



LE JUGEMENT  
DAS URTEIL

## Zuständigkeit des BAKOM zur Prüfung von politischer Werbung in einem Werbespot

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 14. März 2003  
(nicht rechtskräftig)

*Das BAKOM ist für die Beurteilung von Fragen im Zusammenhang mit der unerlaubten Finanzierung von Radio- und Fernsehprogrammen im Sinne von Art. 18 Abs. 5 RTVG i. V. m. Art. 15 Abs. 1 lit. a RTVV (Verbot der politischer Werbung) innerhalb des Werbeblocks zuständig. Da die Ausstrahlung von Werbespots der Finanzierung des Veranstalters dienen, stellen sich in erster Linie finanzrechtliche Fragen und es geht zumindest auch um die Einhaltung von Finanzierungsvorschriften. Wenn das BAKOM schon im Programm für finanzrechtliche Fragen zuständig ist, muss das erst recht für die Beurteilung von Werbespots gelten.*

*L'OFCOM est compétent pour trancher les questions relatives au financement non autorisé de programmes de radio et de télévision à l'intérieur des blocs publicitaires (art. 18 al. 5 LRTV et 15 al. 1 lit. a ORTV - interdiction de la publicité politique). Etant donné que la diffusion de spots publicitaires profite économiquement au diffuseur, ce sont d'abord les questions financières qui entrent en ligne de compte, et à tout le moins la question du respect des dispositions sur le financement. Puisque l'OFCOM est déjà compétent pour juger des aspects financiers relatifs au programme, cela vaut d'autant plus pour les spots publicitaires.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ab Mitte Februar 2003 strahlte die SRG auf den drei sprachregionalen Senderketten des Schweizer Fernsehens einen Werbespot des «Forums Stromversorgung Schweiz» aus. Dieser zeigt einen Mann und eine Frau in einem Lift. Beide wünschen sich einen Stromausfall. Doch es bleibt beim Wunsch, der Lift erreicht sein Ziel. Mann und Frau gehen in verschiedenen Richtungen davon. Eine Stimme sagt: «Damit das so bleibt, sind Wasserkraft und Kernenergie ein unverzichtbares Paar.» Eingebildet wird eine blaue Seite mit den Aussagen «Wasserkraft + Kernenergie», «Die sichere Stromversorgung» sowie die Internetadresse [www.6040.ch](http://www.6040.ch). Die Ausstrahlung des Spots dauerte bis zur Eröffnung der nachstehend auszugsweise wiedergegebenen Verfügung an.

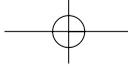
Am 25. Februar 2003 eröffnete das BAKOM ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen die SRG. Es äusserte die Vermutung, dass ein im Werbeblock von TV DRS ausgestrahlter Spot mit Blick auf die bevorstehende Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 gegen das Verbot der politischen Werbung in Art. 18 Abs. 5 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 21. Juni 1991 verstosse.

### Aus den Erwägungen:

(...) **a)** Die SRG bestreitet in ihrer Eingabe vom 7. März 2003 die Zuständigkeit des BAKOM zum Erlass einer auf-

sichtsrechtlichen Verfügung, da es hier um politische Werbung und somit um Fragen der Transparenz sowie der Meinungs- und Willensbildung gehe. Hierfür sei nach der Praxis des Bundesgerichts die Unabhängige Beschwerdeinstanz (UBI) zuständig. Die SRG verweist insbesondere auf die Entscheide BGE 118 Ib 356 ff. (Camel Trophy Watch) und 126 II 7 E. 3 S. 11 (Verkehrssponsoring ACS/TCS). Für die Zuständigkeit des BAKOM bestehe aufgrund dieser Entscheide kein Raum, weder allein noch neben der UBI. Das durch das BAKOM geführte Verfahren sei ohne Ausfällung von Verfahrenskosten einzustellen.

**b)** Dem BAKOM obliegt die allgemeine konzessionsrechtliche Aufsicht über die Radiound Fernsehveranstalter (Art. 56 Abs. 1 RTVG in Verbindung mit Art. 51 RTVV). Die Aufsichtskompetenz ist unter Vorbehalt der eigentlichen Programmaufsicht umfassend. Das Amt prüft, ob die Konzessionäre die einschlägigen internationalen Übereinkommen, das RTVG, die Ausführungsvorschriften und die Konzession einhalten. Diese Aufsicht erstreckt sich auf Fragen der Finanzierung - etwa bei der Durchsetzung der Werbevorschriften -, auf die Einhaltung technischer Bestimmungen, aber auch auf Fragen, welche die Programmgestaltung und somit die Willensbildung des Publikums betreffen können. So musste das BAKOM etwa beurteilen, ob die SRG einen bestimmten Werbespot ablehnen durfte mit dem Argument, es handle sich um politische Werbung (BGE 123 II



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

402 ff.). Ebenso hat das Bundesgericht die Verwaltung für die Beurteilung als zuständig erachtet, ob die SRG auf die Berichterstattung über die Einreichung einer Volksinitiative verzichten durfte (BGE 125 II 624 ff.).

**c)** Die eigentliche Programmaufsicht überträgt das RTVG dagegen der UBI. Die Instanz beurteilt ausgestrahlte Sendungen (Art. 58 Abs. 2 RTVG) daraufhin, ob Programmbestimmungen verletzt worden sind (Art. 65 Abs. 1 RTVG). Bei der Schaffung der UBI wurde nicht eine neue Funktion geschaffen, sondern es ging lediglich darum, einen genau definierten Teil der Rechtsaufsicht auszugliedern (MARTIN DUMERMUTH, *Rundfunkrecht*, in Rolf H. Weber (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht*, Basel 1996, Rz. 433). Die Regelung über die Programmaufsicht umschreibt somit eine genau spezifizierte Ausnahme von der allgemeinen Aufsichtsordnung. Vor diesem Hintergrund erscheint die Zuständigkeit des BAKOM im Rahmen der Aufsicht als Grundsatz- oder Auffangkompetenz, die in bestimmten Fällen durch die Zuständigkeit der UBI verdrängt oder ergänzt wird.

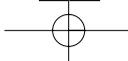
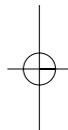
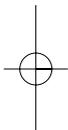
**d)** Die Entstehung und die Funktion der UBI sind vor allem im historischen Kontext zu begreifen. Nachdem in den siebziger Jahren die Beschwerden gegen eine angeblich einseitige Programmgestaltung der SRG zugenommen hatten (dazu etwa ULRICH SAXER, *Fernsehen unter Anklage*, Zürich 1979), sah das zuständige Departement in seiner Aufsichtstätigkeit potentiell die Gefahr einer zu starken Staatsintervention. Es setzte in der Folge eine unabhängige Konsultativkommission zur Beurteilung der Beanstandungen ein und verpflichtete sich, deren Beurteilungsergebnisse als wegleitend für die Aufsichtsentscheide zu akzeptieren. Durch den Bundesbeschluss über die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 7. Oktober 1983 wurde die Konsultativkommission in eine unabhängige Instanz transformiert mit der Befugnis, eigenständig zu entscheiden (zum Ganzen MARTIN DUMERMUTH, *Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz*, Basel 1992, S. 153 ff.). Die Funktion der Programmaufsicht dient zwar den Interessen des Publikums und der unverfälschten Willensbildung, die Ausgliederung dieser Funktion aus der Verwaltung ist aber im Interesse der Veranstalter und zum Schutz ihrer Programmautonomie erfolgt. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der UBI an bestimmte Konstellationen gedacht hat und macht verständlich, warum die Abgrenzung der Zuständigkeit der UBI von der allgemeinen Aufsichtskompetenz namentlich im Bereich der Werbung Schwierigkeiten bereitet.

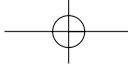
**e)** Eine gefestigte Praxis der Kompetenzabgrenzung zwischen UBI und Verwaltung hat sich vor allem bezüglich bezahlter Werbung etabliert, die innerhalb des Programms und nicht in abgetrennten Werbespots platziert ist (Schleichwerbung, Art. 15 Abs. 2 RTVV). Soweit im Pro-

gramm werbende Effekte auftreten, stellt sich die Frage nach der Manipulation des Publikums, d.h. das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 1 RTVG) ist betroffen und die UBI prüft, ob diese Programmbestimmung verletzt worden ist (BGE 118 Ib 355 f.). Da bei bezahlter Werbung im Programm auch finanzrechtliche Aspekte betroffen sind, welche durch die Programmbestimmungen nicht erfasst werden, bleibt die Zuständigkeit der allgemeinen Aufsichtsbehörde in diesem Punkt bestehen (BGE 114 Ib 154; 118 Ib 360 f.). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist somit in solchen Fällen eine Doppelzuständigkeit der beiden Instanzen möglich.

**f)** Weniger klar präsentiert sich die Situation bei eigentlichen Werbespots, d.h. bei Sequenzen, die vom Programm abgetrennt sind. Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei einem gesendeten Werbespot überhaupt um eine ausgestrahlte Sendung im Sinne von Art. 58 Abs. 2 RTVG handelt, welche der Prüfung durch die UBI unterliegt. Eine Sendung umfasst einen in sich geschlossenen Programmteil (MARTIN DUMERMUTH, *Rundfunkrecht*, in Rolf H. Weber (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht*, Basel 1996, Rz. 448). Gemeint ist in erster Linie das redaktionelle Programm. Nicht zum Programm werden im allgemeinen Werbespots gezählt (FRANZISKA GROB, *Die Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz*, Zürich 1994, S. 96; MARTIN DUMERMUTH, *Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz*, Basel 1992, S. 182 ff.). Auch das Bundesgericht zählt Werbung nicht zum eigentlichen Programm und hält fest, dass die Werbetätigkeit nicht durch den Leistungsauftrag und die Informationsgrundsätze von Art. 4 RTVG erfasst wird (BGE 123 II 409 f.). Das in Art. 4 Abs. 1 RTVG enthaltene Sachgerechtigkeitsgebot hat als Manipulationsverbot zum Ziel, dass sich das Publikum «durch die in einer Sendung vermittelten Fakten und Meinungen ein möglichst zuverlässiges Bild machen kann und damit in die Lage versetzt wird, sich eine eigene Meinung zu bilden» (BGE 121 II 363). Dieses Anliegen wird im Falle von Werbespots in erster Linie durch formale Anforderungen erfüllt. Ins Gewicht fällt hier vor allem die Vorschrift in Art. 18 Abs. 1 RTVG, wonach Spots vom Programm deutlich zu trennen und als Werbung zu kennzeichnen sind (BGE 123 II 410). Das Trennungsgebot sichert hier die Anliegen des Sachgerechtigkeitsgebots (MARTIN DUMERMUTH, *Rundfunkrecht*, in Rolf H. Weber (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht*, Basel 1996, Rz. 274). Da Werbung naturgemäss einseitig ist (BGE 123 II 410), ist es für das Publikum wichtig, dass Transparenz herrscht und es zwischen Werbung und Programm unterscheiden und sich auf einseitige Darstellungen einstellen kann.

**g)** Da die UBI einzig die Einhaltung von Programmbestimmungen überprüft (Art. 65 Abs. 1 RTVG), stellt sich ferner die Frage, ob auch Werbevorschriften unter diese Kategorie fallen. Die Werbebestimmungen regeln in erster Linie





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

kommerzielle Möglichkeiten der Veranstalter. Dies ergibt sich auch bei einer systematischen Betrachtungsweise: Die Werbevorschriften sind im RTVG im Abschnitt «Finanzierung» geregelt und stehen nicht bei den Vorschriften über die «Grundsätze für Radio und Fernsehen», wo die Bestimmungen über die Programmgestaltung enthalten sind (BGE 123 II 410; 126 II 11). Vor diesem Hintergrund stellen Werbevorschriften nicht Programmbestimmungen dar, d.h. ihre Verletzung kann nicht bei der UBI gerügt werden (BGE 114 Ib 206; MARTIN DUMERMUTH, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Basel 1992, S. 194 ff.; 356 f.). Um eine Werbevorschrift und somit nicht um eine Programmvorschrift handelt es sich auch beim Verbot der politischen Werbung (Art. 18 Abs. 5 RTVG). Diese Bestimmung ist auch nicht in erster Linie zum Schutze des Publikums vor Manipulation erlassen worden. Da eine abgetrennte politische Werbung durch das Publikum als solche und in ihrer Einseitigkeit erkannt werden kann, ist die Gefahr der Irreführung geringer als bei nicht sachgerecht gestalteten redaktionellen Sendungen. Das Verbot der politischen Werbung soll sicherstellen, dass der Wettbewerb unter den politischen Akteuren nicht verzerrt wird. Werbung in elektronischen Medien ist teuer und die Notwendigkeit, im Rahmen von Wahl- und Abstimmungskämpfen solche Werbung zu schalten, könnte die wirtschaftlichen Möglichkeiten von politischen Akteuren rasch überfordern (Botschaft RTVG, BBl 1987 III 734; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1676).

**h)** Das Bundesgericht hat die Frage der Zuständigkeit der UBI für Werbespots bisher nur in einem Falle geprüft und verneint. Es ging dabei um die Frage der Alkoholwerbung, zu deren Beantwortung das Bundesgericht das BAKOM als zuständig erachtete (BGE 126 II 21 ff.). Ferner hat das Bundesgericht in einem anderen Fall im Rahmen eines nicht entscheiderelevanten obiter dictums festgehalten, soweit zur Diskussion stehe, ob ein im Werbefernsehen ausgestrahlter Spot das Verbot politischer Werbung verletze, sei die UBI zuständig (BGE 126 II 12). Dabei hat das Bundesgericht allerdings die Fragen, ob es sich bei Werbespots um Sendungen handelt bzw. ob Werbevorschriften Programmbestimmungen darstellen, nicht explizit beantwortet. Das Gericht hielt dafür, politische Inhalte gehörten ins eigentliche Programm und sollten nicht mit der primär wirtschaftlich orientierten und tendenziell manipulativ wirkenden Werbung vermischt werden. Geschehe dies dennoch, werde Programmrecht verletzt, da durch die Verwischung von Werbung und Programm die freie politische Meinungsbildung des Zuschauers berührt sei, deren verwaltungsunabhängige Wahrung aus staatspolitischen Gründen der Beschwerdeinstanz übertragen wurde.

**i)** Wann diese besondere Konstellation der Vermischung von politischen Inhalten in der Werbung und dem Programm sowie das damit verbundene Manipulationspotential zur Diskussion stehen (dazu MARTIN DUMERMUTH, Die

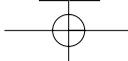
Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Basel 1992, S. 184 f.) und somit eine Zuständigkeit der UBI begründet wird, kann hier offen bleiben.

**j)** Die Ausstrahlung von Werbespots dient der Finanzierung des Veranstalters, d.h. in erster Linie stellen sich finanzrechtliche Fragen und es geht zumindest auch um die Einhaltung von Finanzierungsvorschriften. Dies begründet in jedem Falle eine Zuständigkeit des BAKOM. Wenn das BAKOM schon im Programm - der eigentlichen Domäne der UBI - für finanzrechtliche Fragen zuständig ist (BGE 114 Ib 154; 118 Ib 360 f.), muss das erst recht für die Beurteilung von Werbespots gelten. Hier ist die SRG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht im Rahmen des Programmauftrags öffentlichrechtlich, sondern grundsätzlich privatrechtlich tätig (BGE 123 II 412). Das BAKOM muss somit im konkreten Fall überprüfen, ob die SRG das Verbot der politischen Werbung verletzt und sich auf diesem Wege Finanzquellen erschlossen hat, deren Nutzung das Gesetz nicht zulässt. Würde eine solche Zuständigkeit nicht anerkannt, würde der Verstoss gegen das Verbot der politischen Werbung gegenüber Verletzungen anderer Werbevorschriften privilegiert. Eine Intervention von Amtes wegen wäre nicht mehr möglich und die für die Durchsetzung der Werbevorschriften wichtige Möglichkeit der Abschöpfung des widerrechtlich erzielten Gewinns (Art. 67 Abs. 1 lit. b RTVG) wäre ausgeschlossen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BAKOM sich für die Beurteilung von Fragen im Zusammenhang mit der unerlaubten Finanzierung von Radio- und Fernsehprogrammen im Sinn von Art. 18 Abs. 5 RTVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. a RTVV (Verbot der politischen Werbung) innerhalb des Werbeblockes als zuständig erachtet. Es erachtet sich auch als befugt, im Falle von Verstössen gegen das Verbot der politischen Werbung innerhalb des Werbeblockes administrative Massnahmen im Sinne von Art. 67 ff. RTVG zu ergreifen und in schweren oder wiederholten Fällen die Strafbestimmungen von Art. 70 Abs. 2 lit. a RTVG anzuwenden.

### III. Materielles

(...) **b)** Art. 18 Abs. 5 RTVG verbietet die politische Werbung. Bei der Frage nach der Tragweite dieses Verbots ist zunächst auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 28. Juni 2001 gegen die Schweiz einzugehen, in welchem sich der Gerichtshof einlässlich mit dieser Bestimmung befasst hat. Zu beurteilen war die Rechtmässigkeit der Weigerung der SRG (bzw. der Publisuisse SA), einen TV-Spot des «Vereins gegen Tierfabriken» (VgT), der die Schweinetierhaltung anprangerte und zur Einschränkung des Fleischkonsums aufrief, im Werbefernsehen auszustrahlen. Der EGMR hatte sich mit Art. 18 Abs. 5 RTVG auseinanderzusetzen, da sich sowohl die SRG (bzw. die Publisuisse SA) wie später auch die Schweizer Behörden und das Bundesgericht auf diese Vor-



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

schrift berufen hatten. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass ein Verbot für politische Werbung nicht a priori als unvereinbar mit den Garantien von Art. 10 EMRK erscheinene. Insbesondere erachtete er die Argumentation in der Botschaft zum RTVG (BBl 1987 III 689 ff.), die das Verbot mit der unerwünschten Einflussnahme von finanzkräftigen politischen Organisationen und einer daraus resultierenden möglichen Verzerrung der demokratischen Entscheidungsfindung begründet, als nachvollziehbar. Im Fall des von der SRG (bzw. der Publisuisse SA) abgewiesenen Spots des VgT kam er zunächst zum Schluss, dass die vom VgT vertretene Haltung nicht in erster Linie kommerziell orientiert, sondern auf die Teilnahme in einer gesellschaftlichen Debatte ausgerichtet sei (zur diesbezüglichen bisherigen Praxis des Gerichtshofs vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, *medialex* 2000, S. 17 f.). Darum habe hier kein dringendes soziales Bedürfnis bestanden, den VgT von einem Zugang zur Fernsehwerbung auszuschliessen. Die Schweizer Behörden hätten zudem keine «relevanten und ausreichenden Gründe» für die Anwendung des Verbots politischer Werbung (und damit den Eingriff in das von der Konvention garantierte Recht der Meinungsäusserungsfreiheit) auf den konkreten Fall nachgewiesen. So handle es sich beim VgT nicht um eine finanzstarke Gruppe, die mit ihrer Werbung die Unabhängigkeit des Veranstalters gefährden, die öffentliche Meinung über Gebühr beeinflussen und so das Gleichgewicht der gesellschaftlichen Kräfte stören könnte. Der VgT habe sich mit dem umstrittenen Spot lediglich in einer laufenden Debatte über den Tierschutz und die Haltung von Tieren zu Wort melden wollen.

c) Das Urteil des EGMR ist bei der Anwendung von Art. 18 Abs. 5 RTVG zu berücksichtigen. Ein generelles Verbot der politischen Werbung in dem Sinne, dass jede werbende Äusserung mit politischer Relevanz verboten wäre, ist nicht mehr haltbar. Dagegen ist festzuhalten, dass der Gerichtshof die ratio legis von Art. 18 Abs. 5 RTVG, wonach eine einseitige Beeinflussung der demokratischen Willensbildung durch finanzkräftige Akteure verhindert werden soll, unter dem Gesichtswinkel von Art. 10 EMRK als legitim betrachtet. Das Verbot der politischen Werbung gemäss Art. 18 Abs. 5 RTVG ist somit auf einen Kernbereich zu reduzieren, in welchem der institutionalisierte demokratische Prozess in Form von Abstimmungen und Wahlen direkt berührt ist. Es soll namentlich verhindert werden, dass die Ausdehnung der Wahl- und Abstimmungskämpfe auf die Werbung in den elektronischen Medien entsprechende Anstrengungen von Parteien, Verbänden und Organisationen erheblich verteuert und finanzschwache Gruppen benachteiligt. Neben einem zeitlich nicht beschränkten Werbeverbot für politische Parteien und Inhaberinnen politischer Ämter ist es mit dem Urteil des EGMR und der ratio legis von Art. 18 Abs. 5 RTVG vereinbar, dass im Vorfeld von Wahlen auch die Werbung von und für kandidierende Personen verboten bleibt. Schliesslich ist Werbung für be-

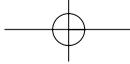
stimmte Themen zwar nicht generell, aber im Vorfeld von entsprechenden Volksabstimmungen auch weiterhin als unvereinbar mit Art. 18 Abs. 5 RTVG einzustufen (so jetzt explizit Art. 10 Abs. 1 lit. c des Entwurfes für ein neues RTVG; dazu Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1676 f.).

d) Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die den Atomstrom propagierende Werbung im beanstandeten Werbespot eine unzulässige Themenwerbung im Umfeld einer bevorstehenden Volksabstimmung darstellt. Ausschlaggebend für die Beantwortung dieser Frage sind insbesondere die Kriterien der sachlichen und zeitlichen Nähe zur entsprechenden Abstimmung.

Zeitlicher Konnex: Die Volksabstimmung, in der der Souverän auch über die beiden Volksinitiativen «Strom ohne Atom» und «Moratorium plus» entscheidet, findet am 18. Mai 2003 statt. Der Bundesrat hat diesen Termin am 29. Januar 2003 festgelegt und ihn der Öffentlichkeit bekanntgegeben. Mit der Bekanntgabe des Abstimmungstermins beginnt für die beteiligten Akteure die eigentliche Abstimmungskampagne. Themenwerbung, die sich auf Fragen bezieht, zu denen eine Volksabstimmung bevorsteht, gerät somit spätestens mit der Festlegung und Bekanntgabe des Abstimmungsdatums in den Kernbereich der Verbotsnorm von Art. 18 Abs. 5 RTVG. Vorliegend war der Abstimmungstermin vor der ersten Ausstrahlung des beanstandeten Spots bekannt.

Inhaltlicher Konnex: Zu prüfen ist weiter, ob ein thematischer Konnex des Werbespots zur bevorstehenden Abstimmung besteht. Dies ist vorliegend klar der Fall. Zunächst wird ein «Strommix» (60% Wasserkraft, 40% Atomenergie) beworben, der eine sichere Stromversorgung gewähre. Erheblich ins Gewicht fällt in diesem Zusammenhang die Aussage «damit das so bleibt, sind Wasserkraft und Kernenergie ein unverzichtbares Paar». Mit dieser Formulierung wird impliziert, dass die Zukunft der Stromversorgung zur Diskussion steht - ein subtiler, aber unmissverständlicher Hinweis auf die bevorstehende Volksabstimmung über die beiden Initiativen «Strom ohne Atom» und «Moratorium plus» mit einer ebenso unmissverständlichen Parteinahme für die Nuklearenergie. Schliesslich schafft die Einblendung der Internetadresse [www.6040.ch](http://www.6040.ch) einen zusätzlichen und direkten Konnex zur Abstimmung vom 18. Mai 2003. Auf dieser Internetseite thematisiert das «Forum Stromversorgung Schweiz» praktisch ausschliesslich die bevorstehende Volksabstimmung über die beiden Initiativen und nimmt dezidiert für deren Ablehnung Stellung.

Im Sinne einer Zusammenfassung ist somit festzuhalten: Der auf den drei Senderketten des SRG-Fernsehens ausgestrahlte Spot «Jetzt ein Stromausfall» verstösst aufgrund seiner zeitlichen Nähe und der inhaltlichen Bezugnahme zur Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 gegen das Verbot der



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

politischen Werbung in Art. 18 Abs. 5 RTVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. a RTVV. (...)

Das BAKOM verfügt: Es wird festgestellt, dass die SRG gegen die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG) verstossen hat, indem im Vorfeld der Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 ein Werbespot des «Forums Stromversorgung Schweiz» ausgestrahlt wurde (Art. 18 Abs. 5 RTVG). (...) ■

### ANMERKUNGEN:

1. Das BAKOM beansprucht in dieser Verfügung, grundsätzlich allein zuständig zu sein, um Fragen politischer Werbung in Werbeblöcken zu beurteilen. Ist diese Kompetenzinterpretation vereinbar mit der bundesgerichtlichen Regel, wonach im Zusammenhang von Werbung im Fernsehen die UBI grundsätzlich für inhaltliche, das BAKOM für wirtschaftliche oder technische Fragen der Werbung zuständig und in Grenzfällen eine Doppelzuständigkeit beider Behörden möglich ist?

2. Schutzzweck des Verbots politischer Werbung ist die freie politische Meinungsbildung des Publikums. Diese ist jedenfalls im Falle von politischer Blockwerbung im Fernsehen gefährdet, die im Vorfeld von Wahlen oder Abstimmungen ausgestrahlt wird, weil sich solche Auftritte bloss wirtschaftlich potente Akteure leisten können. Das Werbeverbot bezweckt somit zu verhindern, dass wirtschaftliche Kräfte politische Entscheide steuern können. Nach dem **Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. Verein gegen Tierfabriken (VgT) c. Schweiz** vom 28. Juni 2001 kann zum Schutz der freien politischen Meinungsbildung selbst ein absolutes Werbeverbot gerechtfertigt sein, sofern die konkreten Umstände des Falles dies nicht als unverhältnismässig erscheinen lassen. Im erwähnten Urteil warf der EGMR den Schweizer Behörden vor, nicht konkret geprüft zu haben, ob der von der SRG abgelehnte Werbespot des VgT dem Verbot der politischen Werbung zuwiderliefe (vgl. C.B. GRABER in: *medialex* 1/2003, 60). Aus diesem Urteil folgt somit, dass die Behörde, die das Verbot politischer Werbung anwendet, auch bei einem Werbespot inhaltlich prüfen muss, ob es sich um politische Werbung handelt oder nicht.

3. Bei der inhaltlichen Prüfung eines Werbespots ist danach zu fragen, wie eine bestimmte Information als Ensemble von Sprach-, Text- und Bildelementen vom Publikum rezipiert wird. Für diese Aufgabe ist die UBI besser geeignet als das BAKOM, weil sie verwaltungsunabhängig ist und der Bundesrat bei der Wahl ihrer Mitglieder nicht nur auf die ausgewogene Vertretung der Geschlech-

ter, Sprachregionen und politischen Parteien achtet, sondern auch auf die medienspezifische Fachkompetenz.

4. UBI-Entscheide sind Feststellungsentscheide. Weil der UBI Ombudsstellen vorgeschaltet sind, dauert das Verfahren von der Ausstrahlung eines Programms bis zum Entscheid der UBI in der Regel länger als 7 Monate. Stellt die UBI eine Programmrechtsverletzung fest, so beschränkt sich ihre Sanktionsmacht darauf, den fehlbaren Veranstalter aufzufordern zu berichten, welche Vorkehrungen er getroffen hat, um solche oder ähnliche Rechtsverletzungen in Zukunft zu vermeiden. Aufgrund der langen Verfahrensdauer und der beschränkten Sanktionsgewalt der UBI ist klar, dass dieses Prozedere in Fällen wie dem vorliegenden nicht geeignet ist, die freie politische Meinungsbildung des Publikums wirksam zu schützen.

5. Auch das BAKOM-Verfahren kann eine Schädigung der demokratischen Meinungsbildung nicht vollständig ausschliessen. Der vorliegende Fall zeigt jedoch, dass das BAKOM es schafft, innert sehr viel kürzerer Zeit zu entscheiden, als die UBI: Zwischen der Verfahrenseröffnung und der Verfügung vergingen weniger als drei Wochen. Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung im Falle einer Anfechtung steht ihm eine griffige vorsorgliche Massnahme zur Verfügung, um den Schaden mit sofortiger Wirkung zu begrenzen. Die in Art. 67 Abs. 1 Bst. b RTVG vorgesehene Sanktionsmöglichkeit, die durch die unerlaubten Werbespots erzeugten Nettoeinnahmen abzuschöpfen, erweist sich präventiv als sehr wirksam (im vorliegenden Fall geht es um rund 480'000 Franken!).

6. Stellt man diese Gesichtspunkte einander gegenüber, so ist es aus einer ergebnisorientierten Perspektive begrüssenswert, wenn das BAKOM in Fällen politischer Werbung in Werbespots zuständig ist. Nicht zwingend ist jedoch die Argumentation des BAKOM, dass diese Kompetenz eine ausschliessliche sei und jene der UBI grundsätzlich verdränge. Aus institutioneller Sicht ist es problematisch, dass eine Verwaltungsbehörde selbst dort eine ausschliessliche Kompetenz beansprucht, wo es um die Beurteilung der Frage geht, ob ein fraglicher Werbespot überhaupt politisch ist. Das ist eine inhaltliche Frage, deren Beantwortung gerade im vorliegenden Fall nicht trivial ist und das Fachwissen einer besonders legitimierten Behörde verlangt.

7. De lege ferenda scheint es mir wichtig, dass der Entscheid über Fragen politischer Blockwerbung einer Behörde zufällt, die gleichzeitig verwaltungsunabhängig ist und Sanktionen ergreifen kann, welche die politische Meinungsbildung wirksam vor wirtschaftlicher Einflussnahme schützen. Diese Überlegung ist ein Argument für die im Entwurf zum neuen RTVG vorgesehene unabhängige Kommission, die im Bereich der Fernsehwerbung die Aufsichtsfunktionen des BAKOM übernehmen soll.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN UND LUZERN

### D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

#### Unzulässige Hausdurchsuchung bei einem Journalisten und seiner Anwältin

Urteil der 4. Kammer des EGMR  
N° 51772/99 «Roemen & Schmit c.  
Luxemburg» vom 25.2.2003)

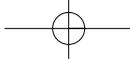
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat einen weiteren wesentlichen Entscheid zum Schutz der

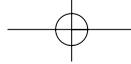
journalistischen Informationsquellen gefällt. Nachdem der EGMR 1996 im Fall Goodwin (N° 17488/90; *medialex* 1996, S. 99ff.) die Verpflichtung eines englischen Journalisten zur Zeugenaussage als menschenrechtswidrig bezeichnet hatte, äusserte er sich nun erstmals zu einer Hausdurchsuchung bei einem Medienschaffenden (und dessen Anwältin).

Am Anfang des Streits stand ein Artikel in einer Luxemburger Zeitung, welcher im Juli 1998 – gestützt auf zugespielte Dokumente – publik machte, dass ein Minister wegen Steuerrückzahlung gebüsst worden war. Die Luxemburger Un-

media  
L E X

2/03  
116





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

tersuchungsbehörden eröffneten ein Verfahren wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (gegen unbekannt) und wegen Hehlerei an den Geheimnissen (gegen den Journalisten Roemen – nach luxemburgischem Recht ist Hehlerei auch an immateriellen Gütern möglich). Am 19. Oktober 1998 kam es beim Journalisten zur Hausdurchsuchung. Die Regierung Luxemburgs stellte sich vor dem Europäischen Gerichtshof auf den Standpunkt, diese Massnahme habe die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) gar nicht tangiert, da beim Journalisten nichts gefunden worden sei. Nach einhelliger Auffassung des EGMR bezweckte die Hausdurchsuchung aber die Enthüllung der Informationsquelle und bedeutete damit einen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Dieser Eingriff war unverhältnismässig: Nach Ansicht des Gerichtshofs ist eine Hausdurchsuchung – welche den Behörden den Zugriff auf die gesamten Arbeitsunterlagen eines Medienschaffenden ermöglicht – ein schärferer Eingriff in die Meinungsfreiheit als die im Fall Goodwin ausgesprochene Verpflichtung des Medienschaffenden zur Zeugnisaussage. Der Gerichtshof sah keinen Grund, weshalb die Untersuchungsbehörden nicht zuerst Nachforschungen in der Verwaltung (z.B. Befragungen) angestellt hatten. Dem strengen Massstab des EGMR an eine Durchbrechung des journalistischen Quellenschutzes vermochte das Vorgehen der Luxemburger Behörden nicht zu genügen.

„(56) La Cour se rallie à l'affirmation du requérant, non contestée d'ailleurs par le Gouvernement, selon laquelle d'autres mesures que les perquisitions chez le requérant (par exemple des interrogatoires des fonctionnaires de l'administration de l'enregistrement et des domaines) auraient pu permettre au juge d'instruction de rechercher les éventuels auteurs des infractions indiquées dans le réquisitoire du parquet. Force est cependant de constater que le Gouvernement omet de démontrer que, faute de perquisitions chez le premier requérant, les autorités nationales n'auraient pas été en mesure de rechercher d'abord l'existence d'une éventuelle violation de secret professionnel et, en aval, celle d'un éventuel recel de pareille violation. (57) De l'avis de la Cour, la présente affaire se distingue sur un point fondamental de l'affaire Goodwin. Dans cette dernière, une ordonnance de divulgation somma le journaliste de révéler l'identité de son informateur, alors qu'en l'espèce des perquisitions furent effectuées au domicile et au lieu du travail du premier requérant. La Cour juge que des perquisitions ayant pour objet de découvrir la source du journaliste – même si elles restent sans résultat – constituent un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de la source. En effet, les enquêteurs qui, munis d'un mandat de perquisition, surprennent un journaliste à son lieu de travail, ont des pouvoirs d'investigation très larges du fait qu'ils ont, par définition, accès à toute la documentation détenue par le journaliste. La Cour, qui ne peut que rappeler que «les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux» (voir arrêt Goodwin précité, § 40), estime ainsi que les perquisitions effec-

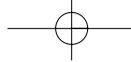
tuées auprès du premier requérant avaient un effet encore plus conséquent sur la protection des sources que dans l'affaire Goodwin. (58) Au vu de tout ce qui précède, la Cour en arrive à la conclusion que le Gouvernement n'a pas démontré que la balance des intérêts en présence, à savoir la protection des sources d'une part et la prévention et la répression d'infractions d'autre part, a été préservée. A cet égard, la Cour rappelle que «les considérations dont les institutions de la Convention doivent tenir compte pour exercer leur contrôle sur le terrain du paragraphe 2 de l'article 10 font pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique» (voir arrêt Goodwin précité, § 45). (59) La Cour est ainsi d'avis que les motifs invoqués par les juridictions nationales peuvent certes être considérés comme «pertinents», mais pas comme «suffisants» pour justifier les perquisitions chez le requérant»

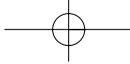
Menschenrechtswidrig war auch die Hausdurchsuchung, welche die Behörden gleichentags in den Geschäftsräumen der Anwältin des Journalisten durchführten. Die Massnahme diente dazu, auf einem Umweg an die journalistische Informationsquelle zu gelangen, schoss übers Ziel hinaus und stellte einen unverhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) dar.■

### ANMERKUNGEN:

Sieben Jahre nach seinem ersten, bahnbrechenden Urteil zum Schutz der Quellen journalistischer Information hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen weiteren bemerkenswerten Entscheid gefällt. Das EGMR-Urteil «Goodwin c. Grossbritannien» vom 27. 3.1996 (N° 17488/90 = *medialex* 1996, S. 99f) ist nach wie vor einer der bedeutendsten Strassburger Richtersprüche auf dem Gebiet der Meinungsfreiheit. Damals bezeichnete der Gerichtshof den Schutz des Journalisten vor der Pflicht zur Preisgabe seiner Informationsquelle als Eckpfeiler der Pressefreiheit. Die ausserordentliche Tragweite jenes Urteils (auch) für die Schweiz lässt sich erahnen, wenn man sich die bis dahin geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts vor Augen hält: Während Jahrzehnten hatten die Verfassungshüter in Lausanne festgehalten, die Pressefreiheit werde durch die Pflicht eines Medienschaffenden zur Zeugnisaussage und der damit verbundenen Enthüllung der Informationsquelle nicht einmal tangiert, geschweige denn in einem zentralen Bereich betroffen. Die Abwägung der fraglichen Interessen sei nicht Sache des Verfassungsrichters, sondern des Gesetzgebers. Seither hat sich das Redaktionsgeheimnis hierzulande als beinahe selbstverständlicher Bestandteil der Medienfreiheit etabliert. Es ist sowohl auf Stufe der Bundesverfassung (Art. 17 Abs. 3 BV) als auch im Strafgesetzbuch (Art. 27<sup>bis</sup> StGB) verankert. Der gesetzgeberische Reformprozess hatte zwar schon einige Jahre vor dem Goodwin-Entscheid begonnen, durch das Strassburger Urteil aber erheblich an Durchschlagskraft gewonnen.

Noch vor Inkrafttreten der gesetzlichen Neuerungen schwenkte auch das Bundesgericht auf die Strassburger Linie ein. In BGE 123 IV 236 (*medialex* 1997, S. 223f.) bejahte es ein unmittelbar aus Artikel 10 EMRK (Meinungsfreiheit) abgeleitetes Recht des Medienschaffenden, die Auskunft über seine Informationsquelle zu verweigern. Daraus folgte auch, dass der Fernmeldeverkehr von Journalisten grundsätzlich nicht überwacht werden dürfe, wenn der Quellenschutz dadurch illusorisch würde. Die damals in Frage stehende Amtsgeheimnisverletzung (Einzelheiten aus dem Mitberichtsverfahren zur Genehmigung des politischen Leitbildes für die SBB durch den Bundesrat) weise nicht die ausserordentliche Bedeutung auf, die für ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Überwachung nötig gewesen wäre.





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Gegenüber dem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 1997 (und den gesetzlichen Umschreibungen in Art. 27<sup>bis</sup> StGB) bringt der aktuelle EGMR-Entscheid soweit ersichtlich keine tief greifenden Neuerungen. Die zentralen Aussagen des neuen Strassburger Urteils dürften im schweizerischen Recht anerkannt sein; sie bedeuten immerhin eine Bekräftigung und Nuancierung des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz:

1. Der journalistische Quellenschutz wird nicht nur durch die Pflicht zur Zeugenaussage tangiert, sondern auch durch staatliche Zwangsmassnahmen wie eine Hausdurchsuchung (so auch Art. 27<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB und BGE 123 IV 236 E. 8a/cc S. 248). Erwähnenswert ist, dass der Gerichtshof den durch eine Hausdurchsuchung verursachten Eingriff in die Pressefreiheit im Vergleich zur Zeugenpflicht als gravierender einstuft (Ziff. 57 des EGMR-Urteils).

2. Dass eine staatliche Zwangsmassnahme schliesslich nicht zur Enthüllung der Informationsquelle führt, kann unter dem Blickwinkel der Medienfreiheit nicht massgebend sein. Bereits der Versuch des Staates, die Quelle mit Zwangsmitteln ausfindig zu machen, ist zur Abschreckung potenzieller Informanten geeignet und beschränkt das menschenrechtlich geschützte Redaktionsgeheimnis. Dies gilt ganz besonders bei einer überraschenden Durchsuchung der Redaktionsräumlichkeiten. Sie eröffnet den Behörden, wie der Gerichtshof ausdrücklich festhält, den Einblick in das gesamte Arbeitsmaterial der betroffenen Medienschaffenden und bedarf daher einer besonders überzeugenden Begründung (Ziff. 57).

3. Der journalistische Quellenschutz setzt der staatlichen Ermittlungstätigkeit Grenzen. Massnahmen gegen die Medienschaffenden kommen erst in Betracht, wenn die Behörden alle anderen tauglichen Massnahmen zur Wahrheitsfindung ergriffen haben. Im vorliegenden Fall weist der Gerichtshof die luxemburgischen Untersuchungsbehörden auf ihr Versäumnis hin, andere Massnahmen - wie die Befragung der Angestellten der fraglichen Verwaltungsabteilung - ergriffen zu haben (Ziff. 56). Auch im schweizerischen Recht ist anerkannt, dass eine staatliche Zwangsmassnahme gegen Medienschaffende für die Aufklärung der fraglichen Straftat geradezu unentbehrlich sein muss (BBI 1996 IV 559 und ZELLER, in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, Art. 27<sup>bis</sup> N 27).

4. Der journalistische Quellenschutz darf nicht dadurch ausgehebelt werden, dass sich die Untersuchungsbehörden die gesuchten Informationen bei der Anwältin des Journalisten beschaffen (Ziff. 71). Dem Anliegen, das Redaktionsgeheimnis vor Umgehungen abzuschirmen, trägt Art. 27<sup>bis</sup> StGB dadurch Rechnung, dass er den Quellenschutz auch auf die Hilfspersonen der Medienschaffenden ausdehnt. Der Strassburger Entscheid bietet eine Stütze für das Argument, dass der Kreis solcher Hilfspersonen zum Schutze der Medienfreiheit weit zu ziehen ist.

5. Aus dem zweiten Strassburger Entscheid wird man die Quintessenz ziehen dürfen, dass der journalistische Quellenschutz in seiner Substanz zu respektieren ist. Er behält seine Bedeutung selbst dann, wenn der Medienschaffende nicht nur als Zeuge, sondern auch als Tatverdächtiger in Frage kommt (z.B. weil er als Anstifter oder - nach gewissen ausländischen Regelungen - als Helfer einer Verletzung des Amtsgeheimnisses betrachtet werden kann). Das Urteil hemmt damit allfällige Versuche listiger Untersuchungsbehörden, sich die durch das Redaktionsgeheimnis geschützten Informationen auf Umwegen zu beschaffen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

### «www.djbobo.de»: Domainname geschützt

Bundesgerichtsentscheid vom  
7. November 2002 (4 C.141/2002)

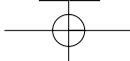
Nachdem sich der Musiker René Baumann alias DJ Bobo erfolgreich vor dem Kantonsgericht Nidwalden um den Domainnamen «www.djbobo.de» kämpfte (vgl. *medialex* 2/02, S. 102), bestätigt nun auch das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz. Der Beklagte, ein ehemaliger Produzent von Baumann, wurde unter anderem zur Löschung des von ihm gebrauchten Domainnamens verpflichtet. Er machte vor Bundesgericht u. a. geltend, dass die Vorinstanz Art. 29 ZGB verletzt habe, in dem sie den Namensschutz nach dieser Bestimmung auf Domainnamen ausgedehnt habe. Ein Domainname individualisiere und identifiziere lediglich den an das Internet angeschlossenen Rechner. Er sei mit einer Adresse oder einer Telefonnummer vergleichbar. Adressen und Telefonnummern würden durch den Namensschutz indessen nicht erfasst.

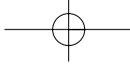
Nach Ansicht des Bundesgerichtes ist diese Rüge unbegründet. «In technischer Hinsicht identifizieren Domainnamen zwar nur den an das Netzwerk angeschlossenen Rechner und kennzeichnen daher an sich weder eine Person noch ein bestimmtes Unternehmen. Für den Internet-Benutzer - auf den bei der Frage der Funktion von Domainnamen richtigerweise abzustellen ist - steht jedoch die technische Funktion des Domainnamens nicht im Vordergrund. Vielmehr bezeichnet dieser aus Sicht des Anwenders zunächst einen Web-Sites als solchen. Zudem identifiziert er bei geeigneter Ausgestaltung auch die dahinter stehende Person, Sache oder Dienstleistung und ist insofern - je nach konkreter Situation - als Kennzeichen mit einem Namen, einer Firma oder einer Marke vergleichbar. Ist das als Domainname verwendete Zeichen namenrechtlich, firmenrechtlich oder markenrechtlich geschützt, kann der entsprechend Berechtigte einem Unberechtigten nach der im Einklang mit der Lehre stehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Verwendung des Zeichens als Domainnamen grundsätzlich verbieten (BGE 128 III 354). Es ist unbestritten, dass der Kläger für die Individualisierungs- und Kennzeichnungswirkung seines berühmten Künstlernamens DJ Bobo den namensrechtlichen Schutz nach Art. 29 ZGB in Anspruch nehmen kann. Er kann damit Dritten die Verwendung dieses Namens als Domainnamen verbieten, so weit darin eine unbefugte Namensanmassung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 ZGB zusehen ist.» ■

### Swisscom darf vorläufig keine vertrauliche Kunden- daten für Marketingakti- vitäten verwenden

Bundesgerichtsentscheid vom  
3. April 2003 (2A.128/2003)

Das Bundesgericht lehnt eine Verwaltungsgerichtbeschwerde der Swisscom mit dem Antrag, die aufschiebende





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Wirkung der vor der Rekurskommission UVEK hängigen Verwaltungsbeschwerde wiederherzustellen, ab. Im streitigen Aufsichtsverfahren geht es darum abzuklären, ob die Swisscom im Zusammenhang mit Carrier Preselection-Schaltungen erworbene Informationen, die von der Aufsichtsbehörde als Interkonnectionsinformationen qualifiziert werden, in rechtswidriger Weise verwendet. Das Bundesamt für Kommunikation forderte mit Verfügung vom 11. November 2002 die Swisscom Fixnet AG gestützt auf Art. 58 Abs. 2 FMG auf, die Verwendung von vertraulichen Interkonnectionsinformationen im Zusammenhang mit Fernmeldedienstleistungen und Marketingaktivitäten unverzüglich zu unterlassen.

Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass die Swisscom durch den sofortigen Vollzug der Verfügung des Bundesamtes vom 11. November 2002 keine erheblichen Nachteile erleide. «Es werden ihr Aktivitäten untersagt, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in der von ihr gewählten Form unzulässig sind. Diese Aktivitäten, welche Konkurrentinnen bisher nicht aufgenommen haben (bzw. nicht im vergleichbarem Masse haben aufnehmen können), scheinen geeignet, das Marktgefüge nachhaltig zugunsten der Beschwerdeführerin zu beeinflussen. Das Interesse daran, ihr ein solches Geschäftsverhalten mit sofortiger Wirkung zu untersagen, ist gewichtig und überwiegt die von ihr geltend gemachten Interessen an der Weiterführung ihrer Geschäftspraktiken bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits in der Hauptsache. Zu keiner anderen Gewichtung führt die Tatsache, dass bei der Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen der Gesichtspunkt der Kontinuität bedeutsam ist; einerseits musste die Beschwerdeführerin seit Einleitung des Aufsichtsverfahrens genügend konkret mit der Prekarität des Status quo rechnen, und andererseits würde gerade ihr beanstandetes Verhalten die tatsächlichen (Markt-)Verhältnisse verändern, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukäme. ■

### **Knie-Fotomontage: Keine Ehrverletzung**

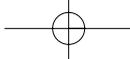
Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2003 (SB020136/U; nicht rechtskräftig)

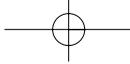
Das Obergericht des Kantons Zürich hat drei Journalisten der Zeitschrift «Facts» der Beschimpfung freigesprochen und damit ein Urteil des Bezirksgerichts vom 7. Februar 2002 (vgl. *medialex* 2/02, S. 92 ff.) korrigiert.

Gegenstand der Urteils bildet eine im Wochenmagazin Facts Nr. 10 am 8. März 2001 unter der Überschrift «Demontage» publizierte Fotomontage, die das Haupt von Franco Knie auf einem praktisch nackten Männerkörper,

auf das Bett placiert, das Gesäss bedeckt mit einem Tanga in Form eines rosaroten Elefantenkopfs, und das Haupt von Princessin Stéphanie von Monaco auf dem fotomontierten Körper einer mit Reizwäsche bekleideten Frau zeigt; die beiden befinden sich in einem Wohnwagen, das Gesicht von Fürst Rainier von Monaco ist im Fenster des Wagens sichtbar. Der Begleittext lautet: «Prinzessin Stéphanie von Monaco ist ganz scharf auf Franco Knie's neuste Elefantennummer».

Das Bezirksgericht sah in der Fotomontage eine äusserst schlüpfrige, ans Pornographische grenzende, obszöne und verderbte Diskreditierung der Dargestellten und damit eine strafrechtlich relevante Beleidigung. Das Obergericht folgt dieser Ansicht nicht und meint, dass die Fotomontage erkennbar kein Abbild der Realität darstellt. Das Bild stelle zwar die damalige Liebesbeziehung der beiden Protagonisten dar, jedoch in einer satirischen Überspitzung, welche weder pornographisch oder verachtend sei. «Wenn die berufliche Tätigkeit des Anklägers 1 und möglicher Sex mit der Anklägerin 2, mit welcher er damals in einer Liebesbeziehung stand, zum Gegenstand eines anzüglichen Bildbeziehungsweise Sprachwitzes gemacht werden, so machen die Angeklagten durch die ironische Verwendung des Ausdrucks «Elefantennummer» unter Einbezug des genannten «Elefantenkopfes» mit ihnen einen Spaß, wie sie selber einräumten. Es kann darin jedoch keine Kundgabe einer eigentlichen Verachtung gegenüber den Anklägern beziehungsweise eine Herabminderung ihres menschlich-sittlichen Werts erkannt werden. Ihre Ehre, also der Ruf ein charakterlich anständiger Mensch zu sein, wird durch diese Darstellung nicht angegriffen. Sie werden auch nicht etwa «dem Schimpf und der Schande» preisgegeben. Solcher Spaß oder Spott, von dem auszugehen ist und der von den Angeklagten auch anerkannt wird, indiziert jedoch nicht automatisch eine Verletzung der Ehre, auch wenn er von den Betroffenen selber - was nachvollziehbar ist - durchaus nicht als erheiternd, sondern vielmehr als unangenehm oder gar verletzend aufgefasst wird. So stellte das Bundesgericht in einem frühen Entscheid fest, dass das Lächerlichmachen und Verspotten einer Person keine Ehrverletzung bilden, wenn nicht die persönliche sittliche Qualität des Angegriffenen herabgewürdigt werden (BGE 26 I 294). Solange also der Spott in der Satire oder Karikatur die sittliche Geltung der anvisierten Person unangetastet lässt, ist ihre Ehre unverletzt und der Tatbestand der Ehrverletzung nicht erfüllt (NOLL, satirische Ehrverletzungen, in BJM 1959, S. 8). NOLL führt sodann zutreffend weiter aus, dass die Strafbarkeit wegen Ehrverletzung nur dann anzunehmen ist, wenn in dem der satirischen Übertreibung entkleideten Gehalts der Aussage noch eine Missachtung zum Ausdruck komme, die so schwer wiege, dass die satirische Form ihren Unrechtsgehalt nicht mehr aufzuheben vermöge. Sodann ist auf die bundesgerichtliche Feststellung hinzuweisen, wonach eine Satire oder eine Karikatur, die beide definitionsgemäss verfremden und übertreiben, hinzunehmen sind, selbst wenn man sie als taktlos und unan-





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

ständig empfindet. Satire und Karikatur könnten nur unter ganz erschwerten Voraussetzungen eine Persönlichkeitsverletzung sein, nämlich dann, wenn sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Ausmaß überschreiten.» ■

### Zum Abdruck freigegebener Bilder

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom  
4. März 2003 (FO020507/U)

Das Bezirksgericht Zürich hat eine Klage des Basler Newsportals «Online Reports» gegen den «Blick» abgewiesen. Der «Blick» kopierte eine auf dem Internetportal des Klägers erschienene Fotografie eines bekannten Politikers und publizierte dieselbe anschliessend in einer seiner Ausgaben. Die fragliche Fotografie wurde vom Politiker dem Kläger zur Verfügung gestellt. Bei der Erstveröffentlichung der Fotografie im Internet auf der Seite des Klägers wurde der Vermerk «zVg» angebracht. Strittig war vor Bezirksgericht insbesondere, wie dieser Begriff zu verstehen sei. Das Gericht stützte sich in seiner Argumentation im wesentlichen auf den Entscheid des Presserates vom 2. Mai 2002. Es sei davon auszugehen, dass die branchenübliche Auslegung des Vermerks «Foto zVg» bedeute, dass eine derart gekennzeichnete Fotografie zum Abdruck frei sei und von anderen Medien verwendet werden dürfe. Ob die Publikation einer solchen Fotografie im Internet oder in einem Printmedium erfolge, spiele dabei keine Rolle. Das Bezirksgericht kommt in seinem Entscheid zum Schluss, dass kein Verstoß gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorliegt. Nach Ansicht des Gerichts liegt auch keine unlautere Übernahme eines marktreifen Ergebnisses (Art. 5 UWG) vor, da die Fotografie durch den Vermerk «zVg» der freien Verwendung durch andere Medienschaffende zur Verfügung gestellt worden sei. ■

### Vielfalt und Schweizer Titel im Musikprogramm vom Radio DRS 1

Entscheid der Unabhängigen  
Beschwerdeinstanz für Radio und  
Fernsehen vom 21. März 2003  
(b. 464)

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) hatte sich in diesem Verfahren zum ersten Mal im Rahmen einer Langzeituntersuchung mit der Frage zu befassen, ob sich aus dem Programmrecht Verpflichtungen bezüglich der Musikprogrammierung ableiten liessen. Gerügt wurde, dass im fraglichen Zeitraum im Tagespro-

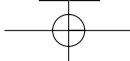
gramm von Radio DRS 1 zu viel englischsprachige Musik und zu wenig Musik aus den vier schweizerischen Sprachregionen ausgestrahlt worden sei. Andererseits beanstandete der Beschwerdeführer die einseitige Musikauswahl (Unterhaltungsmusik), welche nicht den Bedürfnissen der heterogenen Zuhörerschaft entspreche.

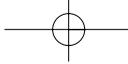
Entgegen dem Antrag der Beschwerdegegnerin ist die UBI auf die Beschwerde eingetreten. «Aus einer Programmbe-schwerde muss hervorgehen, welche Sendungen beanstandet werden. Dies bedingt nicht notwendigerweise, dass jede einzelne Sendung mit Ausstrahlungstermin in der Beschwerdeschrift aufgeführt wird. Die einzelnen beanstandeten Sendungen sollten aber daraus bestimmbar sein.» Dies war vorliegend nach Ansicht der UBI der Fall, da die aufgeführten Musiktitel ohne weiteres auch einzelnen Sendungen zugeordnet werden könnten.

In materieller Hinsicht weist die UBI darauf hin, dass die schweizerischen Radioveranstalter aufgrund der geltenden gesetzlichen Grundlagen und insbesondere mangels Quoten bei der Musikprogrammierung wenig eingeschränkt seien. «Das gesamte Musikkonzept von Radio DRS 1 ist aus programmrechtlicher Sicht als Einheit anzusehen. Das Tagesprogramm kann nicht losgelöst davon betrachtet werden. Die Programmbestimmungen und insbesondere die Programmautonomie von Art. 5 Abs. 1 RTVG räumen den einzelnen Veranstaltern, auch dem Marktführer in der Deutschschweiz, Radio DRS 1, beim Musikstil ohnehin einen sehr grossen Spielraum ein. Ein diametraler Verstoß gegen das kulturelle Mandat von Art. 3 Abs. 1 RTVG liegt überdies angesichts der verschiedenen musikalischen Spezialsendungen von Radio DRS 1, welche insbesondere auch die schweizerische Volksmusik abdecken, nicht vor. (...) Das Ziel des kulturellen Mandats von Art. 3 Abs. 1 RTVG besteht darin, dass die schweizerischen Radioveranstalter insgesamt eine musikalische Vielfalt gewährleisten.» Auch der hohe Anteil an englischsprachiger Musik sei durch die Programmautonomie noch geschützt, obwohl ihn die UBI als nicht unproblematisch erachtet. Die Beschwerdeinstanz führt schliesslich aus, dass sich der Auftrag zum Beitrag an die kulturelle Entfaltung (Art. 26 Abs. 2 lit. a RTVG) an die SRG-Radioprogramme in ihrer Gesamtheit richte. Radio DRS 1 leiste mit einem relativen hohen Anteil an gespielten Schweizer Musiktiteln, den stündlich ausgestrahlten zwei Titeln mit schweizerischer Herkunft und weiteren Unterstützungsmassnahmen zu Gunsten des einheimischen Musikschaffens seinen eigenständigen Beitrag und verletze damit auch diese Programmbestimmung nicht. ■

#### ANMERKUNGEN:

Dass sich die UBI vor Arbeit drücke, wird angesichts dieses Urteils wohl niemand sagen wollen. Schon eher könnte der Eindruck entstehen, dass sie die Eintretensbestimmungen des RTVG etwas grosszügig auslege, um (endlich) die Gelegenheit zu erhalten, im Rahmen einer über drei Monate reichenden Langzeitbeobachtung





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

zu ermitteln, ob das Musikprogramm von DRS 1 genügend vielfältig sei. Wie aber lässt sich kulturelle Vielfalt messen? Sind Statistiken, die auf die Nationalität der Interpreten oder Autoren von Musiktiteln abstellen, das richtige Instrument?

Der Entscheid deutet auf eine Problematik hin, die mutatis mutandis auch bei den vom Entwurf zum neuen RTVG übernommenen Kulturquoten der EG-Fernsehrichtlinie besteht: Aus der Tatsache allein, dass ein Sender Musik von Interpretinnen, Autoren (oder Produzentinnen) schweizerischer Nationalität spielt, lässt sich nicht schliessen, dass dieses Programm kulturell vielfältig sei. Auch Schweizer Interpretinnen und Autoren sind - im Falle von DRS 1 - gehalten, sich den Gesetzen des Marktes für Begleitmusik zu beugen, der stromlinienförmige Angebote (in englischer Sprache) kulturell authentischer Musik vorzieht. Quotenregelungen, die bei der Nationalität anknüpfen, setzten sich dem Vorwurf aus, unter dem Deckmantel der Kultur Wirtschaftsprötektionismus zu betreiben.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN

### Concentration entre Edipresse et Corbaz avalisée

Décisions de la Commission de la concurrence du 16 décembre 2002 (DPC 2003/1, p. 177 ss) et de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 20 février 2003 (DPC 2003/1, p. 219 ss)

Le 24 mai 2002, Edipresse («24heures», «Tribune de Genève», «Le Matin») a informé la Commission de la concurrence (Comco) de sa volonté d'acquérir le contrôle de la société Imprimeries Corbaz S.A. («La Presse Riviera Chablais», «La Presse Nord vaudois»). La Comco a procédé à une analyse détaillée de la situation du point de vue de la concurrence sur le marché des produits et sur celui géographique, sous l'angle des marchés des lecteurs, des annonces et de l'imprimerie. Elle arrive d'abord à la conclusion intermédiaire que si cette concentration n'a pas d'effets négatifs dans le domaine des annonces et de l'imprimerie, la position dominante d'Edipresse se trouverait renforcée «sur le marché des lecteurs dans les zones de distribution des quotidiens du groupe Corbaz et dans le canton de Vaud». Un lecteur voulant s'informer de manière complète et quotidienne sur le canton de Vaud «se devra d'acheter une publication d'Edipresse». Cette concentration, au surplus, réduira la concurrence potentielle que peut exercer le groupe Hersant («La Côte»). Au final, la Comco estime cependant que les modifications structurelles consenties par les parties garantissent «un niveau de concurrence suffisant afin d'éviter la suppression de la concurrence efficace» sur le marché des quotidiens d'analyse diffusés dans le canton de Vaud. Le fait qu'Edipresse réduise sa participation au capital du «Nouvelliste» du Valais et renonce à acquérir la télévision régionale ICI Télévision, le fait également que Publicitas se retire entièrement d'Edipresse joue, aux yeux de la Comco, un rôle décisif. Aussi, dans sa décision du 16 dé-

cembre 2002, déclare-t-elle ne pas avoir d'objection à ladite concentration. Dans le cadre d'un recours dirigé contre cette décision de la Comco, la Commission de recours pour les questions de concurrence s'est prononcée le 20 février 2003 à titre incident pour retirer l'effet suspensif. Elle a considéré que la qualité pour agir de la recourante, non partie à la concentration, paraissait douteuse, celle-ci se prévalant «d'hypothétiques effets néfastes». Elle a en outre estimé «qu'il serait choquant au regard du principe de la bonne foi et de la proportionnalité d'interrompre les opérations de concentration déjà débutées». Se fondant sur le principe de la sécurité du droit, sur les intérêts privés de l'intimée et sur l'intérêt public, la Commission de recours a jugé qu'un retrait de l'effet suspensif s'imposait. ■

### Correspondants de guerre et obligation de témoigner

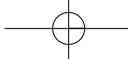
Arrêt du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du 11 décembre 2002

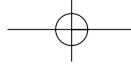
Un tribunal jugeant des crimes de guerre n'est pas admis à obliger les correspondants de guerre à témoigner contre des personnes qu'ils ont interviewées. Il importe peu que le tribunal veuille uniquement obtenir la confirmation que des propos publiés ont effectivement été tenus, et qu'il ne s'agisse pas pour lui de lever la confidentialité des sources du journaliste. «Les correspondants de guerre jouent un rôle capital dans la mesure où ils attirent l'attention de la communauté internationale sur les horreurs et les réalités des conflits. Les informations découvertes par les correspondants de guerre ont plus d'une fois fourni d'importantes pistes aux enquêteurs du Tribunal». Si l'habitude se prend d'utiliser les journalistes comme témoins à charge, «ils pourraient éprouver des difficultés à obtenir des informations importantes parce que les personnes interviewées, en particulier celles qui commettent des violations des droits de l'homme, risqueraient de leur parler moins librement et de leur refuser l'accès aux zones de conflit. Deuxièmement, les correspondants de guerre pourraient perdre leur statut d'observateurs d'individus commettant des violations des droits de l'homme et devenir leurs cibles, mettant ainsi leur vie en danger». La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie annule dès lors l'injonction à comparaître décernée par la Chambre de première instance contre le journaliste Jonathan Randal. Pour qu'une telle injonction puisse se justifier, il faudrait «démontrer que le témoignage demandé présente un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire concernée». Deuxièmement, il faudrait «prouver que ce témoignage ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source». ■

Voir aussi ci-dessus, p. 107 s.

media  
L E X

2/03  
121





# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

## Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2002

**Franz Riklin**

Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg

Die Recherche bezieht sich auf Entscheide, die seit der letzten Rechtsprechungsübersicht in *medialex* 2001, 114 ff. und – mit wenigen Ausnahmen – bis Ende 2002 publiziert oder besprochen worden sind. Berücksichtigt wurden sämtliche Publikationshinweise in den Zeitschriften AGVE, AJP/PJA, BGE, BJM, *medialex*, PKG, plädoyer, Praxis, recht, RFJ/FZR, RS, SJ, SJZ, ZBJV, RVJ, ZR, ZSR, ZStR sowie weitestgehend auch Vermerke in den restlichen kantonalen Rechenschaftsberichten und Entscheidungssammlungen.

### I. EMRK/CEDH

1. **Unsorgfältige Vorwürfe gegen einen Schönheitschirurgen (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [3. Kammer], 16. Oktober 2001 [Verdens Gang & Kari Aarstad Aase c. Norwegen, N° 45710/99]; *medialex* 2002, 43 mit Anm. F. ZELLER; AJP/PJA 2002, 696).
2. **Ehrenschutzprivilegien für ausländische Staatschefs (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [2. Kammer], 25. Juni 2002 [Colombani u.a. c. Frankreich, N° 51279/99]; *medialex* 2002, 156 mit Anm. F. ZELLER; AJP/PJA 2003, 436 ff.).
3. **Trotz massiver Medienberichterstattung fairer Prozess für Craxi (Art. 6 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [1. Kammer] vom 5. Dezember 2002 «Craxi c. Italien» [Beschwerde N° 34896/97]; *medialex* 2003, 52 mit Anm. F. ZELLER).

### II. Strafrecht und Strafprozessrecht/Droit pénal et droit de procédure pénale

1. **Anforderungen an die journalistische Prüfungspflicht (Art. 173 StGB).** (Obergericht des Kantons Zürich, 29. August 2002; *medialex* 2003, 57).
2. **Pas de preuves libératoires pour le rédacteur responsable (art. 27, 173, 322<sup>bis</sup> CP).** (Préteur du district de Bellinzone, 11 mars 2002; *medialex* 2002, 100 mit Anm. D. BARRELET; AJP/PJA 2002, 1493).
3. **Rücknahme ehrverletzender Äusserungen (Art. 173 StGB).** (Bundesgericht, 29. November 2002; *medialex* 2003, 54 f.).
4. **Ehrverletzende Fotomontage (Art. 177 StGB).** (Bezirksgericht Zürich, 7. Februar 2002; *medialex* 2002, 92 mit Anm. F. RIKLIN; SJZ 2002, 208 ff.; AJP/PJA 2002, 1494).
5. **Affiche contre l'avortement jugée diffamatoire (art. 27, 173 CP, art. 271 al. 2 PPF/BStP).** (Tribunal fédéral, 14 mai 2002, ATF 128 IV 5; *medialex* 2002, 161 mit Anm. F. RIKLIN; plädoyer 2002/4, 71; SJ 2002 I 462 ff.; AJP/PJA 2002, 1216 s.).
6. **Condamnation pour diffamation annulée (art. 270 PPF/BStP).** (Tribunal fédéral, 21 décembre 2001; *medialex* 2002, 47; AJP/PJA 2002, 696).
7. **Mediatisierung von Strafverfahren ohne Vorverurteilung (Art. 63, 187 ff. StGB).** (Bundesgericht, 20. März 2002; BGE 128 IV 97; *medialex* 2002, 98; AJP/PJA 2002, 1495).
8. **Pornographie et injure par e-mail (art. 197 chiff. 2 CP).** (Tribunal fédéral, 21 août 2002; *medialex* 2002, 217; Praxis 2003, 291 ff.).

9. **Unzulässiger Vertrieb von pornographischem Material (Art. 197 Ziff. 3 StGB, Art. 10 EMRK).** (Bundesgericht, 26. Juli 2002; BGE 128 IV 201; *medialex* 2002, 217 f. mit Anm. D. BARRELET; sic! 2002, 841 ff.; plädoyer 2002/6, 70).

10. **Fotografische Kopien von harter Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB).** (Bundesgericht, 20. Dezember 2001; plädoyer 2002/2, 63; SJ 2002 I 236 s.).

11. **Umstrittene «Teilnahme» an unbewilligten Demonstrationen I (Art. 260 StGB).** (Bezirksgericht Zürich, 5. Februar 2002 und 6. Juni 2002; *medialex* 2002, 163 f. mit Anm. G. FIOKA).

12. **Umstrittene «Teilnahme» an unbewilligten Demonstrationen II (Art. 260 StGB).** (Obergericht des Kantons Zürich, 2. September 2002; *medialex* 2003, S. 44 ff. mit Anm. G. FIOKA).

13. **Rassistische Zeitschrift «Aurora» (Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Art. 269 Abs. 1, 273 Abs. 1 lit. b, 277<sup>bis</sup> Abs. 1 BStP).** (Bundesgericht, 18. März 2002; *medialex* 2002, 100).

14. **Zur Frage der Öffentlichkeit einer rassendiskriminierenden Äusserung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB).** (Bundesgericht, 30. Mai 2002; *medialex* 2002, 158 f. mit Anm. G. FIOKA; AJP/PJA 2002, 1494).

15. **Öffentlich den Holocaust verleugnendes Buch anbieten (Art. 58, 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB).** (Bundesgericht, 16. Oktober 2001; BGE 127 IV 203; plädoyer 2001/6, 70 f.; SJ 2002 I 57 ss.; AJP/PJA 2002, 1356).

16. **Zulässige Links zu rassistischen Websites (Art. 261<sup>bis</sup> StGB).** (Bezirksgericht Zürich, 10. September 2002; *medialex* 2002, 220 f., *medialex* 2003, 27 ff. mit Kommentar CH. SCHWARZENEGGER/M.A. NIGGLI; sic! 2003, 23 ff.).

17. **Opfereigenschaft bei der Leugnung von Völkermord (Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Art. 2 OHG).** (Bundesgericht, 7. November 2002; plädoyer 2003/1, 63).

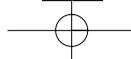
18. **Busse für Journalisten für Amtsgeheimnisverletzung (Art. 293 StGB, Art. 10 EMRK).** (Bezirksgericht Zürich, 28. Mai 2002; *medialex* 2002, 165).

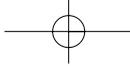
19. **Verbotene Gerichtsberichterstattung im Internet (Art. 292 StGB).** (Bundesgericht, 24. September 2001; *medialex* 2002, 45 ff. mit Anm. F. ZELLER).

### III. UWG-Strafrecht/LCD-Droit pénal

20. **Preisbekanntgabe bei «Telefonsex» (Art. 16, 17, 20 und 24 UWG, Art. 10 lit. q und Art. 11 Abs. 1<sup>bis</sup> PBV).** (Bundesgericht, 11. Juli 2002; BGE 128 IV 177; plädoyer 2002/5, 62 f.).

Es kann nur eine begrenzte Zahl von Entscheiden besprochen werden. Zudem fallen in die Berichtsperiode diverse Urteile, die durch Rezensenten in *medialex* besprochen wurden, was in der vorstehenden Übersicht vermerkt ist. In zwei Fällen (Entscheide II/16 und 19) betreffend Links zu rassistischen Websites (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) und verbotene Berichterstattung im Internet (Art. 292 StGB) sei ausschliesslich auf den darauf bezogenen Aufsatz von SCHWARZENEGGER verwiesen.





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

GER/NIGGLI in *medialex* 2003, 27 ff. und auf die Anmerkungen von ZELLER in *medialex* 2002, 46 f. verwiesen, weil es nicht möglich ist, im Rahmen der folgenden Übersicht in wenigen Zeilen die Komplexität der betreffenden Fälle darzustellen.

Die meisten Urteile betrafen Ehrverletzungen. Am zweitmeisten berührt war die Rassismusklausel. Es folgten Urteile betr. Pornographie und den Landfriedensbruch. Entsprechend erfolgt die Gliederung der nachstehenden Ausführungen. Kurz eingegangen wird schliesslich auf zwei Urteile, die sich mit den Auswirkungen der Medienberichterstattung auf ein faires Verfahren und die Strafzumessung befassen.

### 1. Ehrverletzungen (Urteile I/1 und 2 sowie II/1-5)

a) Drei Urteile betrafen die Anforderungen an die journalistische Prüfungspflicht. Sie spielen im schweizerischen Recht bei unwahren Äusserungen eine Rolle, wenn der Gutgläubensbeweis zur Diskussion steht. Da die Schwere eines Ehrengriefs einerseits vom Vorwurf selber und andererseits von der Zahl der Adressaten abhängt, hat dies zur Folge, dass bei den Medien allein schon wegen ihres Verbreitungsgrades an Journalisten besonders strenge Anforderungen hinsichtlich ihrer Prüfungspflicht gestellt werden. Entlastend kann andererseits wirken, dass bei hoher Aktualität wegen der gebotenen Eile den Verifizierungsmöglichkeiten Grenzen gesetzt sind. In einem Strassburger Fall (I/2) wurde die Auffassung bestätigt, dass sich Journalisten grundsätzlich auf offizielle Berichte von Behörden stützen dürfen, ohne zusätzliche Recherchen unternemen und die Wahrheit der entsprechenden Angaben verifizieren zu müssen. In einem offiziellen Bericht, den die EU-Kommission eingeholt hatte, wurden Zweifel am Willen der marokkanischen Behörden und damit der Entourage des marokkanischen Königs geweckt, dem lukrativen Drogenhandel ein Ende zu setzen.

Das Gegenbeispiel liefert uns ebenfalls die Strassburger Praxis (I/1). Es ging um schwere Vorwürfe an einen Schönheitschirurgen. Sie beruhten nicht auf erhärteten Tatsachen und entsprachen im Ergebnis nicht der Wahrheit. Der Journalist berief sich einzig auf die direkt betroffene psychisch kranke Patientin, ohne weitere Recherchen zu unternemen, obwohl für den Bericht keine zeitliche Dringlichkeit bestand. Bezogen auf die Schweiz bleibt offen, ob das Bundesgericht den sinngemäss erhobenen Vorwurf ärztlicher Kunstfehler als (strafbare) Verletzung der sittlichen Ehre oder nur als strafrechtlich irrelevante Beinträchtigung des gesellschaftlichen Rufes angesehen hätte.

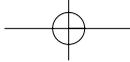
In einem Urteil des Züricher Obergerichts (II/1) ging es um die Kritik am ehemaligen Finanzdirektor der Expo. Man warf ihm vor, er zahle an seinen Wohnort keine Steuern. Die Journalisten irrten sich. Verschiedene Indizien

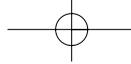
sprachen jedoch für den fälschlicherweise angenommenen Wohnsitz (Büro- und Privattelefonnummer, ein Steuerausweis der örtlichen Behörde, ein Handelsregisterauszug über eine Firma, deren Präsident der Kritisierte war). Das Gericht nahm an, die Journalisten hätten aus der Sicht des guten Glaubens genügend recherchiert. Ein kleines Detail: Einer der Journalisten wollte vom Betroffenen einen Tag vor der Publikation des Artikels telefonisch in Erfahrung bringen, warum er keine Steuern bezahle, und sprach auf dessen Combox, wartete jedoch die Antwort nicht ab. Während der Presserat aus berufsethischer Sicht jeweils Wert darauf legt, dass Betroffene vor der Publikation Gelegenheit zur Stellungnahme zu Vorwürfen erhalten, empfand dies das Gericht im vorliegenden Fall in strafrechtlicher Beziehung nicht als entscheidend und meinte, die Journalisten seien insgesamt den Anforderungen an ihre Prüfungspflicht nachgekommen.

b) Zwei Urteile betrafen bildliche Ehrverletzungen. Die Verurteilung von Journalisten des «Facts» durch das Züricher Bezirksgericht i.S. Franco Knie/Stefanie von Monaco bzgl. einer angeblich ehrverletzenden Fotomontage wegen Beschimpfung (II/4) hat das Züricher Obergericht in der Zwischenzeit am 31. Januar 2003 aufgehoben (vgl. in dieser Nummer hinten S. ...). Die umstrittene Darstellung zeigte den Kopf der beiden Ankläger auf leicht- bzw. minimal bekleideten Körpern anderer Personen in einem Zirkuswohnwagen. Es stellte sich die Frage, ob der betreffende Tatbestand erfüllt und wie Satire oder eine satireähnliche Darstellung zu bewerten ist. Nach Meinung der zweiten Instanz sei das Bild klar als Montage zu erkennen gewesen und habe einen wahren Kern gehabt, die unbestrittene damalige Beziehung von Franco Knie mit der monegasischen Prinzessin. Ferner wurde die Behauptung verneint, in der umstrittenen Fotomontage sei diese Beziehung auf ein abartiges sexuelles Verhältnis reduziert worden. Der Darstellung sei kein Bezug zur Prostitution zu entnehmen und sie habe keinen pornographischen Charakter. Offenbar ist der Fall an das Bundesgericht weitergezogen worden.

In einem anderen Fall (II/5) hat das Bundesgericht ein Plakat, das u.a. einen blutüberströmten toten ca. 20 Wochen alten Fötus zeigte und drei namentlich genannte Walliser Frauen, die sich für eine Fristenlösung mit Beratungspflicht einsetzten, bezichtigte, eine Tötungskultur zu befürworten, unter Würdigung aller Einzelheiten der Darstellung als üble Nachrede bewertet.

c) Zwei Urteile betrafen Sondernormen. Im Urteil II/3 befasste sich das Bundesgericht mit der Rücknahme einer Ehrverletzung gemäss Art. 173 Ziff. 4 StGB. Diese Norm ermöglicht eine mildere Bestrafung oder gar eine Strafbefreiung (d.h. einen Schuldspruch ohne Sanktion). Es handelt sich um einen Sonderfall der aufrichtigen Reue nach Vollendung der Tat. Der Täter muss dabei zu erkennen geben, dass er die Ehre des Betroffenen wieder herstellen möchte





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

(BGE 112 IV 28). Zwei Anwälten war zu Unrecht angelastet worden, wegen ungetreuer Geschäftsführung verurteilt worden zu sein. Das Bundesgericht akzeptierte die gänzliche Strafbefreiung, obwohl die ehrenrührige Aussage immerhin in einer Zeitung verbreitet worden war und insofern nicht leicht wog. Allerdings lag eine Verkettung unglücklicher Umstände vor. Der Journalist wollte in letzter Minute die Falschmeldung verhindern, kam aber wegen eines vorverlegten Redaktionsschlusses zu spät. Der Entscheid zeigt Journalisten, die einen Fehler gemacht haben, eine interessante Möglichkeit auf, den Schaden in Grenzen zu halten.

Zahlreiche Länder kennen ferner eine Vorschrift, die ausländischen Staatschefs einen erhöhten Ehrenschatz gewähren. Im bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Strassburger Entscheid (I/2), der indirekt den König von Marokko betraf, ging es um die entsprechende französische Norm, welche überdies den Wahrheitsbeweis nicht zulässt. Die Beschwerdeführer bekamen Recht. Ein so konzipierter erhöhter Ehrenschatz von Staatschefs, insbesondere ohne Möglichkeit des Wahrheitsbeweises, rechtfertigt sich aus der Sicht der Meinungsäusserungsfreiheit nicht. In der schweizerischen Parallelnorm des Art. 296 StGB betreffend Beleidigung eines fremden Staates, deren Daseinsberechtigung nach diesem Entscheid problematisiert werden kann, ist die Frage der Zulässigkeit der Entlastungsbeweise nicht geregelt. Sie wird in der Doktrin kontrovers behandelt. Als Folge dieses EGMR-Entscheids müsste man wohl die Entlastungsbeweise mit Rücksicht auf Art. 10 EMRK zulassen (vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung von Y. Jeanneret in: AJP 2003, 436 ff.).

**d)** Zwei Entscheide befassten sich mit den 1998 in Kraft getretenen überarbeiteten Bestimmungen über die Kaskadenhaftung. Bei Nichtbelangbarkeit des Autors haftet der verantwortliche Redaktor gemäss Art. 27 Abs. 2 nach Art. 322<sup>bis</sup> StGB wegen Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung. Im Entscheid II/2 ging es um die Frage, ob er in einem Ehrverletzungsprozess im Fall der Verweigerung der Bekanntgabe des Namens des Autors zu den Entlastungsbeweisen nach Art. 173 Ziff. 2/3 StGB zugelassen werden kann, wozu sich Art. 322<sup>bis</sup> StGB nicht äussert. Würde man den für die Veröffentlichung Verantwortlichen z.B. am Wahrheitsbeweis hindern, könnte er auch für die Nichtverhinderung einer Aussage bestraft werden, die wahr ist und in Wahrung öffentlicher Interessen getätigt wurde. Das kann nicht sein. Der Entscheid des Pretore des Distrikts Bellinzona vom 11.3.2002, der Entlastungsbeweise nicht zulies, ist deshalb fragwürdig.

Im bereits erwähnten Plakatentscheid (II/5) befasste sich das Bundesgericht auch mit der interessanten Frage, wer alles von der Kaskadenhaftung profitiert, weil grundsätzlich nur der Autor eines Mediendelikt strafrechtlich verantwortlich ist. Es verneinte die Strafbarkeit derjenigen Personen, die das Plakat lediglich angeschlagen hatten, weil sich

Art. 27 auch auf die Verbreitung beziehe. Dies war im Ergebnis richtig, die Begründung in ihrer Verallgemeinerung jedoch nicht. Die «Anschläger» wurden zu Recht nicht verurteilt, weil sie mit ihrer Tätigkeit an der Veröffentlichung des Presseerzeugnisses und damit an der Vollendung eines Pressedelikts beteiligt waren. Nach einer Veröffentlichung unterstehen Weiterverbreiter, wie z.B. Buchhändler oder Kioskverkäufer, jedoch nicht mehr der Kaskadenhaftung. A.M. in diesem Punkt Basler Kommentar (BSK) StGB I-Zeller Art. 27 N 34 ff.

### 2. Rassismuskriterium (Entscheide II/14 und 17)

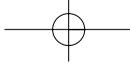
Im Entscheid II/14 hat das Bundesgericht lautstarke rassistische Verunglimpfungen vor mehreren Zeugen in der Strasse eines Wohnquartiers als öffentlich bezeichnet und entsprechend eine Verurteilung nach Art. 261<sup>bis</sup> StGB gestützt. Es begründete seinen Entscheid nicht damit, dass sechs Personen bei der Szene direkt anwesend waren, sondern meinte, nach den räumlichen Umständen sei damit zu rechnen gewesen, dass eine Vielzahl von unbestimmten, mit dem Beschwerdeführer in keiner Beziehung stehenden Personen die Äusserungen wahrnehmen konnten. Das Bundesgericht schenkt damit den sozialen Kriterien des Öffentlichkeitsbegriffs wieder mehr Beachtung als in früheren Urteilen.

In einem weiteren Entscheid (II/17) ging das Bundesgericht mit der «wohl herrschenden Lehre», die aber nicht unbestritten ist, einig, die Leugnung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit i.S. von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4, 2. Satzteil StGB sei ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden. Allein dieses Rechtsgut werde durch diese spezielle Tatbestandsvariante unmittelbar geschützt, individuelle Rechtsgüter könnten deshalb nur mittelbar geschützt werden. Dies lässt aufhorchen und wird zu Diskussionen führen, hat doch das gleiche Bundesgericht in BGE 123 IV 202 und 128 I 218 bei Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 1 und 4 erster Satzteil StGB die Menschenwürde als geschütztes Rechtsgut anerkannt. Als Folge der bundesgerichtlichen Auffassung fehlte in diesem Fall den sich betroffenen fühlenden Einzelpersonen (hier Armeniern) die Opfereigenschaft i.S. von Art. 2 Abs. 1 OHG mit der entsprechenden strafprozessualen Folge, dass sie sich nicht als Geschädigte am Verfahren beteiligen und keine Rechtsmittel ergreifen können.

### 3. Pornographie (Entscheide II/8 und 9)

BGE 128 IV 260 (Entscheid II/8) ist insofern interessant, als nach langem wieder einmal anhand eines konkreten Beispiels geschildert wird, wann die Grenzen der weichen Pornographie nach Art. 197 Ziff. 2 überschritten sind. Ferner wurde eine Ehrverletzung durch den Versand einer E-Mail mit pornographischem Inhalt unter fremdem Namen bejaht. Die Vorinstanz hatte eine Beschimpfung angenommen, das Bundesgericht belehrte sie, es handle sich um eine Verleumdung, konnte aber wegen des Verbots der reformatio in peius nichts am Entscheid ändern.





## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

In Entscheid II/9 (BGE 128 IV 201) erklärte das Bundesgericht, die Bestrafung wegen des Vertriebs von Magazinen und Videofilmen, die harte Pornographie zum Inhalt haben, verstosse auch dann nicht gegen die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK, wenn mit diesen Erzeugnissen ausschliesslich interessierte und eingeweihte Erwachsene bedient werden. Der Beschwerdeführer bestritt, dass dies zum Schutz der Moral oder anderer in Art. 10 Ziff. 2 EMRK genannter Güter notwendig sei. Das Bundesgericht anerkannte, auch pornographische Darstellungen würden von Art. 10 EMRK erfasst, selbst wenn sie keinen informativen Gehalt aufwiesen, sondern rein kommerziellen Zwecken dienten. Bei der harten Pornographie gehe es jedoch um den Schutz der öffentlichen Moral und damit eng verknüpft jenem der Rechte anderer. Es soll der Verrohung auf dem Gebiet der Sexualität vorgebeugt und verhindert werden, dass die unter Strafe gestellten Darstellungen beim Betrachter die Bereitschaft erhöhen, das Geschehene selbst nachzuahmen; es soll eine korrumpierende Wirkung dieser Darstellungen vermieden werden. Dies seien Motive, die gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen. Der Gesetzgeber habe bei der Bestimmung der Erfordernisse der öffentlichen Moral ein weites Ermessen. Legitim sei namentlich ein Verbot von Aufnahmen sexueller Handlungen mit Gewalttätigkeiten. Weniger eindeutig sei dies in Bezug auf sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen. Dennoch wurde die Berechtigung der heutigen Regelung aus EMRK-Sicht als vertretbar angesehen.

#### 4. Landfriedensbruch (Entscheide II/11 und 12)

Nach einem Urteil des Zürcher Obergerichts (II/12) begeht ein Berufsfotograf, der das Geschehen an einer gewalttätigen Demonstration bildlich dokumentiert, keinen Landfriedensbruch im Sinn von Art. 260 StGB, soweit er optisch nicht als Teilnehmer der Demonstration erscheint. Der betreffende Fotograf hatte sich an einer unbewilligten Nachdemonstration zum 1. Mai aufgehalten und dort Fotos von Demonstranten geschossen, die Steine gegen ein Gebäude geworfen hatten. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte ihn in der Folge wegen Landfriedensbruchs mit der Begründung, dass das Mitführen einer Fotokamera den Täter optisch nicht hinreichend von den Demonstrationsteilnehmern abhebe, dass demzufolge eine auffällige Kennzeichnung erforderlich wäre (z.B. Armbinde) und dass sich die

Journalisten darüberhinaus u.U. vorgängig registrieren lassen müssten (Entscheid vom 6.6.2002, II/11). Das Zürcher Obergericht stellte nun klar, dass ein Journalist, der seiner Tätigkeit nachgeht, sehr wohl auch ohne spezifische Kennzeichnung oder «Voranmeldung» optisch von den Teilnehmern unterschieden werden kann. Im konkreten Fall stellte das Gericht anhand von Fotos (anderer Fotografen) fest, dass der Angeklagte, obwohl er schwarze Kleider trug und insofern dem «Outfit» des «Schwarzen Blocks» entsprach, im Gegensatz zu den stürmenden Demonstranten beinahe statisch wirkte und stets klar als Fotograf in Ausübung seiner Tätigkeit wirkte.

#### 5. Medienberichterstattung, fares Verfahren und Strafzumessung (Entscheide I/3 und II/7)

Im Strassburger Fall I/3 i.S. Craxi gegen Italien ging es wieder einmal um die in der bisherigen Praxis noch nie bejahete Frage, ob eine massive Pressekampagne die Unabhängigkeit der Richter zu beeinträchtigen und somit Einfluss auf die Fairness von Strafverfahren zu haben vermag. Mit dieser Frage hat sich früher auch schon das Bundesgericht befasst (BGE 116 Ia 14 ff.). Mit aller Deutlichkeit zeigte das Gericht Verständnis dafür, dass die Presse in einer demokratischen Gesellschaft in einem Verfahren gegen einen Spitzenpolitiker wegen Korruption, illegaler Parteienfinanzierung und anderer Delikte gelegentlich harte Kommentare verfasse. Es gab keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Beeinflussung des nota bene ausschliesslich aus Berufsrichtern bestehenden Gerichts. Craxi konnte keine objektiven Belege für seine Behauptung angeben, die Staatsanwaltschaft habe die Medien systematisch mit vertraulichen Angaben beliefert.

Das Bundesgericht seinerseits befasste sich im Entscheid II/7 (BGE 128 IV 97) i.S. Köbi F. betreffend Sexualdelikten mit Kindern mit der Frage des Einflusses einer vorverurteilenden Berichterstattung sowie einer überdurchschnittlichen Belastung durch eine intensive, wenn auch nicht vorverurteilende Mediatisierung auf die Strafzumessung. In Bezug auf die erste Frage war eine Vorverurteilung nicht dargetan. Sie wäre je nach Schwere der Rechtsverletzung als Strafzumessungsgrund im Rahmen von Art. 63 StGB zu gewichten gewesen. Bzgl. der zweiten Frage hätte sich die Mediatisierung nur wenig strafmindernd auswirken können, die ausgesprochene Strafe von 3¼ Jahren verletzte jedenfalls Bundesrecht nicht. ■

