteien), die dem Koran und Allah den Krieg erklärt hätten:

«(...) Dorénavant, il n'existe plus douze partis politiques dans ce pays. Il y en a deux : [celui du] juste (hak) et [celui de l'] injuste (batil). Le parti qui représente le juste, représente également la foi de mon frère à Bingöl. C'est son propre parti, dénommé le Refah. Qui fait partie de l'autre parti? Les autres, qui sont les autres? Tous à l'exception du Refah sont injustes. Ils peuvent être considérés comme un parti unique. Parce qu'ils sont amoureux de l'infidèle. Ils ne sont pas indépendants. Ils obtiennent le pouvoir sous l'égide de l'Occident, ils reçoivent ses instructions, ils écrasent notre peuple. Ils sont tous des usuriers, tous des exploiters, tous des oppresseurs et, en plus, nous allons abandonner le monde islamique, nous serons ensemble avec les chrétiens, et les infidèles feront nos lois et nous gouverneront (...)»

Der Gerichtshof hatte zwar ebenfalls Bedenken gegen die Erbakan vorgeworfenen Äusserungen, denn Politiker dürften in ihren öffentlichen Reden nicht die Intoleranz schüren. Unter den konkreten Umständen (fragwürdige Echtheit der Aufnahme; langes Zuwarten bis zum Eröffnen eines Strafverfahrens) erschien die schwere Strafe gegen Erbakan einer Mehrheit des Gerichtshofs (6 gegen 1 Stimme) aber als unverhältnismässig. Die massgebenden Passagen der Urteilsbegründung der sechsköpfigen Mehrheit lauten wie folgt:

«62. On peut considérer que de tels propos – s'ils ont été réellement prononcés – tenus par un homme politique notoire lors d'un rassemblement public révèlent davantage une vision de la société structurée exclusivement autour des valeurs religieuses et paraissent ainsi difficilement conciliables avec le pluralisme qui caractérise les sociétés actuelles où se confrontent les groupes les plus divers. En effet, usant d'une terminologie religieuse, l'orateur réduit notamment cette diversité, inhérente à toute société, en un simple clivage entre «croyants» et «non croyants», et il lance un appel dans le but de former une ligne politique sur la base de l'appartenance religieuse.

63. De plus, comme l'indique le Gouvernement (paragraphe 9 ci-dessus), il convient de tenir compte du fait que la population de la région a été victime de plusieurs actes tragiques perpétrés par des mouvements fondamentalistes au moment de la diffusion de ces propos à Bingöl (voir, mutatis mutandis, Zana c. Turquie, arrêt du 25 novembre 1997, Recueil 1997 VII, p. 2539, § 10, et Sürek c. Turquie (no 2) [GC], no 24122/94, § 37, 8 juillet 1999).

64. Soulignant que la lutte contre toute forme d'intolérance fait partie intégrante de la protection des droits de l'homme, il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance.

65. Cependant, vu le caractère fondamental du libre jeu du débat politique dans une société démocratique, la Cour doit rechercher s'il existe des raisons impérieuses pouvant justifier une sanction lourde dans le domaine du discours politique. Cela vaut d'autant plus que l'intéressé n'a pas seulement été jugé coupable d'avoir tenu un discours incitant à la haine fondée sur la religion mais certains passages de ce discours ont été considérés comme incitant à la haine et à l'hostilité sur la base d'une discrimination fondée sur la race (paragraphe 31 et 34 ci-dessus).

66. A cet égard, la Cour observe en particulier que, comme il l'a fait devant les juridictions nationales (paragraphe 12, 15, 22, 26, 27 et 33 ci-dessus), le requérant soutient que le discours litigieux, tel qu'il a été présenté par le parquet d'Ankara, ne correspond pas aux propos qu'il a prononcés le 25 février 1994, du fait notamment de l'incertitude pesant sur le caractère original des cassettes vidéo. De même, le commissaire du Gouvernement qui avait dressé un rapport officiel aussitôt après la tenue du meeting en question s'était conten-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

té de préciser notamment que M. Erbakan «a abordé des sujets économiques et politiques (...) La réunion s'était déroulée conformément à la législation» (paragraphe 27 ci-dessus).

67. La Cour observe notamment que les autorités n'ont tenté d'établir que cinq ans après ce rassemblement le contenu du discours incriminé uniquement sur la base d'un enregistrement vidéo dont l'authenticité s'avère contestée (paragraphe 19, 20 et 24 ci-dessus). A cet égard, nonobstant le fait qu'elle n'a point pour tâche de se prononcer sur les critères d'admissibilité des preuves du droit turc adoptés par les tribunaux internes, la Cour juge qu'en l'espèce, il est particulièrement difficile de tenir le requérant pour responsable de l'ensemble des propos produits dans l'acte d'accusation (voir, dans le même sens, *Amihalachioaie c. Moldova*, no 60115/00, § 37, CEDH 2004 III).

68. De même, au vu des circonstances de l'espèce, pour la Cour, il n'est pas établi qu'au moment de l'engagement des poursuites à l'encontre du requérant, le discours incriminé engendrait «un risque actuel» et un danger «imminent» pour la société (paragraphe 48 ci-dessus) ou il était susceptible de l'être. A cet égard, à la différence du Gouvernement, le laps de temps assez long, à savoir quatre ans et cinq mois, écoulé entre la prétendue diffusion des propos litigieux et l'engagement des poursuites pénales est un élément à prendre en considération, compte tenu de ce qu'était l'enjeu pour le requérant de la procédure le concernant. Cela vaut d'autant plus que la cour de sûreté de l'État a tiré des conséquences de la situation qui régnait à l'époque à Bingöl, où avait eu lieu le meeting en question (paragraphe 32 ci-dessus).

69. Enfin, la Cour observe qu'outre sa condamnation à une amende de 220'000 TRL, le requérant s'est vu infliger une peine d'un an d'emprisonnement, assortie de l'interdiction d'exercer plusieurs droits civils et politiques (paragraphe 28 et 39 ci-dessus). Il s'agissait là assurément de sanctions très sévères pour un homme politique notoire. Il convient en particulier de noter que, par sa nature même, une telle sanction produit immanquablement un effet dissuasif, et le fait que le requérant n'a pas exécuté la sienne ne saurait rien changer à cette conclusion (voir, *mutatis mutandis*, *Cumpana et Mazare c. Roumanie* [GC], no 33348/96, § 116, 17 décembre 2004). En effet, le sursis de la peine et l'extinction ultérieure de l'action pénale dont a bénéficié l'intéressé (paragraphe 35 et 36 ci-dessus) n'est que la conséquence de l'arrivée du terme du sursis et notamment de l'absence de commission d'une infraction de même type (voir, *mutatis mutandis*, *Asli Günes c. Turquie* (déc.), no 53916/00, 13 mai 2004).

70. En conclusion, les motifs avancés à l'appui de la nécessité des poursuites engagées contre le requérant ne suffisent pas à convaincre que l'ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé à la liberté d'expression était «nécessaire dans une société démocratique». En particulier, les poursuites pénales dirigées contre un homme politique quatre ans et cinq mois après la prétendue diffusion des propos incriminés ne représentaient

pas un moyen raisonnablement proportionné aux buts légitimes visés, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir le libre jeu du débat politique.»

Die österreichische Richterin Elisabeth Steiner begründete in ihrer abweichenden Meinung, weshalb die Sanktion gegen Erbakan nach ihrer Auffassung die Meinungsfreiheit nicht übermässig beschnitt. Sie hielt fest, Erbakan habe als bekannter Politiker die religiöse Intoleranz in einer Region propagiert, deren Bevölkerung Opfer terroristischer Anschläge gewesen war. Die im internationalen Recht verpönte Hassrede richte sich nicht nur gegen Rassenhass:

«(...) la notion de discours de haine englobe non seulement la haine raciale mais également l'incitation à la haine fondée sur des motifs religieux ou d'autres formes de haine basées sur l'intolérance (voir *Gündüz c. Turquie*, no 35071/97, §§ 18 24, CEDH 2003 XI). Par conséquent, si, comme le laisse entendre le paragraphe 62 de l'arrêt, la majorité admet que le discours incriminé constitue un discours de haine fondé sur l'intolérance religieuse alors, conformément à la jurisprudence de la Cour, pareille remarque n'aurait pas dû bénéficier de la protection de l'article 10 (voir *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, pp. 24 25, § 33, et *Gündüz*, précité, § 41). L'on pourrait même envisager d'appliquer l'article 17 de la Convention.»

Das den türkischen Behörden anzulastende lange Zuwarten vermochte nach Ansicht von Richterin Steiner an der Schädlichkeit dieser Rede kaum etwas zu ändern:

«En effet, l'expérience nous dit que l'impact de tels discours ne se mesure qu'avec le temps. Il s'agit d'une contribution néfaste à un climat d'intolérance qui nourrit les préjugés primitifs et les clivages. Là, je vois également le refus du pluralisme inhérent à toute société démocratique. En conclusion, lorsque les autorités nationales ont déclaré le requérant coupable d'incitation à la haine, elles ont agi dans le cadre de la marge d'appréciation qui leur était reconnue par notre jurisprudence dans la lutte contre la violence terroriste et les menaces contre les institutions démocratiques. (...)» ■

ANMERKUNGEN:

Dieses Urteil verdeutlicht, dass die Meinungsfreiheit unter bestimmten Umständen selbst Äussernde schützt, die an sich inakzeptable Formulierungen an die Öffentlichkeit bringen. Die Mehrheit des Gerichtshofs lässt zwar durchblicken, dass die religiös verbrämte Zweiteilung der politischen Welt in eine gerechte eigene Partei und den ungerechten, illegitimen Rest ungläubiger Unterdrücker den Grundgedanken der Toleranz derart missachtet, dass ein staatliches Einschreiten gegen diese Aussage in einer demokratischen Gesellschaft zulässig wäre. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Staat eine solche verpönte Äusserung jederzeit und mit jeder noch vom gesetzlichen Strafrahmen gedeckten Schärfe ahnden dürfte.

Welche Sanktion angemessen ist, hängt nicht nur von der fraglichen Formulierung ab, sondern von allen Umständen des Einzelfalles: In welcher Funktion hat sich eine Person zu welchem Zweck an die Öffentlichkeit gewandt? An welches Publikum richtete sie sich? Was ist das Gefahrenpotenzial der Aussage? In welchem Kontext stand die umstrittene Aussage? Ist sie verschiedenen Interpre-

tationen zugänglich? War die Äusserung sorgfältig geplant oder geschah sie spontan und konnte sie nicht mehr korrigiert werden (dies war massgebend im Urteil N° 35071/97 «Müslüm Gündüz c. Türkei» vom 4.12.2003, in dem die 1. Kammer die Bestrafung eines islamistischen Sektenführers ablehnte, der in einer Live-Sendung am Fernsehen zu an sich inakzeptablen Aussagen provoziert worden war)? Ist der Person die fragliche Formulierung überhaupt vollständig zuzurechnen (oder wurde die Person z.B. falsch zitiert oder ihre Aussage ohne ihre Zustimmung veröffentlicht)? Welche Auswirkungen hat eine Sanktion für den Aussernden? Und welche Folgen hat sie für das Kommunikationsklima insgesamt: Ist sie geeignet, die unerschrockene Diskussion öffentlicher Angelegenheiten einzuschnüren?

Der geeignete Rahmen für die Beurteilung all dieser Aspekte ist die Verhältnismässigkeitsprüfung (in der EMRK-Terminologie: die Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit). Eine solche Prüfung würde entfallen, wenn die Beschwerde gestützt auf Artikel 17 EMRK (Verbot des Missbrauchs) abgetan würde, wie dies die abweichende Meinung der österreichischen Richterin anregt. Artikel 17 verbietet Handlungen, die darauf abzielen, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen. Der Gerichtshof hat diese Bestimmung schon auf rassistische Äusserungen angewandt: In Anwendung von Art. 17 EMRK bezeichnete er die Beschwerde eines mit 300 Pfund gebüsten Rechtsextremen als offensichtlich unbegründet, da die an seinem Wohnungsfenster ein Poster der British National Party (BNP) mit den brennenden Twin Towers und dem Text «Islam out of Britain – Protect the British People» angebracht hatte (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 23131/03 «Norwood c. Grossbritannien» vom 16. November 2004; zur früheren Praxis vgl. etwa FLORIAN ZIHLER, Die EMRK und der Schutz des Ansehens, Bern 2005, S. 46f.) Der dogmatische Ansatz des Gerichtshofs mag in der damaligen Konstellation wenig problematisch gewesen sein, da die relativ moderate Busse auch nach Artikel 10 Absatz 2 EMRK als notwendig bezeichnet werden kann. Wie aber wäre es gewesen, wenn die britische Justiz einen nicht besonders gravierenden Fall wie das Aufhängen des Posters ausserordentlich scharf (z.B. mit der gesetzlich vorgesehenen Maximalstrafe) sanktioniert hätte?

Staatliches Verhalten, welches im Umgang mit problematischen Äusserungen (seien sie auch unerwünscht, illegal oder gefährlich) den Boden der Verhältnismässigkeit verlässt, dürfte auf längere Sicht kontraproduktiv sein. Dies allein spricht dafür, auch Massnahmen gegen widerlichste Äusserungen stets auf ihre Notwendigkeit zu prüfen.

FRANZ ZELLER, BERN

Temporäres Verbot des Films «Baise moi»

Das französische Kulturministerium gab im Juni 2000 den Spielfilm «Baise-moi» (frz. «Fick mich») der Regisseurin Virginie Despentes für ein Publikum ab 16 Jahren frei. Der 74minütige Film enthält zahlreiche Gewalt- und unsimierte Sexszenen. Er kam am 28. Juni in 64 französische Kinos. Der Staatsrat hob die Entscheidung des Kulturministeriums jedoch am 30. Juni auf, da er den Film für Minderjährige als ungeeignet einstufte. Ein Grossteil der Kinos nahm den Film noch am gleichen Abend aus dem Programm.

Die anschliessend vorgenommene Einstufung des Films in der Kategorie «X» bedeutete ein faktisches Aufführungsverbot, da solche Filme nur in den wenigen noch vorhandenen «Spezial-

kinos» für Pornos gezeigt werden durften. Nach einer Rechtsänderung verlangte der Filmproduzent im Juli 2001 eine Neuurteilung der Situation. Die zuständige Kommission entschied einstimmig für eine Freigabe ab 18 Jahren (ohne Einstufung X). «Baise moi» wurde ab Ende August 2001 in rund 40 französischen Kinos gezeigt.

In einem einstimmigen Entscheid hat der Gerichtshof eine Beschwerde gegen das Vorgehen der französischen Behörden als offensichtlich unbegründet bezeichnet. Der Entscheid des Staatsrats tangierte zwar die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), doch erfüllte dieser Eingriff alle Voraussetzungen für eine Beschränkung dieses Menschenrechts. Der Gerichtshof bejahte insbesondere die Verhältnismässigkeit (Notwendigkeit) des temporären Verbots:

«Une restriction à la liberté d'expression, qu'elle s'inscrive dans le contexte artistique ou dans un autre, ne peut être compatible avec l'article 10 que si elle répond, notamment, au critère de nécessité exigé par le deuxième paragraphe de cette disposition. En examinant si les restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention peuvent passer pour «nécessaires dans une société démocratique», la Cour a cependant toujours déclaré que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation certaine. C'est au demeurant à la Cour européenne de se prononcer de manière définitive sur la compatibilité de la restriction avec la Convention et elle le fait en appréciant, dans les circonstances de la cause, notamment, si l'ingérence correspond à un «besoin social impérieux» et si elle est «proportionnée au but légitime visé».

Si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général, cependant, une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale notamment (voir, mutatis mutandis, Wingrove c. Royaume-Uni, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, §§ 53 et 58).

Du reste, dans le domaine de la morale, aujourd'hui comme dans le passé (voir Müller et autres c. Suisse, arrêt du 24 mai 1988, série A no 133, § 35), la Cour réitère que l'on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers Etats contractants une notion uniforme de celle-ci. L'idée qu'ils se font de ses exigences varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la «nécessité d'une «restriction» ou «sanction» destinée à y répondre.

Le film Baise-moi est essentiellement constitué de scènes de violence et de sexe explicites, qui rythment l'ensemble du long métrage. Dans l'arrêt rendu le 30 juin 2000, le Conseil d'Etat esti-

ma que le film «constitue (...) un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du code pénal» et que, en tant que tel, il relevait alors de l'inscription sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence. Il annula la décision du ministre «se bornant à assortir le visa d'exploitation du film Baise-moi d'une interdiction aux mineurs de moins de seize ans et d'un avertissement.

Se situant essentiellement par rapport à la motivation retenue par le Conseil d'Etat, la Cour considère que les motifs de celui-ci sont pertinents et suffisants, et ne trouve donc pas déraisonnable ni excessif que les juges nationaux aient estimé que le film devait être interdit aux mineurs de dix huit ans et qu'ils aient donc annulé la décision du ministre accordant un visa d'exploitation ne prévoyant pas une telle restriction. Elle estime notamment que, eu égard au contenu du film, la haute juridiction française a pu considérer que la confrontation avec des scènes et un univers violent aurait pu être préjudiciable à un jeune public. En outre, après avoir visionné le film, la Cour a la conviction que la décision du Conseil d'Etat ne saurait passer pour arbitraire ou excessive.

Certes, compte tenu de la législation alors en vigueur, l'annulation de la décision du ministre équivalait, au moins dans l'immédiat, à interdire la diffusion du film dans les salles de cinéma. Toutefois, il s'agit là d'une conséquence compréhensible du point de vue du Conseil d'Etat selon lequel une telle diffusion aurait constitué une violation du droit pénal. En outre, la Cour relève que si le film n'a plus eu de visa d'exploitation à partir du 30 juin 2000, il obtint, à la suite d'une modification législative promptement adoptée, un nouveau visa d'exploitation avec interdiction aux mineurs de dix huit ans et sans inscription sur la liste des films pornographiques ou incitant à la violence. Le film ressortit en salles le 29 août 2001. La période pendant laquelle le film n'a pu être exploité dans le réseau normal de salles de cinéma n'a donc duré qu'environ un an et deux mois, ce qui, aux yeux de la Cour, ne l'a pas privé de toute valeur ou de tout intérêt lors de sa rediffusion, puisqu'il s'agissait d'une œuvre de fiction et non d'un film portant sur un sujet d'actualité (voir, a contrario, Association Ekin c. France, no 39288/98, § 56, CEDH 2001 VIII). A cet égard, la Cour relève également que le film a été exploité sous forme de vidéogrammes dès le 1er février 2001.

Ainsi, eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 § 2, la Cour est convaincue que les autorités nationales étaient en droit d'estimer «nécessaire» à la protection de la morale et des droits des mineurs d'annuler la décision du ministre en ce qu'elle ne prévoyait pas d'interdiction de représentation du film Baise-moi aux moins de dix-huit ans.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.»

(Zulässigkeitsentscheid der 3. Kammer N° 68238/01 «V.D. & C. G. c. Frankreich» vom 22.6.2006) ■

ANMERKUNGEN:

Einmal mehr zeigt sich, dass der Gerichtshof den EMRK-Vertragsstaaten bei Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutz der Moral und der Jugendlichen einen grossen Beurteilungsspielraum belässt. Zu beachten ist immerhin, dass der EGMR die Würdigung der französischen Behörden nicht unbesehen übernimmt, sondern den umstrittenen Film selber visionierte. Offen bleibt, ob der Gerichtshof das Vorgehen der französischen Behörden auch akzeptiert hätte, wenn die Kinovorführung des Films nicht nur während 14 Monaten, sondern auf unbeschränkte Dauer untersagt worden wäre.

Zu beachten ist, dass die Konvention – im Gegensatz etwa zum schweizerischen Verfassungsrecht (Art. 17 Abs. 2 BV) – kein Verbot der Vorzensur als unantastbaren Kerngehalt gewährleistet. Der Gerichtshof befasste sich daher nicht mit der (in der Schweiz kontroversen) Frage, ob das System der vorgängigen Filmzensur überhaupt mit der freien Kommunikation vereinbar ist (zum schweizerischen Diskussionsstand vgl. ROBERTO PEDUZZI, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004, S. 250f.).

FRANZ ZELLER, BERN

.....

Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Belgisches Verbot der Werbung für Prostitution (Art. 380ter des belgischen Strafgesetzbuchs) ist eine zulässige Beschränkung der Meinungsfreiheit. Der Gerichtshof stützte sich v.a. auf die Stellungnahme der belgischen Regierung, wonach solche Inserate relativ verbreitet seien und die Strafjustiz nur zum Schutz von Minderjährigen vor sexueller Ausbeutung und Pädophilie einschreite (Zulässigkeitsentscheid der 1. Kammer N° 63403/00 «S.B. & D.B. c. Belgien» vom 15.6.2006).
- Unverhältnismässige Bestrafung des damaligen Chefredaktors der ukrainischen Tageszeitung «Polityka», der in verschiedenen Artikeln scharfe Kritik am interimistischen Premierminister und an einem hochrangigen Polizeibeamten (Verbindungen zu einem Kriminellen) geübt hatte. Die gegen öffentliche Personen gerichteten Werturteile entbehrten nicht jeder Grundlage, waren teilweise – und für die Leserschaft erkennbar – in sarkastisch-übertriebener Sprache verfasst und konnten gesamthaft nicht als exzessiv bezeichnet werden. Zudem hatte die Verurteilung zu einer zweijährigen Gefängnisstrafe und einem zweijährigen Berufsverbot (Betätigung im Medienmanagement) einen beträchtlichen «chilling effect» (Urteil der 5. Kammer N° 21040/02 «Lyashko c. Ukraine» vom 10.8.2006).
- Offensichtlich unbegründete Beschwerde eines Zeitungsjournalisten, der einem Mehrheitsaktionär 2001 vorgeworfen hatte, er habe den lokalen Tourismus durch überhöhte Preise und schlechte Löhne ruiniert. Die rumänische Justiz beurteilte den Vorwurf zwar als zu wenig gravierend für eine strafbare Diffamierung, sprach aber eine (relativ moderate) Administrativbusse aus. Nach Ansicht des Gerichtshofs hätte der

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Journalist die angeblich von Drittpersonen stammenden Informationen verifizieren müssen (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 1691/03 «Titei c. Rumänien» vom 23.5.2006).

- Offensichtlich unbegründete Beschwerden des im rumänischen Senat sitzenden Präsidenten der Partei PRM, der als Chefredaktor der Wochenzeitung Romania Mare gravierende persönliche Kritik an anderen Politikern geübt hatte und deswegen bestraft worden war. Die äusserst negativen Werturteile («petit con», «idiot», «vieux garçon débile», «salaud complexé», «tortionnaire» etc.) und die nicht bewiesenen Vorwürfe der Arbeit für den Geheimdienst Securitate sprengten nach einstimmiger Ansicht der 3. Kammer den weiten Rahmen des im politischen Meinungskampf Zulässigen (Zulässigkeitsentscheide der 3. Kammer N° 6928/04 und N° 6929/04 «Tudor c. Rumänien» vom 15.6.2006).
- Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) eines Teilnehmers an einer unbewilligten Demonstration. Die Busse erfolgte nicht, weil der Angeschuldigte die Kundgebung im Sinne des Gesetzes organisiert, sondern weil er über Megaphon bittere Kritik an den Behörden geübt hatte. Eine solche Interpretation des Gesetzes war nicht ausreichend vorhersehbar. Zudem konnte das Verfassungsgericht die von einer Verwaltungsbehörde ausgesprochene Busse nicht mit voller Überprüfungsbefugnis beurteilen, was das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) missachtete (Urteil der 2. Kammer N° 75615/01 «Štefanec c. Tschechien» vom 18.7.2006).
- Missachtung der Versammlungsfreiheit (Art. 11 EMRK) des Direktors einer Menschenrechtsgruppierung, den die Strafjustiz wegen Teilnahme an einer von 800 Personen besuchten, de facto als illegal erklärten Pressekonferenz zum

Thema «Demokratie, Säkularismus und Frieden» zu einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe verurteilte (welche später in eine Busse umgewandelt wurde). Der Gerichtshof erinnerte daran, dass die präventive Unterdrückung der Vereinigungs- und Meinungsfreiheit – ausserhalb von Fällen des Aufrufs zur Gewalt oder der Ablehnung demokratischer Grundsätze – der Demokratie nicht dienlich ist und sie oft sogar gefährdet (Urteil der 4. Kammer N° 75569/01 «Çetinkaya c. Türkei» vom 27.6.2006).

- Zulässige Beschränkung der Versammlungsfreiheit (Art. 11 EMRK) baskischer Kundgebungswilliger, denen im März 2000 aufgrund einer temporären Wiederherstellung der Kontrollen an der spanisch-französischen Grenze die Teilnahme an einer friedlichen Demonstration in Bayonne verwehrt worden war. Der Gerichtshof bezeichnet die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, da sich die Massnahme der französischen Behörden wegen des gewalttätigen Klimas der letzten Demonstration und der Furcht vor Ausschreitungen rechtfertigen liess (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 9266/04 «Gurekin u.a. c. Frankreich» vom 6.6.2006).
- Unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit des Eigentümers und des Herausgebers der Tageszeitung «Yeni Evrensel», deren Publikation und Vertrieb im Januar 1999 in den sechs Notstandsregionen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und der nationalen Sicherheit untersagt worden war. Da die türkische Justiz solche administrativen Verbote nicht überprüfen konnte, fehlte es an ausreichendem Schutz gegen mögliche Missbräuche. Gleichzeitig wurde auch das Recht auf Zugang zu einem Gericht (Art. 13 EMRK) missachtet (Urteil der 4. Kammer N° 51041/99 «Saygili and Seyman c. Türkei» vom 27.6.2006). ■

D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

Verletzung militärischer Geheimnisse gemäss Art. 106 Abs. 1 MStG

Entscheid des Militärkassationsgerichts vom 30. März 2006 (781)

Im Sommer 2003 wurde im «Sonntagsblick» ein Artikel über eine von der Luftwaffe damals noch aktiv genutzte Kaverne der Luftwaffe veröffentlicht, der sowohl Details der Anlage als auch in eine Skizze eingefügte Fotografien zur Vervollständigung der Ausführungen enthielt.

Der verantwortliche Verfasser wurde durch das Militärgericht wegen Verletzung militärischer Geheimnisse durch Zivilpersonen im Sinne von Art. 106 Abs. 1 MStG zu 10 Tagen Gefängnisstrafe, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt.

Sowohl der Redaktor des Artikels als auch der Auditor appellierten gegen dieses Urteil, wobei der Redaktor Freispruch, der Auditor 45 Tage Gefängnisstrafe bei einer Probezeit von zwei Jahren forderten. Das Militärappellationsgericht 2 bestätigte den Schuldspruch bezüglich Verletzung militärischer Geheimnisse im Sinne von Art. 106 Abs. 1 MStG und erhöhte die Strafe auf sechs Monate Gefängnis, bedingt ausgesprochen bei einer Probezeit von zwei Jahren (*medialex* 3/05, 166 f.).

Gegen diesen Appellationsentscheid führte der Redaktor Kassationsbeschwerde u. a. mit der Begründung einer Verletzung des Anklagegrundsatzes, weil die Anklage auf die im

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Verfahren unbestrittene Geheimnisverletzung lautete, ohne das Tatbestandsmerkmal der «Gefährdung der Auftragserfüllung von wesentlichen Teilen der Armee» zu erwähnen. Das Erfordernis der Wesentlichkeit zusätzlich zur Geheimnisverletzung wurde per 1. April 1998 dem Tatbestand von Art. 106 Abs. 1 MStG hinzugefügt. Mit dieser Änderung wurde der materielle Geheimhaltungsbegriff an die Verordnung vom 1. Mai 1990 über den Schutz militärischer Informationen (SR 510.411) angepasst. Das zugrunde liegende neue Geheimhaltungskonzept unterscheidet nur noch zwischen den Klassifizierungsstufen «vertraulich» und «geheim» (vgl. Art. 3 ff.).

Das Militärkassationsgericht liess den Vorwurf, der Anklagegrundsatz sei verletzt worden, nicht gelten. Was die Frage anbetrifft, ob der Journalist wirklich eine qualifizierte Geheimnisverletzung begangen hat, war von Belang, dass die Anlage von der Luftwaffe zwar nur mehr als «sleeping base» genutzt wird, aber im Bedarfsfall kurzfristig aktiviert werden kann und deshalb gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b der Verordnung vom 2. Mai 1990 über den Schutz militärischer Anlagen (SR 510.518.1) in der Schutzzone 2 eingereiht und somit als «vertraulich» klassifiziert ist. Die Klassifizierung besteht bis heute, was eine Unterstellung der Anlage unter militärischer Geheimhaltung bedeutet.

Zum Geheimhaltungsinteresse führte das Militärkassationsgericht unter Berufung auf das Militärappellationsgericht aus, dass die betreffende Kaverne aufgrund ihrer Grösse, ihres Ausbaustandards und ihrer damit zusammenhängenden Autonomie einen wesentlichen Teil der Luftwaffe repräsentiere und dass die Luftwaffe ihrerseits einen wesentlichen Teil der Streitkräfte darstelle, insbesondere unter dem Aspekt der Einsatzbereitschaft dieser Anlage. Die Klassifizierung der Schutzzone 2 bilde für sich nur ein Indiz für das Geheimhaltungsinteresse, massgeblich sei jedoch die im Einzelfall zu prüfende Bedeutung der Anlage für die Auftragserfüllung wesentlicher Teile der Armee. Auch wenn die in Frage stehende Kavernenanlage bloss eines unter vielen Objekte sei, spreche dies nicht gegen das «Wesentlichkeitselement» von Art. 106 Abs. 1 MStG. Gemäss der Strafnorm gehe es bloss um die Gefährdung der Auftragserfüllung von wesentlichen Teilen der Armee. Dies mache evident, dass es für die Tatbestandserfüllung genüge, einzelne geheime Teile der Armee aufzudecken. Die Luftwaffe sei in einer modernen Armee eines der wichtigsten Einsatzmittel. Sie sei relativ klein und bedürfe am Boden eines guten Schutzes. Diesem Schutz dienen die Kavernenanlagen, deren Zahl beschränkt sei. Werde eine ganze Kaverne mit zahlreichen Flugzeugen zerstört, werde die Luftwaffe entscheidend geschwächt. Die Aufdeckung einer solchen Anlage sei deshalb durchaus geeignet, die Auftragserfüllung eines wesentlichen Teils der Armee zu gefährden. Deshalb sei der objektive Tatbestand erfüllt. Auch der subjektive Tatbestand wurde als erfüllt angesehen.

Im Zusammenhang mit der Strafzumessung führte das Militärkassationsgericht zu der für Medienschaffenden relevanten Frage der unterschiedlichen Bestrafung nach Art. 293 StGB und Art. 106 Abs. 1 MStG aus, letzterer schütze ein weit gewichtigeres Rechtsgut als ersterer, nämlich die Einsatzbe-

reitschaft und die Schlagkraft der Armee und damit die innere und äussere Sicherheit des Landes an sich. Auch lasse der unterschiedliche Strafrahmen keine Rückschlüsse auf eine zu erwartende Strafe zu; Art. 106 Abs. 1 MStG sieht die Ausfällung einer Busse gar nicht vor. Nur bei fahrlässiger Begehung nach Abs. 3 oder in leichten Fällen nach Abs. 4, die disziplinarisch bestraft würden, sei eine Busse möglich.

Abgewiesen hat der Militärgerichtshof das Argument der Vorinstanz, der Autor habe verwerflich, als Journalist aus egoistischen Interessen gehandelt. Auch wenn der Bekanntheitsgrad eines Journalisten durch gut recherchierte Publikationen vergrössert und damit verbunden auch das berufliche und gesellschaftliche Renomee, sei davon auszugehen, dass es ihm um die Aufklärung der Öffentlichkeit ging, da die Anlage angeblich mit der jüngsten Flugzeuggeneration nicht kompatibel sei. Lebensnah schob das Militärkassationsgericht die Bemerkung nach, in heutiger Zeit stünden gerade jüngere Journalisten unter einem enormen Konkurrenzdruck.

Das Militärkassationsgericht bestätigte den Schuldspruch, erachtete jedoch ausgesprochene Strafe zu hoch und wies deshalb das Urteil an das Militärappellationsgericht zur Neubeurteilung des Strafmasses zurück. ■

ANMERKUNGEN:

Zu diesem Urteil drängt sich einzig zu einer Sonderfrage eine Bemerkung auf. Der Beschwerdeführer rügte wie erwähnt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. Das Gericht erklärte, die Missachtung dieses Grundsatzes stelle eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften dar. Nach Art. 115 lit. b MStP müsse die Anklageschrift u.a. die Umschreibung der dem Angeklagten zu Last gelegten Tat mit ihren gesetzlichen Merkmalen enthalten. Dem Angeklagten seien (in der Anklageschrift) die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat vorzuhalten. Es wurde festgestellt, dass sich die Anklage einzig auf die Frage des militärischen Geheimnisses, nicht aber auf das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung der Auftragserfüllung von wesentlichen Teilen der Armee beziehe. Dabei handle es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, weshalb dessen Erfüllung in Nachachtung des Anklagegrundsatzes – wenn auch nicht zu begründen – doch wenigstens zu behaupten sei. Das Wesentlichkeitserfordernis als zusätzliches äusseres Merkmal der verbotenen Handlung schränke die Strafwürdigkeit einer Geheimnisverletzung ein, denn ohne diese Ergänzung wären selbst Bagatelldfälle strafbar. Das Militärkassationsgericht negierte dennoch die geltend gemachte Verletzung mit der Bemerkung, dieses Merkmal könne nicht unabhängig von demjenigen der Verletzung von Geheimhaltungsinteressen betrachtet werden. Die beiden Merkmale würden sich gegenseitig bedingen. Aus dem angefochtenen Urteil gehe hervor, dass sich die beiden Vorinstanzen mit diesem eingeschränkten Geheimhaltungsbegriff auseinandergesetzt hätten. Der Beschwerdeführer sei somit in die Lage versetzt worden, sich einlässlich damit im Rahmen des Kassationsbeschwerdeverfahrens auseinanderzusetzen, wie er dies aufgrund des erstinstanzlichen Urteils bereits im Appellationsverfahren habe tun können. Deshalb sei ihm durch das nicht ausdrückliche Benennen des erwähnten Erfordernisses in der Anklageschrift kein Rechtsnachteil erwachsen, indem seine Verteidigungsrechte geschmälert worden wären. Es ist fraglich, ob diese Argumentation haltbar ist. Mit diesem Argument könnte man geltend machen, es genüge, in der Anklageschrift zu sagen, Art. 106 Abs. 1 MStG sei verletzt, wenn sich ein professioneller Verteidiger und die gerichtlichen Instanzen in der Folge eingehend mit den Tatbestandsmerkmalen dieser Norm auseinandersetzen. Eine nicht den Vorschriften entsprechende Anklageschrift kann m. E. (unbedeutende Mängel vorbehalten) nicht dadurch geheilt werden, dass sich der Verteidiger und das Gericht im Verfahren mit den einzelnen Elementen der zur Diskussion stehenden Norm befassen.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2005

Gerhard Fiolka

Dr. iur., Lektor für Strafrecht an der Universität Freiburg

A. Entscheidungsübersicht

I. EMRK/CEDH

1. Ehrverletzender Vorwurf gegenüber Polizeichef (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, 17.12.2004, Pedersen & Baadsgaard c. Dänemark, Nr. 49017/99; *medialex* 2005, 46 m. Anm. F. ZELLER; zum Sachverhalt und zum Urteil der 1. Kammer vgl. *medialex* 2003, 177)

2. Übermässige staatliche Sanktionen nach Ehrverletzung (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, 17.12.2004, Cumpăna & Mazare c. Rumänien, Nr. 33348/96; *medialex* 2005, 47 m. Anm. F. ZELLER)

3. Wiedergabe dubioser Medienäusserungen (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 2. Kammer, 6. 9. 2005, Salov c. Ukraine, Nr. 65518/01; *medialex* 2005, 232)

4. Rechtmässige Bestrafung einer grünen Politikerin wegen Ehrverletzung (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 3. Kammer, Zulässigkeitsentscheid, 17.11.2005, Gabriele Metzger c. Deutschland, Nr. 56720/00; *medialex* 2006, 57)

5. Lästerung des Propheten in türkischem Roman (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 2. Kammer, 13.9.2005, I. A. c. Türkei, Nr. 42571/98; *medialex* 2005, 232 m. Anm. F. ZELLER)

6. Unverhältnismässige Bestrafung eines Journalisten (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 2. Kammer, 31.1.2006, Giniewski c. Frankreich, Nr. 64016/00; *medialex* 2006, 56)

7. Unverhältnismässige Beeinträchtigung der Medienfreiheit (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 19.1.2006, Albert – Engelmann Gesellschaft mbH c. Österreich, Nr. 46389/99; *medialex* 2006, 56)

8. Strafbare Publikation aus Untersuchungsakten (Art. 10 Abs. 2 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 24.11.2005, Tourancheau & July c. Frankreich, Nr. 53886/00; *medialex* 2006, 55, m. Anm. F. ZELLER)

9. Unverhältnismässige Strafe wegen Contempt of court (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, 15.12.2005, Kyprianou c. Zypern, N° 73797/01; *medialex* 2006, 54)

10. Kein Redaktionsgeheimnis für verdeckte Recherche (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, Zulässigkeitsentscheid, 8.12.2005, Nordistik Film & TV A/S c. Dänemark, Nr. 40485/02; *medialex* 2006, 53, m. Anm. F. ZELLER)

11. Behördliche Bildweitergabe unrechtmässig (Art. 8 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, 11.1. 2004, Sciacca c. Italien, Nr. 50774/99; *medialex* 2005, 49 m. Anm. F. ZELLER)

12. Prominente Gattin eines Straftäters (Art. 8 und 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, 16.1.2004, Karhuvaara & Iltalehti c. Finnland, Nr. 53678/00; *medialex* 2005, 49 m. Anm. F. ZELLER)

13. Missachtung des Anspruchs auf Rechtsschutz (Art. 6 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, 6.12.2005, Ielo c. Italien, Nr. 23053/02; *medialex* 2006, 57)

14. Parlamentarische Immunität als unzulässige Schranke des Rechtsschutzes (Art. 6 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 20.4.2006, Patrono, Cascini und Stefanelli c. Italien, Nr. 10180/04; *medialex* 2006, 106)

15. Besondere Freiheiten für Vorwürfe im Wahlkampf (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte,

2. Kammer, 11.4.2006, Brasilier c. Frankreich, Nr. 71343/01; *medialex* 2006, 105 m. Anm. F. ZELLER)

16. Besondere Bedeutung des Wahlkampfes (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 6.4.2006, Malisiewicz-Gasior c. Polen, Nr. 43797/98; *medialex* 2006, 106)

17. Unverhältnismässige Geldbusse für Beamten wegen Ehrverletzung (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1. Kammer, 20.4.2006, Raichinov c. Bulgarien, Nr. 47579/99; *medialex* 2006, 106)

18. Verurteilung einer Chefredakteurin für von ihr nicht verfasste Beiträge (Art. 10 EMRK). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 2. Kammer, 7.3.2006, Hocaogullari c. Türkei, Nr. 77109/01; *medialex* 2006, 106)

19. Verurteilung eines Journalisten wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung unverhältnismässig (Art. 10 EMRK, Art. 24 und 320 StGB). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, Dammann c. Schweiz, Nr. 77551/01; *medialex* 2006, 99 m. Anm. F. RIKLIN; zur Vorgeschichte vgl. *medialex* 2001, 160 ff.)

20. Unverhältnismässige Verurteilung wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 10 EMRK, Art. 293 StGB). (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 4. Kammer, Stoll c. Schweiz, Nr. 69698/01; *medialex* 2006, 93 m. Anm. F. ZELLER)

II. StGB/CP

1. Ehrverletzung durch assoziierende Berichterstattung (Art. 173 StGB). (BGE 131 IV 160)

2. Strafflose Ehrverletzung durch Anwalt vor Gericht (Art. 173 und 32 StGB). (BGE 131 IV 154; *medialex* 2005, 164)

3. Geltung der schweizerischen Strafgesetzgebung in räumlicher Hinsicht: Ubiquitätsprinzip (Art. 3 und 7 StGB, in Bezug auf Art. 173 f. StGB). (Cour de Cassation de Genève, 26.11.2004; SJ 2005 I 461; *Rechtsprechung in Strafsachen*, 2006, 33, Nr. 2)

4. Genauigkeit des Strafantrags bei Ehrverletzungen (Art. 177 StGB). (BGE 131 IV 97; *medialex* 2006, 110 m. Anm. F. RIKLIN)

5. Begriff der Pornographie (Art. 197 Abs. 3 StGB). (Bundesgericht, 12.10.2005, 6S.315/2005; *plädoyer* 6/2005, 76)

6. Internet-Download von harter Pornographie als Herstellung (Art. 197 Abs. 3 StGB). (BGE 131 IV 16; *medialex* 2004, 227 m. Anm. G. FIOKA)

7. Pornographie im Internet (Art. 197 Abs. 1 StGB). (Bundesgericht, 3.6.2005, 6S.26/2005; *plädoyer* 5/2005, 68)

8. Besserer Jugendschutz bei Internetauftritten (Art. 197 StGB). (BGE 131 IV 64; *medialex* 2005, 110 m. Anm. G. FIOKA)

9. Keine illegale rassistische Medieninformation (Art. 261bis Abs.4 StGB, 4; Art. 10 EMRK). (BGE 131 IV 23; *medialex* 2005, 52 m. Anm. G. FIOKA)

10. Rassistische Äusserungen (Art. 179^{septies}, 179^{octies}, 261bis und 321^{ter} StGB; Art. 3 Abs. 2 lit. f BüPF, Art. 73 Abs. 2 und 212 Abs. 2 FR-StPO). (Kantonsgericht Freiburg, Straffappellationshof, 24.4.2003, RFJ/FZR 2003)

III. UWG/LCD

1. Article de presse dénigrant: atteinte à la personnalité économique admise (Art. 3lit. a, 9 LCD; Art. 28 CC). (Cour de justice de Genève, 24.6.2005, ACJ/C/835/05; *medialex* 2006, 58)

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

IV. MStG/CPM

1. **Verurteilung wegen Verletzung militärischer Geheimnisse.** (Militärappellationsgericht 2, 8.6.2005; *medialex* 2005,166)

V. Strafprozessrecht/Droit de procédure pénal

1. **NZZ am Sonntag muss Quelle nicht bekannt geben.** (17 Abs. 3, 29 Abs. 2 BV; Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB). (Bundesgericht, 11.5.2006, 6P.45/2006 und 6S.89/2006, zur Prozessgeschichte *medialex* 2005, 158 m. Anm. F. RIKLIN; *plädoyer* 6/2005, 85) wird separat besprochen.

2. **Information der Öffentlichkeit über Strafverfahren bei Aktion Genesis.** (Bundesgericht, 18.7.2005, 1P.104/2005 und 1P.108/2005)

VI. Strafvollzug/Exécution des peines

1. **Ablehnung der Produktion von Fernsehaufnahmen mit einer Insassin in den Anstalten Hindelbank** (Bundesgericht, 29.11.2005, 6A.47/2005 und 6.2.2006, 1P.772/2005; *medialex* 2006, 107)

2. **Briefzensur bei Strafgefangenen.** (Verwaltungsgericht Zürich, 4. Kammer, 25.5.2005, VB.2004.00544; ZBI 2005, 575-586)

B. Bemerkungen

Bei der Fülle im letzten Jahr ergangener medienrechtlich relevanter Entscheidungen versteht sich wohl von selber, dass bei der Kommentierung eine Auswahl getroffen werden muss. Insbesondere sei auf die bereits in *medialex* erschienen Urteilsanmerkungen verwiesen.

I. EMRK

Die behandelten Entscheide befassen sich überwiegend mit der Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK, welche bekanntlich nach Art. 10 Abs. 2 EMRK aus einer Reihe von Gründen auch durch Straftatbestände eingeschränkt werden darf.

Die Strassburger Organe betrachteten in den folgenden Fällen die Meinungsäusserungsfreiheit einschränkende Strafurteile als mit Art. 10 EMRK vereinbar: Die Verurteilung zweier dänischer Fernsehjournalisten wegen eines ehrverletzenden Beitrags über einen Polizeichef, worin unsorgfältige Vorwürfe erhoben wurden (Entscheid I/1); die Verurteilung einer grünen Politikerin in Deutschland wegen Ehrverletzung, die ca. 30 Mitglieder einer Bürgerinitiative, welche sich gegen ein Heim für Geistesranke wehrten, u.a. als Nazis betitelte (Entscheid I/4); die Verurteilung wegen Lästerung des Propheten des türkischen Verlegers eines Romans, worin Mohammed beleidigt wurde (Entscheid I/5); die Verurteilung einer türkischen Chefredakteurin zu einer Geldbusse für von ihr nicht verfasste Beiträge, welche geeignet waren, die Gewalt in der Türkei zu fördern (Entscheid I/18) sowie die Verurteilung eines französischen Journalisten wegen vorprozessualer Publikation von Verfahrensakten aus der gerichtlichen Voruntersuchung (Entscheid I/8: das französische Verbot, vor dem Prozess die Verfahrensakten wörtlich zu zitieren, wurde als legitimes Mittel zur Wahrung der Unabhängigkeit der Justiz nach Art. 10 Abs. 2 EMRK qualifiziert).

Ins Auge sticht aus schweizerischer Sicht der Entscheid I/5, worin eine Verurteilung eines Verlegers wegen «Lästerung des Propheten» gutgeheissen wurde. Im Bereich der Einschränkung religionskritischer bzw. blasphemischer Äusserungen ist der EGMR grosszügiger als in anderen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens. Der Entscheid kam indes knapp (mit einer Mehrheit von 4:3) zustande, so dass die Toleranz des EGMR gegenüber religiöser Intoleranz wohl nicht in Stein gemeisselt ist. Man macht es sich aber wohl doch zu einfach, wenn man einfach den Export einer westlichen Konzeption postuliert, wonach nur grobe Verletzungen religiöser Gefühle mit Strafe bedroht werden sollen (vgl. etwa Art. 262 StGB): Letzten Endes dient die Reglementierung religiöser Diskurse dem Selbstschutz des Staates. Gerade in einem durch religiöse Fundamentalismen herausgeforderten laizistischen Staat kann es Gründe dafür geben, religiöse Diskurse zu reglementieren, um allzu heftige öffentliche Kontroversen über religiöse Themen zu vermeiden.

Um Verstösse gegen Art. 10 EMRK ging es in folgenden Fällen: Die Verurteilung einer rumänischen Journalistin zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 7 Monaten wegen eines Ehrverletzungsdelikts wurde als unverhältnismässig beurteilt, da Freiheitsstrafen für Mediendelikte nur in Ausnahmefällen («hate speech») mit Art. 10 EMRK vereinbar seien (Entscheid I/2); die Verurteilung eines ukrainischen Wahlkämpfers zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 5 Jahren und einem Berufsverbot wegen der Verteilung von 8 Exemplaren einer Zeitung mit einer gefälschten Erklärung eines Parlamentssprechers, wonach der Präsident gestorben und heimlich durch einen Doppelgänger ersetzt worden sei, wurde ebenfalls als unverhältnismässig beurteilt (Entscheid I/3); die Verurteilung eines französischen Journalisten wegen öffentlicher Beleidigung einer Gruppe wegen ihrer religiösen Zugehörigkeit verletzte die Meinungsäusserungsfreiheit, da der Journalist lediglich die Doktrin der katholischen Kirche und die Ursachen des Holocaust engagiert diskutiert habe, ohne religiöse Überzeugungen als solche anzuprangern (Entscheid I/6); eine Bestrafung wegen kritischer Äusserungen über einen papstkritischen Generalvikar in einem Leserbrief in einer österreichischen Zeitung wurde als unverhältnismässige Beschränkung der Medienfreiheit gewertet (Entscheid I/7); die Bestrafung eines Chefredakteurs und eines Verlegers einer finnischen Tageszeitung zu einer Busse von 80 Tagessätzen und zu Entschädigungen von 30000 Euro, die eine Parlamentarierin in einem Bericht über ein Delikt ihres Ehemannes sehr prominent darstellten, obwohl sie damit gar nichts zu tun hatten, ging zu weit, weil an der Information zumindest ein untergeordnetes öffentliches Interesse bestand und da die Grenzen zulässiger Kritik an Politikern weiter gezogen seien als bei Normalbürgern (Entscheid I/12); die Bestrafung eines bulgarischen Beamten, der an einer Sitzung einen Staatsanwalt als «nicht sauber» bezeichnet hatte, mit einer Geldstrafe wurde als unverhältnismässig betrachtet, weil die Verwaltung zunächst zu zivilrechtlichen oder disziplinarischen Mitteln hätte greifen sollen (Entscheid I/17); Verurteilungen von Politikern wegen ehrverletzender Äusserungen

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

über Konkurrenten im Wahlkampf zu einer Geldstrafe von einem Euro (in Frankreich, Entscheid I/15) bzw. zu einer bedingten Freiheitsstrafe (in Polen, Entscheid I/16) betrachtete der Gerichtshof als unzulässig, da die Meinungsäusserungsfreiheit im politischen Meinungskampf nicht ohne zwingende Gründe eingeschränkt werden und Politiker schärfer kritisiert werden dürften als Normalbürger; schliesslich wurde eine sofort vollstreckte Freiheitsstrafe von 5 Tagen gegen einen zypriotischen Rechtsanwalt wegen Contempt of Court, der in einer Gerichtsverhandlung in impulsiver und wenig respektvoller Art Kritik an den Richtern vorbrachte als unverhältnismässig betrachtet, da diese Strafe die Anwaltschaft von der pflichtgemässen Erfüllung ihrer Verteidigungsaufgabe abschrecken könnte (chilling effect, Entscheid I/9).

Inhaltlich fällt zunächst auf, dass der Gerichtshof viel eher einschreitet, wenn Staaten Meinungsäusserungen über religiöse Würdenträger und Institutionen unterbinden wollen (vgl. Entscheide I/6 und I/7), als wenn die Äusserungen direkt religiöse Gefühle verletzen (vgl. Entscheid I/5). Dies hängt auch damit zusammen, dass die politische Auseinandersetzung einen sehr hohen Stellenwert genießt und im politischen Meinungskampf Ehrverletzungen mit grösserer Zurückhaltung anzunehmen sind als in anderen Lebensbereichen (Entscheide I/15 und I/16). Weiter ist zu beachten, dass der Gerichtshof immer auch die Sanktionshöhe berücksichtigt. Es wäre durchaus denkbar, dass in den Fällen I/2, I/3 und I/12 bei geringeren Sanktionen keine Verletzungen von Art. 10 EMRK festgestellt worden wären. Dies erschwert es jedoch, materiell festzulegen, wann der EGMR denn nun wirklich eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit annimmt.

In zwei Fällen stellte der Gerichtshof Verstösse der Schweiz gegen Art. 10 EMRK fest.

Im Entscheid I/19 geht es um den Reporter, der wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung verurteilt worden war, weil er einer Verwaltungsangestellten der Staatsanwaltschaft Zürich die Frage gestellt hatte, ob eine im Zusammenhang mit dem Fraumünsterpostraub festgenommene Person vorbestraft sei. Der Gerichtshof erachtet diese Verurteilung als unzulässig, da die Information von öffentlichem Interesse war, es sich um Informationen handelte, die auch auf anderem Wege hätten beschafft werden können und es sich lediglich um ein Vorstadium der Veröffentlichung handelte. Ferner hielt das Gericht fest, dass es den Vertragsstaaten obliege, ihre Verwaltung so zu gestalten, dass keine vertraulichen Daten herausgegeben würden. Der EGMR kümmert sich nicht um die Einzelheiten der nationalen Rechtsordnungen. So lässt sich dem Urteil auch nicht entnehmen, wie der Entscheid im nationalen Recht umgesetzt werden soll. In der schweizerischen Strafrechtsdogmatik lassen sich dafür verschiedene Ansätze entwickeln (vgl. F. RIKLIN, *medialex* 2006, 102 f.; F. RIKLIN, Anstiftung durch Fragen, *Goltdammer's Archiv* 2006, 361 ff.).

Der Entscheid I/20 befasst sich mit dem Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

(Art. 293 StGB). Im konkreten Fall ging es um die Verurteilung eines Journalisten, der Inhalte eines geheimen Strategiepapiers veröffentlichte, worin der schweizerische Botschafter in den USA sich recht unverblümt zum damaligen Konflikt um die Vermögenswerte von Holocaust-Opfern bzw. die Rolle der Schweiz im 2. Weltkrieg äusserte. Nach der Veröffentlichung kam es zu diplomatischen Verwicklungen und der Journalist wurde nach Art. 293 StGB zu einer Geldbusse von 800 Franken verurteilt. Der EGMR erblickt in dieser Verurteilung einen Verstoss gegen Art. 293 StGB. Dies mit der Begründung, es sei nicht erwiesen, dass das preisgegebene Geheimnis von derart hoher Bedeutung gewesen sei, dass das Geheimhaltungsinteresse einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit rechtfertige, woran auch die relativ geringe Sanktion nichts ändere. Art. 293 StGB ist eine problematische Norm, denn letztlich wird hier regelmässig ein Journalist bestraft, der ein Geheimnis an die Öffentlichkeit bringt, während man an den Geheimnisträger, der sein Amtsgeheimnis verletzt hat (Art. 320 StGB) nicht herankommt. Art. 293 StGB wäre denn auch beinahe abgeschafft worden, hätte das Parlament dies nicht verhindert. In seiner heutigen Gestalt schützt Art. 293 StGB primär Amtsträger vor Peinlichkeiten und wird ungleichmässig angewandt (vgl. G. FOLKA, Art. 293 N 5 ff. in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Basel 2003). Der nun vorliegende Entscheid ist allerdings nicht der von manchen herbeigesehnte Todesstoss für Art. 293 StGB, sondern kompliziert die Lage dadurch, dass ein zusätzliches, schwierig zu handhabendes Kriterium eingefügt wird: Die Bedeutung des Geheimnisses. Nach Art. 293 Abs. 3 StGB kann ohnehin bereits von Strafe abgesehen werden, wenn das Geheimnis «von geringer Bedeutung ist». Die praktische Bedeutung dieser Klausel ist bislang gering. Die Anwendung von Art. 293 StGB ist demgegenüber auch aus der Sicht des Gerichtshofs legitim, wenn das Geheimnis von grosser Bedeutung ist. Heikel bleiben mithin die Fälle mittelmässig bedeutsamer Geheimnisse: Sie passen dem Wortlaut nach nicht unter Art. 293 Abs. 3 StGB, die Sanktionierung nach Art. 293 Abs. 1 StGB ist jedoch ein unzulässiger Eingriff in Art. 10 EMRK. Möchte man Art. 293 StGB mit Art. 10 EMRK harmonisieren, wird man die Bedeutung des veröffentlichten Geheimnisses zum Tatbestandsmerkmal von Art. 293 Abs. 1 StGB erheben müssen, was beträchtliche Auslegungsprobleme nach sich zieht. In anderer Hinsicht lässt sich aus dem Entscheid aber ein interessanter Schluss ziehen: Der formelle Geheimnisbegriff gerät zunehmend unter Druck. Die Bedeutung eines Geheimnisses, welches materiell nicht mehr geheim ist, kann wohl nicht allzu gross sein. Entsprechend würde eine Sanktionierung nach Art. 293 StGB wegen der Veröffentlichung von Gegenständen, für welche zwar ein formeller Geheimhaltungsbeschluss besteht, die jedoch materiell nicht mehr geheim sind, gegen Art. 10 EMRK verstossen. Anders als das Bundesgericht in BGE 126 IV 236 annahm, strahlt die Rechtsprechung i.S. *Fressoz/Roire c. Frankreich* (21.1.1999, Nr. 29183/95) also auch auf die Auslegung von Art. 293 StGB aus (vgl. FOLKA, a.a.O., Art. 293 N 21).

Dass der Gerichtshof nicht ausschliesslich Verurteilungen bemängelt, sondern bisweilen auch mangelnden Rechtsschutz, zeigt sich in den Entscheid I/13 und I/14: In beiden Fällen ging es um italienische Parlamentarier, welche schwere Vorwürfe gegen Staatsanwälte bzw. Richter erhoben. Die Angegriffenen hatten aufgrund der parlamentarischen Immunität keine Möglichkeit, gegen die Äusserungen vorzugehen. Dies wurde als Verstoss gegen Art. 6 EMRK gewertet, da kein hinreichender Bezug der Äusserungen zur parlamentarischen Tätigkeit bestanden habe.

Der Entscheid I/10 befasste sich mit dem Quellenschutz. Im konkreten Fall ging es um Bilder, die Journalisten mit versteckter Kamera angefertigt hatten. Solche Bilder werden vom Quellenschutz nicht erfasst, da die gefilmten Personen nicht aus freien Stücken an der Information mitwirkten. Ferner bestand ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Auswertung der Quelle durch die Justiz.

Im Entscheid I/11 wurde eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Achtung des Privatlebens) festgestellt. Diese bestand darin, dass italienische Behörden anlässlich einer Festnahme angefertigte Bilder von (nichtprominenten) Tatverdächtigen an die Medien gaben, welche sie in der Folge auch publizierten. Dafür bestand im italienischen Recht keine rechtliche Grundlage.

II. Ehrenschutz (Entscheide II/1 bis II/4)

Im Entscheid II/1 (BGE 131 IV 160) ging es um einen sich über mehrere Seiten erstreckenden Bericht in der Sonntagszeitung «Il Caffè» unter dem Titel «Corruzione a Palazzo. Ecco i nuovi intrighi» (in Anlehnung an Ugo Betti: Korruption im [Justiz-]Palast, Hier die neuen Intrigen). Im Bericht wurde eine sog. «G. Connection» thematisiert und graphisch besonders hervorgehoben, wobei G. zu diesem Zeitpunkt in Untersuchungshaft sass und in der Folge u.a. wegen Geldwäscherei und Betäubungsmitteldelikten zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt wurde. Dieser Bericht enthielt mehrere Photos des Kantonsbeamten D., der zwar mit G. gut bekannt, in die thematisierten Delikte jedoch nicht verwickelt war. D. fühlte sich dadurch in seiner Ehre verletzt. Auch das Bundesgericht bejahte in diesem Fall eine Ehrverletzung. Es führte zunächst aus, dass die Ehrverletzungsdelikte zwar mit Blick auf die Medienfreiheit ausgelegt werden müssten, Journalisten dabei aber kein besonderes Privileg zukomme (E. 3.3.2). Bei der Auslegung einer potentiell ehrverletzenden Äusserung sei nicht auf die Auffassung des direkt Betroffenen abzustellen, sondern auf die eines unbeteiligten Durchschnittslesers. Es sei damit zu rechnen, dass ein Durchschnittsleser den Artikel nicht detailliert studiere, sondern ihn teilweise überfliege, wodurch Titeln, graphischen Hervorhebungen und Bildern ein besonderes Gewicht zukomme. Durch die Gestaltung des Artikels werde der Eindruck erweckt, D. sei direkt in die deliktischen Geschehnisse verwickelt. Das Bundesgericht sagte jedoch zugleich, dass bloss zufällige, mehr oder minder suggestive Zusammen-

hänge zwischen Artikeln nicht genügen, sondern eine Ehrverletzung erst dann erreicht werde, wenn der Eindruck durch bestimmte graphische Darstellungsweisen (hier etwa einen «Button» und Photos) herbeigeführt werde.

Dieser - im Ergebnis zutreffende - Entscheid macht deutlich, dass bei Gedankenäusserungsdelikten nicht nur das Gesetz ausgelegt werden muss, sondern auch eine Äusserung, welche regelmässig einem nichtjuristischen Kontext entspricht. Dabei wird auf die Figur eines unbeteiligten Durchschnittslesers abgestellt. Bei Lichte besehen kann es einen solchen Leser jedoch gar nicht geben, da der Rezeptionsvorgang vom Rezipienten nicht gelöst werden kann. Der Durchschnittsleser ist somit primär ein rhetorisches Vehikel zur Vermittlung normativer Inhalte (dazu ausführlich G. FIOLEA, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, Jusletter 24. Juli 2006, <http://www.weblaw.ch>, Rz. 35 ff.).

Der Entscheid II/2 (BGE 131 IV 157) handelt von einem Anwalt, welcher in einem Plädoyer in einem Gerichtsverfahren sagte, die Mittel, welche sein Prozessgegner einsetze, seien «nicht schön und nicht legal». Diese Aussage ist nach Auffassung des Bundesgerichts nicht strafbar. Sie ist zwar ehrverletzend i.S.v. Art. 173 StGB (E. 1.2), kann jedoch durch die Berufspflicht des Anwalts nach Art. 32 StGB gerechtfertigt werden. Der Anwalt ist verpflichtet, einseitig im Sinne des Klienten tätig zu werden. Ehrverletzende Äusserungen von Parteien und Rechtsanwältinnen im Prozess sind gerechtfertigt, sofern sie sachbezogen sind, nicht über das Notwendige hinausgehen, nicht wider besseres Wissen erfolgen und bloss Vermutungen als solche bezeichnen (E. 1.3.1). Die Äusserung im konkreten Fall wurde (etwa im Vergleich zu «Gangstermethoden» oder «kriminellen Machenschaften») als relativ zurückhaltend betrachtet, wenn auch als etwas pauschal. Diese Pauschalisierung sei jedoch lediglich eine strafrechtlich nicht ausschlaggebende Übertreibung oder Zuspitzung (E. 1.4.2).

Ehrverletzungsdelikte setzen einen Strafantrag voraus. Im Entscheid II/4 (BGE 131 IV 97) wurde geklärt, wie präzise dieser Strafantrag sein muss. Das Bundesgericht entschied, dass sich der Strafantrag nicht auf jedes einzelne Schimpfwort beziehen muss, sondern dass im Strafantrag genannte Schimpfworte auch beispielhaften Charakter haben können.

III. Räumlicher Anwendungsbereich des StGB (Entscheid II/3)

Nach Art. 3 StGB ist das StGB anwendbar auf Handlungen, die in der Schweiz verübt wurden. Das sog. Ubiquitätsprinzip in Art. 7 StGB legt fest, dass als Begehungsort einerseits der Ort gilt, wo der Täter die deliktische Handlung durchführt (Handlungsort), andererseits aber auch der Ort, wo der Erfolg eintritt (Erfolgort). Ein vom Handlungsort unabhängiger Erfolgort besteht nur, wenn der Tatbestand einen von der Tathandlung abschichtbaren Erfolg enthält, also

ein Geschehen in der Aussenwelt, welches durch die Tat handlung zwar typischerweise, aber eben nicht zwingend herbeigeführt wird (dazu eingehend G. FIOŁKA, Das Rechtsgut, Basel/Genf/München 2006, Bd. 2, 566 ff.). In Bezug auf Äusserungsdelikte stellt sich nun die dornenvolle Frage: Stellt die Kenntnissnahme (z.B. eines ehrverletzenden Interviews in einer Zeitung oder im Fernsehen auf Mauritius) durch Menschen in der Schweiz bereits einen solchen Erfolg dar? Das Genfer Obergericht hatte sich damit in Entscheid II/3 zu befassen, mochte jedoch aufgrund der unübersichtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts in dieser Frage ganz offensichtlich nicht Stellung dazu nehmen, ob Ehrverletzungsdelikte nun Erfolgsdelikte sind oder schlichte Tätigkeitsdelikte. Erstere Position könnte zur Begründung einer Zuständigkeit nicht nur der Schweiz, sondern aller Staaten der Erde auf Äusserungen im Internet führen, was den, der etwas im Internet publizieren möchte, mit schwer kalkulierbaren rechtlichen Risiken belastet. Das Gericht stellte demnach darauf ab, ob das Zielpublikum der Äusserung in der Schweiz liegt. Im konkreten Fall ging es wie angetönt um Zeitungen sowie um ein Fernsehprogramm aus Mauritius, welches in der Schweiz nur über Satellit zu empfangen ist. Das Gericht ging davon aus, dass das Zielpublikum dieser Medien nicht in der Schweiz liege, weswegen es die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts verneinte. Dieser Entscheid ist zunächst deswegen problematisch, weil das Kriterium des Gerichts lediglich bei Zeitungen und Fernsehkanälen entlegener Orte leidlich funktioniert. Beim allgemein zugänglichen Internet lässt sich jedoch kaum je sagen, an wen sich eine Website denn nun eigentlich richtet, wenn sie nicht in einer völlig exotischen Sprache verfasst ist. Das Hauptproblem ist jedoch, dass die Auslegung des Gerichts nicht mehr viel mit Art. 7 StGB zu tun hat, sondern primär von einem als vernünftig erachteten Ergebnis her entwickelt wurde. Art. 7 StGB stellt klar auf den Erfolgsort ab. Man kommt also nicht um die Entscheidung herum, ob Art. 173 StGB ein Erfolgsdelikt sein soll oder nicht. Da es bei Art. 173 ff. StGB auf die Verletzung eines Einzelnen (in seinem Ansehen, aber auch in seinen Gefühlen) ankommt, lässt sich Art. 173 mit guten Gründen (relationales Äusserungsdelikt, vgl. FIOŁKA, a.a.O., 569 ff.) als Erfolgsdelikt bezeichnen, ohne dass man bei anderen Delikten (z.B. Art. 261^{bis} StGB, nonrelationale Äusserungsdelikte) zwingend gleich verfahren müsste.

IV. Pornographie (Entscheide II/5-II/8)

Die Entscheide zur Pornographie betreffen zwei Themenkomplexe: Die Definition der Pornographie einerseits, die Verbreitung über das Internet andererseits.

Im Entscheid II/8 (BGE 131 IV 64) finden sich Ausführungen über den Begriff der (weichen) Pornographie. In diesem Entscheid stützte sich das Bundesgericht auf Auffassungen aus der Lehre, wonach die Darstellungen objektiv auf sexuelle Erregung des Betrachters ausgerichtet sein müssen und in ihnen Sexualität so stark aus ihren mensch-

lichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt werden muss, dass die jeweilige Person als blosses, jederzeit verfügbares Sexualobjekt erscheinen muss. Weiche Pornographie sei ohne besondere Betonung des Geschlechtsteils kaum denkbar. In Entscheid II/5 ging es um Darstellungen von Kindern (Brustbild eines nackten Kindes sowie Bild des Schossbereichs eines bekleideten Kindes), welche - obwohl vom Täter nachweislich zur sexuellen Erregung verwendet - nicht als pornographisch klassifiziert wurden, da sie objektiv nicht auf sexuelle Erregung ausgerichtet waren. An diesen Beispielen wird ersichtlich, dass sich der Begriff der Pornographie nur unzulänglich abstrakt erfassen lässt, da sexuelle Erregung einer intersubjektiven Betrachtung kaum zugänglich ist (vgl. G. FIOŁKA, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, Jusletter 24. Juli 2006, <http://www.weblaw.ch>, Rz. 64 ff.).

Im Entscheid II/6 (BGE 131 IV 16) qualifizierte das Bundesgericht den Download harter Pornographie als ein Herstellen i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB, weil auf der Festplatte des Nutzers eine Kopie hergestellt wird. Daran ist unglücklich, dass damit das System von Art. 197 StGB durcheinandergewirbelt wird, denn eigentlich wollte der Gesetzgeber den Download mit Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB erfassen und privilegieren. Besondere Verwerfungen ergeben sich im Bereich der Exkrementenpornographie. Eigentlich sollte der Download von Exkrementenpornos straflos bleiben und wurde nicht in Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB aufgenommen. Mit dieser Rechtsprechung wird er nun - als Herstellung - durch Art. 197 Ziff. 3 StGB gleichwohl wieder erfasst (vgl. dazu G. FIOŁKA, *medialex* 2004, 228 f.; M. A. NIGGLI, Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, Jusletter 1. November 2004, <http://www.weblaw.ch>).

In den Entscheiden II/7 und II/8 (BGE 131 IV 64) legte das Bundesgericht klar fest, dass derjenige, der (weiche) Pornographie auf dem Internet publiziert, diese auch Personen unter 16 Jahren zugänglich macht und damit Art. 197 Ziff. 1 StGB erfüllt. Daran ändert weder das Vorschalten einer Disclaimerseite mit Warnung vor pornographischen Inhalten etwas (Entscheid II/8), noch der Passwortschutz, wenn das Passwort dann ohne Altersnachweis abgegeben wird (Entscheid II/7).

V. Rassendiskriminierung (Entscheide II/9 und II/10)

Nachdem voriges Jahr die Klärung des Öffentlichkeitsbegriffs in BGE 130 IV 111 Wellen geworfen hatte, hat sich die Diskussion um Art. 261^{bis} StGB wieder etwas beruhigt.

Entscheid II/10 ist ein relativ klarer Fall. Der Täter schrieb in einem Diskussionsforum im Internet, mit der heutigen Regierung im 2. Weltkrieg wären einige hunderttausend Juden mehr durchgefüttert worden, bis auch die Schweizer verhungert wären, wenn Hitler nicht vorher seine bewaffneten Friedenssicherer geschickt und dann alle Juden entsorgt hätte. Dies erfüllt den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4: Die Juden

werden durch die Beschreibung als entsorgungswürdig in ihrer Menschenwürde herabgesetzt. Weiter deutete er an, «Balkanesen» verkauften Drogen an Schulkinder, trieben Schutzgelder ein, kauften Waffen, machten Nachtlärm und beteiligten sich an Raufhändeln und Landfriedensbrüchen. Eine derart massierte Verknüpfung der angesprochenen Gruppe mit Kriminalität setzt diese in einer die Menschenwürde verletzenden Weise herab. Dass die «Balkanesen» keine einheitliche Ethnie darstellen, führt nicht dazu, dass diese Gruppenbezeichnung aus dem Schutzbereich von Art. 261^{bis} StGB herausfiele, da es sich dabei um einen Sammelbegriff für verschiedene Ethnien aus Südosteuropa handelt.

Im Entscheid II/9 (BGE 131 IV 23) ging es um Aussagen von Jürg Scherrer in einer Medienmitteilung der Freipartei, wonach die sog. Flüchtlinge aus dem Kosovo einen unverhältnismässig hohen Anteil an der zunehmenden Gewaltbereitschaft und Kriminalität in der Schweiz hätten, weswegen die FPS die Rückschaffung der Einwanderer aus dem Kosovo innert der ursprünglich verfügten Frist verlange. Das Bundesgericht sprach Scherrer frei, da aus dem Text für den Durchschnittsleser nicht hervorgehe, dass die Gleichwertigkeit der Kosovaren als Menschen in Frage gestellt werde. An diesem Entscheid ist zunächst problematisch, dass das Bundesgericht offenbar annimmt, dass im politischen Kontext bisweilen auch überspitzte Kritik zulässig sein müsse. Das impliziert, dass rassistische Äusserungen grundrechtlich geschützt seien, was nicht zutrifft (vgl. Fiolka, *medialex* 2005, 52). Ferner zeigt sich auch hier, dass der rhetorische Topos des Durchschnittsadressaten letztlich bloss normative Setzungen bemäntelt, ohne zur Klärung viel beizutragen: Der Richter wird nie ein unbefangener Durchschnittsadressat sein; wie er sich den unbefangenen Durchschnittsleser vorstellt, hängt von seinen normativen Vorannahmen ab (vgl. dazu G. Fiolka, Äusserungsdelikte: Die strafrechtliche Regulierung von Kommunikation im Lichte der Sprachphilosophie Wittgensteins, *Justletter* 24. Juli 2006, <http://www.weblaw.ch>, Rz. 35ff.).

VI. Quellenschutz (Entscheid V/1)

Der Entscheid V/1 betrifft einen Fall, der für öffentliches Aufsehen gesorgt hat: Am Züricher Universitätsspital wurde einer Patientin ein nicht blutgruppenkompatibles Spenderherz implantiert, worauf diese verstarb. In der NZZ am Sonntag wurde in der Folge gestützt auf anonyme Quellen die These geäussert, der Chefarzt habe absichtlich ein Herz mit falscher Blutgruppe eingesetzt. Nun wollten die Strafverfolgungsbehörden den Journalisten gestützt auf Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB zur Nennung der Informanten verpflichten. Das Bundesgericht hat einen Anspruch auf Offenlegung der Quellen nun verneint. Zwar handelt es sich bei vorsätzlicher Tötung um eine Katalogtat nach Art. 27^{bis} Abs. 2 StGB, indes sei eine Durchbrechung des Quellenschutzes, der als Eckpfeiler der Pressefreiheit bezeichnet wurde, in diesem Fall unverhältnismässig, da der durch die Berichter-

stattung genährte Anfangsverdacht nur relativ schwach sei, dass das fragliche Delikt in der Untersuchung schon weitgehend aufgeklärt sei, und dass zweifelhaft sei, ob der Zeugen aussage des Journalisten überhaupt noch massgebliche Beweiskraft zukäme. Dieses Urteil wird in dieser Ausgabe von *Medialex* einlässlich durch F. RIKLIN besprochen.

VII. Behördliche Information über Strafverfahren (Entscheidung V/2)

Im Zuge der Aktion «Genesis» wurde ein Lehrer verdächtigt, Kinderpornographie aus dem Internet bezogen zu haben. Schlussendlich konnte ihm jedoch nicht nachgewiesen werden, dass diese Downloads nach Inkrafttreten von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB stattgefunden hatten, weswegen das Verfahren eingestellt wurde. Im Zuge des Verfahrens wurde jedoch verschiedentlich durch Behörden informiert, wogegen der Lehrer Strafanzeigen wegen Amtsmissbrauch einreichte, welchen keine Folge gegeben wurde. Das Bundesgericht schützte nun die Behörden. Rechtens sei demnach sowohl, dass der Schulpräsident Eltern und Presse informiert habe, der Lehrer werde verdächtigt, «verdächtiges Material» auf seinem PC gespeichert zu haben (Entscheid 1P.104/2005) als auch, dass der Amtsgerichtspräsident den Medien auf Anfrage den vollständigen Einstellungsbeschluss zustellte (Entscheid 1P.108/2005).

VIII. Strafvollzug (Entscheid VI/1 und VI/2)

Grundsätzlich können sich auch Strafgefangene auf die Kommunikationsgrundrechte berufen. Dies zeigt sich etwa am Entscheid VI/2, worin das Verwaltungsgericht Zürich die Anstaltsleitung der Anstalt Pöschwies verpflichtete, Karikaturen, die ein Gefangener an seine Familie und einen ehemaligen Mitgefangenen schicken wollte, weiterzuleiten, obwohl diese zur Veröffentlichung auf einer Website bestimmt und obwohl sie möglicherweise ehrverletzend waren. Das Gericht begründete dies damit, dass die präventive Zensurmassnahme zum Schutze der Rechte der Betroffenen nicht erforderlich sei, da diese die Möglichkeit hätten, im Falle einer Publikation zivil- und strafrechtlich gegen den Autor und gegen den Betreiber der Website vorzugehen. Auch der Schutz des guten Rufes der Anstalt rechtfertige die Zensur nicht.

Die Kommunikationsgrundrechte erstrecken sich hingegen nicht gleichermassen auf Medien, welche Gefangene interviewen möchten. Das Bundesgericht lehnte sowohl eine staatsrechtliche- als auch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Schweizer Fernsehens ab (Entscheid VI/1), welches ein Filminterview mit einer verurteilten Mörderin in Hindelbank durchführen wollte. Es führte aus, dass die Strafanstalt samt Insassinnen gerade nicht zu den «allgemein zugänglichen Quellen» zähle, auf deren Ausschöpfung die Informationsfreiheit Anspruch gebe (1P.772/2005, E. 2), und dass das kantonale Verwaltungsrecht kein Recht auf die Erstellung von Bildaufnahmen gewähre (6A.47/2005). ■