



Radio- und Fernsehrecht

Wie das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) Programmqualität einfordern will

Droit d'auteur

Google Book: un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur?

Strafrecht

Juristische Prävention und Quellenschutz

Journalistische Recherchiermethoden «Rote Anneliese»-Artikelserie ist nicht ehrverletzend



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

www.medialex.ch

14. Jahrgang
14^e année

Herausgeber

Directeurs de la publication

Prof. Bertil Cottier
Prof. Christoph Beat Graber
Prof. Franz Riklin
Dr. Peter Studer
Dr. Stéphane Werly

Redaktionsleitung

Chef de rédaction
RA Dr. Oliver Sidler

im brennpunkt en point de mire65
Juristische Prävention und Quellenschutz65
SIMON CANONICA	
Google Book: un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur?68
PHILIPPE GILLIÉRON	
<hr/>	
untersuchungen études70
Wer eine Radio- oder Fernsehkonzession erhält, muss publizistische Leistungsaufträge erfüllen70
PETER STUDER	
Journalistische Recherchiermethoden und Strafrecht77
MATTHIAS SCHWAIBOLD	
<hr/>	
entscheidungen décisions85
Inhaltsverzeichnis Sommaire85
Die Entscheidung La décision88
Weitere Entscheidungen Autres décisions96
1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht96
1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit96
1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit	103
1.3 Radio- und Fernsehrecht	106
1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen	112
3. Strafrecht	113
3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit	113
4. Privatrecht	113
4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz	113
5. Urheberrecht	114
5.2 Verwertungsrechte	114
6. Wettbewerbsrecht	115
6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen	115
8. Ethik/Selbstregulierung	116
8.1 Ethik des Journalismus	116
<hr/>	
bücher, zeitschriften livres, revues	122



Simon Canonica ist Rechtsanwalt. Er arbeitete nach dem Studium neun Jahre als Gerichtsschreiber im Kanton Schwyz, wechselte dann zum Tages-Anzeiger, wo er zuerst als Redaktor tätig war. Seit 1996 gehört er dem Tamedia-Rechtsdienst an und ist dort als Rechtskonsulent für die Redaktionen zuständig.

simon.canonica@tamedia.ch

Juristische Prävention und Quellenschutz

Was lernen wir aus dem Fall Nef?

Résumé L'affaire Nef, qui a fait la une des journaux tout au long de l'année 2008, n'est pas encore arrivée à son terme. Le policier qui avait transmis des informations à la *Sonntagszeitung* a été condamné en première instance pour violation du secret de fonction. Ce qui soulève des questions relatives à la protection des sources. De surcroît, la couverture médiatique de l'affaire Nef est une bonne occasion de se pencher sur le rôle préventif du droit face à des publications controversées.

Es war die Mediengeschichte 2008. Im Unterschied zu manchen andern gross aufgemachten Storys endete die Berichterstattung der Sonntagszeitung, die Ende Juli 2008 zum Rücktritt des Armeechefs Roland Nef geführt hatte, nicht als Rohrkrepierer. Man ist sogar versucht, zu behaupten, die Zeitung hätte die bis zum Europäischen Menschenrechtsgerichtshof anerkannte Funktion der Medien als «public watchdog» wahrgenommen. Grund zur Genugtuung aus Mediensicht? Jein, denn Ende März wurde ein Polizist, der die Sonntagszeitung mit brisanten Informationen beliefert haben soll, wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt, eine äusserst unangenehme Folge der Publikation, für welche die Autoren jüngst mit dem Zürcher Journalistenpreis ausgezeichnet wurden.

Der Fall Nef eignet sich, aufzuzeigen, was rechtliche Prävention im Vorfeld und bei der Veröffentlichung einer «heissen» Geschichte leisten kann und soll. Ziel der juristischen Prävention auf einer Redaktion ist, zu verhindern, dass Fehler bei der journalistischen Arbeit zu rechtlichen Problemen führen, die in Berichtigungen, Klarstellungen, manchmal gar Entschuldigungen oder Urteilspublikationen, Bestrafung von Journalisten, Rügen des Presserats oder in Verurteilungen von Medienunternehmen zu Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen oder gar zur Gewinnherausgabe münden können. Vom Image- und Glaubwürdigkeitsverlust, den unsorgfältig recherchierte und veröffentlichte Berichte nach sich ziehen, ganz zu schweigen – denken wir nur an die Fälle Borer oder Villiger.

Drei Stadien: Recherche – Auswahl – Publikation

In der Regel durchlaufen «Enthüllungsgeschichten» drei Stadien: Recherche – Auswahl des Inhalts – Publikation. In jedem dieser Stadien geht es in erster Linie darum, widerrechtliche Persönlichkeitsverletzungen zu vermeiden. Aufsehenerregende Storys werfen meistens ein ungünstiges Licht auf bestimmte Personen und enthalten somit oft persönlichkeitsverletzende Äusserungen. Solche Inhalte zu verbreiten, ist nicht in jedem Fall verboten, aber nach Art. 28 Abs. 2 ZGB nur erlaubt, wenn ein öffentliches Informationsinteresse die entgegenstehenden privaten Interessen von Betroffenen überwiegt. Nie hat das öffentliche Interesse bei der Publikation von Unwahrheiten den Vorrang. Im Übrigen aber ist diese Abwägung etwas vom Heikelsten im Rahmen der juristischen Prävention, da jeder Fall anders liegt. Meist klaffen die Meinungen von Journalisten, die in ihrem Handeln gern und rasch einen öffentlichen Auftrag sehen, und Betroffenen, die oft reflexartig alles Unangenehme der Privatsphäre zuordnen wollen, diametral auseinander.

Breite Recherche

Die Recherche muss so breit wie möglich verlaufen. Auch scheinbar Nebensächliches soll abgeklärt werden, wenn damit Aufschluss über die Glaubwürdigkeit von Protagonisten oder Informanten gewonnen werden kann. Besser als mündliche Informationen sind stets Dokumente, deren Echtheit aber auch zu überprüfen ist, unter Umständen mit begleitenden Recherchen. Es ist stets daran zu denken, dass es nicht genügt, wenn Journalisten felsenfest von der Wahrheit überzeugt sind: Sie müssen nach der Regel von Art. 8 ZGB in einem Zivilprozess die Wahrheit belegen können – im Ehrverletzungsprozess ist diese Regel etwas gemildert durch den Gutgläubensbeweis (Art. 173 Ziff. 2 StGB). Je mehr voneinander unabhängige Quellen Inhalte bestätigen, desto besser. Die amerikanische Regel, dass es zwei voneinander unabhängige Quellen braucht, ist in der Schweiz nicht zwingend einzuhalten, aber es ist auch hier-

zulande äusserst gefährlich, sich nur auf einen Informationsstrang zu stützen. Zu oft verfolgen Informanten eigene Interessen, sie beliefern Medien zwar selten mit falschen, aber häufig mit unvollständigen Informationen.

Strenge Auswahl

In der zweiten Phase fällt der Entscheid darüber, was konkret publiziert werden soll/darf. Woran besteht ein öffentliches Informationsinteresse? Wo gehen entgegenstehende private Interessen Betroffener vor? Im Fall Nef nahm die SonntagsZeitung folgende Neunerprobe vor: Was muss die Öffentlichkeit wissen, um sich ein Bild darüber machen zu können, ob Nef als Armeechef tragbar ist/bleibt? Was umgekehrt sind Vorfälle, die den Armeechef vielleicht unsympathisch erscheinen lassen, die aber im Zusammenhang mit seiner öffentlichen Funktion nicht relevant sind? Sicher von einem öffentlichen Informationsinteresse gedeckt waren die Fragen, wer wann was über das laufende Strafverfahren gegen Nef wusste und wie dieses Verfahren erledigt worden ist. Verneint hat die SonntagsZeitung dieses Interesse für die im ihr vorliegenden Einvernahmeprotokoll beschriebenen Streitereien zwischen Nef und der Freundin und für Episoden an privaten Festen, Hinweise auf sexuelle Eigenarten u. a. m., worüber anderswo zum Teil berichtet worden ist. Ein Armeechef muss im Privatleben kein Musterknabe oder Tugendbold sein. Offensichtlich nicht bekanntgegeben werden durften die Identität der Exfreundin sowie Details über sie, denn sie ist keine Person des öffentlichen Interesses. Nicht als Privatsache konnte aber das monatelange und strafrechtlich relevante Stalken und Belästigen der Exfreundin abgetan werden. Ob sich einer, der die verantwortungsvolle Funktion eines Armeechefs innehat, in strafrechtlich relevanter und erheblicher Art und Weise an einer Expartnerin rächt, das geht die Öffentlichkeit etwas an, auch wenn es grundsätzlich private Vorgänge sind. Nicht ohne Bedeutung war in diesem Zusammenhang der Umstand, dass das Strafverfahren nicht mangels Tatbestand eingestellt wurde, sondern gestützt auf Art. 53 StGB, der angewendet werden kann, wenn der Täter Wiedergutmachungsanstrengungen geleistet hat und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind. Man durfte und musste sich fragen: Erfolgte die Einstellung unter diesem Titel zu Recht? Gab es Einflussnahmen auf diesen Entscheid?

Sorgfältige Publikation

In der Schlussphase, bei der konkreten Publikation, ist darauf zu achten, dass die aufwendige Vorarbeit nicht durch Unsorgfalt oder übertriebene Zuspitzungen zunichtegemacht wird. Zum einen ist darauf zu achten, dass Betroffene, gegen die erhebliche Vorwürfe erhoben werden, angemessen zu Wort kommen und nicht erst in der letzten Minute kontaktiert werden. Weiter ist die Unschuldsvermutung zu respektieren, d. h., Verdächtigungen sollen nicht als Tatsachen ausgegeben werden usw. Folgerungen und Wertungen sollen aufgrund der Fakten vertretbar sein und nicht unnötig verletzen, d. h. Zurückhaltung mit Beurteilungen und Adjektiven, denn: Je besser die

Geschichte, desto überflüssiger die Adjektive! Zu guter Letzt müssen Titel, Untertitel, Illustrationen und dazugehörige Legendenden vom Inhalt der Geschichte gedeckt sein, sie dürfen keine falschen Eindrücke erwecken.

Umfassender Quellenschutz

Nicht zu unterschätzen ist bei einer heiklen Publikation der Quellenschutz, vor allem wenn die Geschichte oder Teile davon auf geheimen Dokumenten oder auf Informationen von Personen mit Schweigepflicht aufbauen. Nicht nur in der Berichterstattung sollen Hinweise vermieden werden, die zu Informanten führen können. Es gilt schon im Recherchestadium, aber auch nach der Veröffentlichung, Vorsicht walten zu lassen. Zwar verbietet Art. 3 des Bundesgesetzes betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1) Telefonabhörungen von Journalisten im Zusammenhang mit möglichen Verletzungen von Amtsgeheimnissen; auch Hausdurchsuchungen und andere prozessuale Zwangsmassnahmen gegen Redaktionen sind unzulässig (Art. 28a Abs. 1 StGB). Trotzdem ist es zu empfehlen, bei brisanten Geschichten keine E-Mails mit Informanten auszutauschen und Telefongespräche nur aus Kabinen zu führen. Und was oft unterschätzt wird: keine Konzessionen an die Eitelkeit, d. h. kein Triumphgehebe im Kollegenkreis und keine unbedachten Äusserungen gegenüber Dritten! Und natürlich auch keine Auskünfte an Behörden, wozu Medienschaffende aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts für Medienschaffende (Art. 28a StGB) im Zusammenhang mit Amtsgeheimnisverletzungen auch nicht verpflichtet sind. So mag es auf den ersten Blick unproblematisch erscheinen, die Frage, ob X. der Informant sei, zu verneinen, wenn er es tatsächlich nicht war, doch kann jede Antwort auf solche harmlose Fragen den effektiven Kreis der Verdächtigen verkleinern und Informanten in Bedrängnis führen.

Aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund

Und damit komme ich zurück zum unbefriedigenden Teil der Geschichte: Amtsgeheimnisse gibt es, seit es Staaten gibt, und deren Verletzung wird seit je verfolgt. An dieser Tatsache hat auch die jüngste Entwicklung hin zum «gläsernen Staat» und der Paradigmenwechsel vom Geheimprinzip zum Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung nichts geändert. Zwar anerkennt die Rechtsprechung den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen», doch ich kenne keinen Fall, bei dem eine Rechtsverletzung durch Medienschaffende in den Genuss des besagten Rechtfertigungsgrundes gelangt wäre. Und so kam auch der erstinstanzliche Richter im Strafverfahren gegen den als Informanten verdächtigten Polizisten zum wenig überraschenden Schluss, der Angeklagte habe keine berechtigten Interessen gewahrt, sondern er hätte an seine Vorgesetzten gelangen können, um auf allfällige Missstände und Fehler hinzuweisen, anstatt an die Medien. Doch: Was hätte ein Polizist wohl zu erwarten, der in einem Fall, in dem es um keinen Geringeren als den Armeechef geht, bei Vorgesetzten interveniert und dabei auf Granit beisst? Kann ein vom Unrecht überzeugter Polizist, der sich in dieser Situation wenig vom Dienstweg verspricht, keine Wahrung be-

rechtigter Interessen vor Augen haben? Es wäre mehr als ein blosser Wermutstropfen, wenn die juristische Aufarbeitung der Affäre Nef in der Verurteilung eines Polizisten gipfeln würde, während der Hauptakteur keine Strafe, aber eine fürstliche Abfindung erhält.

Defensive Oberstaatsanwaltschaft

Zum Ganzen passt der defensive Rekursentscheid der Oberstaatsanwaltschaft Zürich vom 28. April 2009, mit dem diese verfügte, den Einstellungsentscheid in Sachen Nef, der die Affäre ausgelöst hat, den Medien nicht herauszugeben. Bleibt es dabei, wird sich die Öffentlichkeit nie ein korrektes Bild darüber machen können, ob die Einstellung im Verfahren gegen Roland Nef die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 53 StGB nun tatsächlich erfüllt hatte, wie die Oberstaatsanwaltschaft Zürich es betont – ein unbefriedigendes Ende der Geschichte.

Zusammenfassung Der Fall Nef, die Mediengeschichte des Jahres 2008, ist noch nicht ausgestanden. Ein Polizist, der die Sonntagszeitung mit Informationen beliefert haben soll, wurde in erster Instanz wegen Amtsgeheimnisverletzung verurteilt. Dies wirft Fragen zum Quellenschutz auf. Die Berichterstattung zur Affäre um den früheren Armeechef eignet sich aber auch, um aufzuzeigen, was die Aufgaben der juristischen Prävention rund um «heisse» Publikationen sind.



Philippe Gilliéron D^r en droit, avocat à Genève, J.S.M. Stanford Law School, professeur associé à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne (Propriété intellectuelle et internet, Commerce électronique), chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg (Propriété industrielle), chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Zurich (LLM in Internationales Wirtschaftsrecht), expert OMPI en matière de noms de domaine.

gillieron@bcc.ch

Google Book: un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur?

Résumé Par un accord de plus de trois cents pages, Google a mis fin aux batailles judiciaires qui avaient été lancées à son encontre en 2005 devant la *United States District Court for the Southern District of New York* concernant la numérisation non autorisée d'ouvrages dans le cadre de son projet *Google Book*. L'accord remodèle profondément la gestion des droits d'auteur dans l'environnement numérique, en prévoyant la mise sur pied d'un organisme indépendant chargé de la gestion de ces droits d'une part, et en consacrant un système *opt out* en lieu et place du système *opt in* auquel l'exploitation des droits exclusifs est en principe soumis d'autre part.

Les magistrats de la *United States District Court for the Southern District of New York* peuvent respirer. Ils n'auront finalement pas à trancher la question de savoir si la numérisation d'ouvrages sans l'accord préalable des titulaires de droits d'auteur par Google peut être considérée comme un «*fair use*» au sens du § 107 du Copyright Act de 1976. Après près de quatre années de négociations, Google aura finalement réussi à transiger les deux affaires qui l'opposaient depuis 2005 à la *Authors Guild, Inc.* et *The American Association Publishers, Inc.* d'une part, et à *The McGraw-Hill Companies, Inc.* d'autre part. Le résultat est toutefois à la hauteur des attentes: près de cent cinquante pages d'accord, complétées par près de deux cents pages d'annexes qui remodèlent en profondeur la manière dont les droits d'auteur peuvent être gérés sur internet (voir <http://www.googlebooksettlement.com>).

Inutile de dire qu'il est impossible de prétendre résumer un tel accord sur deux pages. A titre liminaire, il faut rappeler que l'accord comporte deux limitations de principe: tout d'abord, il ne règle la question de la numérisation des ouvrages qu'en ce qui concerne l'exploitation de la base de données sur le territoire des Etats-Unis. Ensuite, sa portée est limitée aux ouvrages d'ores et déjà publiés au 5 janvier 2009.

En substance, l'accord a pour résultat que Google est désormais en droit de continuer à numériser les ouvrages, de vendre des abonnements à des institutions pour sa base de données (universités, instituts et autres bibliothèques), de vendre l'accès en ligne à des livres ainsi que des espaces publicitaires sur les listes de résultats de recherche, d'afficher des portions

de livres sous forme d'aperçus afin d'encourager les ventes d'accès en ligne, et enfin de présenter des entrefilets de ces ouvrages. En retour, Google s'engage à payer aux détenteurs de droits 63% de tous les revenus résultant de l'exploitation de sa base de données. Pour les ouvrages d'ores et déjà numérisés au 5 mai 2009, Google s'engage au surplus à verser un montant de quarante-cinq millions de dollars américains sur un compte exclusivement destiné à cet effet, à répartir à hauteur de soixante dollars par ouvrage numérisé, respectivement quinze pour les «hors-textes» entiers et cinq pour les «hors-textes» partiels, étant précisé que les «hors-textes» sont définis comme regroupant les avant-propos, postfaces, prologues, épilogues, poèmes, citations, lettres, extraits textuels d'autres livres, périodiques ou autres ouvrages; paroles de chansons; notations musicales; illustrations de livres pour enfants, ou tableaux, cartes et graphiques qui ne sont pas des images.

Le véritable intérêt de l'accord ne réside cependant pas seulement dans ses termes financiers, mais bien plutôt dans deux éléments qui constituent des solutions novatrices pour la gestion des droits d'auteur dans un environnement digitalisé.

Premièrement, l'accord prévoit la création d'une entité autonome (*Registry*), financée par Google à hauteur de trente-quatre millions et demi de dollars lors de sa mise en place, puis sous forme d'un prélèvement sur les revenus perçus par Google pour l'avenir. Ce registre aura pour mission: (1) d'agir pour le compte des titulaires; (2) de maintenir une banque de données des œuvres numérisées ainsi que de leurs auteurs et éditeurs; (3) de s'efforcer de localiser les titulaires de droits; (4) de percevoir et distribuer les montants dus aux auteurs conformément à l'accord, ainsi que (5) d'aider les titulaires à régler leurs litiges éventuels. Le registre sera également chargé d'établir le règlement de répartition en tenant compte de divers facteurs tels que le nombre de fois qu'un ouvrage a été consulté, dans quelle proportion (intégrale ou uniquement sur quelques pages) ainsi que les questions de savoir si les ouvrages ont été copiés ou imprimés par exemple. Composée de représentants des parties intéressées à l'accord, c'est donc bien à la mise sur pied d'une véritable société de gestion collective privée que l'accord aboutit, ce qui ne sera pas sans raviver le débat sur la disparition possible des sociétés de gestion collectives étatiques dans

l'environnement numérique, même s'il est vrai que les ressources financières de Google lui permettent de transiger et de mettre en place un système de gestion que fort peu d'acteurs présents sur le marché peuvent se permettre.

Deuxièmement, bien que l'accord porte sur la mise sur pied et l'exploitation de *Google Book* sur le territoire américain, sa vocation extraterritoriale n'en est pas moins manifeste. Est ainsi considéré comme faisant partie de la *class action* toute personne disposant d'une manière ou d'une autre au 5 janvier 2009 d'un droit d'auteur «américain» sur tout ou partie d'un ouvrage. L'accord précise qu'est en particulier titulaire d'un droit d'auteur «américain» au sens de l'accord tout ressortissant d'un pays membre de la Convention de Berne, soit une très large majorité d'Etats dont la Suisse. Il en résulte que tout ressortissant suisse titulaire de droits d'auteur sur une publication digitalisée par Google dans sa base de données aux fins d'être distribuée aux Etats-Unis est *ipso contractu* membre de la *class action*, et par voie de conséquence concerné par l'accord. On peut s'en étonner. Comment imposer un accord à des tiers qui ne sont pas affiliés aux parties signataires? Le principe de la relativité des conventions est pourtant également connu en droit américain au travers de la *doctrine of privity*, et l'idée d'une stipulation pour autrui parfaite (*third party beneficiary* en droit américain) n'est guère concevable en tant que l'accord impose également des obligations aux dits ayants droit. Pour remédier à cette difficulté, Google prévoit de publier à l'échelon mondial une notice invitant les titulaires de droits éventuels à s'annoncer d'ici au 5 mai 2009 pour s'exclure de la *class*; s'ensuit une impressionnante liste de deux cents douze pays (!) et de diverses publications où la notice devrait être publiée dans chacun de ces Etats. Ainsi est-il prévu que cette notice soit publiée en Suisse dans les journaux suivants: *Tages Anzeiger*, *Tribune de Genève*, *Corriere del Ticino*, *Time*, *Economist*, *International Herald Tribune*, *Wall Street Journal* et *Newsweek*. En lieu et place de manifester leur acceptation et leur accord pour l'exploitation de leurs œuvres (*opt in*), les titulaires sont donc censés avoir tacitement accepté l'accord et consenti à la numérisation de leurs œuvres en l'absence de refus de leur part dans le délai imparti (*opt out*). Par un biais contractuel, Google renverse donc l'exigence d'accord préalable à laquelle l'exploitation des droits de propriété intellectuelle nous avait habitué. Que faut-il en penser?

Sans prétendre répondre à cette question en quelques lignes, on relèvera que, de manière générale, le passage d'un système *opt in* à un système *opt out* se justifie sur un plan économique dans le cadre de marchés de masse où le volume d'informations à traiter rend impossible une gestion individualisée des droits; les coûts de transaction exigent alors la mise en place de nouveaux systèmes, sauf à prêter le bon fonctionnement du marché et l'avènement de nouveaux modèles économiques, voire d'innovations technologiques qui y sont liées.

A ce jour inconnu en droits de propriété intellectuelle, ce renversement de la logique juridique existe depuis bien longtemps en droit des contrats, où l'échange de manifestations de volontés concordantes et réciproques exigé par l'art. 1^{er} CO n'est plus qu'une illusion avec le développement des contrats d'adhésion, source quasi unique de «manifestations de volontés» à l'ère numérique. A partir du moment où l'acheteur a vu son attention attirée sur l'existence de conditions générales et qu'il était en mesure d'en prendre connaissance, il est lié. Autrement dit, ce n'est qu'en refusant expressément son adhésion (*opt out*)

que l'acheteur ne sera pas lié. En dépit de ce renversement et des interrogations que suscite ce mécanisme de conclusion quant à la protection des consommateurs, sa validité de principe est admise depuis longtemps, et l'on conçoit difficilement qu'il puisse en aller autrement.

Se justifie-t-il de traiter différemment une situation similaire en droits de propriété intellectuelle? Après tout, la mise en œuvre de procédures d'avis et de radiation volontaire (*notice and take down procedures*), si fréquente aujourd'hui dans l'environnement numérique, ne revient-elle pas *de facto* à consacrer un système *opt out* où c'est bien aux titulaires de droits qu'il incombe de se manifester, et non aux utilisateurs? Si l'on ne saurait imposer aux commerçants de s'assurer de l'accord exprès (*opt in*) de leurs clients dans le cadre d'un marché de masse, est-il justifié qu'il en aille autrement en matière de gestion des droits de propriété intellectuelle? Répondre à la question nécessite une analyse poussée qui dépasse le cadre de ces réflexions liminaires. Dans un cas comme dans l'autre, il paraît en tous les cas manifeste que les coûts de transaction résultant d'une application stricte d'un système *opt in* mettraient en péril la viabilité de nombreux modèles économiques socialement désirables. Le système proposé par Google, seul économiquement viable, revient à appliquer à la gestion massive des droits de propriété intellectuelle des critères semblables à ceux posés en termes d'adhésion des contrats: les titulaires ont-ils eu leur attention attirée sur l'existence des conditions auxquelles l'exploitation de leurs droits serait soumise et, si oui, ont-ils eu la possibilité de prendre connaissance de ces conditions? Là réside évidemment le cœur du problème. Dans le cas d'espèce, la publication prévue dans de nombreux journaux dans plus de deux cents pays rend difficilement imputable à Google quelque négligence que ce soit à ce sujet. On conçoit toutefois difficilement que des sociétés moins puissantes puissent assurer la mise en œuvre d'un tel système, et satisfaire à l'exigence d'avoir attiré l'attention des titulaires sur les conditions d'exploitation de leurs droits proposées. Pourrait-on en conclure que, loin d'être mise en danger, la gestion collective des droits est en réalité la seule susceptible de satisfaire les intérêts réciproques des utilisateurs et des auteurs à moindres frais, au point de non seulement justifier la gestion collective, mais encore de justifier qu'elle devienne obligatoire dans des domaines où le traitement de masse justifie une telle solution? Nous laisserons ici ouverte la question. Force est en tous les cas de constater que, loin d'être finie, la bataille quant aux nouveaux modèles à développer pour assurer une exploitation efficace des droits d'auteur sur internet garantissant à la fois une rémunération équitable aux titulaires tout en favorisant le développement des innovations technologiques ne fait que commencer. Google est là pour nous le rappeler, et l'on ne peut que l'en remercier.

Zusammenfassung Mit einem über 300 Seiten starken Vergleich wurde das vor vier Jahren vor dem United States District Court for the Southern District of New York eingeleitete Verfahren wegen unerlaubter Digitalisierung von Büchern im Rahmen des Projekts Google Book beendet. Der Vergleich ordnet die Art der Rechtsverwertung im digitalen Umfeld neu, indem sich einerseits eine unabhängige Organisation um die Rechtsverwertung kümmert und andererseits die Exklusivrechte durch ein «opt out»- anstelle eines «opt in»-System verwertet werden.

Peter Studer Dr. iur Dr. iur h.c.; Rechtsanwalt und Publizist, ehemals Chefredaktor «Tages-Anzeiger» und Schweizer Fernsehen SF, bis Ende 2007 Präsident Schweizer Presserat

studer.pe@bluewin.ch

Wer eine Radio- oder Fernsehkonzession erhält, muss publizistische Leistungsaufträge erfüllen

Wie das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) Programmqualität einfordern will

Résumé La présente étude ne traite que des exigences en matière de qualité des programmes posées par la loi sur la radio et la télévision de 2006 de même que par les concessions octroyées en application de ce texte. Dans cette perspective, elle se focalise sur le contrôle de conformité qui va démarrer tout prochainement. Sont en revanche laissées de côté les questions relatives aux modalités de diffusion, la controverse autour des services en ligne offerts par la SSR-SRG, ainsi que la réglementation de la publicité et du parrainage. Le diffuseur public, bien qu'il bénéficie de la redevance publique, n'est autre qu'une association privée à but non lucratif au sens du Code civil. Les diffuseurs privés sont désignés ici sous l'étiquette de diffuseurs commerciaux; la recherche du profit les distingue de la SSR, qui est principalement financée par la redevance.

Diese Untersuchung beschränkt sich auf programmqualitative Auflagen, die das revidierte Radio- und Fernsehgesetz RTVG 2006 samt der aus ihm abgeleiteten Konzession enthält. Hernach liegt der Schwerpunkt auf der in diesen Tagen beginnenden Erfüllungskontrolle. Ausgeklammert bleiben hier Verbreitungsfragen und die Kontroversen um die Gestaltung der von SRG betriebenen Onlinedienste, ebenso wie der Komplex der Werbe- und Sponsoringregeln. Die SRG SSR mit ihrem Gebührenprivileg ist formell ein Medienkonzern in der juristischen Form eines privaten, aber nicht gewinnstrebigem Vereins laut ZGB. Private Radio- und Fernsehunternehmen bezeichne ich hier als privatkommerziell, um die Gewinnstrebigkeit als Hauptunterschied zur hauptsächlich gebührenfinanzierten SRG zu markieren.

I. Programmrelevante Grundzüge des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG 2006)

1. Das RTVG und seine publizistischen Leistungsaufträge

Das gänzlich revidierte RTVG knüpft zwar am unveränderten Verfassungsartikel (Art. 93 BV) an; es übernimmt dessen drei Leistungsaufträge – Beitrag zur freien Meinungsbildung, zur kulturellen Entfaltung und Bildung, zur Unterhaltung –; es verpflichtet die SRG, die «Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone» zu berücksichtigen; ferner führt es die publizistischen Forderungen nach informationeller Sachgerechtigkeit und Vielfalt ein. Aber das Gesetz hat einen

Paradigmenwechsel vorgenommen. Die Gesamtversorgung des Landes und die inhaltlichen Leistungsaufträge sollen weiterhin «*insgesamt*»¹ durch die SRG SSR und die privatkommerziellen elektronischen Medien gemeinsam erfüllt werden, sofern diese letzteren konzessioniert sind. Andere privatkommerzielle Veranstalter gewinnen an Freiraum. Sie brauchen keine Konzession mehr und müssen sich nur noch an minimale gesetzliche Programmanforderungen halten (Art. 4 «Mindestanforderungen» an freie Meinungsbildung des Publikums, Art. 8 «Bekanntmachungspflichten», Art. 9 ff. «Erkennbarkeit der Werbung», «Werbeverbote», «Sponsoring»). Selbst das Vielfaltsgebot wird gelockert (Art. 4 Abs. 4 RTVG). Die Schweiz mit ihren sprachdefinierten kleinen Rundfunkmärkten und den «Kulturriesen nebenan» (Deutschland, Frankreich, Italien) bietet den privatkommerziellen Sendern keine ausreichende Refinanzierung für «meritorische» Sendeinhalte über Information und Kultur. Deshalb sind diese Sendeinhalte im Lauf der ersten Jahre unter dem RTVG bei den allermeisten privatkommerziellen Sendern auch kontinuierlich geschrumpft.

Daraus haben Bundesrat und Parlament die Konsequenz gezogen. Die Erfüllung der Leistungsaufträge – soweit sie nicht allgemein gelten sollen wie Sachgerechtigkeit und Vielfalt – wird in erster Linie der SRG SSR auf die Schultern geladen. Grundsätzlich ist die SRG allein künftig auf einen *umfassenden Service public* verpflichtet, wie ihn der Verfassungsauftrag definiert: «Die SRG erfüllt den verfassungsrechtlichen Auftrag im Bereich von Radio und Fernsehen (Programm)» – Art. 24 Abs. 1 RTVG. Dafür erhält die SRG, die entgegen undifferenzierten Journalisten noch lange kein «Staatssender» ist, das Gros der Empfangsgebühren. Die privatkommerziellen Veranstalter helfen im Rahmen ihrer Konzessionen zu einem kleinen Teil an der Erfüllung der Leistungsaufträge mit. Dafür gibt es für sie gewisse Vorteile (dazu sogleich). Alle Privatveranstalter ausserhalb der SRG erhalten liberalere Werbebestimmungen. Das verbessert die wirtschaftlichen Bedingungen des privatkommerziellen Rundfunks.²

In der Schweiz gibt es keinen Grundsatz ohne Ausnahme, und manchmal erhalten die Ausnahmen grösseres Gewicht als der Grundsatz. Welche Vorteile locken nun die privatkommerziellen Veranstalter? Wollen sie sich wie die SRG *auf eine Kon-*

¹ Botschaft aRTVG 1987, S. 27.

² Dumermuth, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, ZSR 2006, S. 243 (Martin Dumermuth, Direktor des Bundesamts für Kommunikation, ist der «Chefkoch» des rein departementsintern – ohne Expertenkommission – ausgearbeiteten Projekts der RTVG-Revision).

zession einlassen, die ihnen an die Verfassung angelehnte Leistungsaufträge erteilt, können sie einen Anteil der SRG-Empfangsgebühren («Gebührensplitting») und/oder einen erleichterten Zugang zu den knappen drahtlos-terrestrisch ausgestrahlten Verbreitungsinfrastrukturen zugeteilt bekommen (Art. 38 ff. RTVG).³ Der aus SRG-Gebühren zugeteilte Betrag muss jedoch für Programmproduktion verwendet werden (Art. 41 Abs. 2 RTVG). Er macht bei den UKW-Radios 50 Prozent, bei den Regionalfernsehveranstaltern 50 bis ausnahmsweise 70 Prozent der jährlichen Programmkosten aus. Verleger-nahe Parlamentsfraktionen – den Verlegern gehören die allermeisten privatkommerziellen Radio- und Fernsehstationen – hatten dem Bundesrat einen ordnungspolitisch fragwürdigen⁴ Kompromiss abgerungen. Fragwürdig dort, wo SRG-Gelder in breit diversifizierte und gesamthaft ertragreiche Medienkonzerne fließen. Auch die privatkommerziellen Veranstalter bemühten sich um «Service public», argumentierten die Verleger und ihre Verbündeten. Ihre Stationen würden immerhin täglich (meist bloss einige Minuten) staatspolitisch wertvolle Information verbreiten, und vor oder nach regionalen Wahlen und Abstimmungen organisierten sie (in der Regel) «runde Tische» oder auch etwas mehr.

«Die Gebührenanteile für Radioveranstalter mit Gebührenanteil betragen vier Prozent des Ertrags der Radioempfangsgebühren und für Fernsehveranstalter mit Gebührenanteil vier Prozent des Ertrags der Fernsehempfangsgebühren ... Das Departement legt den Anteil jedes Konzessionärs am Ertrag der Empfangsgebühren für einen bestimmten Zeitraum fest ... Es berücksichtigt die Grösse und das Wirtschaftspotenzial ... sowie den Aufwand [des Konzessionärs]», Art. 40 RTVG. Das «Gebührensplitting» mag helfen, «Gebiete ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeiten mit Radio- und Fernsehprogrammen zu versorgen» und so auch den Service public zu stärken. Günstig produzierende Radios sind eher in Berg- und Randgebieten auf Gebührenanteile angewiesen; das teure Fernsehen überall – ausser in finanzstarken Gebieten.⁵ Das Gebührensplitting soll weder die SRG als Hauptlieferantin des Service public noch die bereits mit Empfangsgebühren zur Kasse gebetene Zuhörer- und Zuseherschaft «wesentlich mehr» belasten.⁶

Folglich ist das von der BBC und von britischen Regulatoren in den 1920er-Jahren «erfundene» duale System, das der offiziellen BBC alle Gebühren und weiteren kommerziellen Veranstaltern alle Werbeerträge zuordnet, hierzulande als «abge-

schwächtes duales System»⁷ umgesetzt: Die auf den Service public verpflichtete SRG erhält nicht nur den Grossteil der Empfangsgebühren; sie darf in beschränktem Masse kommerziell werben. Gleichzeitig erhalten ausgewählte private Veranstalter Gebührenanteile.

Das Departement UVEK hat 2008 in zwei Wellen unbestrittene (am 7.7.2008) und umstrittene (am 31.10.2008) privatkommerzielle Konzessionen erteilt: UKW-Radio 41, Fernsehen 13. Daneben senden heute 29 Radio- und 57 Fernsehveranstalter, denen formell bloss eine Meldepflicht obliegt.⁸

2. Der Konzessionsbegriff im RTVG

Nur eine einzige Konzession hat bereits das RTVG fest zuteilt: «Der Bundesrat erteilt der SRG eine Konzession» (Art. 25 RTVG), weil diese «einen [programmlichen] Dienst für die Allgemeinheit erbringt» und dabei «keinen Gewinn anstrebt» (Art. 23 RTVG).

Bei den Konzessionen, die das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt (Art. 45 RTVG), handelt es sich um Komplexe von Berechtigungen und Verpflichtungen: Im Austausch zu programmlichen Leistungszusagen der Konzessionäre verschafft die Konzession ihnen gewisse SRG-Ertragsanteile und/oder privilegierte Netzzugänge. Mit der Konzessionserteilung ist die Pflicht des Konzessionärs verbunden, die inhaltlich zum Teil umschriebene Sendetätigkeit auch auszuüben.⁹

Es liegt also eine Konzession sui generis vor. Der Begriff der *Monopolkonzession*¹⁰ empfiehlt sich nicht mehr. Nach dem neuen RTVG dürfen nicht konzessionierte Veranstalter im Rahmen der allgemeinen Programmauflagen des RTVG (Art. 4–8) frei senden und müssen nur noch eine Meldepflicht erfüllen, während nach dem aRTVG alle sendenden Veranstalter eine Konzession benötigten. Folglich ist Gesetzgebung und Regulierung von Radio und Fernsehen zwar Bundessache (Art. 93 Abs. 1 BV); aber anders als unter dem aRTVG hat das revidierte Gesetz die Sendefreiheit im Radio- und Fernsbereich ein Stück weit wiederhergestellt.

«Die Rechtsnatur der Konzession der SRG (Art. 25 RTVG) unterscheidet sich nicht von der Konzession privater Veranstalter» (Art. 44 RTVG).¹¹ Das Bundesgericht bezeichnet die Konzession als einen gemischten Akt, bei dem zwischen einem Ver-

3 Sidler, RTVG/FMG: Veränderte Rahmenbedingungen für die Zukunft, medialex 2006, S. 65 f.: Die splittingberechtigten Radio-Privatveranstalter erhalten CHF 16 Mio. statt wie bisher CHF 7 Mio.; die privaten Fernsehveranstalter rund CHF 28 Mio. statt wie bislang CHF 6 Mio.

4 Systematisch scharfe Kritik bei Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 216 ff. Die Kritik gründet freilich in einer rein marktwirtschaftlichen Betrachtung von Radio und Fernsehen. Nur so ist verständlich, dass die Autoren einen Sender wie RTL Luxemburg, den führende luxemburgische Journalisten im Gespräch «unsern Schrottsender» nennen, als Gegenbeispiel zur monopolistischen SRG hochloben.

5 Dumermuth, Fn. 2, S. 258 f.

6 Dumermuth an der Herbsttagung der SRG Deutschschweiz in Wil, 15.11.2008.

7 Dumermuth, Fn. 2, S. 243, zitiert Bundesrat Moritz Leuenberger mit diesem Begriff.

8 Medienmitteilung BAKOM, 31.10.2008: über «Radio- und Fernsehen» zu den Infos über Programmveranstalter.

9 Weber, Rundfunkrecht (Kommentar RTVG), Bern 2008, Art. 41 N 3.

10 «Berechtigung zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit», Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, N 2605. Die Autoren bezogen sich noch auf das aRTVG 1991. Zu Recht lehnen sie die Benennung als Konzession des öffentlichen Dienstes ab, da dieser Begriff bereits für andere verwaltungsrechtliche Sachverhalte «besetzt» ist.

11 Weber, Fn. 9, Art. 44 N 5.

Peter Studer Wer eine Radio- oder Fernsehkonzession erhält, muss publizistische Leistungsaufträge erfüllen

fügungsteil und einem per öffentlichrechtlichen Vertrag begründeten Teil zu unterscheiden ist.¹²

Konzessionsentscheide können weitergezogen werden:

- von privatkommerziellen Veranstaltern – weil ihre Konzessionen öffentlich ausgeschrieben werden – an das Bundesverwaltungsgericht und von dort als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 83 lit. p BGG).
- von der SRG nur in programmrechtlichen Entscheiden der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI direkt an das Bundesgericht und letztlich sogar an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (Art. 99 RTVG). Verfügungen des UVEK (z.B. Finanzaufsicht) oder des BAKOM (z.B. Werbung und Sponsoring) kann die SRG an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht weiterziehen.

Vor Bundesverwaltungsgericht liegen zurzeit fünf Beschwerden von potenziell konzessionierten Radioveranstaltern gegen obsiegende Konkurrenten (z.B. von Ringiers Zürcher Radio «Energy» gegen Schawinskis «Radio 1»). Desgleichen sind noch zwei Beschwerden von TV-Privatkonzessionsbewerbern rechtshängig.

II. Die SRG im RTVG 2006 sowie in der SRG-Konzession 2007

1. Programmauflagen für die SRG

Der SRG hat das revidierte RTVG 2006 – wie schon seine Vorgängerin – ein ganzes Kapitel gewidmet. Art. 24 RTVG detailliert den *Programmauftrag* höchst ausführlich. Der Artikel verweist auf den Leistungsauftrag der Verfassung (Art. 93 BV); er präzisiert auch den dort fehlenden Auftrag der Grundversorgung («inhaltlich umfassend mit gleichwertigen Radio- und Fernsehprogrammen in drei Landessprachen»), erwähnt die rätoromanische Schweiz, Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, die Präsenzwerbung der Schweiz im Ausland, die Hör- und Sehbehinderten. Dann die inhaltlichen Ergänzungen zum Leistungsauftrag der Verfassung: «Beiträge» zur freien Meinungsbildung, zur kulturellen Entfaltung «unter besonderer Berücksichtigung» von Literatur, Musik, Film (wie üblich fehlt leider die visuelle Kunst), zur Bildung («Sendungen mit bildenden Inhalten»).

Putzig die Sprachregel: «In wichtigen, über die Sprach- und Landesgrenze hinaus interessierenden» Informationssendungen ist «in der Regel» die Standardsprache zu verwenden (Art. 24 Abs. 5 RTVG). Dahinter steht die Utopie einer Programmnutzung durch die jeweils anderen Sprachgruppen der Schweiz – die sich nie eingestellt hat, weil jede amtssprachliche Gruppe eben schweizweit «gleichwertige Programme» in der eigenen Sprache erhält. Die «Standardsprachregel» ist von der Konzession 1992 ohne Not in das Gesetz 2006 hinaufbefördert worden.

Unterhaltung? Nur dazu ist dem nationalen Gesetzgeber nichts Weiteres eingefallen.

Art. 7 RTVG kann Fernsehveranstalter «mit nationalem oder sprachregionalem Angebot» – bisher ausschliesslich die SRG – verpflichten, soweit angemessen, einen «wesentlichen Programmanteil» an *schweizerischen und europäischen Werken* vorzubehalten. Solche Verpflichtungen führt die Radio- und Fernsehverordnung (Art. 5 RTVV) mit Prozentzahlen ein: 50 Prozent der «massgebenden Sendezeit» sind für Produktionen aus der Schweiz und Europa vorbehalten; 10 Prozent Sendezeit oder Kosten für veranstalterunabhängige – also freie – Produzenten. Bei Zuwiderhandlung droht die Aufsichtsbehörde Massnahmen an. Nachrichten und Sportberichte (!), Spielshows und Werbung zählen nicht zur «massgebenden Sendezeit». Eine Berichtspflicht, verbunden mit einer allfälligen Filmförderungsabgabe, soll die gesetzliche Pflicht zur Förderung des Schweizer Films umsetzen helfen (Art. 6 RTVV).

Die SRG-Konzession 2007 wiederholt oftmals wörtlich und ergänzt die Programmaufträge nochmals. Auslegungsbedürftig: Die Eigenproduktionen sollen «vielfältig und innovativ» sein (Art. 2 Abs. 6 lit. a Konzession).

Zur «Programmqualität» (Art. 3 Konzession) verlangt der Bundesrat, das SRG-Programmschaffen habe «hohen qualitativen und ethischen Anforderungen» zu genügen. «Glaubwürdigkeit, Verantwortungsbewusstsein, Relevanz und journalistische Professionalität» sollen das Wirken der Programmbereiche auszeichnen. Die SRG strebe hohe Akzeptanz bei den verschiedenen Zielpublika an. Akzeptanz sei aber «nicht in erster Linie» durch Marktanteile zu definieren.

2. Kontrolle der Erfüllung des Leistungsauftrags bei der SRG

Das RTVG gibt «keine explizite Antwort» darauf, was und wie geprüft werden soll, wenn der Leistungsauftrag der SRG zur Debatte steht.¹³ Weiterhin wirkt die schon in der Bundesverfassung geforderte und im RTVG verankerte *Unabhängige Beschwerdeinstanz UBI* als unabhängiges, vom Bundesrat ernanntes «Quasi-Verwaltungsgericht» für RTVG-Programme; ihr vorgeschaltet ist ein *Ombudsmann*. Die UBI prüft aber ausschliesslich Beschwerden gegen einzelne ausgestrahlte Sendungen (Art. 83 ff. RTVG). Nach einem Schriftenwechsel erlässt sie Feststellungsurteile; gibt sie der Beschwerde statt, erwartet sie vom Veranstalter Vorschläge, wie Rechtsverletzungen der gerügten Art künftig zu verhindern seien.

Zunächst überrascht die legislatorische Zurückhaltung, weil Kritiker des aRTVG-Systems immer wieder bemängelt hatten, die SRG sei zwar wichtigste Pflichtnehmerin der Leistungsaufträge; im Widerspruch zur Corporate Governance müsse sie aber keine programmliche Rechenschaft gegenüber Aussenstehenden ablegen; konkrete Regeln und Leistungsmessinstrumente fehlten weitestgehend. Ein etwas unsicherer Versuch des Bundesrats, auf parlamentarische Postulate hin einen «Bericht über Kultur in den Medien der SRG» vorzulegen, kam 1997 schlecht an – nicht nur in der SRG selber: Methodische Krite-

12 BGE 130 II 18; Häfelin/Müller/Uhlmann, Fn. 10, 2593; Weber, Fn. 9, Art. 25 N 5.

13 Dumermuth, Fn. 2, S. 251.

rien fehlten.¹⁴ Umso mehr monierten Publizistikwissenschaftler der Universität Zürich: Die Autonomie des öffentlichen Rundfunkunternehmens SRG sei «daran zu binden, dass dieses selbst Regeln für sein Handeln» aufstelle, diese transparent mache und in eine Diskussion darüber eintrete. Zu diskutieren sei insbesondere die «Sicherung der journalistischen Qualität».¹⁵ Der Bundesrat hatte in seinem E-RTVG zwar einen *Beirat* mit je fünf unabhängig-sachkundigen Persönlichkeiten pro Sprachregion vorgeschlagen, der mit der SRG einen publizistischen Dialog führen sollte; aber das Parlament lehnte ihn während der RTVG-Debatte ab.¹⁶

Inzwischen hat die SRG einen Quantensprung vollzogen. Teils beeinflusst von der aufgekommenen Diskussion um Media [corporate] Governance,¹⁷ teils im Hinblick auf die Erwartungen aus dem revidierten RTVG haben die Spitzen der SRG wie auch der Unternehmenseinheiten *neue Leitbilder* (SRG 2007, SF 2008) und Programmchartas (SRG 2007) publiziert. Sie sind auf den jeweiligen Internetseiten abrufbar (www.srg.ch, www.sf.tv). Weil sie meist auf hohem Abstraktionsgrad verharren, verwenden sie gelegentlich identische Begriffe in unterschiedlicher Umschreibung, was die Verbindlichkeit dieser Absichtserklärungen nicht gerade steigert (z.B. «Fairness»).

Von unmittelbarer praktischer Bedeutung sind hingegen die *Publizistischen Leitlinien*, die meist auf der zweiten Führungsebene der Unternehmenseinheiten – unter Federführung der Chefredaktoren – entstanden. Als erste haben 2002 Schweizer Radio DRS («*Informationsjournalismus bei Schweizer Radio DRS*») und Télévision Suisse Romande («*Charte éthique*») geschaltet. 2003 publizierte das (Deutsch-)Schweizer Fernsehen SF seine *Publizistischen Leitlinien SF (PL)*, 3. Aufl. 2008. Ihnen wende ich mich *à titre d'exemple* zu, weil ich sie aus der Nähe beobachten konnte. Sie gelten «für alle journalistisch tätigen Redaktionen von SF» und verpflichten «die Programmmitarbeitenden». Von «Interessenbindungen» über «öffentliche Auftritte» und «Scheckbuchjournalismus» regeln sie allgemeines Verhalten; unter «heikle Themen», «Fairness der Recherche», «Interviewpraktiken», «Bildschnitt», «Anonymität», «Sperrfristen», «journalistischer Überfall», «Meinungsumfragen» und «Antirassismus» sind die meisten Klippen des ethisch grundierten Qualitätsjournalismus auf 70 Seiten behandelt.

Wie eine Stichprobe des Verfassers (an einem SRG-Kaderseminar 2008) ergeben hat, unterscheiden sich die entsprechenden Leitlinien der Unternehmenseinheiten nicht im Ziel, wohl aber in den Ansätzen voneinander. Vor allem aber werden sie unterschiedlich intensiv umgesetzt. Bei SF nimmt die Chefredaktion in ihrem 14-täglichen Newsletter stets Bezug auf die PL, um aktuelle Qualitätsdispute zu entscheiden. Vorteil des Newslet-

ters: Alle Programmmitarbeitenden in diesem 365 Tage laufenden «Programmfliessband» haben denselben Informationsstand; Lob und Tadel nageln die Einzelfälle an Standards fest. Andere Unternehmenseinheiten richteten Qualitätszirkel ein oder führen regelmässige Kader- und Ressortseminare durch. In der einen oder anderen Unternehmenseinheit der SRG entsteht auf Anfrage der Eindruck, die Publizistischen Richtlinien fristen eher ein Schubladendasein, weshalb sie auch keine regelmässig erneuerte Auflage benötigen.

Auf der Ebene der *Konzession* sagt der Bundesrat schliesslich doch einiges zur Kontrolle der von ihm angesprochenen Programmqualität. Weshalb nicht schon im Gesetz? Weil die Autonomie der SRG zu respektieren sei und Qualitätsbegriffe sich als «nur beschränkt justiziabel» erwiesen.¹⁸ In Art. 3 Abs. 3 verpflichtet die Konzession die SRG aber, inhaltliche und formale Qualitätsstandards zu definieren. Diese seien zu veröffentlichen; «regelmässig» müsse die SRG «interne Qualitätskontrollen» durchführen und die Ergebnisse der Öffentlichkeit mitteilen. UVEK-Erläuterungen präzisieren zu Art. 3, die SRG werde die Einhaltung selber überprüfen oder Dritte beauftragen. Dieser «Innensicht» wolle das Departement eine «Aussensicht» gegenüberstellen und «eine externe, wissenschaftliche Programmebeobachtung in Auftrag geben». Beides soll in den «öffentlichen Diskurs» eingespielen werden. Diesem Diskurs schreibt das UVEK die Kraft zu, Druck zur Qualitätseinhaltung auszuüben.¹⁹

Es handelt sich also um *Co-Regulierung*, eine neuartige Form regulatorischer Aufsicht, die an Vorteile der Selbstregulierung – kreative Mobilisierung der eigenen Kräfte eines Medienunternehmens – anknüpfen will. Gleichzeitig soll sie den Nachteilen der Selbstregulierung – dominante Eigeninteressen und fehlende Durchsetzbarkeit – begegnen.²⁰ Zu diesem Zweck setzt der staatliche Regulator gewisse Rahmenbedingungen und zieht Schlussfolgerungen, allenfalls mit Weisungscharakter. Die praktische Durchführung der Evaluation überlässt er aber den Regulierten.

III. Privatkommerzielle Rundfunkveranstalter mit Leistungsauftrag und Konzession

1. Programmauflagen für privatkommerzielle Rundfunkveranstalter

Auch die im Vergleich zur bereits gesetzten SRG «anderen Veranstalter [lokal-regionaler] Programme mit Leistungsauftrag» erhalten ein Kapitel im RTVG. Konzessionen können Radio- und Fernsehveranstaltern erteilt werden, wenn sie ein «Gebiet ohne ausreichende Finanzierungsmöglichkeiten» versorgen helfen. Gefragt sind «umfassende Information über politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge» sowie Impulse

14 Bänninger, Mehr als ein Hauch von Obrigkeit – zum Bericht des Bundesrats über Kultur in den SRG-Kanälen, «NZZ» vom 4.7.1997.

15 Jarren/Weber/Donges/Dörr/Künzler/Puppis, Rundfunkregulierung, Zürich 2002, S. 372 ff. Insbesondere Otfried Jarren hat an Veranstaltungen zum Thema auf die intransparente Selbstregulierung der SRG-Unternehmenseinheiten hingewiesen.

16 Botschaft RTVG 2002, S. 1606, 1794.

17 Weber, Media Governance und Service Public, Zürich 2007 resumierte den Diskussionsstand. Wyss/Keel, Media Governance and Media Quality Management: Theoretical concepts and an empirical example from Switzerland. In: Czepek/Hellwig/Nowak (Hrsg.): Press Freedom and Pluralism in Europe, Bristol/Chicago 2009, im Erscheinen.

18 Neue Konzession SRG SSR – Erläuterungen, UVEK, Bern, 28.11.2007, zu Art. 3.

19 Neue Konzession SRG SSR, Fn. 18.

20 Weber, Fn. 17, S. 25. Von Co-Regulierung spricht auch das BAKOM: Regnotto, Qualitätssicherung – ein Fall von Co-Regulierung, unpubl. Referat am 5.2.2009 vor der Zertifizierungsagentur Certimedia in Zürich.

Peter Studer Wer eine Radio- oder Fernsehkonzession erhält, muss publizistische Leistungsaufträge erfüllen

für «die Entfaltung des kulturellen Lebens» (Art. 38 Abs. 1 RTVG).

Die Konzession legt das bereits früher eingegrenzte Versorgungsgebiet fest; pro Versorgungsgebiet ist nur eine Konzession mit Gebührenanteil zu erteilen (Art. 38 Abs. 3 RTVG). Versorgungsgebiete sollen politisch und geografisch eine Einheit bilden und Finanzierungsmöglichkeiten aufweisen, die zusammen mit einem Anteil an Empfangsgebühren dem konzessionierten Veranstalter die Erfüllung des Leistungsauftrags ermöglichen (Art. 39 Abs. 2 RTVG). Das RTVG hat die Entscheidungskriterien festgelegt (Art. 38 Abs. 1). Zunächst fragt das Departement, ob die elementaren Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt sind: Abdeckung des Leistungsauftrags, Finanzierung; Arbeitsbedingungen der Branche; redaktionelle Tätigkeit von der kommerziellen getrennt; Schweizer Wohnsitz; «Meinungs- und Angebotsvielfalt gewährleistet» (Art. 44 RTVG). Weitere Anforderungen formuliert die Radio- und Fernsehverordnung (RTVV), die das Gesetz ergänzt – darunter Leitbild und Redaktionsstatut. Laut RTVV kann das Departement zusätzliche programmbezogene Auflagen, etwa zur Sicherung redaktioneller Unabhängigkeit und Vielfalt, in die Konzession schreiben (Art. 41 RTVV). In einem zweiten Schritt prüft das Departement Selektionskriterien vor allem auch laut Ausschreibung. Stellen sich zu guter Letzt zwei Stationen als gleichwertig heraus, geht der Zuschlag an den Bewerber, der «die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert» (Art. 45 Abs. 3 RTVG).²¹ Schon in der Bewerbung mussten Mehrfachkandidaten mitteilen, wo ihre Präferenz liegt: Ein Veranstalter kann «maximal zwei Fernseh- und zwei Radiokonzessionen erwerben» (Art. 44 Abs. 3 RTVG).

Im Grossraum Zürich sowie in den Agglomerationen von Basel, Aarau und Luzern lösten die Zuteilungsentscheide von UVEK-Chef Bundesrat Moritz Leuenberger heftige Kontroversen aus. Vor Bundesverwaltungsgericht liegen etliche Beschwerden (vgl. oben, Ziff. I 2). Polemische Medienkommentare zeigten, dass die Entscheidungskriterien weitherum kaum verstanden worden waren: Als das populäre Zürcher «Radio Energy» die Konzession nicht erhielt, sah Medienkolumnist Kurt W. Zimmermann die Schweiz dank Bundesrat Leuenbergers «Medien-Gestapo» gar auf dem «Weg zum Polizeistaat» – statt unterwegs zum «freien Markt»²².

Während die privatkommerziellen Veranstalter Gewinn anstreben, öffnet das Gesetz noch eine Förderungsnische für die wenigen privaten *komplementären nicht gewinnorientierten Radioprogramme* in Agglomerationen» (Art. 38 Abs. 1 lit. b). Auch sie unterstützen den verfassungsmässigen Leistungsauftrag, fokussieren auf Minderheiten, verzichten jedoch auf Werbung ausser Eigenwerbung und Sponsoring (Art. 36 Abs. 1, 2 RTVV).²³ Das bekannte progressive *Alternativradio Lora* in Zürich mag als Beispiel gedient haben.

Welche programmlichen Leistungsaufträge könnten in den Konzessionen der privatkommerziellen Sender stehen? Das BAKOM hat 2008 (ohne Datum) je eine *Musterkonzession* für

UKW-Radio (MRK) und Regionalfernsehen (MTVK) mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil veröffentlicht; wie aus dem BAKOM verlautet, folgen die inzwischen erteilten Konzessionen diesem Raster. Wir zitieren aus den programmbezogenen Bestimmungen der beiden Musterkonzessionen:

A) UKW-Radio mit Leistungsauftrag: Der *Programmauftrag* (Art. 4 Musterkonzession Radio, (im Folgenden «MKR» genannt) verlangt «ein tagesaktuelles Radioprogramm, welches über die lokalen und regionalen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhänge informiert sowie zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beiträgt.» Während der Hauptsendezeiten (morgens ab 6.30 Uhr, mittags und abends bis 19.00 Uhr) sollen die redaktionellen Angebote «in erster Linie relevante Informationen» aus den Bereichen (vgl. soeben «Zusammenhänge», plus Sport) enthalten; «thematisch vielfältig» sein; eine «Vielfalt an Personen bzw. Personengruppen zu Wort kommen lassen»; «das gesamte Versorgungsgebiet widerspiegeln». Wo die Konzession subregionale redaktionelle Regionalfenster anordnet (Anhang 1 zur RTVV), sollen diese mindestens vier Stunden dauern, davon mindestens die Hälfte zur Hauptsendezeit. Beispiel: Der (einzige) Veranstalter in der Region Ostschweiz West ist verpflichtet, für die bedienten (Sub-)Regionen in den Kantonen Zürich/Schaffhausen, Thurgau, St. Gallen «je 1 in der entsprechenden (Sub-)Region produziertes tägliches Fensterprogramm auszustrahlen».

B) Regionalfernsehen mit Leistungsauftrag: Struktur und Inhalt der Programmauflagen laut Musterkonzession Fernsehen (im Folgenden «MKT» genannt) stimmt mit jener der oben geschilderten Auflagen für UKW-Radios überein. Wo subregionale Programmfenster vorgesehen sind, worüber Anhang 2 zur RTVV Auskunft gibt, müssen diese täglich mindestens 10 Minuten während der eigenproduzierten Informationssendung in der Hauptsendezeit dauern (Art. 5 MTVK).

2. Kontrolle der Auftragserfüllung bei privatkommerziellen Veranstaltern

Besondere Bedeutung kommt gerade hier der *Qualitätssicherung* zu (Art. 6 MKR). Die Konzessionärin ist verpflichtet, eine Geschäftsordnung zu erstellen, die Auskunft gibt über die Verantwortlichkeiten, sowie ein Leitbild, das die Umsetzung des Leistungsauftrags beschreibt. Geboten ist ein Qualitätssicherungssystem (Art. 6 Abs. 2 MRK). Es umfasst «mindestens»: inhaltliche und formale Qualitätsziele, journalistische Standards, Sendekonzepte; festgeschriebene Überprüfungsprozesse (Abnahme von Sendungen vor der Ausstrahlung, Feedback nach der Ausstrahlung); ausreichende redaktionell-personelle Ressourcen (Ausgebildete im Verhältnis zu Auszubildenden 3:1). Zur Überprüfung wählt die Konzessionärin «eine externe, vom BAKOM anerkannte Organisation». Die erste Überprüfung findet ein Jahr nach Konzessionserteilung statt; hernach gilt ein Zweijahresrhythmus. Drei Monate nach Vorlage des Evaluationsberichts unterbreitet die Konzessionärin dem BAKOM einen Plan zur Umsetzung der laut Bericht erforderlichen Massnahmen.

Andere Perimeter wie die branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Art. 44 Abs. 1 RTVG) oder das Aus- und Weiterbildungssystem (Art. 8 MRK) überprüft das BAKOM direkt.

²¹ Dumermuth, Fn. 6, S. 9 (Entscheidungskriterien).

²² «Weltwoche» 11/2009 (12.3.2009), S. 31; immerhin verwies ihn Rainer Stadler in der «NZZ» vom 13.3.2009 sogleich auf den korrekt verlaufenen und vom Parlament vorgezeichneten Entscheidungsprozess, den Ringiers «Radio Energy» anfänglich mit unterstützt hatte.

²³ Weber, Fn. 9, Art. 38 N 6, weist auf Zusammenhänge hin.

Im Übrigen verbietet die Musterkonzession gewisse Sendehalte, so Radarwarnungen, die auf den Standort polizeilicher Messanlagen hinweisen; Publikumsgewinnspiele, die «kaum» publizistischen Gehalt aufweisen; pornografische Werbung (Art. 11 MRK und Art. 41 Abs. 3 RTVV).

IV. Erste operationelle Umsetzungsschritte der Qualitätskontrolle

1. Koordination der «Innensicht»²⁴ durch die SRG und der «Aussensicht» durch Dritte

Im *Innern* der SRG sind seit Monaten intensive Gruppenarbeiten im Gang, um die in der Konzession geforderten «Minimalstandards» zu entwickeln (Art. 3 Abs. 3 Konzession). Die eine Gruppe mit je einem Programmvertreter aus jeder Unternehmenseinheit hat solche Standards skizziert – nicht ganz ohne Mühe, denn inzwischen haben alle regionalen Unternehmenseinheiten schon eigene Verfahren entwickelt, die aufeinander abzustimmen sind. Es geht um die detaillierte Methodik von Zielvorgaben, Sendungsmandaten, Anstellungsverfahren, Beitragsabnahmen und Beitragsfeedback, Marktforschung usw. Vorgesehen ist, den Kulturen einzelner Unternehmenseinheiten Raum zu lassen. Im Juni 2009 sollten Geschäftsleitung und Verwaltungsrat über die «Minimalstandards» befinden. Hernach werden sie intern von spezialisierten Kadern im Gespräch mit Redaktionen überprüft.

Laut Konzession publiziert die SRG ihre «Qualitätsstandards» (Art. 3 Abs. 3). Aus der dann (hoffentlich) anhebenden Diskussion ergibt sich eine erste Plattform für «Aussensichten». – Eine zweite SRG-interne Arbeitsgruppe beschäftigt sich mit der Trägerschaft (organisiertes SRG-Publikum), besonders mit den programmorientierten regionalen Publikumsräten. Ihre Begutachtungen des Programms sollen auf die anderer SRG-Stellen abgestimmt werden.

Erste Muster bei SF zeigten, wie verästelte und gesprächsintensiv der Überprüfungsprozess war. Als Kernstück dient das Sendungsmandat, eine Vereinbarung zwischen Abteilungsleiter (z. B. Chefredaktor) und Redaktionsleiter (z. B. «10 vor 10»). Viererteams – samt einem Wissenschaftler und einem Mitglied des Publikumsrats – unterzogen 2008 vier Redaktionen einem solchen hausinternen «Quality-Check».²⁵

Und die «Aussensicht»? Bereits hat das BAKOM nach der Ausschreibung ein publizistikwissenschaftliches Team aus mehreren Universitäten zusammengestellt und mit Forschungsarbeiten betraut. Die Programmbegleitforschung TV wird vom in Fribourg lehrenden Prof. Trebbe geleitet, jene für das Radio von der Publicom AG. Das gezielte Monitoring der Radio- und Fernsehprogramme erfolgt in vorgegebenen Rastern, aufgeteilt nach Regionen. Prof. Bonfadelli (Zürich) erhebt die Publikums-sicht. Es ist also ein sehr dichtes und nicht einfach auszuwertendes Beobachtungsnetz entstanden – obwohl die SRG im Vorfeld einwandte, es komme einer «staatlichen Programmkontrolle

zumindest gefährlich nahe» und kollidiere möglicherweise mit der «sukzessiv eingeschränkten» gerichtsähnlichen Programmaufsicht der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI.

An einem jährlichen «*Mediengespräch*» im Sommer will das BAKOM jeweils Ergebnisse vorlegen. Schlussfolgerungen bleiben vertraulichen «Spitzengesprächen» zwischen Departementschef UVEK als «Medienminister», BAKOM und SRG-Führungsduo (Präsident und Generaldirektor) vorbehalten. Darüber hinaus wären *Aufsichtsverfahren* möglich, sagt das BAKOM auf Anfrage.

2. «Aussensicht» von Evaluatoren und Aktivität des BAKOM bei privatkommerziellen Konzessionären

Über die Ausgangslage im Privatfernsehbereich haben sich zwei medienwissenschaftliche Studien eher zurückhaltend geäußert:²⁶ Medienschaffende privatkommerzieller Radio- und Fernsehstationen sind jung, bescheiden gebildet, wenig fach erfahren, unterdurchschnittlich entlohnt. Qualitätsansprüche und Qualitätssicherung wären ein Thema; es wird in den Stationen mit ihren rund 20 Beschäftigten aber kaum systematisch vertieft. Die Berufsrollenbilder der meist jungen Kollegen sind publikums- und marktorientiert; sie fokussieren eher auf schnelle Aktualität denn auf Qualität oder Meinungs- und Themenvielfalt. Die erste Studie erkundete die Berufsrealität und den Werdegang der Befragten über ein breites Online-Sample, bei dem alle Stationen und Mitarbeitenden angeschrieben wurden (Prof. Heinz Bonfadelli, Zürich). Die zweite Studie versuchte die Mechanismen der Qualitätssicherung in elf ausgewählten Stationen der drei Sprachregionen zu erfassen (Prof. Vinzenz Wyss, Winterthur).

Bei den Veranstaltern²⁷ herrscht «ein gewisses Misstrauen» vor der Umsetzung der vom Gesetz geforderten Qualitätssicherung, besonders auch vor ihrer Überprüfung (Art. 47 RTVG). Noch keine drei Jahre ist es her, dass Privatradioveranstalter im Gespräch versicherten, die wichtigste Qualität eines solchen Radios sei es, überhaupt zu existieren und ein Publikum zu finden. Das federführende BAKOM schliesslich ist sich nicht ohne Bange bewusst, dass die Mitwirkenden an diesem hochkomplexen Prüfsystem Neuland betreten.

Deshalb ist hier die Rolle aussenrekrutierter Evaluatoren – anders als bei der zunächst sich selbst überprüfenden SRG – wesentlich stärker. Im September 2008 eröffnete das BAKOM ein Anerkennungsverfahren. Es lud Fachkreise ein, sich um die Evaluation von redaktionellen Qualitätssicherungssystemen der konzessionierten privatkommerziellen Radio/Fernsehveranstalter zu bewerben. Im Februar 2009 anerkannte das BAKOM vier von sechs Bewerbern als Evaluatoren: die Certimedia (Genf, Dr. Magali Modoux); das Media Quality Assessment (Zürich, Prof. Vinzenz Wyss); die Mediaprocesing (Zürich, Gerry Borer); die Publicom (Kilchberg ZH, Dr. René Grossenbacher). Die erfolgreichen Bewerber hatten theoretische Kompetenzen, ein über-

24 «Innen-» und «Aussensicht», vgl. oben Ziff. II 2 am Ende.

25 Eine genaue Beschreibung findet sich in der Programmbilanz SF 2008, April 2009, S. 54/56.

26 Medienmitteilung UVEK vom 22.3.2007.

27 Regnotto, Fn. 20.

Peter Studer Wer eine Radio- oder Fernsehkonzession erhält, muss publizistische Leistungsaufträge erfüllen

zeugendes Forschungsdesign und vernünftige Budgets nachgewiesen.

Die 2008 konzessionierten privatkommerziellen Veranstalter können unter diesen vier Konkurrenten einen auswählen. Er wird die oben unter Ziff. III 4 benannten Einrichtungen der Qualitätssicherung gemeinsam mit den auftraggebenden Veranstaltern untersuchen.

Eine Evaluation dauert vier bis sechs Wochen. Die Vertrauensperson des Veranstalters am Sender muss rund vier Tage in die Vorarbeiten investieren. Hernach dürften die Evaluatoren ein bis drei Tage mit Konzeptstudien und Gesprächen vor Ort beschäftigt sein. Ende August 2009 sind die ersten Evaluationsberichte mit Empfehlungen beim BAKOM fällig. Eine Evaluation kostet rund CHF 15000.– bis 20000.–, wobei die Kosten nach Ansicht von Beobachtern tief gehalten sind, um ins Geschäft zu kommen.²⁸ Über eine Probe-Evaluation durch die international tätige Certimedia hat sich das privatkommerzielle Radio Fribourg/Freiburg durchaus positiv geäußert: «So bauen wir weniger Mist.»²⁹

V. Zwischenbefund

Der reale Qualitätskontrollprozess steht erst am Anfang. Aber bereits heute hat er unzweifelhaft – am deutlichsten innerhalb der SRG – ein neues Qualitätsdesign hervorgebracht. Das RTVG 2006 und aus ihm heraus die Konzessionen stellen hohe Anforderungen. In diesen Monaten durchläuft die Co-Regulierung im Radio- und Fernsbereich ihre erste Feuerprobe. Bereits haben sich Regulatoren und Publizistikwissenschaftler aus dem Ausland gemeldet, die diesen Prozess beobachten wollen. Übers Jahr wird man die hohen Erwartungen mit genügend ersten Ergebnissen verglichen haben. Programmkader, Wissenschaftler und BAKOM sehen sich mit komplexen, höchst sitzung- und protokollintensiven Verfahren konfrontiert. Gelegentlich werden sie sich an den alten Seufzer von Chefredaktoren erinnern: «Gut gegessen ist noch nicht gut gesendet.» Eines aber steht jetzt schon fest: Noch nie wurden Qualitätsfragen über schöne Beteuerungen hinaus derart ernsthaft angegangen. Es ist nicht zuletzt eine Konsequenz des skeptisch aufgenommenen «Gebührensplittings». Bei der SRG gilt das Empfangsgebührenprivileg die verfassungsmässigen Leistungsvereinbarungen ab. Nachdem sich nun auch die konzessionierten privatkommerziellen Veranstalter in dieses System einklinken konnten, ist es nur gerecht, dass beide Säulen des Schweizer Systems von meritotisch orientiertem Radio und Fernsehen Qualitätsprüfungen durchlaufen müssen.

Der Autor dankt der Medienspezialistin Bettina Nyffeler (BAKOM) und dem em. Ausbildungschef SF Toni Zwyssig für zahlreiche Hinweise.

Zusammenfassung Das Radio- und Fernsehgesetz 2006 baut auf einem Paradigmenwechsel auf: Eine Konzession benötigen nur noch die SRG und grundsätzlich jene Anzahl privatkommerzieller Veranstalter, die ihr Radio- oder Fernsehprogramm als Teil des Service public bezeichnen und dafür Vorteile beanspruchen: Anteile der SRG-Gebühren und/oder erleichterten Zugang zu Frequenzen. Anders als unter dem aRTVG bauen Gesetz und Konzession auf ein ausgeklügeltes System von Qualitätsforderungen und Kontrollen. Die Neunerprobe für die Tauglichkeit dieser Verfahren steht noch bevor. Eine zentrale Rolle spielen unter dem neuen System der Co-Regulierung die vier Mitwirkenden: 1. der operationelle Regulator, das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM, von der «Weltwoche» als «Bundesamt für Kontrollwahn» apostrophiert) im Departement (Ministerium) für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK); 2. die SRG, die mit Entwurf und Gebrauch publizierter Qualitätskontrollinstrumente beauftragt ist; 3. konzessionierte UKW-Radio- und Fernsehveranstalter, die Qualitätssicherungssysteme einrichten müssen; 4. externe Qualitätsevaluatoren (für 3.).

Sommaire La présente étude ne traite que des exigences en matière de qualité des programmes posées par la loi sur la radio et la télévision de 2006 de même que par les concessions octroyées en application de ce texte. Dans cette perspective, elle se focalise sur le contrôle de conformité qui va démarrer tout prochainement. Sont en revanche laissées de côté les questions relatives aux modalités de diffusion, la controverse autour des services en ligne offerts par la SSR-SRG, ainsi que la réglementation de la publicité et du parainage. Le diffuseur public, bien qu'il bénéficie de la redevance publique, n'est autre qu'une association privée à but non lucratif au sens du code civil. Les diffuseurs privés sont désignés ici sous l'étiquette de diffuseurs commerciaux; la recherche du profit les distingue de la SSR, qui est principalement financée par la redevance.

Summary This study is limited to the conditions concerning programming quality which are contained in the revised Radio and Television Act (RTVG), or in the authorisations issued under that statute. Emphasis is subsequently placed on the compliance checks which are currently beginning. Four questions of coverage and the controversy surrounding the presentation of the online services offered by the SRG, as well as the whole issue of advertising and sponsorship rules, are not taken into account. The SRG SSR, which has the privilege of receiving income from compulsory fees, is formally a media enterprise in the form of a private, but non-profit-oriented association under the Swiss Civil Code. In this study, I refer to private radio and television enterprises as "private-commercial", in order to underline their profit making goal as the principal difference to the mainly fee-financed SRG.

²⁸ Medienmitteilung UVEK vom 17.2.2009; «Flash» des Verbands Schweizer Presse (Verlegerschaft) Nr. 3, April 2009.

²⁹ Brügger, So bauen wir weniger Mist, Bericht über den Weg zum zweisprachigen «Qualitätsradio», Medienmagazin Klartext 6/2008.

Matthias Schwaibold Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich
m.schwaibold@rslawyer.com

Journalistische Recherchiermethoden und Strafrecht

Résumé Le droit pénal s'applique aussi à la recherche journalistique. En théorie, le journaliste peut commettre tout délit lors de la préparation d'une publication. En pratique, seul un nombre restreint d'agissements est considéré comme constitutif d'un «délit de recherche». Ces délits limitent de manière légale la liberté des médias et du travail des journalistes. Le délit de recherche est à distinguer du délit de contenu commis par la publication effective. Le délit de recherche doit être interprété sous l'angle du motif justificatif de l'intérêt prépondérant de l'information, il faut donc tenir compte de la liberté des médias, lors de la pesée des intérêts concernées.

I. Die Stellung der Medien im Gesamtgefüge der Rechtsordnung

Die Europäische Menschenrechtskonvention¹ schützt gleich wie die Bundesverfassung² die Medienfreiheit, der zentrale Bedeutung für das Funktionieren der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie zukommt.³ Zur Medienfreiheit gehört notwendigerweise auch die Recherchearbeit, denn es widerspricht dem Verständnis eben dieser Medienfreiheit, wenn sie nur darin bestünde, amtliche Verlautbarungen, PR-Texte und Werbebotschaften zu veröffentlichen.⁴

Indessen gilt auch gegenüber den Medien der Vorbehalt der allgemeinen Gesetze: Medien und Medienschaffende haben – so zumindest die herrschende Konzeption in der Schweiz – keine Sonderrechte.⁵ Der besonderen Bedeutung der Medien ist nicht von vornherein, sondern erst in der Anwendung konkreter Normen und in der Abwägung der beteiligten Interessen angemessen Rechnung zu tragen.⁶

Es gibt deshalb auch keine medienrechtlichen Sonderdelikte (mit Ausnahme von Art. 322 StGB, welcher die Auskunftspflicht über Sitz und Identität des Verantwortlichen sowie die Impressumspflicht statuiert, und – eingeschränkt – Art. 322^{bis} StGB, der die Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung selbst wiederum unter Strafe stellt).⁷ Die meisten Strafverfahren – und deshalb auch die meistens zur Anwendung kommenden Strafbestimmungen – haben indessen nichts mit der journalistischen Recherche zu tun, sondern mit der Publikation einer Nachricht. Selten beziehen sich Strafverfahren auf das Vorfeld einer Veröffentlichung – also jene Phase, in der normalerweise Recherchen stattfinden –, vielmehr drehen sie sich üblicherweise (gleich wie die medienbezogenen Zivilverfahren) um deren Inhalte bzw. Folgen. Praktisch gesehen knüpft das Strafrecht vor allem an die tatsächliche Publikation an und eher selten an deren Vorbereitung.

II. Eingrenzung des Themas

1. Die journalistische Recherche

Unter dem Begriff «journalistische Recherchiermethode» sollen für die Zwecke dieser Darstellung alle Verhaltensweisen verstanden werden, die sich auf Erhalt oder Überprüfung von Informationen über Personen, Sachen oder Sachverhalte beziehen, mit dem Ziel, diese für eine Veröffentlichung zu verwenden. Die Information schlägt sich nicht notwendigerweise in der Publikation selbst dem Leser erkennbar nieder, sondern kann auch (und sogar häufig) nur mittelbar als Hintergrundinformation vom Journalisten verwendet werden: sei es, um das Publierte selbst besser zu verstehen, sei es im Sinne des erfolgten Ausschlusses von Fehlüberlegungen, Holzwegen und Missverständnissen oder gar der Aufdeckung gezielter Manipulationen. Dass sich bei der Recherche die konkrete Vorgehensweise und die damit verbundenen Ziele unter Umständen von denen nicht journalistischer Akteure (z. B. Privatdetektive oder staatliche [polizeiliche] Ermittler, zivile und militärische Geheim- und Nachrichtendienste etc.) nicht unterscheiden, bleibt nachfolgend ausser Acht: An der Aufdeckung geheimer Atomprogramme oder neuer Waffensysteme, politischer Skandale oder unternehmerischer Absichten können viele Personen oder Institutionen aus höchst unterschiedlichen Gründen interessiert sein.

Man kann die aktive Recherche (Suche nach Dokumenten und Informanten, Führen von Interviews, «Abgrasen» des Internets, physischer und elektronischer Archive etc.) von der passiven – wenn nämlich Informationen, Dokumente etc. dem Journalisten von aussen zugetragen werden – unterscheiden. Rechtlich ist diese Unterscheidung indessen weitgehend bedeutungslos. Das gilt auch für die Unterscheidung von «validierender» und «investigativer» Recherche: Die erste zielt auf Überprüfung (inkl. Bestätigung oder Widerlegung, Differenzierung, Verifizierung und Falsifizierung) vorhandener Informationen,

1 Art. 10 EMRK.

2 Art. 17 BV.

3 Vgl. statt vieler EGMR 20. Mai 1999, Appl. 21980/93 (Bladet Tromsø) und Lindenmann, Ein Grundrecht auf Persönlichkeitsentfaltung?, Gedanken zur Entgrenzung der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK, Abhandlungen zum schweizerischen Recht 618, Stämpfli Verlag, Bern, 1998.

4 Vgl. den «Hambacher Appell für Pressefreiheit» vom 14. Juni 2007, zu finden unter: http://www.djv.de/SingleNews.20.0.html?tx_ttnews%5BbackPid%5D=1434&tx_ttnews%5Btt_news%5D=979.

5 Statt vieler BGE 104 IV 11 und 109 II 358.

6 BGE 118 IV 163.

7 Basler Komm./Zeller, Art. 322 StGB, N 10.

die zweite auf die Aufdeckung bisher unbekannter Sachverhalte.⁸ Von grösserer – wenn auch nur mittelbarer – Bedeutung ist dagegen das Drei-Stufen-Prinzip bei der Recherche: Am Anfang steht der «check» – also die Abgrenzung des Themas, die Prüfung der Plausibilität vorhandener Informationen, die Planung dessen, was publiziert werden soll; auf der zweiten Stufe folgt der «recheck», also die Überprüfung der Gegenseite, namentlich nach dem Grundsatz des «audiatur et altera pars»,⁹ die Vertiefung und Verbreiterung der Information, die Klärung der sechs W, also der Antworten auf die Fragen nach «wer – wann – was – wo – wie – warum»; auf der dritten Stufe kommt der «doublecheck», also die Konfrontation der Erstinformation mit dem inzwischen recherchierten Material: Kann nämlich ein Journalist die Einhaltung solcher beruflicher Kriterien beweisen, also ein Vorgehen *lege artis* bzw. gemäss den objektiven Sorgfaltsmassstäben seiner Berufsausübung, wird dies in der rechtlichen Subsumption zumindest beim subjektiven Tatbestand eine (wesentliche) Rolle spielen.

2. Recherchedelikt vs. Medieninhaltsdelikt

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wo journalistische Recherchiermethoden mit strafrechtlichen Verbotsnormen in Konflikt geraten («Recherchedelikte»), es geht also um die strafrechtlichen Schranken der journalistischen Recherche. Die Darstellung beschränkt sich auf das Kernstrafrecht und lässt zudem die Strafnormen, die im Wesentlichen an den Inhalt einer tatsächlich erfolgten Publikation anknüpfen («Medieninhaltsdelikte»), auf der Seite: Ehrverletzungen, Pornografie, Rassismus, UWG-Widerhandlungen und die Verletzung ziviler oder militärischer Geheimnisse können zwar auch im Zuge von blossen Recherchen begangen werden, führen aber in aller Regel erst zu Strafverfahren, wenn tatsächlich eine Publikation erfolgt ist.¹⁰ Die Recherche ist weder sachlich noch rechtlich eine Vorbereitungshandlung oder eine Vortat zu diesen Delikten, sondern allenfalls eine Modalität der Deliktsbegehung und spielt insoweit für die Frage, ob ein tatbestandsmässiges Handeln vorliegt, auch keine Rolle.

8 Paradebeispiel für investigativen Journalismus ist nach wie vor der «Wartergate-Skandal», der 1974 zum Rücktritt von US-Präsident Nixon führte.

9 Was vom Schweizer Presserat sogar zur berufsethischen Verpflichtung in Richtlinie 3.8 erhoben wurde, soweit es um «schwere Vorwürfe» geht.

10 Dass gelegentlich auch im Vorfeld einer Publikation Geheimnisschutznormen anwendbar sein können, sei der Vollständigkeit halber angemerkt, vgl. z. B. Art. 329 StGB (Verletzung militärischer Geheimnisse), Art. 321^{ter} StGB (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses); zudem besteht die Gefahr der Anstiftung zu andern Delikten, namentlich den diversen Formen von Geheimnisverletzung wie Art. 162, 267, 274 oder 320 StGB, 86 MStG. Eine Anwendung von Art. 161 StGB (Insiderstrafnorm) und Art. 6 UWG ist als Recherchedelikt nicht vorstellbar, kann aber als Folge von Recherchen begangen werden.

III. Nicht recherchebezogene Delikte

Angesichts des Fehlens von medienrechtlichen Sonderdelikten kann der Journalist im Zuge bzw. bei Gelegenheit von Recherchen eine Vielzahl, um nicht zu sagen: praktisch alle Straftaten begehen. Es ist deshalb im vorliegenden Zusammenhang nicht sinnvoll, sich von der Person bzw. beruflichen Situation des Täters = Journalisten her an eine Analyse strafrechtlicher Tatbestände zu machen: Die Gewalt-, Vermögens- und Sexualdelikte stehen so wenig wie alle übrigen Tatbestände des Strafgesetzbuches und die Delikte des Nebenstrafrechts in einem sinnvollen Zusammenhang mit journalistischer (Recherche-)Arbeit. Es ist auch nur ausnahmsweise ein Sachverhalt realistisch vorstellbar, in dem die Begehung eines solchen Delikts beabsichtigter Inhalt oder unvermeidlicher Nebenzweck einer journalistischen Aufgabe ist.¹¹ Bei der Prüfung von Rechtfertigungsgründen kann eine Bezugnahme auf einen Recherchezusammenhang bestehen: Der Journalist verfolgt mit seinem Auto eine Zielperson und überfährt, um sie nicht zu verlieren, ein Rotlicht oder überschreitet die Geschwindigkeit und wird dabei von Verkehrsüberwachungsgeräten (Rotlichtkamera, Radar) erfasst. Solche Konstellationen sind aber höchst selten und noch seltener von strafrechtlichem bzw. strafprozessualen Nutzen. Sie werden daher nachfolgend nicht mehr eigens behandelt.

IV. Exkurs: Medienethische Betrachtungsweise

Völlig ausserhalb der staatlichen, namentlich strafrechtlichen Normierung steht die berufsethische Regelung des schweizerischen Presserats.¹² Der Presserat ist eine rein private Einrichtung, seine einzige Sanktionsmöglichkeit besteht in der Veröffentlichung seiner Stellungnahmen. Seine Auffassung darüber, was medienethisch zulässig bzw. eben unzulässig sei, ist nicht immer deckungsgleich mit einer rechtlichen Betrachtung.¹³ Grundlage seiner Arbeit ist zunächst der sogenannte «Pressekodex»; die einschlägige Ziffer 4 lautet:

«Sie (= die Journalisten) bedienen sich bei der Beschaffung von Informationen, Tönen, Bildern und Dokumenten keiner unlauteren Methoden. Sie bearbeiten nicht oder lassen nicht Bilder bearbeiten zum Zweck der irreführenden Verfälschung des Originals. Sie begehen kein Plagiat.»

Der Presserat hat hierzu sechs erläuternde Richtlinien erlassen, von denen im vorliegenden Zusammenhang vier interessieren, nämlich:

Richtlinie 4.1: Verschleierung des Berufs

«Es ist unlauter, bei der Beschaffung von Informationen, Tönen, Bildern und Dokumenten, die zur Veröffentlichung vor-

11 Ausnahme BGE 127 IV 166 ff. (illegaler Grenzübertritt eines als Flüchtling getarnten, italienischen Journalisten in die Schweiz).

12 Vgl. zu Grundlegung, Organisation und Selbstverständnis des Presserats, zum Wortlaut der berufsethischen Bestimmungen sowie der dazu ergangenen Praxis www.presserat.ch.

13 Vgl. dazu den in Fn. 16 erwähnten Beitrag von Schwaibold in *medialex* 2008, S. 110 ff.

gesehen sind, den Beruf als Journalistin/Journalist zu verschleiern.»

Richtlinie 4.2: Verdeckte Recherchen

«Verdeckte Recherchen sind ausnahmsweise zulässig, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an den damit recherchierten Informationen besteht und wenn diese Informationen nicht auf andere Weise beschafft werden können. Sie sind weiter zulässig, wenn Ton- oder Bildaufnahmen Journalistinnen und Journalisten gefährden würden, immer ein überwiegendes öffentliches Interesse an diesen Aufnahmen vorausgesetzt. Besondere Beachtung ist der Wahrung des Persönlichkeitsschutzes von zufällig anwesenden Personen zu schenken. Journalistinnen und Journalisten dürfen den Rückgriff auf an sich unlautere Methoden auch in diesen Ausnahmefällen aus Gewissensgründen ablehnen.»

Richtlinie 4.3: Bezahlung von Informantinnen/Informanten

«Die Bezahlung von Informantinnen/Informanten, die nicht zum Berufsstand gehören, ist grundsätzlich nicht zulässig, da dadurch der Informationsfluss und der Inhalt der Information beeinträchtigt werden kann. Vorbehalten sind Fälle eines überwiegenden öffentlichen Interesses. Der Kauf von Informationen oder Bildern von Personen, die in ein Gerichtsverfahren verwickelt sind, ist untersagt. Vorbehalten ist die Rechtfertigung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse, sofern die Information nicht auf andere Weise beschafft werden kann.»

Richtlinie 4.6: Recherchegespräche

«Journalistinnen und Journalisten sollen ihre Gesprächspartner über das Ziel des Recherchegesprächs informieren. Medienschaffende dürfen Statements ihrer Gesprächspartner bearbeiten und kürzen, soweit dies die Äusserungen nicht entstellt. Der befragten Person muss bewusst sein, dass sie eine Autorisierung der zur Publikation vorgesehenen Äusserungen verlangen darf.»

Die praktische Bedeutung der Bestimmungen ist geringer als ihre theoretische: Sie erfassen immerhin Recherchemethoden, wie sie namentlich Günter Wallraff unter grossem persönlichem Einsatz und mit enormer Wirkung angewandt hat,¹⁴ aber auch die unter dem Stichwort «Scheckbuchjournalismus» bekannte Problematik des Kaufs von Informationen.¹⁵ Diese Berufsregeln sind (zivil- und straf-)rechtlich unverbindlich und

unbeachtlich, weshalb sie hier nur erwähnt werden. Es ist indessen nicht von der Hand zu weisen, dass von den Stellungnahmen des Presserats im Einzelfall Auswirkungen auf die gerichtliche Beurteilung ausgehen.¹⁶

V. Strafrechtlich verbotene Recherchemethoden

Unter dem vorstehend in Ziffer III. enthaltenen Vorbehalt sollen nachfolgend die wesentlichen Strafnormen, die Recherchemöglichkeiten beschränken bzw. zu verbotenen machen, dargestellt werden:

1. Aneignungsdelikte

Dazu gehören die unrechtmässige Aneignung¹⁷ und die Sachentziehung.¹⁸

Damit ist insbesondere ausgeschlossen, dass ein Journalist ohne Zustimmung der daran Berechtigten Unterlagen oder andere Objekte behündigt.¹⁹ Da Aufzeichnungen, Texten etc. der Charakter als Vermögenswerten abgeht, dürfte hingegen Art. 141^{bis} StGB (unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten) regelmässig ausscheiden.

2. Datendelikte

Mehr als «Objekte» dürften indessen den recherchierenden Journalisten «Daten» interessieren – allerdings ist auch deren Beschaffung manche strafrechtliche Grenze gesetzt.²⁰ Der Tatbestand des unbefugten Beschaffens von Personendaten ist systematisch zwar nicht unter den Vermögensdelikten eingereiht, sondern denen zum Schutz der Privatsphäre (dazu unten); zudem ist er nur unter Rückgriff auf die einschlägigen Definitionen im Datenschutzgesetz²¹ zu konkretisieren. Inhaltlich ist er sehr nahe an den beiden Datenbeschaffungsdelikten von Art. 143 und 143^{bis} StGB, die vereinfacht das Hacking bestrafen.²² Das Obergericht Bern hat kürzlich einen Schuldspruch bestätigt, der sich ohne Weiteres auch auf Sachverhalte journalistischer Recherche anwenden liesse: Der Täter hatte einem Konkurrenten einen Tojaner-Computervirus geschickt und da-

14 Vgl. seine Bucherfolge, namentlich: Industriereportagen. Als Arbeiter in deutschen Grossbetrieben. Rowohlt, Reinbek 1970; Der Aufmacher. Der Mann, der bei «Bild» Hans Esser war. Kiepenheuer & Witsch, Köln 1977.

15 Aus der umfangreichen Literatur, die ständig genährt durch neue Fälle angeblichen und tatsächlichen Kaufs von Informationen und Exklusivrechten anschwillt, nur Andreas Meili, Scheckbuchrecherche im Konflikt mit der journalistischen Berufsethik?, in: medialex 1997, S. 123 ff.; Christoph Born, Berufsethische Normen im Wirtschaftsjournalismus, in: medialex 2005, S. 73 ff.

16 Vgl. dazu die Beiträge von Schwaibold: Der Presserat 2001 bis 2005. Eine Analyse seiner persönlichkeitsrechtlichen Stellungnahmen, in: medialex 2006, S. 178–190; ders.: Vergleichende Analyse der Presseratspraxis 2006 und 2007, in: Medialex 2008, S. 110–118.; ders.: Stoll gegen Schweiz 1:6 – zum Entscheid des EGMR in Sachen Martin Stoll gegen die Schweiz, in: forum poenale 3/2008, Juni 2008, S. 180–186.

17 Art. 137 StGB.

18 Art. 141 StGB.

19 Dazu die Kontroverse von 1984 zwischen dem (späteren) Nobelpreisträger Günter Grass und den Verlegern Piper und Unseld bezüglich der Herausgabe eines Buches, das – so Grass – darauf beruhe, dass in das Haus eines verstorbenen Schriftstellers eingebrochen und dort aus den Nachlassgegenständen Aufzeichnungen entwendet worden seien.

20 Art. 143 StGB; Art. 143^{bis} StGB; Art. 179^{novies} StGB.

21 Art. 3 DSG (SR 235.1).

22 Vgl. oben Fn. 20.

mit seine Geschäftskontakte angezapft.²³ Deshalb ist das Eindringen in Mailboxen, Server etc. – so verlockend und ertragreich es unter dem Gesichtspunkt des Erhalts und der Überprüfung von Informationen wäre – als Recherchemethode vollständig ausgeschlossen. Ob die Sonderbestimmung für geringfügige Vermögensdelikte (Art. 172^{er} StGB – die Tat wird zum Antragsdelikt und nur mit Busse bestraft) greift, wäre jedenfalls im konkreten Zusammenhang zusätzlich zu prüfen.

3. Freiheitsdelikte

Hier stehen vor allem die Drohung und die Nötigung im Vordergrund.²⁴ Die Publikation eines (rechtmässigen) Artikels bzw. die Recherchen in Hinblick auf eine solche Veröffentlichung werden nur in Ausnahmefällen eine die Willensfreiheit in strafrechtlich relevantem Masse einschränkende Androhung eines ernstlichen Nachteils sein. Allerdings hat das Bundesgericht die Drohung, dass man jemanden im «Kassensturz» namentlich nenne, als einen strafbaren Nötigungsversuch gewertet und dies mit der fehlenden Zweck-Mittel-Relation zwischen der Forderung nach einer Umtriebsentschädigung und der angedrohten Namensnennung begründet:

«Unrechtmässig ist eine Nötigung, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 105 IV 123 mit Verweisungen). Letzteres trifft insbesondere zu, wenn zwischen dem Gegenstand der Drohung und demjenigen der Forderung kein sachlicher Zusammenhang besteht.»²⁵

Für einen Journalisten ergibt sich daraus die naheliegende Gefahr, dass er sich in ein Strafverfahren verwickelt sieht, wenn er den Erhalt von Informationen (oder gar in bestimmter Weise formulierter Aussagen) mit der Androhung, den Informanten im Weigerungsfall blosszustellen, verknüpfen würde. Umgekehrt wird man – zumindest strafrechtlich – die Abrede, dass eine dem Informanten nachteilige Publikation als Gegenleistung dafür unterbleibt, dass er andere Informationen liefert bzw. bestätigt, nicht angreifen können.²⁶

Ebenfalls in diesem Zusammenhang ist der Hausfriedensbruch zu nennen.²⁷ Der wesentliche praktische Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist beim Fotografieren von Häusern und Personen gegeben. Tatbestandsmässigkeit setzt das «unrechtmässige Eindringen» und das Verweilen trotz Aufforderung voraus. Strafbarkeit entfällt also dann, wenn man ein Haus vom öffentlichen Grund aus fotografiert oder eine Person auf öffentlichem Grund; problematisch ist nach der Rechtsprechung die Aufnahme einer Person, die sich auf ihrem Grund-

stück befindet (dazu unten der Hinweis auf BGE 118 IV 41 ff.); nicht strafbar kann es sein, ein Haus zu fotografieren und zu einzig diesem Zweck das Grundstück zu betreten, weil solchem Betreten der Charakter des Unrechtmässigen abgeht; klar ist hingegen, dass man der ersten Aufforderung zu gehen, Folge leisten muss (vgl. dazu unten die Bemerkung zum «Eindringen mit laufender Kamera»). Hausfriedensbruch kann auch in Idealkonkurrenz mit dem Delikt des Art. 179^{quater} StGB und sogar zum Nachteil eines Verstorbenen begangen werden.²⁸

4. Korruption

Das Korruptionsstrafrecht²⁹ hat eine besondere Ausweitung erfahren, die – zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung – indessen nicht zu einer gewaltigen Zunahme von einschlägigen Strafverfahren geführt hat. Immerhin hat die Ausdehnung des Tatbestandes zumindest die abstrakte Gefahr geschaffen, dass im Zuge von Recherchen und dem Kauf von Informationen und/oder dem Abschluss von «do ut des»-Verträgen auch diese Bestimmungen zum Tragen kommen könnten.³⁰ Dass medienethisch der Kauf von Informationen verpönt ist,³¹ verhindert für sich allein nicht, dass er (jedenfalls für ausländische Medien und im Ausland) vorkommt.³²

5. Strafrechtlicher Schutz der Privat- und Persönlichkeitssphäre

Die meisten praktische Hindernisse für die Recherchearbeit ergeben sich klarerweise aus dem 2. Abschnitt des 3. Titels des StGB, der strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich behandelt.

A. Schutz des Schriftgeheimnisses

Die sachlich und historisch erste Bestimmung dient der Wahrung des Schriftgeheimnisses³³ und erinnert und daran, dass die Kommunikation erst seit relativ kurzer Zeit vor allem eine elektronische ist, während jahrhundertlang und bis vor Kurzem der handgeschriebene, adressierte Brief, der mittels Boten physisch von A nach B transportiert werden musste, das wesentliche Mittel war, Nachrichten anders als durch das persönliche Gespräch von Angesicht zu Angesicht zu erhalten und mitzuteilen.

Einem Journalisten ist also verboten, Briefe aus dem Briefkasten (oder der Transportkiste des Briefträgers) zu behändi-

23 forum poenale 4/2008, Nr. 50, S. 224 ff.

24 Art. 180 StGB; Art. 181 StGB.

25 BGE 106 IV 125 ff., 130.

26 Drohung/Nötigung können jedenfalls nur in Ausnahmefällen durch Unterlassung und durch Ankündigung zulässiger Handlungen begangen werden, vgl. Basler Komm/Delnon und Rüdý, Art. 180 StGB, N 27–29, und Art. 181 StGB, N 35.

27 Art. 186 StGB.

28 BGE 118 IV 319 ff. Eindringen in das – allerdings eben nicht verschlossene! – Hotelzimmer eines Verstorbenen und Fotografieren der Leiche (Fall Barschel – mit mehr als problematischen Überlegungen zur Rechtsträgerschaft des Verstorbenen, zum Rechteübergang auf die nächsten Angehörigen und vor allem der Erfindung einer «Tabuzone» des gerade Verstorbenen).

29 Art. 322^{er} bis Art. 322^{octies} StGB.

30 Vgl. im Basler Komm/Pieth, Art. 322^{bis} – 322^{octies} StGB.

31 Vgl. oben unter IV. den Hinweis auf die einschlägigen Richtlinien des Presserats.

32 Zum «Scheckbuchjournalismus» (FN 15).

33 Art. 179 StGB.

gen, zu öffnen und zu lesen. Selbst wenn Teil 1 seiner diesbezüglichen Aktivitäten gelingt und er einen Brief auf diesem Wege erhältlich machen würde, darf er dessen Inhalt nicht publizieren, selbst wenn der Bericht zutreffend wäre, und er darf den Briefinhalt auch keinem Dritten erzählen. Ob allerdings ein strafrechtliches Ausnutzen des Inhalts dann schon darin besteht, dass der Journalist, nachdem er den Brief abgefangen, gelesen und wieder sorgfältig verschlossen in den Briefkasten gelegt hat, zum Beispiel später dem Adressaten und dem Briefabsender an dem von ihnen abgemachten Treffpunkt auflauert, glaube ich nicht. Allerdings verlangen Lehre und Rechtsprechung keineswegs, dass das Ausnutzen in einem finanziellen Vorteil bestehe, schon die Verbesserung der Beweislage sei ein Ausnutzen.³⁴

Die Bestimmung schützt nicht die elektronische Kommunikation (E-Mail etc.).³⁵ Ausserdem ist auf das – echte – Sonderdelikt von Art. 321^{ter} StGB zu verweisen, der die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses durch (vereinfacht) einen Angestellten von – auch privaten! – Post- und Fernmeldediensten vorsieht. Es ist deshalb für einen Journalisten ausgeschlossen, sich selbst als (Aushilfs-)Postboten anstellen zu lassen, um Briefe abzufangen und zu öffnen, oder im Zusammenwirken mit solchen Angestellten briefliche oder elektronische Kommunikation erhältlich machen zu wollen.³⁶

B. Schutz vor heimlichen Gesprächsaufnahmen

Ebenso ist die akustische Bespitzelung verboten.³⁷ Geschützt sind fremde Gespräche, also solche, an welchen der Täter nicht beteiligt ist. Der Journalist darf also weder Wanzen legen noch die solchermassen abgehörten Gespräche aufzeichnen, auch solche Aufzeichnungen nicht weitergeben. Und wer weder selbst abhört noch weitergibt, aber sich dann anhört, was aufgenommen wurde, oder liest, was auf einer Zwischenstation als Wortprotokoll entstand, darf dieses Wissen auch nicht verwenden. Die Dinge müssen also zwischen Wanze und Redaktion schon kräftig bearbeitet werden, damit ein Beschuldigter mit Überzeugung sagen kann, er habe weder gewusst noch auch nur ahnen können, der wortgetreuen Information über ein Gespräch unter Dritten liege eine verbotene Aufnahme zugrunde. Das Bundesgericht hatte jüngst folgende Konstellation zu beurteilen: Während einer verbalen Auseinandersetzung mit ihrem Chef wählte die Angestellte mit Kurzwahltaaste unbemerkt, aber nicht unabsichtlich die Nummer einer Kollegin; die nahm ab und bekam so das Gespräch mit, ohne selbst daran teilzunehmen. Sie stellte zudem den Lautsprecher an und holte eine zweite Kollegin dazu. Das Bundesgericht entschied, dass sich diese zweite Kollegin nicht strafbar gemacht hatte:

«Die Beschwerdeführerin hat vorsätzlich ein fremdes nichtöffentliches Gespräch mitverfolgt, welches über das Mobiltelefon von C. hörbar war. Sie hat damit ein Element des zweigliedrigen tatbestandsmässigen Verhaltens erfüllt. Die Beschwerdeführerin hat indessen nicht zum Zweck des Hörens eine technische Vorrichtung in Betrieb gesetzt. Dieses weitere Element des zweigliedrigen tatbestandsmässigen Verhaltens ist somit nicht gegeben.

Die Beschwerdeführerin war im Übrigen nicht verpflichtet, das Mithören des fremden nichtöffentlichen Gesprächs über das Mobiltelefon von C. zu unterlassen. Sie befand sich rechtlich in einer ähnlichen Lage wie eine Person, die nichtsahnend einen Raum betritt, in den über eine Abhöreranlage ein fremdes nichtöffentliches Gespräch übertragen wird, und die, weil sie die Gefahr des Lauschens nicht geschaffen hat, durch das Mithören den Tatbestand nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin war zufällig in eine Situation geraten, in der sie das im Mobiltelefon von C. hörbare fremde nichtöffentliche Gespräch mitverfolgen konnte.»³⁸

Der Journalist muss – das die Lehre aus diesem Entscheid – also dafür sorgen, dass nur die zweite Kollegin vom Staatsanwalt entdeckt wird, während er und die erste unauffindbar bleiben ...

Diesen vom Strafrecht diktierten Überlegungen widersprechen unter anderem die journalistische Sorge um Authentizität und die Abneigung gegen indirekte Beweisführungen. Ein (deutscher) Journalist war einem Korruptionsverdacht auf der Spur und hat deshalb den Polizeifunk abgehört und einzelne Passagen aus einschlägigen Funkgesprächen zunächst zu Beweis Zwecken aufgenommen und danach diese Aufnahmen in einer Fernsehsendung als Einspielung verwendet. Seine Bestrafung focht er erfolglos vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg an, welches das Informationsinteresse für weniger gewichtig hielt als die – um es so abzukürzen – staatlichen Geheimhaltungsinteressen, welche das Abhören des Polizeifunks verbieten.³⁹

Was dem Journalisten als Nichtgesprächsteilnehmer verboten ist, ist ihm allerdings auch als Gesprächsteilnehmer verboten.⁴⁰ Geschützt vor heimlicher Aufnahme ist auch das nicht öffentliche Gespräch, an welchem der (es aufnehmende) Täter teilnimmt.⁴¹ Also muss man zuerst seine(n) Gesprächspartner – und zwar vorgängig! – um Erlaubnis fragen, das Gespräch aufzunehmen. Weshalb bei einem Interview das Tonband mitten auf den Tisch gestellt und mit grosser Geste der Aufnahmeknopf gedrückt werden muss, um aus ausbleibendem Protest konkludente Zustimmung zur Aufnahme zu machen. Da seit Inkrafttreten der Bestimmung von Art. 179^{ter} StGB solche Zustimmung erforderlich ist, teilt heute allenthalben ein Band dem Anrufer mit, «zu Ausbildungszwecken» würde das nach-

34 Basler Komm/von Ins und Wydler, Art. 179 StGB, N 41 m.w.H.; anders dann bei Art. 161 StGB (Insider): Sollte der Journalist die ihm zugetragene Information zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil verwenden, der indessen nicht in der blossen Publikation bestehen kann, bekommt er ein Problem.

35 BGE 126 I 50.

36 Art. 321^{ter} Abs. 1 und 2 StGB, zum separaten Rechtfertigungsgrund des Abs. 4 Basler Komm/Oberholzer, N 10.

37 Art. 179^{bis} StGB.

38 Kassationshof des Bundesgerichts, Urteil vom 13. August 2007, 6S.64/2007.

39 EGMR, 5. Kammer, Nichtzulassungsentscheid vom 25. März 2008 (Fall-Nr. 22107/05, Sascha Adamek gegen Deutschland).

40 Art. 179^{ter} StGB.

41 Zur Abgrenzung, was «öffentlich» und eben nicht mehr «öffentlich» bzw. eben «privat» sei, die BGE 108 IV 161 ff. (polizeiliche Einvernahme kein Privatgespräch) und 111 IV 63 ff. (Äusserungen in einer Kirchgemeindeversammlung – Frage offengelassen).

folgende Gespräch aufgezeichnet werden, was der Regelung von Art. 179^{quinquies} StGB entspricht.

C. Schutz vor heimlichen Bildaufnahmen

Das Strafgesetzbuch schützt neben der akustischen auch vor der visuellen Bespitzelung.⁴² Tatbestandsmässig ist nur die Verwendung eines Aufnahmegerätes, aber dies auch dann, wenn damit gar keine Aufnahme gemacht wird; hingegen ist rein visuelle Verfolgung mit einem blossen Beobachtungsgerät (z. B. durch ein Fernrohr oder einen Einwegspiegel⁴³) nicht tatbestandsmässig. Zum Bildaufnahmeverbot erging – nach den «leading cases» BGE 117 IV 31 und 118 IV 41 – ein neues Urteil des Bundesgerichts:⁴⁴

a) Das neueste «Kassensturz»-Urteil des Bundesgerichts

Ein Kassensturz-Team wollte zeigen, wie schlecht ein Versicherungsberater seine Kunden beriet und wie mässig seine Qualifikationen seien. Zu diesem Zweck wurde eine Wohnung mit versteckter Kamera und mit Mikrofonen ausgerüstet. Der nichts ahnende Vertreter wurde aufgenommen, als er die angebliche Interessentin – die natürlich auch vom Kassensturz war – wortreich von der Qualität seiner Versicherungsprodukte zu überzeugen suchte. Die Aufnahmen wurden in einer Kassensturz-Sendung gezeigt, wobei der Vertreter abgedeckt und sein Name nicht genannt wurde. Er stellte Strafantrag.

Man könnte zu den drei bisher vorliegenden Urteilen⁴⁵ eine selbstständige Abhandlung verfassen: Darin wird nämlich zum Beispiel die Frage der *lex mitior* erörtert, weil die Aufnahmen 2003 gemacht wurden, also vor der grossen StGB-Revision, die seit 1. Januar 2007 in Kraft ist. Das Ergebnis lautet, das neue Recht sei das mildere. Bemerkenswert sind auch die umfangreichen Ausführungen des Obergerichts zur Strafzumessung oder zur Frage, ob der Strafantrag, der nur das Delikt von Art. 179^{bis} StGB nannte – also das akustische Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche – auch die Delikte von Art. 179^{ter} StGB (also die unbefugte Aufnahme durch einen Gesprächsteilnehmer) und Art. 179^{quater} StGB (die versteckte Bildaufnahme) erfasse, was das Obergericht bejaht. Weiter könnte man vertiefen, ob die klassische «versteckte Kamera» à la Kurt Felix tatsächlich tatbestandsmässig sei und nur deshalb nicht strafbar, weil «Schuld und Tatfolgen gering sind»: Gemäss Obergericht macht selbst die nachträgliche Zustimmung des Aufgenommenen die Tat nicht zur rechtmässigen. Man könnte auch kritisch prüfen, ob das Gespräch in der präparierten Wohnung tatsächlich ein nicht öffentliches Gespräch war und mit der Privatsphäre des Vertreters zu tun hat (dass seine Geheimnisse «sicherlich nicht tangiert» wurde, hielt das Obergericht immer-

hin fest). Aber hauptsächlich geht es in beiden Urteilen um die Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund für die versteckten Bild- und Tonaufnahmen bestanden hat. Dieser Meinung der vier angeklagten Kassensturz-Mitarbeiter folgte der Einzelrichter am Bezirksgericht. Er kam – ich kürze die 21 Seiten seines Urteils auf vier Sätze ab – zu folgendem Schluss: Aufnehmen und Ausstrahlung des Gesprächs waren tatbestandsmässig. Aber sie waren das einzige mögliche und taugliche und verhältnismässige Mittel, die öffentlichen Interessen zu wahren. Und ein solches öffentliches Interesse war gegeben, weil man nur so zeigen konnte, wie schlecht die Beratung war und welche «Gefahren» den Kunden von solcher Beratung drohten. Diese Interessen überwogen das strafrechtlich geschützte Interesse des Geschädigten an der Unbefangenheit seiner Kommunikation in der Privatsphäre. Damit entfiel die Rechtswidrigkeit der Tat, und deshalb erfolgte ein vollumfänglicher Freispruch.

Die Mehrheit des Obergerichts sah das anders: Sie brauchte allerdings allein 17 Seiten, um darzulegen, dass es keine Wahrung berechtigter Interessen gegeben hat. Sie vertrat zusammengefasst die Meinung, nur ein tatsächlich bestehender Missstand dürfe mit der versteckten Kamera aufgenommen werden, nur objektive Information sei dabei zu vermitteln, und zudem seien die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen im Rahmen des Möglichen zu wahren. Weil man aber zum Beispiel das Gespräch auch hätte mitschreiben können und andere Kassensturz-Mitarbeiter als Zeugen hätten auftreten können, war die heimliche Bild- und Tonaufnahme nicht verhältnismässig. Und zudem sei es nicht Aufgabe von Journalisten, angebliche Missetäter zu überführen, sondern sie dürften höchstens auf Missstände hinweisen. «Zugegeben wäre die Sendung ohne versteckte Aufnahmen weniger zugkräftig und wohl auch weniger effektiv gewesen (...), aber dieser Umstand rechtfertigt es nicht, dass sich die Angeklagten über vom Gesetzgeber unter Strafe gestellte Normen hinwegsetzen.»⁴⁶ Womit der Freispruch aufgehoben wurde und – vergleichsweise milde – Strafen in Form weniger bedingter Tagessätze auferlegt wurden. Mit Beschwerde in Strafsachen gelangten die Verurteilten an das Bundesgericht. Dieses hat die Verurteilung bezüglich der versteckten Tonaufnahmen bestätigt, aus lediglich prozessualen Gründen – Verletzung des Anklageprinzips – die Verurteilung bezüglich der versteckten Bildaufnahmen aber aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁴⁷ Die Begründung des Bundesgerichts liegt weitgehend auf der Linie des Obergerichts, lediglich einige rhetorische Konzessionen wurden an die journalistische Arbeit gemacht, aber auch nicht mehr: Der Rechtfertigungsgrund des Informationsinteresses bzw. der journalistischen Recherche drang nicht durch.

Das Urteil ist bedauerlich. Es liegt ganz auf der Linie des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, der unsere Rechtsprechung prägt: Die Medienfreiheit tritt mit schöner Regelmässigkeit hinter die Individualinteressen der Betroffenen zurück, die Anforderungen an ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse werden überspannt, und es wird einem Journalismus das Wort geredet, der vor lauter Sachlichkeit, Zurückhaltung und Ausgewogenheit nur noch gähnende Langweile produzieren

42 Art. 179^{quater} StGB.

43 BGE 117 IV 31.

44 BGE 6B_225/2008/sst, Urteil vom 7. Oktober 2008, Strafrechtliche Abteilung.

45 Vorinstanzen des Bundesgerichts waren der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Dielsdorf, Urteil vom 29. August 2006, Geschäfts-Nr. GG060018, und das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 5. November 2007, Geschäfts-Nr. SB070043.

46 Obergerichtsurteil, oben Fn. 45, S. 56.

47 Vgl. dazu Schwaibold, in *forum poenale* 1/2009, Nr. 8, S. 27–32.

kann. Dass bei der Strafzumessung beim Obergericht immerhin das «achtenswerte Motiv», «auf einen tatsächlich bestehenden Missstand hinzuweisen», zu einer «deutlichen Strafreduktion» führte, ist ein schwacher Trost an der falschen Stelle.⁴⁸ Dass der Presserat das medienethisch anders sieht und relativ schnell den Einsatz der versteckten Kamera für zulässig hält, ist als interessante Differenz zum Strafrecht zu vermerken.⁴⁹

b) Kontinuität in der Rechtsprechung

Schon vor Jahren bestätigte das Bundesgericht die Verurteilung eines Fotografen, der eine Person fotografiert hatte, als sie unter ihre Haustür trat, um dem Journalisten zu sagen, er solle verschwinden. Dabei zog es den Kreis dessen, was verboten ist, nicht gerade eng:⁵⁰ «Strafbar gemäss Art. 179^{quater} StGB ist nach dessen Sinn und Zweck, wie er sich u.a. auch aus den Materialien ergibt, das Beobachten oder die Aufnahme einer im Hausfriedensbereich stattfindenden Tatsache mit einem Aufnahmegerät aber auch dann, wenn dazu die örtliche Grenze des Hausfriedensbereichs durch den Täter nicht physisch überschritten werden muss. Gleich zu behandeln ist der Täter, der, um eine im Hausfriedensbereich stattfindende und damit in die Privatsphäre i.e.S. fallende Tatsache aufzunehmen, lediglich ein rechtlich-moralisches Hindernis überwinden muss. Mit dem «rechtlich-moralischen Hindernis» ist eine gedachte, also physisch nicht in Erscheinung tretende Grenze gemeint, die nach den hiezulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird; es kann daher auch von einer für jeden anständig Gesinnten gegebenen psychologischen Barriere gesprochen werden. Die rechtlich-moralische oder psychologische Grenze stimmt nicht ohne weiteres mit der physischen Grenze der Privatsphäre i.e.S. im Hausfriedensbereich überein. Durch Art. 179^{quater} StGB ist auch der unmittelbar an ein Wohnhaus angrenzende Bereich geschützt, und zwar unabhängig davon, ob dieser im Sinne von Art. 186 StGB umfriedet ist oder nicht und ob er bei Vorliegen einer Umfriedung ohne Mühe oder erst nach Überwindung des physischen Hindernisses einsehbar ist. Zum Privatbereich i.e.S. gehört nicht nur, was sich im Haus selbst, sondern auch, was sich in dessen unmittelbarer Umgebung abspielt, die von den Hausbewohnern bzw. von Drittpersonen ohne weiteres als faktisch noch zum Haus gehörende Fläche in Anspruch genommen bzw. anerkannt wird. Zu dieser Umgebung gehört insbesondere auch der Bereich unmittelbar vor der Haustüre eines Wohnhauses.»

c) Verbot von Vorbereitungshandlungen

Die vorgenannten Bestimmungen über den Schutz vor heimlichen Bild- und Tonaufnahmen kann man durchaus als strafrechtliche Konkretisierungen des Persönlichkeitsschutzes betrachten.⁵¹ Insoweit ist es auch konsequent, die Gefahren dadurch einzudämmen, dass schon Handlungsweisen im Vorfeld

der eigentlichen Verletzung verboten sind, also die Inverkehrbringung und das Anpreisen.⁵² Dabei kann vorliegend offenbleiben, wie man eindeutig die «legalen» von den «illegalen» Aufnahmegeräten unterscheiden kann. Aber es ist klar, dass sich ein Journalist schon strafbar macht allein dadurch, dass er Wanzen kauft, noch bevor er sie überhaupt zu Recherchezwecken hätte montieren können, und sein Lieferant hätte sich schon vor ihm mit der Einfuhr der Wanzen ein strafrechtliches Problem eingehandelt.

D. «Telefonterror»

Schon längst bevor in unseren Sprachschatz das Wort «stalking» Aufnahme fand, galt die Bestimmung über den Missbrauch einer Fernmeldeanlage.⁵³ Ich erwähne den Tatbestand, obwohl kein Journalist erfolgreich recherchieren wird, wenn er so vorgeht, dass er jemanden permanent anruft. Das Bundesgericht hat jüngst festgehalten, dass 379 Anrufe in einem Monat jedenfalls keine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB sind, allenfalls aber den genannten Missbrauchstatbestand erfüllen können: Die Anrufer wollten ihren Nachbarn nämlich jedesmal neu davon überzeugen, dass seine Holzfeuerungsanlage sie störe.⁵⁴ Der Presserat hielt sogar einen unbeabsichtigten zweiten Anruf bei einem Informanten, der schon beim ersten deutlich gemacht hatte, dass er nicht reden wolle, für medienethisch unzulässig.⁵⁵

E. Rechtfertigungsgründe

a) Besondere Rechtfertigungsgründe

Ein Journalist kann sich auch nie auf die beiden besonderen Rechtfertigungsgründe berufen, die das Strafgesetzbuch in den Art. 179^{quinquies} und Art. 179^{octies} enthält.⁵⁶ Eher wird er versucht sein, an andere Informationen heranzukommen: Aber das Knacken von Servern, Computern, Mailboxen oder ähnlichen Datensammlungen ist – wie wir schon oben gesehen haben (Ziffer V.2) – strafbar.

b) Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Informationsinteresses

Dass ein Journalist sich überhaupt an die Gesetze halten muss wie jedermann, leuchtet nach dem Gesagten ein. In Bezug auf alle Delikte gilt das, was oben dargelegt wurde: Die Rechtswidrigkeit aller Straftaten würde nur dann entfallen, wenn die Tat zur Aufdeckung eines eigentlichen Missstandes das einzige und verhältnismässige Mittel wäre. Beim illegalen Grenzübertritt hat das Bundesgericht schon vor Jahren ebenfalls verneint, dass es ein überwiegendes Informationsinteresse (hier: an der Behandlung von illegal eingereisten Flüchtlingen in der Schweiz) gäbe;⁵⁷ die oben erwähnten Urteile in Sachen

52 Art. 179^{sexies} StGB.

53 Art. 179^{septies} StGB.

54 forum poenale 4/2008, Nr. 51, S. 228 ff.

55 Stellungnahme 8/2007.

56 Rettungsdienste bzw. Reservationen und amtliche Überwachung.

57 Oben Ln 11.

48 Obergerichtsurteil (Fn. 45), S. 61.

49 Stellungnahme 51/2007.

50 BGE 118 IV 41 ff., 50.

51 Obergerichtsurteil (Fn. 45), S. 50 f.

Kassensturz sowie zu Art. 179^{quater} StGB liegen auf dieser Linie. Diese Auffassung ist bedauerliche Folge einer zu einseitigen Interessenabwägung.

Die strafrechtlich (und medienethisch) unbedenkliche Recherche ist nach diesen Massstäben nur die, bei welcher man sich lediglich mit Block und Fernrohr bewaffnet hinter einem Gebüsch versteckt und beobachtet, was auf öffentlichem Grund passiert, sich sogleich als Journalist zu erkennen gibt und erst dann die Leute befragt, nur als solche deklarierte Interviews führt, vielleicht aber auch einfach das Gespräch beginnt in der Hoffnung, den Redefluss des Gegenübers irgendwann auszulösen. Manchmal bekommt man dann vielleicht sogar Unterlagen, die man zwar als solche nicht veröffentlichen darf, weil man sich dann zum Beispiel der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen im Sinne von Art. 293 StGB schuldig macht, so der Zeitungsbericht über die Stellungnahmen des früheren Botschafters in Washington zu den nachrichtenlosen Vermögen.⁵⁸ Oder es ist etwas ein militärisches Geheimnis im Sinne von Art. 106 MStG, wie ein Bunker.⁵⁹ Zudem kann ein Informant im Zuge seiner Auskunftsfreude selbst sich strafbar machen, wenn er das Amtsgeheimnis verletzt (Art. 320 StGB); der Journalist kann angeblich dazu anstiften – so meinten jedenfalls das Zürcher Obergericht und das Bundesgericht in einem Fall, den dann Strassburg allerdings gekehrt und als Verstoss gegen die EMRK erkannt hat: Die Freiheit der Informationsbeschaffung darf nicht dazu führen, dass schon die blossen Frage an einen Beamten nach etwas, das ein Amtsgeheimnis sein könnte, sich zur Anstiftung verdichtet.⁶⁰ Ebenfalls nur pro memoria erwähnt werden hier die Bestimmungen über den Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen (Art. 162 StGB), den diplomatischen und militärischen Landesverrat (Art. 267 StGB und Art. 86 MStG) und die Schutzvorschrift im Vorfeld zu den militärischen Geheimnissen (Art. 329 StGB);⁶¹ sie ist gegenüber allen anderen einschlägigen (Art. 267, 274 StGB, Art. 86 und 106 MStG) subsidiär.⁶²

VI. Schlussbemerkung

Auch wenn die restriktive Haltung der oberen Gerichte zu bedauern ist und zu kritisieren bleibt, wird man nicht behaupten können, die Vielzahl strafrechtlicher Gefahren, der sich durch die bunte Vielfalt möglicher Straftatbestände der recherchierende Journalist nicht nur am Horizont, sondern auf Schritt

und Tritt ausgesetzt sieht, schränke seine Arbeit über Gebühr ein. Sie verursacht allerdings mehr Aufwand; die Vorstellung, die manchem Urteil zugrunde liegt, man könne einfach in beliebiger Weise als Medienschaffender Dritte als Zeugen, Gewährspersonen, Beobachter etc. beiziehen, ist indessen weltfremd. Zudem sollte den Strafgerichten stets bewusst sein, dass sich die Tatsachen nicht dadurch ändern, dass man den Überbringer der schlechten Nachricht köpft. Ausserdem wäre es an der Zeit, dass sich die Richter vom Klischee des egomanischen, einzig auf seinen persönlichen Ruhm bedachten Journalisten befreien, welches so unbegründet ist wie die ständige Rede von der Aufлагesteigerung, die in Gerichtsurteilen aller Instanzen als das einzige Motiv von rechtswidrigen Medieninhalten erscheint:⁶³ Würden die Richter und die Gerichte hier die Differenzierung anwenden, die sie bei Journalisten vermissen, müssten sie nämlich zuerst einmal fragen, mit welchem Ziel die ganz erdrückend überwiegende Zahl der völlig rechtskonformen – und rechtskonform recherchierten – Medieninhalte erscheint. Denn der Umkehrschluss aus den richterlichen Vorurteilen wäre ja der, dass mit rechtmässigen Inhalten weder Aufлагensteigerung noch auch blosser Aufлагenerhalt bezweckt bzw. erreicht werden könne. Woraus dann weiter zu folgern wäre, dass völlig rechtskonforme Medienerzeugnisse auf Dauer nicht existieren könnten, weil sie in einem ununterbrochenen Kreislauf von Aufлагen- und Bedeutungsverlust gefangen sein müssten. Mit der Abkehr von Vorurteilen – im wahrsten Sinne des Wortes – über das journalistische Selbstverständnis und die Motive von Medienschaffenden wäre deshalb in zukünftigen Zivil- und Strafurteilen schon einiges gewonnen.

Zusammenfassung Das Strafrecht findet auch auf die journalistische Recherche Anwendung. Theoretisch kann ein Journalist bei der Vorbereitung einer Publikation jedes Delikt begehen; aus praktischer Sicht kommen aber nur vergleichsweise wenige Verhaltensweisen als sogenannte «Recherchedelikte» infrage. Das Recherchedelikt stellt eine zulässige Beschränkung der Medienfreiheit und der Arbeit der Medienschaffenden dar. Es ist vom «Medieninhaltsdelikt» abzugrenzen, das an eine tatsächlich erfolgte Publikation anknüpft. Auch beim Recherchedelikt ist dem Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Informationsinteresses und daher bei der Abwägung der betroffenen Güter dem der Medienfreiheit Rechnung zu tragen.

Summary The criminal law also applies to journalistic research. In theory, a journalist preparing a publication can commit any criminal offence. In practice, only a limited number of acts are considered to constitute “research offences”. These offences limit in legal terms the freedom of the media and the work of journalists. Research offences must be distinguished from content offences committed as a result of effective publication. Research offences must be construed in the light of the overriding interest in disseminating information, as a justifying motive. When weighing the interests involved, the freedom of the media must accordingly be taken into account.

58 forum poenale 3/2008, S. 134–141 und S. 180–186.

59 Dazu ergingen zahlreiche, nicht immer ganz kohärente Entscheidungen gegen Journalisten in den letzten Jahren, vgl. Militärkassationsgericht vom 30. März 2006 i.S. S. MKGE Bd. 13 Nr. 1, dann das unter <http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/documentation/oa009.parsys.0038.downloadList.00381.DownloadFile.tmp/urteilmg6062ciafaxaffaereanonymisiert.pdf> veröffentlichte Urteil und das im gleichen Sachzusammenhang ergangene Urteil vom 24. April 2007, unter <http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/documentation/oa009.parsys.0040.downloadList.00401.DownloadFile.tmp/mkge789anonym.pdf>.

60 Vgl. Dammann gegen Schweiz, EGMR 77551/01, mit welchem Entscheid der BGE 127 IV 122 zwar nicht formell, aber in der Sache aufgehoben wurde.

61 Vgl. oben Fn. 10.

62 BGE 112 IV 85.

63 BGE 133 III 153 ff., 165 f.

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 09-67 **«Rote Anneliese»-Artikelserie ist nicht ehrverletzend**88
Bundesgerichtsentscheid vom 9. März 2009 (6B_333/2008)

EM. PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Weitere Entscheidungen | D'autres décisions

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht**1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit**

- 09-68 **Rechtmässige Bussen für das Fotografieren einer eben verurteilten Straftäterin** . . .96
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 16.4.2009 (N° 34438/04 «Egeland und Hanseid c. Norwegen»)
- 09-69 **Aufklärung von Überfällen rechtfertigt Durchbrechung des Quellenschutzes**99
Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 31.3.2009 (N° 38224/03 «Sanoma Uitgevers B.V. c. Niederlande»)
- 09-70 **Ausbau des menschenrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe amtlicher Dokumente** 100
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 14.4.2009 (N° 37374/05 «Társaság a Szabadságjogokért c. Ungarn»)
- 09-71 **Einmal mehr: EGMR gegen Freiheitsstrafen für Ehrverletzungen** 101
Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 2.4.2009 (N° 24444/07 «Kydonis c. Griechenland»)
- 09-72 **Urteil zum Zusammenspiel zwischen Art. 8 und Art. 10 EMRK** 102
Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 28.4.2009 (N° 39311/05 «Karakó c. Ungarn»)
- 09-73 **Applicabilité des règles du droit sur les marchés publics**. 102
Arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 2009 (2C_484/2008)
- 09-74 **Weite Auslegung des Begriffs «Journalismus» durch den EuGH** 103
Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 16. Dezember 2008 (C-73/07)

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

- 09-75 **Keine Einsicht in Urteile durch Strafanzeiger ohne schutzwürdiges Informationsinteresse** 103
Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2008 (1C_258/2008)
- 09-76 **Abgabe eines Teils der Anklageschrift an Presse vor Prozessbeginn gutgeheissen** 104
Urteil des Bundesgerichts vom 26. März 2009 (1B_73/2009)
- 09-77 **Abgabe eines Teils der Anklageschrift an Presse vor Prozessbeginn gutgeheissen** 105
Urteile des Bundesgerichts vom 19. und 26. März 2009 (1B_55/2009 und 1B_69/2009)
- 09-78 **Einsichtsrecht in Unterlagen des Gemeinderates** 105
Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. November 2008 (VGE 100.2008.23315)

1.3 Radio- und Fernsehrecht

- 09-79 **Zulässige Vorkehren gegen verweigerte Zahlung der Empfangsgebühren** 106
Zulässigkeitsentscheid des EGMR (2. Kammer) vom 31.3.2009 (N° 33/04 «Faccio c. Italien»)
- 09-80 **Zulassung zur Kurzberichterstattung** 106
Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2009 (2C_727/2008)
- 09-81 **Beitrag über LSD verletzte Sachgerechtigkeitsgebot und Jugendschutz nicht** . . 108
Entscheid der UBI vom 22. August 2008 (b.585)

- 09-82 **Sendung über Hanfinitiative versties nicht gegen Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot** 108
Entscheid der UBI vom 22. August 2008 (b.583)
- 09-83 **Rundschau-Beitrag über Pflegeplatzierung verletzte Sachgerechtigkeitsgebot** . . 109
Entscheid der UBI vom 17. Oktober 2008 (b.586; nicht rechtskräftig)
- 09-84 **Couverture des élections par les radiodiffuseurs** 110
Autorité indépendante de plaintes en matière de radiotélévision, 4 juillet 2008 (b.578)
- 09-85 **Gewerbliche Radio- und Fernsehempfangsgebühren für vermietete Ferienwohnungen** 111
Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. April 2009 (A-3932/2008)

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

- 99-86 **Elektronische Datenträger trotz Unterlassung von Siegelung als Beweismittel verwertbar** 112
Urteil des Bundesgerichts vom 26. Februar 2009 (1B_241/2008)

3. Strafrecht

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

- 09-87 **Träufeln von Kerzenwachs auf Frauenkörper ist Pornografie** 113
Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2008 (6B_875/2008)

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

- 09-88 **Beschwerde wegen Verfahrensverzögerung für gegenstandslos erklärt** 113
Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2008 (5A_487/2008)
- 09-89 **Bundesgericht tritt aufgrund mangelhafter Begründung nicht auf Beschwerde ein** 113
Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2008 (5A_385/2008)
- 09-90 **Protection de la personnalité** 113
Arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2008 (5A_328/2008)

5. Urheberrecht

5.2 Verwertungsrechte

- 09-91 **GT 3 zur Neubeurteilung an die Vorinstanz** 114
Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2009 (2C_658/2008)

6. Wettbewerbsrecht

6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen

- 09-92 **Werbeverbot für Publikumsanlagen verhältnismässig** 115
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2009 (B-7734/2008)
- 09-93 **Aktives Werben: kein Erfordernis für Werbeverbot** 116
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Dezember 2008 (B-2482/2008)

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

- 09-94 **Respect de la vie privée, retenue particulière dans les articles concernant des enfants** 116
Prise de position du Conseil suisse de la presse (6/2009; Service de protection de jeunesse du Canton de Vaud c. «Le Matin Bleu»)
- 09-95 **Procédure judiciaire parallèle/Non-entrée en matière** 116
Prise de position du Conseil suisse de la presse (7/2009; Attias/Sarkozy c. «20 Minutes»)

09-96	Wahrheits- und Berichtigungspflicht	117
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (8/2009; Verein Netzwerk Asyl Aargau c. Tele M1)	
09-97	Recherche de la vérité/Dénaturation des informations/Rectification	117
	Prise de position du Conseil suisse de la presse (9/2009; Association Citoyens pour les citoyens c. «L'Impartial»/«L'Express»)	
09-98	Einseitige Berichterstattung/Kommentarfreiheit	117
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (10/2009; X. c. «St. Galler Tagblatt», Ausgabe Rorschach)	
09-99	Identifizierende Berichterstattung/Opferschutz	118
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. Februar 2009 (11/2009; X. c. «20 Minuten»)	
09-100	Zuspitzung von Tatsachen in Titeln	118
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (12/2009; X. c. «Baslerstab»)	
09-101	Identifizierende Berichterstattung/Opferschutz	118
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. März 2009 (13/2009; X. c. «Anzeiger aus dem Bezirk Affoltern»)	
09-102	Unfallberichterstattung	119
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. März 2009 (14/2009; X. c. «Wiler Zeitung»)	
09-103	Wahrheitssuche/Anhörung bei schweren Vorwürfen	119
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (15/2009; X. c. «Schaffhauser AZ»)	
09-104	Unwahre Feststellungen/Identifizierende Berichterstattung	120
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (16/2009; X. c. «NZZ am Sonntag»)	
09-105	Wahrheit/Illustrationen	120
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (17/2009; Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. «SonntagsZeitung»)	
09-106	Protection de la sphère privée/Publication de rumeurs/Respect de la dignité humaine	121
	Prise de position du Conseil suisse de la presse (18/2009; Bonfanti c. «Tribune de Genève»/«24 heures»/«Le Matin»).	

«Rote Anneliese»-Artikelserie ist nicht ehrverletzend

Bundesgerichtsentscheid vom 9. März 2009 (6B_333/2008)

09-67

Bei Äusserungen in Presseerzeugnissen ist bei der Beurteilung der Frage, ob die (strafrechtlich geschützte) Ehre beeinträchtigt wurde, auf den Eindruck abzustellen, den der unbefangene Durchschnittsleser mit durchschnittlichem Wissen und gesunder Urteilskraft aus einzelnen (in der Strafklage bezeichneten) Tatsachenbehauptungen erhält. Soweit verschiedene Interpretationen eines Textes möglich sind, darf gerade auch unter der gebotenen Berücksichtigung der Medienfreiheit nicht leichthin angenommen werden, dass der Verfasser, welcher in einem Text etwas nicht ausdrücklich geäußert hat, die Möglichkeit in Kauf genommen habe, der Leser werde dem Text eine entsprechende Äusserung auf dem Wege der Interpretation entnehmen. Dem Urheber eines Textes dürfen deshalb nicht jedwelle Überlegungen angelastet werden, die beim einen oder andern Leser allenfalls provoziert werden. Irrelevant sind unbedeutende Übertreibungen und Ungenauigkeiten sowie Unwahrheiten, welche die Ehre des Betroffenen nicht zusätzlich verletzen.

Lorsqu'il s'agit de juger si un produit de presse a porté atteinte à l'honneur, tel qu'il est protégé par le droit pénal, il y a lieu de se placer du point de vue du lecteur moyen; plus précisément, on retiendra l'impression que les allégations contenues dans le texte litigieux ont faite sur une personne non prévenue et dotée d'un niveau moyen de connaissances ainsi que de pleines facultés de jugement. Si plusieurs interprétations du texte sont possibles, la liberté des médias commande que l'on ne considère pas que l'auteur, qui ne s'est pas prononcé explicitement sur un point, devait s'attendre à ce que le lecteur en tire certaines conclusions précises par voie d'interprétation. L'auteur ne doit pas être tenu pour responsable de toutes les interprétations imaginables que l'un ou l'autre lecteur peut faire du texte litigieux. N'entrent ainsi pas en considération des exagérations ou des imprécisions sans importance réelle de même que des erreurs qui ne lèsent pas l'honneur de la personne concernée.

Stichwörter Beschimpfung, Durchschnittsleser, Irrelevanz geringfügiger Fehler, Medienfreiheit, reine Werturteile, Relevanz unwahrer Aussagen, strafrechtlicher Ehrbegriff (Ruf als ehrbarer Mensch), üble Nachrede, Wahrheitsbeweis

Sachverhalt (Zusammenfassung)

A., Rechtsanwalt und Notar, ist Mitglied des Stiftungsrates der Stiftung «La Résidence», welche unter anderem in Unterems VS das Alters- und Pflegeheim «Emserberg» betreibt. Zudem ist beziehungsweise war er Präsident des Vereins «insieme» (Oberwalliser Verein zur Förderung geistig Behinderter).

Während vieler Jahre waren die Klosterfrauen der Gemeinschaft der «Schwestern von den sieben Schmerzen Mariä»

vom Kloster «Unserer Lieben Frau» im Alters- und Pflegeheim «Emserberg» tätig. Diese Zusammenarbeit wurde im Sommer 2004 beendet. Der Stiftungsrat fasste am 8. Juni 2004 einstimmig den Beschluss, die Arbeitsverträge mit den beiden noch verbliebenen Klosterfrauen in Beachtung der vertraglichen Kündigungsfrist zu kündigen. A. orientierte die Oberin der Schwesterngemeinschaft am 14. Juni 2004 mündlich über die beschlossene Kündigung, worauf die Oberin die beiden Schwestern darüber informierte. Mit Schreiben vom 21. Juni 2004, welches im Namen der Stiftung von A. und vom Heimleiter unterzeichnet war, wurde den beiden Schwestern unter Bezugnahme auf die Besprechung mit der Oberin per 30. September 2004 gekündigt und ihnen mitgeteilt, dass sie mit Wirkung per 27. Juni 2004 von der Arbeitsleistung freigestellt seien. Bereits zu einem früheren Zeitpunkt, nämlich durch Vereinbarung vom 27. Februar 2004, war ein Arbeitsvertrag zwischen der Stiftung und einer Raumpflegerin aufgehoben und die Arbeitnehmerin ab sofort von der Pflicht der Arbeitsleistung freigestellt worden. Der Aufhebungsvertrag war seitens der Stiftung vom Heimleiter in Vertretung von A. unterzeichnet worden.

Im Jahr 2004 kam es auch beim Verein «insieme» zu Umstrukturierungen. A.A., der mit A. nicht verwandt ist, hatte als externer Berater zu diesem Zweck verschiedene Hearings durchgeführt. An einer Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 orientierte er die Angestellten über die Ergebnisse. Er teilte mit, dass in den Hearings Äusserungen wie «Mobbing», «Übergriffe» und «Deckung von Betreuungsfehlern» gefallen seien. A. nahm an dieser Informationsveranstaltung teil, sagte aber zum Thema «Übergriffe» etc. nichts. Verschiedene Abteilungs- und Zentrumsleiter wandten sich mit Schreiben vom 5. Juli 2004 an die Mitglieder des Vereinsvorstands und an A.A. Sie wiesen die an der Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 geäußerten Vorwürfe in aller Form zurück und forderten, dass die fraglichen Vorwürfe in einer Aussprache zu belegen oder aber in angemessener Weise zurückzuziehen seien. Eine Kopie dieses Schreibens liessen sie Staatsrat B. zukommen. Unter Bezugnahme auf diesen Brief forderte Staatsrat B. mit Schreiben vom 20. Juli 2004 A. auf, zum Vorwurf «Übergriffe auf Betreute» Stellung zu nehmen und die Fragen zu beantworten, welcher Art diese Übergriffe auf Betreute gewesen seien, welche Massnahmen seitens des Vereins ergriffen worden seien und ob, falls es sich um strafrechtlich relevante Vorfälle gehandelt haben sollte, Anzeige erstattet worden sei. In einem von A. namens des Vereinsvorstands unterzeichneten mehrseitigen Papier vom 23. Juli 2004 wurde unter anderem ausgeführt, dass niemand des «Mobbing» beschuldigt werde. An der Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 sei es lediglich um Aussagen in den Hearings gegangen, die auf ein entsprechendes Klima hingewiesen hätten. Auch sei nicht von «Decken» von Betreuungsfehlern, sondern lediglich von «Verschweigen» von solchen Fehlern in der Betreuung die Rede gewesen, was etwas völlig anderes sei. Dieses Papier vom 23. Juli 2004 wurde laut Verteiler allen Mitarbeiterinnen, Vorstandsmitgliedern,

Mitgliedern der Arbeitsgruppe sowie Staatsrat B. zugestellt. Dieser forderte mit Schreiben vom 15. September 2004 A. auf, die drei Fragen betreffend «Übergriffe auf Betreute» gemäss Schreiben vom 20. Juli 2004 innert zehn Tagen zu beantworten. Mit Schreiben vom 21. September 2004 kündigte der Verein «insieme» das Arbeitsverhältnis mit verschiedenen Angestellten der mittleren Hierarchiestufe in Beachtung der Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. Dezember 2004 mit der Begründung, dass deren Funktion im Rahmen der laufenden Restrukturierung des Erwachsenenbereichs aufgehoben sei. Im Schreiben, das von A. und vom Vereinskassier unterzeichnet war, wurden die Betroffenen auf die Möglichkeit hingewiesen, sich in der neuen Organisationsstruktur für eine andere Funktion zu bewerben. Die Betroffenen erhielten in der Folge eine vorformulierte «Absichtserklärung», durch deren Unterzeichnung sie gegenüber dem darauf vermerkten «A., Vorstandspräsident» ihr Interesse an einer Neueinstellung in einer neuen Funktion zu anderen Bedingungen und unter Verpflichtung zur geforderten Loyalität zum Ausdruck bringen konnten. Am 30. September 2004 fand eine Sitzung statt, an welcher A., A.A., mehrere Zentrumsleiter sowie Staatsrat B. teilnahmen. Die Zentrumsleiter stellten den Vorwurf betreffend «Übergriffe auf Betreute» zur Diskussion, welchen der externe Berater A.A. an der Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 zur Sprache gebracht hatte. A.A. erklärte, dass er nicht ausschliessen könne, eine solche Äusserung getan zu haben, doch habe er das nie und nimmer so gemeint. Er zog die Äusserung zurück, falls er sie tatsächlich getan haben sollte. Nach der Einschätzung von B. wurden an dieser Sitzung viele Kritikpunkte bereinigt und erschien danach die Situation nicht mehr ganz so dramatisch. Der noch von der ehemaligen Geschäftsleitung für die Erst-Zertifizierung beauftragte Sozialpädagoge C. führte am 21. und 22. September 2004 ein Überwachungsaudit durch. In seinem gestützt darauf verfassten Auditbericht vom 24. September 2004 setzte er sich auch kritisch mit der Restrukturierung auseinander. Er hielt unter anderem fest, dass der Vereinspräsident Teile der operativen Führung übernommen habe und eine grosse Mehrheit des Personals mit dem Vorgehen des Vereinsvorstands nicht einverstanden sei. Es sei zu befürchten, dass die rigorosen personellen Veränderungen zum Verlust von viel Know-how führten, was die Betreuungsqualität nachhaltig beeinträchtigen könnte. Dieser vertrauliche Bericht gelangte an die Zeitschrift «Rote Anneliese».

In der Zeitschrift «Rote Anneliese» erschienen mehrere längere Kommentare und Berichte über die Entwicklung im Altersheim «Emserberg» einerseits und bei «insieme» andererseits, die alle von X. verfasst worden waren. Auf Seite 1 wird mit dem Text «(A.) wütet weiter», «Klosterfrauen gefeuert» auf diese Beiträge hingewiesen. Ein Kommentar auf Seite 2 trägt die Überschrift «insieme-Chaos: Wer stoppt (A.)?». Der Bericht über die Entwicklung im Altersheim «Emserberg» auf Seite 3 trägt die Überschriften: «Machtkampf im Altersheim Emserberg in Untereims: (A.) schockt die Schwestern. Sofortige Freistellung zum 25-Jahr-Jubiläum. «Massivste Diffamierung»». Auf den Seiten 10 und 11 wird über die Entwicklung bei «insieme» berichtet unter der Überschrift: «insieme-Vorstand zerstört funktionierende Struktur in Behindertenbetreuung, Experte warnt vor (A.) Rosskur!». Zwei Kommentare tragen die Überschriften «(A.)

Methoden 1: Provozieren und zurückkriechen!» sowie «(A.s) Methoden 2: Verdrehen und einschüchtern».

Mit Eingabe vom 8. Februar 2005 reichte A. beim Untersuchungsrichteramt Oberwallis gegen X. Strafklage und Strafantrag wegen Verleumdung (Art. 174 StGB) beziehungsweise übler Nachrede (Art. 173 StGB) ein. Das Bezirksgericht Brig sprach X. mit Urteil vom 30. April 2007 der üblen Nachrede im Sinne von Art. 173 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von zehn Tagessätzen zu Fr. 100.–. Eine von X. dagegen erhobene Berufung wies das Kantonsgericht des Kantons Wallis am 28. März 2008 ab (...).

Aus den Erwägungen

Wer jemanden bei einem anderen eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt, wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung weiterverbreitet, wird, auf Antrag, wegen übler Nachrede mit Geldstrafe bis 180 Tagessätze bestraft (Art. 173 Ziff. 1 StGB). Beweist der Beschuldigte, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten, so ist er nicht strafbar (Art. 173 Ziff. 2 StGB). Der Beschuldigte wird zum Beweis nicht zugelassen und ist strafbar für Äusserungen, die ohne Wahrung öffentlicher Interessen oder sonst wie ohne begründete Veranlassung vorwiegend in der Absicht vorgebracht oder verbreitet werden, jemandem Übles vorzuwerfen, insbesondere, wenn sich die Äusserungen auf das Privat- oder Familienleben beziehen (Art. 173 Ziff. 3 StGB).

1.

1.1 Die Ehrverletzungstatbestände gemäss Art. 173 ff. StGB schützen nach ständiger Rechtsprechung den Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein, d.h., sich so zu benehmen, wie nach allgemeiner Anschauung ein charakterlich anständiger Mensch sich zu verhalten pflegt. Äusserungen, die sich lediglich eigenen, jemanden in anderer Hinsicht, zum Beispiel als Geschäfts- oder Berufsmann, als Politiker oder Künstler in der gesellschaftlichen Geltung herabzusetzen, sind nicht ehrverletzend im Sinne von Art. 173 ff. StGB. Voraussetzung ist aber, dass die Kritik an den strafrechtlich nicht geschützten Seiten des Ansehens nicht zugleich die Geltung der Person als ehrbarer Mensch trifft (BGE 119 IV 44 E. 2a S. 46; 117 IV 27 E. 2c S. 28, je mit Hinweisen; Urteil 6S.147/ 2002 vom 21. August 2002 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 128 IV 260, aber in: Pra 2003 Nr. 59).

1.2 Welcher Sinn einer Äusserung zukommt, ist eine Rechtsfrage. Bei Äusserungen in Presseerzeugnissen ist auf den Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers mit durchschnittlichem Wissen und gesunder Urteilskraft abzustellen. Dabei ist die Äusserung in dem für den Leser erkennbaren Gesamtzusammenhang zu würdigen (BGE 131 IV 160 E. 3.3. S. 164; 117 IV 27 E. 2c S. 28, je mit Hinweisen). Gegenstand eines Strafverfahrens wegen übler Nachrede sind Tatsachenbehauptungen, nicht ein Gesamtbild, welches durch mehrere Tatsachenbehauptungen gezeichnet wird. Ein solches Gesamtbild kann aber für die Auslegung der einzelnen Äusserungen im

Gesamtzusammenhang von Bedeutung sein (BGE 124 IV 162 E. 3b S. 167 zu Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. a UWG betreffend unrichtige, irreführende oder unnötig verletzend Äusserungen).

1.3 Den Tatbestand der üblen Nachrede im Sinne von Art. 173 StGB erfüllen ehrverletzende Tatsachenbehauptungen über den Verletzten gegenüber Dritten. Ob die Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist, betrifft nicht die Tatbestandsmässigkeit, sondern die Strafbarkeit (siehe Art. 173 Ziff. 2 StGB). Wissentlich unwahre ehrverletzende Tatsachenbehauptungen über den Verletzten gegenüber Dritten erfüllen nicht den Tatbestand der üblen Nachrede (Art. 173 StGB), sondern den Tatbestand der Verleumdung im Sinne von Art. 174 StGB.

Der Wahrheitsbeweis ist erbracht, wenn die Tatsachenbehauptung, soweit sie ehrverletzend ist, in ihren wesentlichen Zügen der Wahrheit entspricht. Verhältnismässig unbedeutende Übertreibungen und Ungenauigkeiten sind unerheblich (BGE 71 IV 187 E. 2 S. 188). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz ist eine Tatsachenbehauptung in der Presse nur unwahr und persönlichkeitsverletzend, wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und die betroffene Person dergestalt in einem falschen Licht zeigt beziehungsweise ein spürbar verfälschtes Bild von ihr zeichnet, das sie im Ansehen der Mitmenschen – verglichen mit dem tatsächlich gegebenen Sachverhalt – empfindlich herabsetzt (BGE 126 III 305 E. 4b/aa S. 307/308 mit Hinweisen; ebenso, zum unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 3 lit. a UWG, BGE 123 III 354 E. 2a S. 363 mit Hinweisen). Entsprechendes muss konsequenterweise auch für den strafrechtlichen Ehrenschutz gelten. Wird durch die Tatsachenbehauptung, soweit sie unwahr ist, die Ehre des Betroffenen nicht zusätzlich verletzt, so ist die Unwahrheit rechtlich unerheblich. Denn die Tatsachenbehauptung muss nur als wahr bewiesen sein, soweit sie überhaupt ehrverletzend ist.

1.4 Von den Tatsachenbehauptungen unterscheiden sich die reinen Werturteile. Ehrverletzende Werturteile über den Verletzten erfüllen, auch soweit sie an Dritte gerichtet sind, lediglich den Tatbestand der Beschimpfung im Sinne von Art. 177 StGB. Reine Werturteile können nicht wahr oder unwahr sein, und ein Wahrheitsbeweis ist daher nicht möglich. Soweit Werturteile einen erkennbaren Bezug auf Tatsachenbehauptungen nehmen, ist der Wahrheitsbeweis möglich. Wird die Tatsachenbehauptung, auf welche sich das Werturteil erkennbar bezieht, als wahr bewiesen, so fällt auch eine Verurteilung wegen Beschimpfung (Art. 177 StGB) ausser Betracht, wenn die als wahr erwiesene Tatsache zum Werturteil Anlass geben kann, ihre Bewertung sich also im Rahmen des Vertretbaren hält (BGE 77 IV 94 E. 4 S. 99; 74 IV 98 E. 2 S. 101).

2.

2.1 Nach der Auffassung der Vorinstanz lässt der Beschwerdeführer in der Berichterstattung über das Altersheim «Emserberg» die Leser wissen, der Beschwerdegegner habe seine Doppelfunktion als Stiftungsrat und operativer Leiter, d.h. die fehlende Trennung zwischen strategischer und operativer Führung, sowie das hohe Alter seines Onkels und Stiftungsratspräsidenten ausgenutzt und mit haarsträubenden Begründungen zwei Klosterfrauen und eine Reinigungsfrau gefeuert, von heute

auf morgen vor die Tür des Altersheims gestellt bzw. freigestellt, zwar bei Bezahlung des Lohnes bis Ablauf der Kündigungsfrist, aber ohne Rücksicht auf die langjährigen Verdienste der Schwestern und auf deren 25-Jahr-Jubiläum. Er habe die Reinigungsfrau im Schockzustand einen Aufhebungsvertrag unterschreiben lassen, sodass sich diese in ärztliche Behandlung habe begeben müssen. Er habe dies angeblich wegen mangelnder Loyalität zur neuen Heimleitung getan, in Wahrheit aber bloss deshalb, weil die beiden Schwestern und die Reinigungskraft mit der Schwester Oberin, der früheren Heimleiterin, über die Arbeit im Heim – teilweise kritisch – gesprochen hätten. Der Beschwerdeführer vermittele in der Berichterstattung den Eindruck, dass der Beschwerdegegner seine Machtstellung dazu missbraucht habe, ihm missliebigen Personen ohne jeden sachlichen Grund zu kündigen. Dieses Verhalten des Beschwerdegegners, der seine soziale Ader entdeckt habe, werde als unchristlich bezeichnet. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, eine solche Darstellung, insbesondere die Behauptung, der Beschwerdegegner habe in Missbrauch seiner Machtfülle wegen mangelnder persönlicher Kritikfähigkeit, ohne sachlichen Grund, ohne Rücksicht auf die Verdienste der teils langjährigen Mitarbeiterinnen und ohne Vorwarnung Kündigungen ausgesprochen und eine Mitarbeiterin eigentlich überrumpelt, betreffe jedenfalls auch den menschlich-sittlichen Bereich des Angegriffenen, wenn ihm wie vorliegend leere Worte (soziale Ader) und ein unchristliches Verhalten vorgehalten werden. Bei einer Gesamtwürdigung müsse die Berichterstattung des Beschwerdeführers über die Vorkommnisse im Altersheim «Emserberg» als für den Beschwerdegegner ehrverletzend beurteilt werden (angefochtenes Urteil S. 16 f.).

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, diese vorinstanzliche Zusammenfassung, Wertung und Interpretation des Zeitungsartikels über die gefeuerten Klosterfrauen sei in dieser Form weder in der Strafklage enthalten noch von der ersten Instanz thematisiert worden. Es seien neue Vorwürfe, zu denen er nicht habe Stellung nehmen können und welche im Vergleich zu dem zu beurteilenden Text faktenwidrige Unterstellungen enthielten und unbegründet seien. Hinsichtlich der angeblich ehrverletzenden Personifizierung auf den Beschwerdegegner sei festzuhalten, dass dieser als operativer und strategischer Leiter des Altersheims die Hauptverantwortung getragen und die Freistellungen rechtsgültig unterschrieben habe. Es sei als wahr erwiesen, dass die Klosterfrauen und die Reinigungsfrau freigestellt worden seien. Eine Freistellung sei ohnehin keine Handlung mit ehrverletzendem Charakter, weshalb es unerheblich sei, ob die Freistellung dem dafür hauptsächlich verantwortlichen Beschwerdegegner oder dem gesamten Stiftungsrat zugeschrieben werde. Der Beschwerdeführer beanstandet im Weiteren, dass sich die Vorinstanz überhaupt nicht mit der Tatsache auseinandergesetzt habe, dass der Beschwerdegegner damals ein führender Kopf einer politischen Partei im Oberwallis und somit eine Person von öffentlichem Interesse gewesen sei. Wenige Monate vor der Entlassung der Klosterfrauen habe er als Spitzenkandidat dieser Partei für die Nationalratswahlen vom Herbst 2003 mit dem Slogan «christlich, sozial, tolerant und weltoffen» für sich geworben. Durch die Hinweise auf die «soziale Ader» und das «unchristliche Verhalten» im Zeitungsartikel sei daher entgegen der Auffassung der Vorins-

tanz nicht der moralisch-sittliche Bereich tangiert, sondern der Beschwerdegegner als Politiker kritisiert worden. Wer unter einem solchen Banner als Politiker publik herumlaufe, müsse sich wohl ein paar kritische Fragen dazu gefallen lassen.

2.3 Der Beschwerdegegner macht in seiner Vernehmlassung geltend, entgegen den wahrheitswidrigen Äusserungen in der Berichterstattung des Beschwerdeführers seien die beiden Klosterfrauen nicht «gefeuert» worden, was nach dem Verständnis des unbefangenen Durchschnittslesers eine fristlose Kündigung bedeute. Vielmehr sei den beiden Klosterfrauen unter Wahrung der gesetzlichen Frist ordentlich gekündigt worden. Diese Kündigung sei entgegen den wahrheitswidrigen Äusserungen des Beschwerdeführers nicht durch den Beschwerdegegner, sondern einstimmig durch den gesamten Stiftungsrat erfolgt. Im Weiteren hinterlasse die Berichterstattung des Beschwerdeführers beim Durchschnittsleser den Eindruck, dass der Beschwerdegegner seine Machtstellung missbraucht habe, um ihm nicht genehme Personen ohne plausiblen Grund zu kündigen. Der Vorwurf des Missbrauchs der Machtfülle sei zweifelsohne wahrheitswidrig. Die Berichterstattung über die Vorkommnisse im Altersheim «Emserberg» müsse bei der gebotenen Gesamtwürdigung als für den Beschwerdegegner ehrverletzend beurteilt werden.

2.4 In der Berichterstattung über das Altersheim «Emserberg» ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht davon die Rede, dass der Beschwerdegegner «seine Doppelfunktion ... ausgenutzt» habe; dass seine eigenen Angaben, seine soziale Ader sei spät zum Beruf geworden, «leere Worte» seien; dass er «seine Machtstellung dazu missbraucht hat, ihm missliebigen Personen ohne jeglichen sachlichen Grund zu kündigen», und zwar «in Missbrauch seiner Machtfülle wegen mangelnder persönlicher Kritikfähigkeit». Der unbefangene Durchschnittsleser interpretiert die Äusserungen, die im Zeitungsartikel tatsächlich enthalten sind, nicht in diesem Sinne. Zwar mag der eine oder andere Leser bei der Lektüre des Artikels Gedanken im Sinne der vorinstanzlichen Ausführungen hegen. Dem Urheber einer Äusserung dürfen indessen nicht jedwelche Gedanken des Lesers, welche durch die Äusserungen allenfalls provoziert werden, als Inhalt der Äusserung strafrechtlich zugerechnet werden. Die Vorinstanz dichtet aufgrund einer überdehnten Interpretation des Textes dem Beschwerdeführer Äusserungen an, welche dieser tatsächlich und nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers gar nicht getan hat und welche denn auch in der Strafklage des Beschwerdegegners überhaupt nicht eingeklagt worden sind. Damit verletzt sie Bundesrecht.

2.5 Selbst soweit aber verschiedene Interpretationen eines Textes möglich sind, darf, gerade auch unter der gebotenen Berücksichtigung der Medienfreiheit, nicht leichthin angenommen werden, dass der Verfasser, welcher in einem Text etwas nicht ausdrücklich geäußert hat, die Möglichkeit in Kauf genommen habe, der Leser werde dem Text eine entsprechende Äusserung auf dem Wege der Interpretation entnehmen (Urteil 6S.234/1996 vom 10. Juni 1996 E. 2d/bb, in: Pra 1996 Nr. 242 S.947; Urteil 6S.191/1992 vom 4. November 1992 E. 2, zitiert bei Martin Schubarth, Grundfragen des Medienstraf-

rechts im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZStrR 113/1995 S. 141 ff., S. 155/156). Sodann kann es entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nicht darum gehen, ob «die Berichterstattung» «bei einer Gesamtwürdigung» als für den Beschwerdegegner ehrverletzend beurteilt werden muss. Gegenstand des Strafverfahrens wegen übler Nachrede sind einzelne Tatsachenbehauptungen, die in der Strafklage zu bezeichnen sind, nicht ein «Eindruck», welchen «die Berichterstattung» bei einer «Gesamtwürdigung» bei diesem oder jenem Leser hinterlässt.

2.6 Die Gegenstand des Verfahrens bildenden Tatsachenbehauptungen in der Berichterstattung über das Altersheim «Emserberg» betreffend die Entlassungen (Kündigungen und Freistellungen) zweier Klosterfrauen und einer Raumpflegerin sowie betreffend die Gründe hierfür und die Umstände, unter welchen sie angeordnet und ausgesprochen wurden, sind nicht ehrverletzend, da sie lediglich das Ansehen des Beschwerdegegners als Berufsmann berühren und keine Reflexwirkung auf dessen Ruf als ehrbarer Mensch haben. Daher sind beispielsweise die folgenden Äusserungen im Zeitungsartikel nicht ehrverletzend: «Und im Altersheim in Unterems hat er von heute auf morgen zwei Klosterfrauen und eine Reinigungsfrau auf die Strasse gestellt»; «Wer sich seinen Rosskuren nicht unterwirft, wird kaltgestellt oder geschasst»; «(A.) schockt die Schwestern, sofortige Freistellung zum 25-Jahr-Jubiläum»; «... von heute auf morgen vor die Türe des Altersheims, welches sie 25 Jahre lang aufgebaut und geleitet hatten», gesetzt; «von heute auf morgen gefeuert»; «... so dass er der guten Frau (gemeint der Reinigungsfrau) den Aufhebungsvertrag unter die Nase hielt, welche diesen quasi im Schock-Zustand unterschrieben hat. Als Folge der Schock-Kündigung musste die Reinigungsfrau in ärztliche Behandlung und leidet unter Schlafstörungen, innerer Unruhe und Zittrigkeit... Zudem musste sie den schweren Gang aufs Arbeitslosenamt antreten». Diese Äusserungen sind zwar teilweise pointiert und reisserisch formuliert («kaltgestellt», «geschasst», «gefeuert», «Schock-Kündigung»), sie betreffen aber gleichwohl, was entscheidend ist, allein das berufliche Ansehen des Beschwerdegegners und sind daher nicht ehrverletzend.

2.7 Die Äusserungen betreffend die Gründe für die Entlassungen («... mit haarsträubenden Begründungen...»; «... angeblich aus mangelnder Loyalität zur neuen Heimleitung...») erfüllen den Tatbestand der üblen Nachrede schon deshalb nicht, weil sie keine Tatsachenbehauptungen, sondern Werturteile sind, mit welchen der Beschwerdeführer für den unbefangenen Durchschnittsleser erkennbar seine subjektive Einschätzung zum Ausdruck bringt, dass die Entlassungen nicht gerechtfertigt gewesen seien. Auch die Äusserung im Zeitungsartikel betreffend «unchristliches Verhalten» des Beschwerdegegners, die übrigens in der Strafklage weder beanstandet noch überhaupt erwähnt wurde, ist keine Tatsachenbehauptung, sondern ein Werturteil. Die Äusserung – «Sie prangerte (A.s) unchristliches Verhalten ... an» – nimmt für den unbefangenen Durchschnittsleser erkennbar Bezug auf ein Schreiben der Oberin der Schwesterngemeinschaft an die Stiftungsräte, worin die Oberin die Entlassung der Raumpflegerin, welche offenbar Kritik an der neuen Heimleitung geübt hatte, «als mas-

sivste Diffamierung von uns vier Schwestern und von Frau X.» bezeichnet und rhetorisch gefragt hatte, ob es «in diesem Haus noch Meinungsfreiheit» gebe. Das Werturteil betreffend «unchristliches Verhalten» des Beschwerdegegners ist in diesem Kontext im Übrigen vertretbar und wäre daher auch nicht als Beschimpfung (Art. 177 StGB) strafbar, wenn eine solche überhaupt eingeklagt wäre. Entgegen den weiteren Ausführungen der Vorinstanz im Rahmen der «Gesamtwürdigung» werden sodann dem Beschwerdegegner im Zeitungsartikel nirgendwo «leere Worte» vorgehalten. Gemäss dem Zeitungsartikel wollte «(A.), dessen «soziale Ader» laut eigenen Angaben erst «spät zum Beruf wurde», ... keinesfalls dulden, dass sich die Reinigungsfrau gelegentlich mit der Schwester Oberin über das Altersheim unterhalten hat und dabei auch kritische Töne anschlug», weshalb er ihr schliesslich den Aufhebungsvertrag unter die Nase gehalten habe. Der Hinweis auf die «soziale Ader», welche der Beschwerdegegner gemäss seinen eigenen Angaben erst spät zum Beruf machte, ist zwar im Gesamtzusammenhang erkennbar ironisch, doch hat der Beschwerdeführer damit nicht geäussert, dass dies «leere Worte» des Beschwerdegegners seien, wenn dieser eine Reinigungsfrau wegen Kritik an der Heimleitung entlasse, ganz abgesehen davon, dass eine solche Äusserung lediglich das Ansehen des Beschwerdegegners als Berufsmann und allenfalls als Politiker beträfe.

2.8 Selbst wenn man aber die Äusserungen des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegner habe die Klosterfrauen und die Reinigungsfrau von heute auf morgen vor die Tür gestellt beziehungsweise gefeuert etc., zufolge einer Reflexwirkung auf den menschlich-sittlichen Bereich als ehrverletzend qualifizieren wollte, wäre der Beschwerdeführer hierfür aus nachstehenden Gründen nicht strafbar.

2.8.1 Zwar kann die Äusserung, die Klosterfrauen seien von heute auf morgen «gefeuert» worden, für sich allein betrachtet nach einer insoweit zutreffenden Bemerkung des Beschwerdegegners vom Durchschnittsleser als eine fristlose Kündigung verstanden werden. Im Zeitungsartikel wird indessen unmissverständlich geäussert, dass die Schwestern per sofort von der Arbeitsleistung «freigestellt» worden seien, sie aber «den Lohn bis zur Kündigungsfrist» ausbezahlt erhalten hätten. Gemäss den weiteren Äusserungen im Zeitungsartikel wurde auch der Reinigungsfrau, die ebenfalls «von heute auf morgen freigestellt» worden sei, «für die Kündigungsfrist ... eine einmalige Lohnabfindung zugesprochen, welche ihr bar in die Hand gedrückt» worden sei. Im Zeitungsartikel wird eine Erklärung des Beschwerdegegners und des Heimleiters zitiert, wonach die drei Frauen bei Beginn der Kündigungsfrist «lediglich von der Arbeitsleistung freigestellt» worden seien. Die Vorinstanz wirft denn auch dem Beschwerdeführer zu Recht nicht vor, er habe im Zeitungsartikel wahrheitswidrig geäussert, dass den Klosterfrauen und der Reinigungsfrau fristlos gekündigt worden sei.

2.8.2 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz wurden diese Kündigungen nicht vom Beschwerdegegner im Alleingang, sondern vom Gesamstiftungsrat beschlossen. Sie seien für die Schwestern nicht überraschend, sondern nach vorgängigen Gesprächen unter anderem mit dem Gesamstiftungsrat erfolgt. Grund für die Kündigungen seien die offenbar unüberwindbaren Schwierigkeiten zwischen den Schwestern und der neuen Leitung und gerade nicht die Person des Beschwerdegeg-

ners gewesen. Es habe insoweit ein sachlicher Grund für die Trennung bestanden. Die vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang aufgestellten ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen seien demnach unwahr. Ebenso liege der Kündigung der Reinigungsfrau ein Entscheid des Stiftungsrates zugrunde. Der Aufhebungsvertrag sei ihr alsdann nicht vom Beschwerdegegner, sondern vom Heimleiter und seiner Stellvertreterin vorgelegt worden. Die für den Beschwerdegegner ehrverletzende Darstellung des Beschwerdeführers dazu sei demnach ebenfalls wahrheitswidrig. Folglich sei dem Beschwerdeführer der Wahrheitsbeweis misslungen, womit dem an den Beschwerdegegner gerichteten Vorwurf des unchristlichen Verhaltens jede Grundlage entzogen sei. Der Beschwerdeführer habe zudem gemäss seinen eigenen Aussagen gewusst, dass nicht der Beschwerdegegner, sondern der Stiftungsrat die Kündigungen ausgesprochen hatte. Seine Darstellung im Zeitungsartikel, der Beschwerdegegner habe allein gehandelt, sei somit sogar bewusst falsch gewesen. Der Beschwerdeführer könne sich nicht damit entschuldigen, der Beschwerdegegner habe hierfür die Haupt- oder Mitverantwortung getragen. Denn dies gehe so aus seinem Bericht, in dem er den Beschwerdegegner als allein Verantwortlichen hinstelle, nicht hervor. Mithin sei der Beschwerdeführer in diesem Punkt, da der Wahrheitsbeweis misslungen sei, der üblen Nachrede schuldig zu sprechen. Den Gutgläubensbeweis habe der Beschwerdeführer nicht angetreten, und dieser Beweis würde im Übrigen an der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers scheitern, wonach er gewusst habe, dass die Kündigungen vom Stiftungsrat beschlossen worden seien (angefochtenes Urteil S. 18 f.).

Soweit die Vorinstanz mit diesen Ausführungen zum Ausdruck bringen will, der Beschwerdeführer habe wahrheitswidrig behauptet, die Kündigungen seien für die Schwestern überraschend erfolgt, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer hat solches nicht geäussert. Aus dem Zeitungsartikel wird im Gegenteil für den Durchschnittsleser ersichtlich, dass mit diesen Kündigungen ein «Machtkampf» eskalierte und ein «Zwist ... den bisherigen Höhepunkt» erreichte, woraus sich ergibt, dass ein Konflikt schon seit einiger Zeit bestand.

Unerheblich ist, dass nach der Auffassung der Vorinstanz für die Kündigungen «ein sachlicher Grund» bestand, welcher in den «offenbar unüberwindbaren Schwierigkeiten zwischen den Schwestern und der neuen Heimleitung» lag, und dass somit die Freistellungen entgegen der Äusserung des Beschwerdeführers nicht «mit haarsträubenden Begründungen» erfolgten. Ob die Gründe «sachlich» oder aber «haarsträubend» waren, ist eine Frage der Bewertung der tatsächlichen Gründe für die Entlassungen und damit ein Werturteil. Dieses kann aber als solches nicht wahr oder unwahr sein (siehe E. 1.4 hier- vor).

2.8.3 Die Äusserungen des Beschwerdeführers betreffend die Kündigungen sind nach der Auffassung der Vorinstanz vor allem deshalb unwahr, weil die Kündigungen nicht vom Beschwerdegegner im Alleingang, sondern vom Gesamstiftungsrat gemeinsam beschlossen wurden.

Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdegegner war Mitglied des Stiftungsrates. Er war zudem der operative Leiter und die treibende Kraft, was für den unbefangenen Durchschnittsleser aus dem Zeitungsartikel er-

sichtlich wird. Der Beschwerdegegner war damit für die Entlassungen zwar nicht allein verantwortlich, aber in einer herausragenden Stellung mitverantwortlich. Durch die Äusserung, dass der Beschwerdegegner die Klosterfrauen und die Reinigungsfrau von heute auf morgen freigestellt habe, wurde der Beschwerdegegner nicht in ein falsches Licht gerückt, in dem sein Ansehen im menschlich-sittlichen Bereich – gemessen am wahren Sachverhalt, wonach die Freistellungen einstimmig vom Gesamstiftungsrat beschlossen worden waren – zusätzlich herabgesetzt erschien. Durch das Verschweigen der Tatsache, dass die Entlassungen auf einem einstimmigen Beschluss des Stiftungsrates beruhten, wurde der Beschwerdegegner nicht zusätzlich in seinem Ruf als ehrbarer Mensch verletzt (siehe E. 1.3 hiervor). Die fraglichen Äusserungen sind somit, soweit sie überhaupt ehrverletzend sind, in ihren wesentlichen Zügen wahr. Unerheblich ist schliesslich, dass der seitens der Arbeitgeberin vom Heimleiter in Vertretung des Beschwerdegegners unterschriebene Aufhebungsvertrag der Reinigungsfrau entgegen einer Äusserung des Beschwerdeführers nicht vom Beschwerdegegner persönlich, sondern vom Heimleiter und dessen Stellvertreterin zur Unterzeichnung vorgelegt wurde. Diese unwahre Tatsachenbehauptung, die eine untergeordnete Nebensächlichlichkeit betrifft, lässt den Beschwerdegegner verglichen mit dem wahren Sachverhalt nicht in einem ungünstigeren Licht erscheinen.

3.

3.1 Nach der Auffassung der Vorinstanz sind die Äusserungen des Beschwerdeführers in der Berichterstattung über «insieme» grösstenteils nicht ehrverletzend, da sie lediglich das Ansehen des Beschwerdegegners als Berufsmann betreffen. Hingegen erachtet die Vorinstanz die Äusserungen betreffend «Verdrehen» und «Einschüchtern» zur Erreichung des angestrebten Ziels der Neustrukturierung der Behindertenbetreuung als ehrverletzend. Insoweit sei aber der Wahrheitsbeweis erbracht. Zwar sei es heikel, dass im Kommentar allein die Person des Beschwerdegegners genannt werde. Diese Personifizierung gehe aber gerade noch durch, weil im Hauptteil der Berichterstattung unmissverständlich dargetan werde, dass die Neuorganisation in dieser Form vom Vorstand des Vereins getragen werde.

3.2 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer bezüglich der Berichterstattung über «insieme» einzig wegen der darin enthaltenen Äusserungen betreffend «Übergriffe auf Betreute» der üblen Nachrede schuldig gesprochen.

Im Kommentar mit dem Titel «Provozieren und zurückkrebse!» wird ausgeführt, dass das «(A.)-Duo», d.h. der Beschwerdegegner und der mit diesem nicht verwandte externe Berater A.A., an der Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 «die langjährigen insieme-MitarbeiterInnen mit Vorwürfen und Anschuldigungen der grössten Art, namentlich Mobbing, Filz, Machtmissbrauch und Decken von Betreuungsfehlern wie Übergriffen auf Betreute» provozierten. In der Folge hätten zehn Kadermitglieder und eine grosse Mehrheit der Belegschaft A. in mehreren Briefen aufgefordert, die Vorwürfe zu belegen oder auf angemessene Weise zurückzuziehen. «Die Schreiben gingen ebenfalls an Staatsrat (B.), welcher (A.) umgehend aufforderte, vor allem zum Vorwurf des Übergriffs Stel-

lung zu nehmen. (B.) stellte ob der strafrechtlich relevanten Vorwürfe die Frage, ob bereits Anzeige erstattet worden sei.» Die Frage betreffend die Übergriffe und eine allfällige Strafanzeige beantwortete der Beschwerdegegner in der Folge nicht. «Zwei Monate später im September schrieb (B.) an (A.), ein solches Verhalten könne er nicht akzeptieren». Darauf kam eine Aussprache zu Stande, an der auch das insieme-Kader anwesend war und wo (A.) den Vorwurf des Übergriffs mündlich zurückzog, wie die Zentrumsleiter bestätigen. Auf jeden Fall haben die Zentrumsleiter bis heute keine Kenntnis von einer strafrechtlichen Untersuchung. Anwalt (A.) hatte sich weit aus dem Fenster gelehnt und war unsanft auf die Nase gefallen.»

Die Vorinstanz interpretiert diese Äusserungen dahingehend, dass damit behauptet werde, der Beschwerdegegner habe an der Informationsveranstaltung vom 23. Juni 2004 Mitarbeiter «wissentlich und willentlich zu Unrecht» beziehungsweise «wider besseres Wissen» strafbarer Handlungen, nämlich strafrechtlich relevanter Übergriffe auf Betreute, bezichtigt. Diese Äusserung des Beschwerdeführers sei ehrverletzend, und insoweit sei der Wahrheitsbeweis nicht erbracht worden.

3.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe dem Beschwerdegegner entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht «unterstellt, er habe Mitarbeiter, um an sein Ziel zu kommen, wissentlich und willentlich zu Unrecht einer strafbaren Handlung bezichtigt». Vielmehr habe er wahrheitsgetreu berichtet, was die Kaderleute an der Informationsveranstaltung vom Juni 2004 gehört und wogegen sie schriftlich protestiert hätten und was in der Folge bis zum Rückzug des Vorwurfs betreffend «Übergriffe auf Betreute» geschehen sei. Auch die Äusserung, dass die provokativen Vorhaltungen vom «A.-Duo» vorgetragen worden seien, sei entgegen der Meinung der Vorinstanz wahr. Wohl seien die Vorwürfe an der Veranstaltung vom Juni 2004 allein vom externen Berater A.A. verbal vorgetragen worden. Dies sei aber offensichtlich im Einvernehmen und mit Billigung des Beschwerdegegners geschehen, der als «insieme»-Präsident und vorübergehend auch operativer Leiter an der Veranstaltung anwesend gewesen sei und nicht interveniert habe. Dies ergebe sich auch daraus, dass der Beschwerdegegner die beiden schriftlichen Anfragen von Staatsrat B. betreffend die angeblichen «Übergriffe auf Betreute» nicht beantwortet habe, was er aber nach Treu und Glauben hätte tun müssen, wenn er heute geltend mache, er habe diesen Vorwurf weder erhoben noch mitgetragen.

Der Beschwerdegegner führt in seiner Vernehmlassung aus, der vom Beschwerdeführer gegen ihn erhobene Vorwurf, er habe die Mitarbeitenden wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung, nämlich des Übergriffs auf Betreute, bezichtigt, müsse aktenkundigerweise als wahrheitswidrig eingestuft werden. An der fraglichen Sitzung habe allein der beigezogene externe Berater A.A. die Resultate der Befragungen zusammengefasst und in diesem Zusammenhang die fraglichen Begriffe thematisiert.

3.4

3.4.1 Im Zeitungsartikel wird entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht geäussert, der Beschwerdegegner habe im Juni 2004 Mitarbeiter «wissentlich und willentlich zu Unrecht» beziehungsweise «wider besseres Wissen» strafbarer Übergriffe

auf Betreute bezichtigt. Im Zeitungsartikel wird lediglich geäußert, dass das A.-Duo im Juni 2004 unter anderem den Vorwurf der Übergriffe auf Betreute erhob und dass der Beschwerdegegner diesen Vorwurf im September 2004 zurückzog. Aus dem Rückzug des Vorwurfs ergibt sich nach dem Verständnis des unbefangenen Durchschnittslesers nicht, dass der Vorwurf seinerzeit «wissentlich und willentlich zu Unrecht» beziehungsweise «wider besseres Wissen» erhoben worden war. Es bleibt die Möglichkeit, dass der Beschwerdegegner im Juni 2004 aufgrund der Erkenntnisse aus den Hearings in guten Treuen davon ausging, dass Übergriffe auf Betreute stattgefunden hatten, und dass sich dieser Vorwurf erst im Lauf der Zeit als unbegründet oder als unbeweisbar erwies. Mit dem Hinweis auf den Rückzieher im September 2004 hat der Beschwerdeführer somit keineswegs, wie die Vorinstanz meint, geäußert, dass der Vorwurf des strafbaren Übergriffs auf Betreute im Juni 2004 «wissentlich und willentlich zu Unrecht» beziehungsweise «wider besseres Wissen» erhoben worden sei. An der Informationsveranstaltung vom Juni 2004 wurde unter anderem der Vorwurf des Übergriffs auf Betreute erhoben, und dieser Vorwurf wurde im September 2004 zurückgezogen. Insoweit ist die Berichterstattung des Beschwerdeführers wahr, soweit sie überhaupt ehrverletzend ist.

3.4.2 Nach der Auffassung der Vorinstanz ist der Wahrheitsbeweis nicht erbracht, weil entgegen der Berichterstattung des Beschwerdeführers nicht das «A.-Duo», d.h. der Beschwerdegegner und der mit ihm nicht verwandte externe Berater A.A., sondern allein A.A. unter Hinweis auf die Ergebnisse der Hearings die Übergriffe thematisiert habe.

Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Es war die Aufgabe des externen Beraters A.A., an der Informationsveranstaltung vom Juni 2004 die Ergebnisse der Hearings zu präsentieren. Der Beschwerdegegner, der die Umstrukturierungen vorantrieb, war an dieser Veranstaltung als Präsident des Vereinsvorstands anwesend. Er distanzierte sich an der Veranstaltung in keiner Weise von den Äusserungen von A.A., noch machte er irgendwelche Vorbehalte. Auf die beiden schriftlichen Anfragen von Staatsrat B. betreffend Übergriffe auf Betreute und allfällige Strafanzeigen antwortete der Beschwerdegegner nicht. Er machte somit auch nicht etwa geltend, dass er der falsche Adressat dieser Anfragen und Aufforderungen zu Klarstellungen sei, weil der Vorwurf des Übergriffs auf Betreute nicht von ihm, sondern vom externen Berater A.A. thematisiert worden sei. Unter diesen Umständen, die auch in der Berichterstattung dargestellt werden, konnte nicht zweifelhaft sein, dass der Vorwurf des Übergriffs auf Betreute an der Informationsveranstaltung vom Juni 2004 vom Redner A.A. im Einvernehmen mit dem ebenfalls anwesenden Beschwerdegegner thematisiert worden war. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass in der Berichterstattung vom «A.-Duo» die Rede ist.

4.

Zusammenfassend ergibt sich somit Folgendes. Der Schuldspruch wegen übler Nachrede stützt sich teilweise auf eine überdehnende Interpretation der in der Berichterstattung enthaltenen Aussagen und somit auf Äusserungen, welche der Beschwerdeführer nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers gar nicht getan hat. Die Tatsachenbehauptungen, die zum Schuldspruch wegen übler Nachrede führten,

sind nicht ehrverletzend, da sie entgegen der Auffassung der Vorinstanz lediglich das Ansehen des Beschwerdegegners als Berufsmann berühren. Selbst soweit sie infolge einer gewissen Reflexwirkung auf den Ruf des Beschwerdegegners als ehrbarer Mensch ehrverletzend sein sollten, ist der Beschwerdeführer nicht strafbar, da die Tatsachenbehauptungen in ihren wesentlichen Zügen als wahr bewiesen sind. Es ist insoweit entgegen der Meinung der Vorinstanz unerheblich, dass einerseits die Entlassungen nicht vom Beschwerdegegner im Alleingang angeordnet, sondern vom Stiftungsrat, welchem der Beschwerdegegner angehörte, beschlossen worden waren, und dass andererseits der Vorwurf betreffend Übergriffe auf Betreute an der Informationsveranstaltung allein vom externen Berater verbal vorgetragen worden war.

Der Beschwerdeführer hat sich daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) strafbar gemacht. Seine Beschwerde ist somit gutzuheissen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis, Strafgericht I, vom 28. März 2008 aufzuheben.

Anmerkungen 1. Es ist vorzuschicken, dass der Entscheid in Erw. I eine sehr gute zusammenfassende Darstellung dessen enthält, was im strafrechtlichen Ehrenschutz gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, unter besonderer Ausleuchtung gewisser «Grauzonen», die namentlich auch für den Medienbereich von Bedeutung sind (Hinweis, dass eine Kritik als Berufsmann oder Politiker strafrechtlich nicht geschützte Seiten des Ansehens tangiert, im Einzelfall aber zugleich auch die strafrechtlich geschützte Geltung der Person als ehrbarer Mensch treffen kann. Abstellen auf den Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers mit durchschnittlichem Wissen und gesunder Urteilskraft. Würdigung einer Äusserung in dem für den Leser erkennbaren Gesamtzusammenhang. Abstellen auf Tatsachenbehauptungen und nicht auf ein Gesamtbild, welches durch mehrere Tatsachenbehauptungen gezeichnet wird, wobei ein solches Gesamtbild allerdings für die Auslegung der einzelnen Äusserungen im Gesamtzusammenhang von Bedeutung sein kann. Erfolgreicher Wahrheitsbeweis, wenn die ehrenrührige Tatsachenbehauptung in ihren wesentlichen Zügen der Wahrheit entspricht. Unerheblichkeit verhältnismässig unbedeutender Übertreibungen und Ungenauigkeiten. Irrelevanz einer Unwahrheit, welche die Ehre des Betroffenen nicht zusätzlich verletzt. Unzugänglichkeit ehrverletzender reiner Werturteile zum Wahrheitsbeweis. Keine Bestrafung wegen Beschimpfung, wenn sich ein ehrenrühriges Werturteil erkennbar auf eine als wahr erwiesene Tatsachenbehauptung bezieht und durch sie veranlasst wurde, sofern sich die Bewertung im Rahmen des Vertretbaren hält).

2. Interessant ist auch der Beizug der zum Fall passenden Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (namentlich BGE 126 III 307 f.), wonach eine Tatsachenbehauptung in der Presse nur unwahr und persönlichkeitsverletzend ist, wenn sie in wesentlichen Punkten nicht zutrifft und ein spürbar verfälschtes Bild der betroffenen Person zeigt, das diese im Ansehen der Mitmenschen empfindlich herabsetzt.

3. Stülpt man über diese rechtlichen Rahmenbedingungen den Sachverhalt, wie er sich aus einer Artikelserie der «Roten Anneliese» ergibt, ist eine Bewertung des Entscheids

nicht ganz einfach, weil man diesen Sachverhalt nur «häppchenweise» erfährt, einerseits bei der Lektüre dessen, was unter «Sachverhalt» ausgeführt wird und andererseits zusätzlich und punktuell in den rechtlichen Erwägungen.

4. Deshalb sah sich das Bundesgericht in Erw. 4 zu einer Zusammenfassung veranlasst. Daraus ist ersichtlich, dass es in seiner Argumentation zur Begründung des Freispruchs des Redaktors eine Art Doppelstrategie einschlug. Teilweise fand nach Meinung des Bundesgerichts eine überdehnende Interpretation einzelner Aussagen statt, weshalb diesbezüglich seitens der Vorinstanz eine Verurteilung wegen Äusserungen erfolgte, welche es nach dem Eindruck des unbefangenen Durchschnittslesers (so) gar nicht gab. Dies betraf namentlich den angeblichen Vorwurf des Missbrauchs der Machtstellung, um missliebigen Personen ohne sachlichen Grund zu kündigen. Andererseits betrachtete das Bundesgericht die Tatsachenbehauptungen, welche zur Verurteilung führten, als nicht ehrverletzend, da sie nur das Ansehen des Kritisierten als Berufsmann berührten. Dies betraf z. B. pointiert und reisserisch formulierte Aussagen im Zusammenhang mit Entlassungen und Freistellungen. Angesichts des grossen Ermessens, das bei der Abgrenzung zwischen beruflicher und sittlicher Ehre sowie zwischen reinen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen bestehen kann, vertrat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang noch einen Eventualstandpunkt. Dem Strafantragsteller war immerhin u. a. «massivste Diffamierung» und «verdrehen und einschüchtern» sowie «unchristliches Verhalten» vorgeworfen worden. Soweit die betreffenden Aussagen «infolge einer gewissen Reflexwirkung» dennoch den Ruf des Beschwerdeführers als ehrbaren Menschen beeinträchtigt haben sollten, wurde ihre Strafbarkeit deshalb verneint, weil sie in ihren wesentlichen Zügen als wahr bewiesen bzw. als Werturteil vertretbar seien. Als

unwesentlich wurde namentlich angesehen, dass die umstrittenen Entlassungen nicht vom Betroffenen allein, sondern vom Stiftungsrat, dem er angehörte, beschlossen worden waren und dass der Vorwurf betreffend Übergriffe auf Betreute an einer Informationsveranstaltung allein von einem externen Berater vorgetragen wurde, an welcher der Kläger teilnahm, aber zum Thema «Übergriffe» etc. schwieg. Dem Kläger wurde vorgehalten, er sei – für den Leser erkennbar – operativer Leiter und treibende Kraft des Heims gewesen. Deshalb habe nicht zweifelhaft sein können, dass der Übergriffsvorwurf des externen Beraters im Einvernehmen mit ihm thematisiert worden war.

5. Wesentlich sind die oben in Ziffer 1 und 2 wiedergegebenen Kernaussagen des Entscheids (unabhängig von der Frage, ob sie im konkreten Fall in allen Teilen zutreffend umgesetzt wurden), namentlich soweit sie Ermessensbereiche oder simpler ausgedrückt «Grauzonen» betreffen. Ich denke dabei speziell an die vom Anmerkenden formulierten Leitsätze zu Beginn dieser Besprechung. Diese Leitsätze sind nicht nur aus medienrechtlicher Sicht zu begrüssen, weil sie den Medienschaffenden u. a. durch eine begrenzte Zulassung von Ungenauigkeiten nicht übertriebene hohe Hürden in den Weg stellen, sondern auch rein strafrechtlich betrachtet wegen des Bestimmtheitsgebots, das eine möglichst genaue Umschreibung des Verbotenen verlangt. Wenn dies – wie gerade im Ehrverletzungsbereich – an Grenzen stösst, aber man dennoch vor strafwürdigen Verhaltensweisen nicht kapitulieren will, ist es wichtig, dass die Rechtsprechung in ihrer Kasuistik bei weit gefassten Rechtsnormen präzisierende Pflöcke einschlägt und so zu grösserer Transparenz und zu einer rechtgleichen Rechtsanwendung beiträgt.

Em. Prof. Franz Riklin, Freiburg

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit

09-68

Rechtmässige Bussen für das Fotografieren einer eben verurteilten Straftäterin

Medienfreiheit, Fotografieverbot, Recht am eigenen Bild, fehlende Einwilligung, Strafverfahrensrecht, verurteilte Straftäterin, faires Gerichtsverfahren

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 16.4.2009 (N° 34438/04 «Egeland und Hanseid c. Norwegen»)

Im Jahr 2001 erlebte Norwegen den wohl spektakulärsten Strafprozess seiner Geschichte. Der sogenannte Orderud-Fall fand ein aussergewöhnliches Medieninteresse. Die vom 18. April bis zum 15. Juni 2001 dauernde Verhandlung wegen dreifachen Mordes auf dem Bauernhof Orderud wurde für die rund 200 Medienschaffenden simultan in eine Sporthalle übertragen. Ein Radioveranstalter bemühte sich vergeblich darum, das Prozessgeschehen zu übertragen (das Übertragungsverbot bezeichnete der EGMR am 6. Mai 2003 im Zulässigkeitsentscheid N° 76682/01 «P4 Radio Hele Norge ASA c. Norwegen» als menschenrechtskonform; vgl. medialex 3/2003, S. 175f.).

Während des achtwöchigen Prozesses wurden verschiedene Fotos der Angeklagten publiziert, denn sie hatten ihre Zustimmung gegeben, dass sie einmal wöchentlich während der Verhandlung aufgenommen werden durften.

Die öffentliche Verkündung des Urteils gegen die vier Angeklagten am 22. Juni 2001 durfte durch die beiden führenden Fernsehveranstalter NRK und TV2 live übertragen werden. Die TV-Übertragung beschränkte sich auf das Verlesen des Urteils. Bilder der Angeklagten waren nicht erlaubt und wurden auch nicht ausgestrahlt.

Die Schwiegertochter zweier Mordopfer, die – wie ihr Gatte und ihre Schwester – wegen Mordes in einem Erbschaftskonflikt zu einer Freiheitsstrafe von 21 Jahren verurteilt wurde, brach während der Urteilsverkündung ohnmächtig zusammen. Rund eine halbe Stunde nach der Verkündung verliess die verzweifelte Frau in Begleitung ihrer Anwältin und eines Polizeibeamten das Gerichtsgebäude, wo sie ein etwa 20–30 Meter vor dem Eingang stehendes Polizeiauto bestieg. Die Anwältin versuchte vergeblich, die vor dem Gerichtsgebäude wartenden Fotojournalisten von Aufnahmen abzuhalten.

Am Tag des Prozesses erschien ein grossformatiges Bild der verurteilten Frau in einer Sonderausgabe der Zeitung «Dagbladet». In der Bildlegende wurde festgehalten, die weinende Frau werde von ihrer Anwältin aus dem Gerichtsgebäude geleitet. Tags darauf veröffentlichte «Dagbladet» ein kleineres Bild, das die Verurteilte im Polizeiauto zeigte. Die Zeitung «Af-

tenposten» zeigte ebenfalls die in Tränen aufgelöste Frau mit ihrer Anwältin, welche eine abwehrende Handbewegung gegen die Fotografen machte.

Die Anwältin zeigte die beiden Chefredaktoren wegen Verletzung des norwegischen Prozessrechts an. Art. 131A des «Administration of Courts Act 1915» bedroht mit Busse, wer in einem Straffall Fotografien, Ton- oder Bildaufnahmen macht. Verboten ist auch das Aufnehmen von Angeklagten oder Verurteilten auf dem Weg zum oder vom Verhandlungslokal:

«During oral proceedings in a criminal case, photographing, filming and radio- or television recordings are prohibited. It is also prohibited to take photographs or make recordings of the accused or the convicted on his or her way to, or from, the hearing or when he or she is staying inside the building in which the hearing takes place, without his or her consent.

If there are special reasons for doing so, the court may in the course of the proceedings make an exception from the [above] prohibition if it can be assumed that it would not unduly affect the examination of the case and no other reasons militate decisively against doing so. Before authorisation is given the parties should have an opportunity to express their views.»

Die beiden Chefredaktoren wurden – nach erstinstanzlichem Freispruch – zu Bussen von je 10000 norwegischen Kronen (bzw. 15 Tagen Freiheitsstrafe für den Fall der Nichtbezahlung) verurteilt. Abgelehnt wurde hingegen die von der verurteilten Frau verlangte Genugtuung.

Das erstinstanzliche Bezirksgericht hatte den Freispruch v. a. damit begründet, dass die fraglichen Fotos die verurteilte Frau bei ihrer Festnahme durch die Polizei zeigten. Vor der Urteilsbegründung sei in den Medien und in Fachkreisen darüber spekuliert worden, ob die Angeklagten im Falle eines Schuldspruchs festgenommen würden. Im norwegischen Recht gebe es kein Verbot, Fotos von Festnahmen aufzunehmen. Unter den ganz besonderen Umständen dieses Einzelfalles sei deshalb keine Verurteilung der Medienschaffenden angezeigt.

Das norwegische Bundesgericht war im März 2004 einstimmig anderer Auffassung. Eine Ausnahme vom Verbot der Aufnahme von Angeklagten und eben Verurteilten brauche triftige Gründe, die hier nicht vorlagen. Solche Gründe hatte eine 3:2-Mehrheit des norwegischen Gerichtshofs 2003 bejaht, als der Fernsehveranstalter TV2 einen der Verurteilten nach der Verkündung des Schuldspruchs im Fall Baneheia gefilmt hatte. In jenem Fall hatte die Reaktion des Verurteilten das durch die öffentlichen Verlautbarungen seines Strafverteidigers gezeichnete Bild korrigiert. An einer solchen Information habe das Publikum ein berechtigtes Interesse. Dies traf nach Ansicht des norwegischen Supreme Court im Fall Orderud nicht zu. Die verurteilte Frau hatte eine unter den Umständen normale Reaktion gezeigt und war im Zustand reduzierter Selbstkontrolle. Gerade in solchen Situationen sollten die Prozessbeteiligten vor Aufnahmen geschützt werden. Dieser Schutz müsse auch im Falle einer Festnahme nach dem Urteil gelten – solange sich dabei nicht etwas Ausserordentliches (etwa beim Vorgehen der Polizei) zeige. Das Bundesgericht liess auch den Einwand nicht gelten, angesichts des schockierenden Verbrechens müsse die Öffentlichkeit auch gegen den Willen der Verurteilten mit Bild informiert werden. Das norwegische Verbot von Aufnahmen

in und vor dem Gerichtsgebäude gelte ungeachtet der Schwere des Falles.

Die 1. Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erachtete die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) der beiden gebüssten Chefredaktoren einstimmig als menschenrechtskonform. Das auf eine ausreichende Grundlage im norwegischen Gesetzesrecht abgestützte Fotografierverbot diene sowohl dem Schutz der Persönlichkeitsrechte als auch dem ordnungsgemässen Prozessverlauf. Die Bussen waren nach Ansicht des Gerichtshofs auch verhältnismässig (in der Terminologie der EMRK: «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig»).

Dem einzelnen Staat komme beim Verbot von Fotoaufnahmen ein gleich grosser Beurteilungsspielraum zu wie bei der Frage der Zulassung von Radioaufnahmen aus einem Strafprozess (EGMR-Zulässigkeitsentscheid «P4 Radio Hele Norge ASA c. Norwegen» in *medialex* 3/2003, S. 175):

«52. That case dealt with an issue of prohibition, pursuant to the *first* sentence of section 131A(1) of the 1915 Act, to transmit the trial hearing before the Nes District Court live (by radio), thereby limiting the choice of the means available to the press in covering the proceedings. Also in this case there is a question of restriction on the choice of journalistic means, in that it concerns a prohibition, according to the *second* sentence of section 131A(1), to take photographs of one of the convicted persons outside the court building after the proceedings had come to a close. Although the situations were different, the Court notes that the two rules pursued the same interests, notably the need to avoid additional pressure being brought on those involved in the trial. The Court therefore considers that the rationale for according States a wide margin of appreciation in the former case is applicable to the present instance.»

Das Verbot des Fotografierens von Angeklagten oder Verurteilten sei auch keine norwegische Eigenheit. Ähnliche Regeln gebe es z.B. in Zypern, England, Österreich und Dänemark, während andere Staaten hier auf die journalistische Selbstregulierung setzten.

Der Gerichtshof unterstrich zwar, dass das aussergewöhnlich abscheuliche Verbrechen in Norwegen ein beispielloses Medieninteresse fand. Der Urteilspruch und die anschliessende Festnahme war fraglos eine Angelegenheit öffentlichen Interesses. Dies vermochte aber keine grenzenlose Publizität zu rechtfertigen:

«59. However, under the terms of Article 10 §2, the exercise of the freedom of expression carries with it «duties and responsibilities», which also apply to the press. In the present case this relates to protecting «the reputation or rights of others» and «maintaining the authority and impartiality of the judiciary». These duties and responsibilities are particularly important in relation to the dissemination to the wide public of photographs revealing personal and intimate information about an individual (see *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, §59, ECHR 2004 VI; *Hachette Filipacchi Associés c. France*, no. 71111/01, §42, 14 juin 2007). The same applies when this is done in connection with criminal proceedings (see Principle 8 in the Appendix to Recommendation Rec[2003]13 of the Committee of Ministers to member States on the provision of information through media in relation to criminal proceedings, quoted at

paragraph 21 above). The Court reiterates that the notion of private life in Article 8 of the Convention extends to a person's identity, such as a person's name or a person's picture (*Von Hannover*, cited above, §50; see also *Schüssel v. Austria* [dec.], no. 42409/98, 21 February 2002).»

Die zum Schutz der (verurteilten) Angeklagten angeordneten Massnahmen waren im konkreten Fall notwendig und missachteten die Meinungsfreiheit nicht:

«61. The Court notes that two of the impugned photographs, one taken from the side, the other from a more frontal angle, depicted B as she had left the court house accompanied by her lawyer and was being followed by a civil clothed police officer to an unmarked police car. The third photograph, taken through the window of the police car, depicted her seated in the back near the window. All three photographs portrayed her distraught with a handkerchief close to her face in a state of strong emotion. She had just been arrested inside the court house after being notified of the District Court's judgment convicting her of triple murder and imposing on her a 21 years' prison sentence, the most severe sentence contemplated under Norwegian law. It must be assumed that B, who was shown in tears and great distress, was emotionally shaken and at her most vulnerable psychologically. As observed by the Supreme Court, immediately in connection with the delivery of the District Court judgment she was in a state of reduced self-control, a situation which lay at the core of the protection which the relevant statutory provision was intended to provide. Although the photographs had been taken in a public place (see, *mutatis mutandis*, *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, §§57–63, ECHR 2003 I) and in relation to a public event, the Court finds that their publication represented a particularly intrusive portrayal of B. She had not consented to the taking of the photographs or to their publication.»

An der Notwendigkeit des Fotografierverbots vermochte auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Frau bei anderer Gelegenheit mit den Medien kooperiert und in die Aufnahme von Bildern eingewilligt hatte:

«62. The Court is unable to agree with the applicants' argument that the absence of consent by B was irrelevant in view of her previous cooperation with the press. Her situation could not be assimilated to that of a person who voluntarily exposes himself or herself by virtue of his or her role as a politician (*Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, §42; *News Verlags GmbH & Co. KG*, cited above, §56; *Krone Verlag GmbH & Co. KG*, cited above, §§35–39) or as a public figure (see *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, §50, ECHR 1999 I; *Tønsbergs Blad A.S. and Haukom v. Norway*, no. 510/04, §87, ECHR 2007 ...) or as a participant in a public debate on a matter of public interest (see, for instance, *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no. 23118/93, §52, ECHR 1999 VIII; *Oberschlick v. Austria* (no. 2), judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997 IV, pp. 1275–76, §§31–35). Accordingly, the fact that B had cooperated with the press on previous occasions could not serve as an argument for depriving her of protection against the publication by the press of the photographs in question.»

In einem Punkt der Urteilsbegründung legte der EGMR das Gewicht anders als das norwegische Bundesgericht: Im Vordergrund stehe nicht der Schutz des ordnungsgemässen Ver-

fahrens, sondern der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten.

«63. The Court therefore finds that the need to protect B's privacy was equally important as that of safeguarding due process. While the Supreme Court attached more weight to the latter (see paragraph 35 of its judgment quoted at paragraph 18 above), for the European Court the former is predominant. However, when considered in the aggregate, both reasons corresponded to a pressing social need and were sufficient. The interests in restricting publication of the photographs outweighed those of the press in informing the public on a matter of public concern.»

Da die Bussen nicht besonders hoch ausgefallen waren, lag kein unverhältnismässiger Eingriff vor.

Zwei der sieben Richter stimmten dem Urteil im Ergebnis zwar zu, wählten aber eine andere Begründungslinie. Der griechische Kammerpräsident Christos Rozakis und der Schweizer Richter Giorgio Malinverni bestritten in ihren zustimmenden Meinungen, dass dem Staat im Bereich von Fotoverboten während Gerichtsverfahren ein besonders grosser Beurteilungsspielraum eingeräumt werden soll. Die im konkreten Fall ausgesprochene Busse sprengte allerdings auch den Rahmen eines engen staatlichen Beurteilungsspielraums nicht.

Anmerkungen Das Spiessrutenlaufen von Angeklagten oder Verurteilten auf dem Weg zu und von publizitätsträchtigen Strafprozessen ist im In- und Ausland ein bekanntes Phänomen. Unlängst war es etwa im österreichischen Fall Fritzl zu beobachten, wo der Angeklagte in den ersten Prozessstagen sein Gesicht mit einem Aktenordner vor Foto- und Filmaufnahmen zu verbergen versuchte und sich dadurch unfreiwillig der Lächerlichkeit preisgab. Man muss den Medien nicht feindlich gesinnt sein, um ein solches Spektakel als unwürdig und voyeuristisch zu empfinden.

Auf der anderen Seite gibt es angesichts der heutigen Gewohnheiten des Medienpublikums durchaus gute Gründe, der audiovisuellen Berichterstattung auch bei hängigen Gerichtsverfahren einen hohen Stellenwert einzuräumen. Der Persönlichkeitsschutz und der ordnungsgemässe Prozessverlauf sprechen nicht kategorisch gegen eine vermehrte Zulassung der audiovisuellen Medien zum Prozessgeschehen. Es schadet nicht, wenn sich die – kaum im Gerichtssaal selber anzutreffende – Bevölkerung dank der Medien ein Bild von der dritten Staatsgewalt und der massgebenden Akteure machen kann. Die Justiz und ihre Repräsentanten dürften durchaus etwas stärker ins öffentliche Schaufenster gestellt werden. Sinnvoll eingesetzt, können Bild- und Tonaufnahmen bestimmter Prozessabschnitte z. B. die Behauptung von Verfahrensbeteiligten relativieren (oder untermauern), ihr Prozess sei unfair oder unsorgfältig gewesen.

In diesem Spannungsfeld sind differenzierte und ausgewogene Regeln zu suchen. Das vorliegende Urteil vermittelt den Eindruck, als sei man sowohl in Norwegen als auch in Strassburg fündig geworden:

1. Die norwegische Rechtslage erscheint als ausgewogen, denn sie erlaubte den Medienvertretern nicht nur einen eigenen Zugang zum Prozessgeschehen (Übertragung des Prozessverlaufs in ein Medienzentrum), sondern auch dessen punktuelle audiovisuelle Dokumentation. Dies galt für die wöchentlichen Aufnahmen der Angeklagten während des Prozessgeschehens (und nicht während des Spiessrutenlau-

fens), vor allem aber für die Fernsehübertragung der Urteilsverkündung. Sie mag auch der Befriedigung der Neugier gedient haben. Vor allem aber diene sie dem Kernanliegen, das Publikum in die Lage zu versetzen, sich dank möglichst authentischer und ausführlicher Medienberichte eine eigene Meinung zu bilden.

Auf der anderen Seite schützte das norwegische Recht die Verfahrensbeteiligten wenigstens punktuell vor öffentlicher Blossstellung und untersagte Aufnahmen im und vor dem Gerichtssaal. Die Vorschrift ist nicht absolut formuliert und wird von der norwegischen Justiz so flexibel angewandt, dass sie im Licht der Meinungsfreiheit einzelne Ausnahmen zulässt. Vor diesem Hintergrund lässt sich kaum sagen, die Verurteilung der beiden Chefredaktoren sei Ausfluss mangelnder Transparenz in norwegischen Strafprozessen.

2. Ebenfalls ausgewogen ist die Strassburger Rechtsprechung zur (medialen) Transparenz hängiger Gerichtsverfahren. Wohl musste im vorliegenden Fall die Medienfreiheit – mit guten Gründen – zugunsten des Persönlichkeitsschutzes weichen. Im Allgemeinen lässt der Gerichtshof jedoch keine übermässige Abschirmung hängiger (Straf-)Verfahren zu. Beschränkungen der Berichterstattung werden in Strassburg sorgfältig auf ihre Verhältnismässigkeit geprüft. Dies gilt sowohl für Medienpublikation vor der Hauptverhandlung (exemplarisch das Urteil N° 1914/02 «Dupuis u.a. c. Frankreich» vom 7.6.2007 in medialex 3/2007, S. 151f.) als auch für die (identifizierende) Schilderung des Prozessgeschehens (vgl. etwa N° 53678/00 «Karhuvaara & Iltalehti c. Finnland» vom 16.11.2004 in medialex 1/2005, S. 49f. zur zulässigen Nennung des Namens der Gattin eines Angeklagten). Dabei stellt sich der EGMR auch nicht generell gegen die Publikation von Bildern, die gegen den Willen der Prozessbeteiligten erfolgt (vgl. die beiden in medialex 1/2007, S. 46 zusammengefassten Urteile N° 35841/02 «Österreichischer Rundfunk c. Österreich» und N° 10520/02 «Verlagsgruppe News GmbH c. Österreich [No. 2]).

Im Fall «Egeland und Hanseid c. Norwegen» überprüft der Gerichtshof das Fotoverbot ebenfalls nicht mechanisch. Die Urteilsbegründung zeigt, dass er die konkrete Situation genau beurteilt und die besondere Verletzlichkeit der aufgewählten Verurteilten unterstreicht. Die Publikation solcher Bilder vermag kaum einen wesentlichen Beitrag zur Meinungsbildung in einer demokratischen Gesellschaft zu leisten, der die berechtigten Interessen der in einer Ausnahmesituation verkehrenden Prozessbeteiligten aufzuwiegen vermöchte. Die Güterabwägung des Gerichtshofs im norwegischen Fall vermag diesbezüglich zu überzeugen.

3. Recht zu geben ist dem Gerichtshof dort, wo er von der Einschätzung der norwegischen Justiz abweicht: Ein Verbot, den Verurteilten nach Prozessende vor dem Gerichtsgebäude zu fotografieren, dient höchstens sehr indirekt einem fairen und ungestörten Verfahrensverlauf. Im Vordergrund stehen hier die Persönlichkeitsrechte der gegen ihren Willen Fotografierten. Ob Aufnahmeverbote norwegischen Zuschnitts viel Gegensteuer geben können, ist zwar ungewiss. Sie leisten aber immerhin einen gewissen Beitrag zum Schutz des Privatlebens der Prozessbeteiligten vor öffentlicher Blossstellung und damit zur Verwirklichung eines bedeutenden Menschenrechts (Art. 8 EMRK).

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-69

Aufklärung von Überfällen rechtfertigt Durchbrechung des Quellenschutzes

Medienfreiheit, Redaktionsgeheimnis, Quellenschutz, Beschlagnahme, Verbrechenaufklärung

Art. 10 EMRK

Urteil des EGMR (3. Kammer) vom 31.3.2009 (N° 38224/03 «Sanoma Uitgevers B.V. c. Niederlande»)

Journalisten der niederländischen Motorsportzeitschrift «Autoweek» fotografierten am 12. Januar 2002 ein illegales Autorennen auf einem Industriegelände in Hoorn. Die Zustimmung erhielten sie nur, nachdem sie den Teilnehmern Anonymität zugesichert hatten. Das Strassenrennen wurde nach einer polizeilichen Intervention beendet. Die Redaktion wollte (anonymisierte) Aufnahmen des Rennens in ihrer Ausgabe vom 6. Februar publizieren.

Am 1. Februar verlangten jedoch die Polizei – und nach einer ersten Weigerung der Redaktion die Staatsanwaltschaft – die Herausgabe der auf einer CD-ROM gespeicherten Originalfotografien. Dem Anwalt der Zeitschrift wurde lediglich mitgeteilt, das Material diene der Aufklärung einer Angelegenheit, bei der es um Leben und Tod gehe. Die Behörden drohten dem Chefredaktor mit Beugehaft und mit der Schliessung des Unternehmens (das auch andere Publikationen herausgibt) während des Wochenendes. Die Redaktion beugte sich dem Druck und übergab die CD-ROM am 2. Februar unter Protest der Staatsanwaltschaft.

Erst ein halbes Jahr später (am 5. September 2002) erklärte die Staatsanwaltschaft vor dem Bezirksgericht, zu welchem Zweck die Aufnahmen nötig waren. Nach ihrer Darstellung ging es nicht um das illegale Autorennen an sich, sondern um die Fahrer eines Audi RS4, die vermutlich in eine Serie von Überfällen auf Geldautomaten verwickelt waren. Diese Überfälle waren mit einem Lastwagen durchgeführt worden, dem der Audi folgte. Während eines weiteren Überfalls am 1. Februar 2002 hatte die Polizei beobachtet, wie der Lastwagenfahrer in den Audi umgestiegen war. Bei jenem Überfall hatten die Täter einen Passanten mit einer Schusswaffe bedroht.

Für die Mehrheit der 3. Kammer des EGMR war es unter diesen Umständen gerechtfertigt, den journalistischen Quellenschutz zu durchbrechen:

«57. In the present case the action complained of was not intended to identify the applicant company's sources for prosecution. Rather, the seizure of the CD-ROM was intended to identify a vehicle used in crimes quite unrelated to the illegal street race. The Court does not dispute that a compulsory handover of journalistic material may have a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression. However, it does not follow *per se* that the authorities are in all such cases prevented from demanding such handover; whether this is the case will depend on the facts of the case. In particular, the domestic authorities are not prevented from balancing the conflicting interests served by prosecuting the crimes concerned against those served by the protection of journalistic privilege;

relevant considerations will include the nature and seriousness of the crimes in question, the precise nature and content of the information demanded, the existence of alternative possibilities to obtain the necessary information, and any restraints on the authorities' obtention and use of the materials concerned (compare *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark* [dec.], no. 40485/02, ECHR 2005–XIII).

58. The crimes were serious in themselves, namely the removal of cash dispensers by ramming the walls of buildings in public places with a shovel loader. Not only did they result in the loss of property but they also had at least the potential to cause physical danger to the public. At a ram raid perpetrated on 1 February 2002 the perpetrators made use of a firearm to facilitate their crime (see paragraph 19 above). It was only after the threat of potentially lethal violence was made that the police and the public prosecutor were moved to demand from the applicant company the information which was known to be in their possession.»

Angesichts der Schwere der aufzuklärenden (und möglicherweise noch drohenden) Delikte und der Tatsache, dass die niederländischen Behörden keine vernünftige Alternative zur Aufdeckung der Straftaten hatten, erachtete die 3. Kammer mit vier gegen drei Stimmen die Durchbrechung des Redaktionsgeheimnisses als verhältnismässig. Es sei auch nicht vorgebracht worden, dass die niederländischen Behörden die erlangten Informationen für ein Vorgehen gegen die Organisatoren des illegalen Strassenrennens eingesetzt hätten. Die Informationsquellen der Zeitschrift seien also gar nie behelligt worden.

Vorbehalte äussert der Gerichtshof allerdings bezüglich des massiven Vorgehens der niederländischen Polizei- und Anklagebehörden und bezüglich des mangelnden Rechtsschutzes in solchen Fällen:

«62. Finally, the Court has had regard to the extent of judicial involvement in the case. It is disquieting that the prior involvement of an independent judge is no longer a statutory requirement (paragraph 20 above). As it was, the public prosecutor obtained the approval of the investigating judge even without being so obliged by domestic law (paragraph 13 above); the Court considers this, as an addition to the applicant company's entitlement under statute of review *post factum* of the lawfulness of the seizure by the Regional Court (paragraphs 15, 16 and 22 above), to satisfy the requirements of Article 10 in the present case.

63. The Court is bound to agree with the Regional Court that the actions of the police and the public prosecutors were characterised by a regrettable lack of moderation (paragraph 16 above). Even so, in the very particular circumstances of the case, the Court finds that the reasons advanced for the interference complained of were «relevant» and «sufficient» and «proportionate to the legitimate aims pursued». There has accordingly been no violation of Article 10 of the Convention.»

Für eine dreiköpfige Minderheit der 3. Kammer waren die Mängel im niederländischen Verfahren mehr als nur bedauerlich und beunruhigend. Der Fingerzeig der Mehrheit sei unzureichend, denn ein solches Urteil sende ein gefährliches Signal an übereifrige Polizeibehörden in Europa. Und die Begründung mache es für Medienschaffende fast unmöglich, grundsätzlich auf die Sicherung ihrer Informationsquellen zu vertrauen.

Anmerkungen Nicht allein die knappen Mehrheitsverhältnisse in der 3. Kammer des Gerichtshofs legen die Vermutung nahe, dass hier ein Grenzfall vorliegt. Schon nur aus diesem Grunde scheint die Befürchtung der Minderheit hinsichtlich einer übermässigen Rechtsunsicherheit über die Grenzen des journalistischen Quellenschutzes etwas übertrieben. Richtig ist allerdings, dass Medienschaffende darauf angewiesen sind, ihren Informationsquellen im Vornherein Diskretion zusichern zu können. Im vorliegenden Fall nahm die Angelegenheit allerdings eine Wendung, die weder von den Medienschaffenden noch von den Organisatoren vorausgesehen werden konnte.

Ein Element dieses Falles ist nicht in die Urteilsbegründung eingeflossen. Es ist die Schutzwürdigkeit der von den «Autoweek»-Journalisten (zunächst) abgeschirmten Informationsquellen. Sie scheint *prima vista* wesentlich geringer als etwa die Schutzwürdigkeit eines Beamten, der den Medien zwecks öffentlicher Aufdeckung eines gesellschaftlichen Missstandes uneigennützig geheime Unterlagen zuspielt. Dieser Aspekt ist vom Gerichtshof möglicherweise ausgeblendet worden, weil es ihm ganz allgemein um den Grundsatz des Quellenschutzes geht, dessen Relativierung generell problematisch ist. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass die beschränkte Sympathie für die Organisatoren des illegalen Rennens in den Hinterköpfen der Gerichtsmehrheit eine Rolle gespielt hat. Dies könnte erklären, weshalb sie trotz den von ihr erkannten gravierenden Mängeln im niederländischen Verfahren keine EMRK-Verletzung bejahen mochte. Vertreter der Medienbranche werden bedauern, dass es beim Strassburger Wink mit dem Zaunpfahl blieb. Schlaflose Nächte sollte ihnen diese Urteilsbegründung dennoch nicht bereiten.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-70

Ausbau des menschenrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe amtlicher Dokumente

Art. 8 EMRK; Art. 10 EMRK

Informationsfreiheit; Zugang zu staatlichen Informationen; hängige Verfassungsbeschwerde; Herausgabe eines Dokuments aus schwebendem Verfahren; Datenschutz

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 14.4.2009 (N° 37374/05 «Társaság a Szabadságjogokért c. Ungarn»)

Am 10. Juli 2006 hatte der EGMR im Zulässigkeitsentscheid N° 19101/03 «Sdruzeni Jihoceske Matky c. Tschechien» (Kurzzusammenfassung in *medialex* 4/2006, S. 221) wenigstens dem Grundsatz nach anerkannt, dass eine Beschränkung des durch Art 10 EMRK geschützten Rechts zum Empfang von Nachrichten auch dann vorliegen kann, wenn eine Behörde die Herausgabe von Informationen verweigert. Hatte der Gerichtshof damals (es ging um Dokumente zu einem nicht realisierten Kernkraftwerk) den Eingriff in das Menschenrecht als rechtmässig bezeichnet, so hat er knapp drei Jahre später erstmals eine

Missachtung von Art 10 EMRK wegen der verweigerten Herausgabe von Dokumenten durch ein staatliches Organ festgestellt.

Im konkreten Fall ging es um die Beschwerde einer ungarischen Nichtregierungsorganisation, welche beim ungarischen Verfassungsgerichtshof vergeblich die Herausgabe einer Beschwerde verlangt hatte, die ein Parlamentarier gegen eine Änderung des Strafgesetzbuchs im Drogenbereich eingereicht hatte (abstrakte Normenkontrolle). Der Verfassungsgerichtshof lehnte die Herausgabe mit dem Hinweis darauf ab, dass Rechtschriften in hängigen Verfahren nur mit Einwilligung des Beschwerdeführers herausgegeben werden können. Eine solche Einwilligung lag nicht vor. Der Gerichtshof hatte den Beschwerde führenden Parlamentarier allerdings auch nicht konsultiert.

Gemäss dem einstimmigen Urteil der 2. Kammer ist die Sammlung von Informationen ein wichtiger Aspekt des Journalismus. Die den Medien zugeschriebene Rolle des «public watchdog» könne auch durch zivilgesellschaftliche Organisationen wahrgenommen werden («social watchdog»). Sie genössen daher einen vergleichbaren Schutz wie die Presse.

Die Weigerung der Informationsherausgabe tangierte den Geltungsbereich von Art. 10 EMRK:

«28. The subject matter of the instant dispute was the constitutionality of criminal legislation concerning drug-related offences. In the Court's view, the submission of an application for an *a posteriori* abstract review of this legislation, especially by a Member of Parliament, undoubtedly constituted a matter of public interest. Consequently, the Court finds that the applicant was involved in the legitimate gathering of information on a matter of public importance. It observes that the authorities interfered in the preparatory stage of this process by creating an administrative obstacle. The Constitutional Court's monopoly of information thus amounted to a form of censorship. Furthermore, given that the applicant's intention was to impart to the public the information gathered from the constitutional complaint in question, and thereby to contribute to the public debate concerning legislation on drug-related offences, its right to impart information was clearly impaired.»

Der Gerichtshof hatte daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine rechtmässige Beschränkung von Art. 10 EMRK vorlagen. Sie beruhte zwar auf einer Grundlage im ungarischen Gesetzesrecht und diente einem legitimen Ziel («Schutz der Rechte anderer»). Der Eingriff war aber in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Nach Auffassung des Gerichtshofs behinderten die ungarischen Behörden die Ausübung einer öffentlichen Kontrolle durch die NGO dank der Zensurmacht des ihnen zukommenden Informationsmonopols. Es ging daher weniger um eine verweigerter staatliche Leistung (Dokumentenherausgabe) als vielmehr um eine staatliche Beschränkung des freien Informationsflusses:

«36. In any event, the Court notes that «the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him» (*Leander, op. cit.*, § 74). It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general

right of access to official documents. In this connection, a comparison can be drawn with the Court's previous concerns that preliminary obstacles created by the authorities in the way of press functions call for the most careful scrutiny (see *Chauvin and Others v. France*, no. 64915/01, §66, ECHR 2004-VI). Moreover, the State's obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities. The Court notes at this juncture that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (see, *a contrario*, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, §53 *in fine*, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) and did not require the collection of any data by the Government. Therefore, the Court considers that the State had an obligation not to impede the flow of information sought by the applicant.»

Dass die Herausgabe der Informationen das Privatleben des Parlamentarier tangieren könnte, schien dem EGMR unwahrscheinlich. Auf jeden Fall vermochten datenschutzrechtliche Überlegungen in diesem Falle keine Beschränkung des Informationsflusses zu rechtfertigen:

«37. The Court observes that the applicant had requested information about the constitutional complaint eventually without the personal data of its author. Moreover, the Court finds it quite implausible that any reference to the private life of the MP, hence to a protected private sphere, could be discerned from his constitutional complaint. It is true that he had informed the press that he had lodged the complaint, and therefore his opinion on this public matter could, in principle, be identified with his person. However, the Court considers that it would be fatal for freedom of expression in the sphere of politics if public figures could censor the press and public debate in the name of their personality rights, alleging that their opinions on public matters are related to their person and therefore constitute private data which cannot be disclosed without consent. These considerations cannot justify, in the Court's view, the interference of which complaint is made in the present case.»

Anmerkungen Dieses Urteil ist in doppelter Hinsicht bemerkenswert:

1. Das Urteil setzt einen eindrücklichen Schlusspunkt hinter eine jahrzehntelange Strassburger Rechtsprechung, die hinsichtlich der aktiven Erschliessung staatlicher Informationen für Medienschaffende (und anderen Interessierte) weitgehend fruchtlos war. Der Gerichtshof bemüht sich zwar in der Urteilsbegründung um das Verwischen des Eindrucks, erbürde den staatlichen Behörden bisher nicht bestehende Informationspflichten auf. Er tut dies mit dem Argument, die Haltung der ungarischen Behörden entspreche eher einer staatlichen Beschränkung des Informationsflusses als der Verweigerung einer behördlichen Leistung. Dieses Argument hätte fraglos überzeugt, hätte der Verfassungsgerichtshof den Parlamentarier daran gehindert, seine Dokumente der NGO weiterzugeben. Eine solche Konstellation lag aber nicht vor. Der Sache nach ging es nicht um eine behördliche Beschränkung des sonst freien Zugangs zu Informationen und streng genommen auch nicht um ein Informationsmonopol des Verfassungsgerichtshofs, denn die Gruppierung hätte

(zumindest theoretisch) den Parlamentarier selber um Einsicht in seine Beschwerdeschrift bitten können. Die Lektüre der Urteilsbegründung erweckt den Eindruck, als gehe es im Kern eben doch um die Pflicht der Behörden zu einem aktiven Tun, nämlich zur Herausgabe der fraglichen Dokumente.

2. Das Urteil setzt auch ein Gegengewicht zum automatischen Verweis auf den Datenschutz, wenn es um allgemein interessierende Informationen von öffentlichen Personen zu öffentlichen Themen geht. Wer sich – wie ein Parlamentarier – bewusst auf dem öffentlichen Parkett bewegt, soll der Allgemeinheit seine Auffassungen zu politischen Angelegenheiten (wie einem vom Parlament verabschiedeten Gesetzesentwurf) nicht durch Verweis auf den Datenschutz (bzw. die Persönlichkeitsrechte) vorenthalten dürfen. Der Gerichtshof lässt durchblicken, dass er eine solche Argumentation als blossen Vorwand für unberechtigte Zensur einstuft, der keinen Schutz verdient. Gerade vor dem Hintergrund des sich zuspitzenden Konflikts zwischen Transparenz und Datenschutz ist diese Auffassung des Gerichtshofs von beträchtlicher Relevanz.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

09-71

Einmal mehr: EGMR gegen Freiheitsstrafen für Ehrverletzungen

Art. 10 EMRK

Medienfreiheit; Ansehensschutz; Politiker; Entlastungsbe-
weis; Wahrheit; Freiheitsstrafe; chilling effect

Urteil des EGMR (1. Kammer) vom 2.4.2009 (N° 24444/07
«Kydonis c. Griechenland»)

In einem unsignedn Artikel übte die griechische Wochenzeitung «Transparence de Chios» scharfe Kritik an einem lokalen Politiker, dem sie unter anderem Unregelmässigkeiten bei privaten Bauvorhaben vorwarf. Die griechische Strafjustiz verurteilte den Herausgeber der Wochenzeitung, Konstantinos Kydonis, wegen Ehrverletzung zu einer Gefängnisstrafe von fünf Monaten (umwandelbar in eine Busse).

In ihrem einstimmigen Urteil erinnerte die 1. Kammer des EGMR daran, eine Freiheitsstrafe für Äusserungsdelikte sei dazu geeignet, die Medienbranche einzuschüchtern («chilling effect»). Sie komme daher nur unter ausserordentlichen Umständen in Betracht, insbesondere bei gravierenden Beschränkungen der Grundrechte anderer (z. B. durch Hassrede oder Aufruf zu Gewalt). Im vorliegenden Fall liege keine solch gravierende Publikation vor. Die umstrittenen Äusserungen hätten keine persönliche Verunglimpfung enthalten und seien im Zusammenhang mit einer Debatte gefallen, die für die lokale Bevölkerung der Insel Chios von grossem Interesse waren. Der Gerichtshof könne den Wahrheitsgehalt des Artikels zwar nicht selber abschätzen, doch scheine er nicht jeder sachlichen Grundlage zu entbehren. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.

09-72

Urteil zum Zusammenspiel zwischen Art. 8 und Art. 10 EMRK

Schutz des Ansehens; Schutz des Privatlebens; staatliche Schutzpflicht; Flugblatt; Politiker; Ehrverletzung; Werturteil

Art. 8 und 10 EMRK

Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 28.4.2009 (N° 39311/05 «Karakó c. Ungarn»)

In einer Ehrverletzungsstreitigkeit zwischen zwei Politikern hielt der Gerichtshof einstimmig fest, dass der Freispruch für den eingeklagten Politiker den Anspruch des angegriffenen Kontrahenten auf Achtung seines Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) nicht missachte. Dem Parlamentarier László Karakó war vor den Wahlen auf einem Flugblatt vorgeworfen worden, er habe im Parlament regelmässig gegen die Interessen seiner Provinz gestimmt. Die ungarische Strafjustiz betrachtete dies als zulässiges Werturteil. Nach der Einschätzung des Gerichtshofs hätte eine Bestrafung des Flugblattverfassers die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) missachtet. Konsequenterweise konnte der Verzicht auf eine Sanktion nicht Art. 8 EMRK verletzen. Die Urteilsbegründung äussert sich grundsätzlich zum Verhältnis zwischen diesen beiden EMRK-Normen:

«24. The Court reiterates that paragraph 2 of Article 10 recognises that freedom of speech may be restricted in order to protect reputation (see paragraph 16 above). In other words, the Convention itself announces that restrictions on freedom of expression are to be determined within the framework of Article 10 enshrining freedom of speech.

25. The Court is therefore satisfied that the inherent logic of Article 10, that is to say, the special rule contained in its second paragraph, precludes the possibility of conflict with Article 8. In the Court's view, the expression «the rights of others» in the latter provision encompasses the right to personal integrity and serves as a ground for limitation of freedom of expression in so far as the interference designed to protect private life is proportionate.

26. It follows that, notwithstanding the fact that the applicant claims a violation of Article 8 of the Convention, the Court has to determine whether the principles inherent to Article 10 were properly applied by the Hungarian authorities.»

In einem zustimmenden Votum wählte eine Richterin eine andere Begründungslinie.

09-73

Applicabilité des règles du droit sur les marchés publics

Marchés publics; appel d'offres; concession d'affichage sur le domaine public; système de vélos en libre service

Arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 2009 (2C_484/2008)

Par appel d'offres, la Ville de Genève (ci-après: la Ville) a mis en soumission le renouvellement de la concession d'affichage papier sur son domaine public pour la période du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2012. Le marché devait être attribué en un seul lot selon une procédure à deux tours.

La société X a été sélectionnée pour participer au second tour de l'appel d'offres, et reçu un cahier des charges. Elle a recouru contre les clauses de celui-ci qui imposaient au concessionnaire, d'une part, de fournir à la Ville des prestations d'affichage gratuites et, d'autre part, d'assurer la mise en place et la gestion d'un système dit de vélos en libre service selon des modalités précises détaillées dans un descriptif.

Au vu de la nature et de l'ampleur de ces prestations, X. estimait que la procédure avait toutes les caractéristiques d'un marché public dont les conditions pouvaient être contestées en justice lors de l'appel d'offres déjà, conformément aux dispositions réglant le contentieux en ce domaine du droit. Après avoir été déboutée par le Tribunal administratif cantonal, elle a recouru au TF.

Conformément à la jurisprudence, le TF a relevé que, prises isolément, les prestations liées à l'affichage public en tant que telles ne relevaient pas du droit des marchés publics. Toutefois, il apparaissait que le système de vélos en libre service représentait pour l'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique, et qu'en outre, l'acquisition de cette prestation avait un coût pour elle, correspondant à la diminution du montant offert par les soumissionnaires pour la redevance.

Il a encore indiqué que le système de vélos en libre service tel que décrit dans le cahier des charges étant parfaitement dissociable de la concession d'affichage, il comportait toutes les caractéristiques propres à un marché public et ne pouvait, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession. Le droit des marchés publics lui était donc applicable. X. était dès lors en droit de recourir directement contre les documents d'appel d'offres afférents à ce système, sans avoir à attendre la décision d'adjudication.

09-74

Weite Auslegung des Begriffs «Journalismus» durch den EuGH

Journalismus

Art. 9 der Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) vom 16. Dezember 2008 (C-73/07)

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) hatte die Veröffentlichung von Steuerdaten in den Regionalausgaben einer Zeitung und mittels eines Kurzmitteilungsdienstes zu beurteilen und musste dabei entscheiden, ob dieser Sachverhalt unter Art. 9 der Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr fällt. Dieser Art. 9 lautet folgendermassen: «Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die alleine zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen (...) vor, als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäusserung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.»

Dabei äusserte sich der EuGH zum Begriff des Journalismus und führte aus, dass der Begriff weit auszulegen sei. Unter diesen Artikel würden nicht nur Medienunternehmen fallen, sondern jeder, der journalistisch tätig sei. Ebenso schliesse die Tatsache, dass eine Veröffentlichung mit der Absicht verbunden sei, Gewinn zu erzielen, eine ausschliesslich journalistische Tätigkeit nicht von vornherein aus, vielmehr könne ein gewisser kommerzieller Erfolg sogar unverzichtbare Voraussetzung für den Fortbestand eines professionellen Journalismus sein. Ebenso sei der Träger, mit dem die verarbeiteten Daten übertragen werden, nicht ausschlaggebend für die Beurteilung, ob es sich um eine Tätigkeit «allein zu journalistischen Zwecken» handle. Zusammenfassend äusserte sich der EuGH so: Tätigkeiten können «(...) als journalistische Tätigkeiten eingestuft werden, wenn sie zum Zweck haben, Informationen, Meinungen oder Ideen, mit welchem Übertragungsmittel auch immer, in der Öffentlichkeit zu verbreiten. Journalistische Tätigkeiten sind nicht Medienunternehmen vorbehalten und können mit der Absicht verbunden sein, Gewinn zu erzielen.

1.2. Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit

09-75

Keine Einsicht in Urteile durch Strafanzeiger ohne schutzwürdiges Informationsinteresse

Einsicht in Strafurteile; Strafanzeige; Öffentlichkeitsprinzip; schutzwürdiges Informationsinteresse

Art. 30 Abs. 3 BV

Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2008 (1C_258/2008)

«Soweit sie kein schutzwürdiges Informationsinteresse darlegen können, haben Strafanzeiger grundsätzlich keinen Verfassungsanspruch auf Mitteilung von im Strafverfahren ermittelten Detailinformationen über die persönlichen (insbesondere finanziellen) Verhältnisse von Verurteilten.» So entschied das Bundesgericht und lehnte eine darauf abzielende Beschwerde einer Strafanzeigerin ab.

X. wurde in einem Verfahren vor dem Bezirksgericht verschiedener Straftaten schuldig gesprochen. In jenem Prozess wurde die Strafanzeigerin und Zivilklägerin Y., die adhäsionsweise Schadenersatzansprüche geltend machte, auf den Zivilweg verwiesen. X. erhob gegen das Urteil des Bezirksgerichts Berufung ans Obergericht und zog diesen Entscheid danach ans Bundesgericht weiter. Y. verlangte daraufhin die Zustellung einer vollständigen, ungekürzten und nicht anonymisierten Kopie der Entscheide von Obergericht und Bundesgericht, worauf das Obergericht die Herausgabe der fraglichen Entscheide in gekürzter Fassung bewilligte. Dagegen erhob Y. Beschwerde ans Bundesgericht, weil sie zwar die Erwägungen der betreffenden Entscheide zu verfahrensrechtlichen Fragen und den materiellstrafrechtlichen Streitpunkten sowie das Urteilsdispositiv zum Schuldspruch erhalten habe, nicht jedoch die Erwägungen zu Strafzumessung und rechtskräftigen Sanktionen sowie zu den Kosten des Strafverfahrens.

Das Bundesgericht führte in seinen Erwägungen aus, dass aufgrund von Art. 30 Abs. 3 BV (Öffentlichkeitsgrundsatz) ein Informationsanspruch und Einsichtsrecht bestehe, sofern der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Informationsinteresse nachweisen könne und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen der Einsichtnahme entgegenstehen. Dabei sei namentlich besonderen Geheimhaltungsinteressen der Justizbehörden oder von mitbetroffenen Dritten Rechnung zu tragen. Y. sah ihr schutzwürdiges Interesse darin, die Behauptung von X., sie habe ihn ungerechtfertigt angezeigt, zu widerlegen. Das Bundesgericht verneinte jedoch ein schutzwürdiges Interesse mit der Begründung, die zugestellten Erwägungen zu den verfahrensrechtlichen Fragen und den materiellstrafrechtlichen Streitpunkten hätten genügt, um die (ungerechtfertigten) Behauptungen von X. zu widerlegen. Y. lege «(...) kein eigenes schutzwürdiges Interesse daran dar, auch von den Erwägungen (und vom Dispositiv) betreffend Strafzumessung,

Sanktion und Kosten Kenntnis zu erhalten» und sei deswegen nicht berechtigt, auch Einsicht in diese Erwägungen zu erlangen.

09-76

Abgabe eines Teils der Anklageschrift an Presse vor Prozessbeginn gutgeheissen

Abgabe der Anklageschrift an Presse, Anonymisierung der Anklageschrift

Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 260^{ter}, 305^{bis} StGB; Art. 5 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. a, Art. 10 des Reglements über die Grundsätze der Information und Akkreditierung für die Gerichtsberichterstattung am Bundesstrafgericht vom 29. August 2006

Urteil des Bundesgerichts vom 26. März 2009 (1B_73/2009)

Die Bundesanwaltschaft hat gegen X. und weitere Personen eine Anklage wegen Beteiligung bzw. Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) und Geldwäsche (Art. 305^{bis} StGB) erhoben. Vor Beginn der Hauptverhandlung wurde beantragt, die Anklageschrift dürfe erst nach der Beschlussfassung des Gerichts über Vorfragen der Presse ausgehändigt werden. Dies hiess der Präsident der Strafkammer in einer prozessleitenden Verfügung teilweise gut und verfügte, nur die Seiten 1–4 und 205–233 vor Eröffnung der Hauptverhandlung der akkreditierten Presse herauszugeben. Dagegen erhob X. Beschwerde und beantragte, die Herausgabe der Anklageschrift oder Teilen davon vor der Erledigung der Vorfragen zu verbieten.

Das Bundesgericht betonte zuerst, dass Gerichtsverhandlungen in Strafsachen grundsätzlich öffentlich seien (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 3 BV), diesem Öffentlichkeitsinteresse jedoch das Schutzinteresse der Prozessbeteiligten entgegenstehe und der Richter das Interesse des Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeit sorgfältig gegen dasjenige der Presse an der Erfüllung des Informationsauftrages abzuwägen habe. Vorliegend werde dem Angeklagten eine Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Zusammenhang mit illegalem Zigarettenhandel vorgeworfen, wobei die diesbezüglichen Ermittlungen und Verhaftungen für Schlagzeilen in der Presse und zu Anfragen und Interpellationen im Parlament geführt hätten. Ebenso sei dieser Fall aufgrund der langen Dauer und dem Umfang des Untersuchungsverfahrens sowie den zahlreichen Rechtshilfverfahren als bedeutend einzustufen, weshalb das Öffentlichkeitsinteresse als gross einzuschätzen sei. Dabei sei es Praxis des Bundesgerichts, den akkreditierten Journalisten eine Kopie der Anklageschrift bzw. der Verteidigungsschrift jeweils einige Tage vor Verhandlungsbeginn abzugeben (Art. 9 Abs. 1 lit. a des Reglements über die Grundsätze der Information und Akkreditierung für die Gerichtsberichterstattung am Bundesstrafgericht vom 29. August 2006). Der Beschwerdeführer führt hierzu aus, dass es die Waffengleichheit verletze, nur eine Anklageschrift und keine Verteidigungsschrift abzugeben,

was jedoch vom Bundesgericht abgelehnt wurde, da ihm hier die Möglichkeit eingeräumt worden sei, eine solche abzugeben und er sowieso jederzeit die Möglichkeit habe, seine eigenen Darstellungen des Sachverhalts und des Verfahrens der Presse vorzulegen. Im vorliegenden Fall sei allerdings zu berücksichtigen, dass die Zulässigkeit der Anklageschrift vom Beschwerdeführer bestritten werde und das Gesamtgericht darüber noch nicht entschieden habe. Dies sei insofern berücksichtigt worden, dass nur 33 der 233 Seiten der Anklageschrift freigegeben wurden. Davon würden sich nur drei Seiten mit dem Beschwerdeführer befassen, die kurz die ihm vorgeworfenen Tathandlungen zusammenfassen und unter die anwendbaren Gesetzesbestimmungen subsumieren. Es sei aus Formulierung und Kontext klar, dass es sich um die Anklage handle und diese erst noch bewiesen werden müsse, weswegen eine Vorverurteilung des Beschwerdeführers nicht ersichtlich sei. Es würden auch nicht jene Teile (Anklageübersicht und einleitende Darstellung der kriminellen Organisation und des Zigaretten schmuggels), welche vom Beschwerdeführer wegen Verletzung des Begründungsverbots beanstandet wurden, abgegeben. Ebenso beschränke sich die Abgabe auf akkreditierte Journalisten, die Gewähr für die Beachtung der in Art. 10 des Reglements enthaltenen Grundsätze der Gerichtsberichterstattung bieten (Art. 5 Abs. 1 Reglement). Auch die Anonymisierung der abzugebenden Anklageschrift, wie sie der Beschwerdeführer verlangte, wurde vom Bundesgericht abgelehnt. Es entspreche zwar Art. 10 Abs. 2 des Reglements, keine Namen in den Medien zu nennen, wenn sie nicht vom Bundesstrafgericht freigegeben werden oder die Betroffenen damit einverstanden sind. Dazu müsse jedoch nicht bereits die Anklageschrift anonymisiert werden, da dies das Verständnis des Sachverhalts sehr erschwere und dem Pressevertreter verunmögliche, der Hauptverhandlung zu folgen.

Commentaire On saluera cette décision judiciaire du Tribunal fédéral. Elle entérine ce qui n'est pourtant qu'une faveur: la remise aux journalistes accrédités, quelques jours avant l'ouverture des débats, d'une copie de l'acte d'accusation.

Une faveur, car le principe de publicité des débats des autorités judiciaires ne donne droit à la presse que de prendre place dans le prétoire; ni plus, ni moins. Quant aux lois sur la transparence récemment adoptées par le législateur fédéral et par de nombreux législateurs cantonaux, elles n'assurent un droit de regard que sur les documents relatifs aux activités administratives des tribunaux; la consultation des pièces des affaires pendantes demeure réservée aux seules parties à la procédure. L'absence de toute obligation, à la charge des instances judiciaires, de remettre en avance l'acte d'accusation aux journalistes est en outre confirmée par les divers règlements sur l'accréditation des chroniqueurs judiciaires qui ont été établis, ces dernières années, dans notre pays; à commencer, précisément, par celui du Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.33), lequel prévoit, à son article neuf, que les journalistes accrédités «peuvent obtenir» (et non «obtiennent») l'acte d'accusation à l'avance. L'usage du mode potentiel indique bien que la fourniture n'en est nullement garantie.

Tout en rejetant la demande des trois accusés, d'un procès qui s'annonçait retentissant, d'occulter l'ensemble de l'ordonnance de renvoi, le Tribunal fédéral a souligné l'import-

tance et l'utilité de ce document pour les journalistes. Sans lui, ces derniers ne sont pas en mesure de se préparer convenablement à la chronique de causes souvent complexes et ardues; partant ils sont entravés dans l'exercice de leur fonction, décisive dans un Etat démocratique, de surveillance de la justice.

Ainsi officiellement reconnue, pour ne pas dire consacrée, la remise anticipée de l'acte d'accusation perd un peu plus de son statut à bien plaire pour se rapprocher de celui de véritable institution. La protection de la personnalité des accusés, la présomption d'innocence dont ils bénéficient ou encore, comme dans le cas d'espèce, le fait qu'ils entendent contester la validité de l'acte d'accusation, peuvent certes justifier le retrait de passages sensibles. Reste que, avant le procès, les journalistes doivent pouvoir compter sur un minimum d'informations préalables tant sur l'identité des accusés que sur les faits qui leur sont reprochés.

Quand bien même il n'y a encore et toujours pas de droit subjectif à la remise anticipée de l'acte d'accusation, un signal clair a été donné: cette prérogative n'est pas seulement dans l'intérêt d'un journalisme de qualité, mais aussi dans l'intérêt d'une bonne justice.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

09-77

Abgabe eines Teils der Anklageschrift an Presse vor Prozessbeginn gutgeheissen

Abgabe der Anklageschrift an Presse, Anonymisierung der Anklageschrift

Urteile des Bundesgerichts vom 19. und 26. März 2009 (1B_55/2009 und 1B_69/2009)

In diesen beiden Urteilen des Bundesgerichts wurden die Begehren von zwei Mitangeklagten aus dem Urteil des Bundesgerichts vom 26. März 2009 (1B_73/2009) behandelt, welche ebenfalls die Abgabe der Anklageschrift an die Presse vor Prozessbeginn verhindern wollen. Dies lehnte das Bundesgericht mit derselben Argumentation ab wie in 1B_73/2009, weswegen darauf verwiesen werden kann.

09-78

Einsichtsrecht in Unterlagen des Gemeinderates

Einsichtsrecht, Diskussionsprotokoll

Art. 11 Abs. 3, 12, Art. 27 ff. IG

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. November 2008 (VGE 100.2008.23315)

Der Gemeinderat von Schüpfen informierte über eine ausserordentliche Gemeindeversammlung, woraufhin X. ein Gesuch mit dem Begehren stellte, die im Mitteilungsblatt erwähnten drei juristischen Gutachten ihm zuzustellen. Dieses Gesuch lehnte die Gemeinde ab, worauf X. beim Regierungstatthalter vorstellig wurde, welcher die Gemeinde Schüpfen dazu anhielt, X. die Einsicht zu gewähren. Dagegen erhob die Gemeinde Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Nach dem Berner Verwaltungsgericht ist auf diesen Fall das Informationsgesetz (IG) anwendbar. Nach einer Auslegung nach grammatikalischen, teleologischen und systematischen Elementen kam das Berner Verwaltungsgericht zum Schluss, dass juristische Gutachten nicht unter Art. 11 Abs. 3 IG fallen, der bestimmt, dass Sitzungen des Gemeinderates und Diskussionsprotokolle nicht öffentlich sind. Weiter hält es fest, dass der in Art. 12 IG geregelte unbeschränkte Zugang nur für Unterlagen gelte, welche der Gemeinderat der Gemeindeversammlung tatsächlich vorgelegt habe. Hingegen richte sich das Einsichtsrecht in Unterlagen, die zwar für die Entscheidungsfindung der Gemeindeversammlung wesentlich sein können, dem Stimmbürger aber nicht vorgelegt wurden, nach Art. 27 ff. IG. Danach prüfte das Verwaltungsgericht Bern die Voraussetzungen nach Art. 27 ff. IG. Dabei kam es zum Schluss, dass eine Einsicht verweigert werden müsse, wenn die (künftige) Entscheidungsfindung des Gemeinderates wesentlich beeinträchtigt würde. Dies wurde in Bezug auf zwei Dokumente verneint, in Bezug auf ein drittes, welches laufende Verhandlungen betrifft, bejaht.

1.3 Radio- und Fernsehrecht

09-79

Zulässige Vorkehren gegen verweigerte Zahlung der Empfangsgebühren

Radio und Fernsehen; Gebührenpflicht; staatliche Zwangsmassnahmen; Versiegelung des Empfangsgerätes; Informationsfreiheit; Eigentumsgarantie

Art. 8 und 10 EMRK; Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK

Zulässigkeitsentscheid des EGMR (2. Kammer) vom 31.3.2009 (N° 33/04 «Faccio c. Italien»)

Das in Italien – wie in vielen anderen europäischen Staaten – praktizierte System der Pflicht zur Bezahlung von Gebühren für den Fernsehempfang verstösst nicht gegen die Freiheit des Empfangs von Informationen (Art. 10 EMRK). Die 2. Kammer des Gerichtshofs bezeichnete die Beschwerde eines italienischen Fernsehkonsumenten mehrheitlich als offensichtlich unbegründet, der sich nach eigener Darstellung keine Sendungen des öffentlich-rechtlichen Veranstalters RAI anschaut. Wegen seiner Weigerung zur Bezahlung der gesetzlich geschuldeten Empfangsgebühren versiegelte die zuständige Behörde seinen Fernsehapparat mit einem Nylonsack. Dieses Vorgehen beschränkte zwar den freien Zugang zu Informationen, das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und die Eigentumsgarantie (Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK). Die Voraussetzungen für die Beschränkung der erwähnten Menschenrechte waren aber gegeben. Die Massnahme war gesetzlich vorgesehen, diente dem legitimen Ziel des Kampfs gegen die Gebührenverweigerung und war auch verhältnismässig:

«La Cour estime que cette mesure, prévue par l'article 10 du décret-loi royal n° 246 du 21 février 1938, poursuit un but légitime: dissuader les individus du non-paiement d'un impôt ou, autrement dit, les dissuader de la résiliation de l'abonnement au service de télévision publique.

S'agissant de sa proportionnalité, la Cour, à l'instar du Gouvernement, estime que c'est à la lumière de la nature fiscale de la redevance audiovisuelle que celle-ci doit être analysée. La redevance constitue en effet un impôt destiné au financement du service public de radio-télédiffusion.

Aux yeux de la Cour, et tel qu'il ressort du libellé de l'article 1 du décret-loi royal n° 246 du 21 février 1938, indépendamment de la volonté du requérant de visionner les programmes transmis par les chaînes publiques, la simple possession de l'appareil télévisé entraîne son obligation de s'acquitter du paiement de l'impôt en question.

D'ailleurs, a contrario, un système qui permettrait de ne visionner que les chaînes privées sans payer la redevance, même en admettant qu'il soit techniquement réalisable, équivaldrait à dénuer l'impôt de sa nature même, à savoir, la contribution à un service de la communauté et non pas le prix payé par un individu en contrepartie de la réception d'une chaîne donnée.

Dans ce contexte, il est utile de rappeler que «la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant» (voir, mutatis mutandis, Ferrazzini c. Italie [GC], n° 44759/98, § 29, CEDH 2001 VII).

Compte tenu des considérations qui précèdent, ainsi que du montant raisonnable de l'impôt en question (qui s'élevait, à titre d'exemple, à 107,50 euros pour l'année 2009), la Cour estime que la mise sous scellés de l'appareil télévisé du requérant est une mesure proportionnée à l'objectif poursuivi par l'Etat.»

09-80

Zulassung zur Kurzberichterstattung

Radio und Fernsehen; Kurzberichterstattung; öffentliche Ereignisse; Eigentumsgarantie; Wirtschaftsfreiheit

Art. 93 Abs. 2 BV; Art. 72 RTVG; Art. 68 RTVV

Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2009 (2C_727/2008)

Die regionalen Privatfernsehsender dürfen für die Kurzberichterstattung weiterhin eigene Fussball- und Eishockeybeiträge produzieren, auch wenn die SRG die Exklusivrechte hat. Das Bundesgericht wies einen Rekurs der SRG gegen einen vorangegangenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ab.

Acht Privatsender wehrten sich erfolgreich gegen das Ansinnen der SRG, diesen nur noch die Produktion reiner Stimmungsbilder sowie allfälliger Interviews zu genehmigen und die Bilder vom Spiel selber zur Verfügung zu stellen. Das Bundesgericht stützt nun den Entscheid des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM), welches mit Verfügung vom 25. Oktober 2007 festhielt, dass die SRG den Beschwerdeführern den physischen Zugang zu Fussball- und Eishockeyspielen mit eigenen Bild- und Tonaufnahmegeräten inklusive Drehgenehmigungen für eigene Spielbilder unter dem Vorbehalt, dass die räumlichen und technischen Kapazitäten für diesen physical access gegeben sind, zu gewähren hat.

Das Gericht unterstreicht die wichtige Rolle der Informationstätigkeit von Radio und Fernsehen, indem trotz Exklusivrechten zumindest in den Grundzügen über alle öffentlichen Ereignisse nachrichtenmässig informiert wird, und hält fest, dass die vom BAKOM verfügte Prioritätenordnung (Veranstalter mit vertraglicher Vereinbarung mit SRG – Veranstalter mit umfassender Grundversorgung oder Leistungsauftrag, falls Heim- oder Auswärtsspiele von Mannschaften aus dem konzessionierten Verbreitungsgebiet dieser Veranstalter betroffen sind – übrige Veranstalter) nicht bundesrechtswidrig ist. Das Bundesgericht sieht das Kurzberichterstattungsrecht auch nicht eingeschränkt auf blosser Stimmungsbilder und allfällige Interviews bzw. «Sideline Stories» unter Ausschluss von Spielbildern: «Ziel des Kurzberichterstattungsrechts ist es, die nachrichtenmässige Aufarbeitung eines öffentlichen Ereignisses

derart zu gestatten, dass die verfassungsmässigen Vorgaben an das elektronische Mediensystem möglichst optimal umgesetzt werden (sachgerechte und vielfältige Berichterstattung). Eine eigenständige nachrichtenmässige Information bedingt im Rahmen der Programm- und Medienfreiheit die Möglichkeit, eigene Akzente setzen zu können und sich für die journalistische Aufarbeitung nicht mit der Auswahl und dem Schnitt der von der SRG/SSR gelieferten Bilder und gewisser Hintergrund- bzw. «Sideline-Geschichten» begnügen zu müssen, sondern auch einzelne Spielbilder für den lokalen Bezug produzieren zu dürfen, zumal «Sideline Stories» teilweise gar nicht sinnvoll vom Spielgeschehen abgetrennt werden können.»

Solange das Kurzberichterstattungsrecht nicht dazu dient, durch eine Aufzeichnung des ganzen Spiels (unter Umständen mit mehreren Kameras) die Exklusivrechte des Primärveranstalters zu unterlaufen und diese ihres Sinnes zu entleeren, hält die Verfügung des BAKOM auch vor der Eigentumsgarantie stand. Das Bundesgericht geht mit Hinweisen auf die Doktrin davon aus, dass zurzeit keine entsprechende Gefahr besteht. Weiter wird betont, dass es beim Kurzberichterstattungsrecht nicht um eine wirtschaftspolitische Massnahme zugunsten der regionalen Veranstalter geht, sondern um einen verfassungsrechtlichen Grundentscheid (vgl. Art. 93 Abs. 2 BV): «Es ist verfassungsrechtlich deshalb zulässig, Zweitveranstaltern im Rahmen der örtlichen und technischen Möglichkeiten unter Einhaltung der Vorgaben des BAKOM bzw. der entsprechenden Empfehlungen des Europarats auch die Aufnahme von einzelnen Spielszenen und nicht nur von «Sideline Stories» zu ermöglichen. Die entsprechende Massnahme ist geeignet und erforderlich, um die Medienvielfalt zu fördern und Monopolbestrebungen entgegenzuwirken. Die exklusive Rechtsposition der Beschwerdeführerin wird (...) dadurch nicht in ihrer Substanz berührt: Das Kurzberichterstattungsrecht beschränkt sich auf einen Beitrag von maximal drei Minuten, der erst nach Beendigung des Ereignisses ausgestrahlt werden darf, während die Beschwerdeführerin live und zeitlich unbeschränkt berichten kann, wobei ihr am Übertragungsort bezüglich ihrer Einrichtungen und Bedürfnisse Priorität zukommt. Der Kurzbericht darf nicht weitergegeben werden, und die gedrehten oder vom Primärveranstalter erhaltenen Spielbilder sind nach dessen Herstellung zu vernichten. Es liegt deshalb kein unverhältnismässiger Grundrechtseingriff vor, und Art. 72 RTVG 2006 muss nicht (verfassungskonform) dahin verstanden werden, dass im Rahmen des «Physical Access» keine Spielbilder produziert werden dürften.»

Schliesslich äussert sich das Bundesgericht zur finanziellen Abgeltung der Exklusivveranstalterin: «Richtig erscheint, dass die Kosten für das Exklusivrecht nicht auf den Zweitveranstalter abgewälzt werden dürfen. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum RTVG 2006 ausdrücklich festgehalten, dass «einzig die zusätzlichen Unkosten für die Überlassung des Signals (beispielsweise bezüglich Material und Personal), nicht hingegen eine Entschädigung für allfällige Exklusivrechte» geschuldet seien. Dies entspricht der Empfehlung Nr. R (91) 5 des Europarats, wonach «jedenfalls [...] vom Sekundärveranstalter keine finanzielle Beteiligung an den Kosten der Fernsehrechte» soll verlangt werden können (Grundsatz 4 «Finanzielle Bedingungen»). (...) Soweit der Ordnungsgeber von «zusätzlichen Kosten», die aus der Überlassung der Aufzeichnungen entstehen,

spricht, ist der Begriff deshalb verfassungskonform in dem Sinn zu verstehen, dass er zwar kein Abgelt für die Exklusivrechte, jedoch auch nicht nur die im Einzelfall jeweils detailliert auszuweisenden, unmittelbar mit der Überlassung des Signals verbundenen Aufwendungen, sondern im Rahmen einer Pauschalisierung auch die mit der Gewährung des Kurzberichterstattungsrechts verbundenen allgemeinen Kosten erfassen darf. Hierzu gehört auch, dass die Vorleistungen des Erstveranstalters durch die Kurzberichterstattung eine gewisse Entwertung erfahren. Ziel der Kostenregelung beim «Signal Access» ist es nämlich, im Rahmen eines fairen Interessenausgleichs (vgl. Ziff. 6 und 7 des erläuternden Memorandums in der Empfehlung Nr. R [91] 5 zur Kurzberichterstattung) zu verhindern, dass über die Höhe der Abgabe (neue) tarifarische Zugangsbeschränkungen geschaffen werden, nicht Zweitveranstalter allenfalls (praktisch) unentgeltlich und damit wettbewerbsverzerrend von wirtschaftlichen Vorleistungen des Exklusivberechtigten profitieren zu lassen.» Der von der SRG vorgesehene Ansatz von Fr. 300.– bis zu drei Minuten (bzw. Fr. 100.– bis 30 Sekunden) pro Ereignis erweist sich nach Ansicht des Bundesgerichts nicht unbedingt als unangemessen, wie die Vorinstanzen angenommen haben.

Anmerkungen Das Kurzberichterstattungsrecht bei öffentlichen Ereignissen war schon im RTVG von 1991 – wenn auch in restriktiverer Form – enthalten. Das aktuelle Gesetz regelt zusammen mit der Verordnung die Modalitäten der Ausübung detailliert und beantwortet viele Fragen, welche die vorherige Rechtsordnung offengelassen hatte.

Im vorliegenden Streitfall war nicht das «ob» zu beurteilen, sondern das «wie»: Wie darf der Sekundärveranstalter das Kurzberichterstattungsrecht ausüben? Darf er nur Stimmungsbilder und Interviews, wie es die SRG verlangte, oder darf er auch Aufnahmen vom Ereignis selber produzieren? Das Gesetz spricht in Art. 72 Abs. 1 RTVG von «mediengerechter Kurzberichterstattung», und die Verordnung beschränkt in Art. 68 Abs. 1 RTVV die Dauer der Kurzberichterstattung auf maximal drei Minuten. Das Bundesgericht und zuvor schon das BAKOM und das Bundesverwaltungsgericht gehen richtigerweise davon aus, dass sich der Sekundärveranstalter nicht mit «Sideline-Geschichten» und Interviews am Spielfeldrand begnügen muss. Eine vielfältige und sachgerechte Berichterstattung in den elektronischen Medien, wie es Art. 93 Abs. 2 BV verlangt, kann nur mit eigenständigen Nachrichten mit der Möglichkeit, eigene Akzente in der Berichterstattung zu setzen, erreicht werden. Es genügt nicht, wenn der Sekundärveranstalter lediglich die ihm vom Primärveranstalter zur Verfügung gestellten Bilder journalistisch aufbereiten kann.

Solange der Sekundärveranstalter die Exklusivrechte des Primärveranstalters nicht unterläuft, dürften aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken gegen die Aufnahme von Ereignisbildern durch den Sekundärveranstalter bestehen. Die zeitliche Beschränkung von drei Minuten pro Ereignis beschränkt die «Handlungsfähigkeit» des Sekundärveranstalters sowieso. Problematisch dürften höchstens Übertragungen von Kurz- resp. Kürzestereignissen (z.B. ein 100-m-Lauf) sein. In solchen Fällen sollte sich das Kurzberichterstattungsrecht auf maximal einen Teil der Gesamtdauer beschränken.

Dr. Oliver Sidler, Zug

09-81

Beitrag über LSD verletzte Sachgerechtigkeitsgebot und Jugendschutz nicht

Sachgerechtigkeitsgebot; programmrechtlicher Jugendschutz

Art. 4 Abs. 2, 5 RTVG

Entscheid der UBI vom 22. August 2008 (b.585)

Die UBI lehnte eine Beschwerde gegen einen Tagesschau-Beitrag über LSD ab, da weder ein Verstoss gegen das Sachgerechtigkeitsgebot noch gegen den programmrechtlichen Jugendschutz festgestellt wurde.

Die UBI hatte eine Beschwerde zu beurteilen, die sich gegen einen Beitrag über LSD in der Tagesschau auf SF1 richtete. In diesem Beitrag wurde vor allem die mögliche Verwendung von LSD als Arzneimittel thematisiert. Der Beschwerdeführer machte eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 RTVG (Sachgerechtigkeitsgebot) und Art. 5 RTVG (programmrechtlicher Jugendschutz) geltend.

Bei der Prüfung des Sachgerechtigkeitsgebots erwähnte die UBI zuerst, dass sowohl in der Anmoderation als auch im anschliessenden Filmbericht erwähnt wurde, dass es sich bei LSD um eine Droge handle, die 1966 verboten wurde. Ebenso sei im Beitrag deutlich geworden, dass es sich bei diesem Halluzinogen um eine an sich verbotene und nicht zum Konsum bestimmte Substanz mit Schädigungspotenzial handle, weswegen es nicht zwingend erforderlich gewesen sei, auch noch explizit eine warnende Stimme zu Wort kommen zu lassen. Zwar sei im Filmbericht teilweise nicht klar zwischen LSD als Droge und LSD als Arzneimittel unterschieden worden, jedoch seien dies Mängel, die zwar den Informationsgehalt beschränken, jedoch die Meinung des Publikums nicht grundsätzlich beeinträchtigen und deswegen als Fehler in Nebenpunkten bzw. redaktionelle Unvollkommenheiten angesehen werden können. Weiter gebe der Beitrag die wesentlichen Fakten im Zusammenhang mit LSD korrekt wieder, und es sei für das Publikum ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass aufgrund der Diskussion über die Verwendung von LSD als Arzneimittel nur Personen zu Wort gekommen seien, welche LSD nach wie vor ein Potenzial zubilligen und darin nicht ausschliesslich eine gefährliche Droge sehen. Aus diesen Gründen wurde eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots nach Art. 4 Abs. 2 RTVG von der UBI verneint. Den programmrechtlichen Jugendschutz (Art. 5 RTVG) sah die UBI auch nicht als verletzt an, da sich die «Tagesschau» weder durch Form noch Inhalt an Jugendliche richte und der Beitrag keinerlei Anreize an die Jugendlichen aussende, LSD oder vergleichbare Drogen zu konsumieren. Dabei werde LSD klar als verbotene Droge deklariert und der Konsum nicht verharmlöst.

09-82

Sendung über Hanfinitiative versties nicht gegen Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot; Programmautonomie

Art. 4 Abs. 2 und 4, 6 Abs. 2 RTVG

Entscheid der UBI vom 22. August 2008 (b.583)

Die Beschwerde gegen einen Beitrag über die Hanfinitiative wurde von der UBI abgelehnt, da die Voraussetzungen für eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots fehlten und für eine Verletzung des Vielfaltsgebots eine Zeitraumbeschwerde hätte vorliegen müssen.

Gegen einen Beitrag in der Sendung «10 vor 10» über die Hanfinitiative, der anlässlich der Beratung der Volksinitiative im Ständerat gesendet wurde, ging eine Beschwerde bei der UBI ein. Dem Beitrag wurde eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 RTVG (Vielfaltsgebot und Sachgerechtigkeitsgebot) vorgeworfen, da er einseitig und unausgewogen gewesen sei und massiv für die Hanfinitiative geworben habe.

Weil der Beschwerdeführer nur einen einzelnen Beitrag von «10 vor 10» über die Hanfinitiative rügte und nicht alle Sendungen zur Hanfinitiative bzw. Drogenpolitik des Schweizer Fernsehens, lehnte die UBI eine Verletzung des Vielfaltsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) ab. Für eine Verletzung des Vielfaltsgebots brauche es eine Zeitraumbeschwerde, welche auf das Programm als Ganzes ziele und nicht auf einen einzelnen Beitrag. Bei der Prüfung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 4 RTVG) führte die UBI aus, dass die bei einer Abstimmungssendung erforderlichen erhöhten journalistischen Sorgfaltspflichten hier nicht zur Anwendung kämen, da der Beitrag nicht in einer für die Meinungsbildung sensiblen Zeit ausgestrahlt wurde, sondern über acht Monate vor dem Abstimmungstermin. Weiter kam die UBI zum Schluss, dass das Publikum durchaus in der Lage war, sich eine eigene Meinung zu bilden, da die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, die Probleme beim Vollzug, die vergeblichen Schritte zu einer Revision des Betäubungsmittelgesetzes sowie die unterschiedlichen Haltungen von National- und Ständerat aufgezeigt wurden. Ebenso sei es dem Publikum ohne Weiteres möglich gewesen, zwischen Fakten und Meinungsäusserungen zu unterscheiden. Zwar hätte es der besseren Verständlichkeit gedient, wenn ein Verfasser der nationalrätlichen Mehrheitsmeinung im beanstandeten Beitrag zu Wort gekommen wäre, was aber als ein Mangel in einem Nebenpunkt angesehen werden könne und nicht geeignet gewesen sei, die Meinungsbildung des Publikums zu diesem Thema wesentlich zu beeinträchtigen. Aufgrund dieser Argumente und unter Einbezug der Programmautonomie nach Art. 6 Abs. 2 RTVG beurteilte die UBI das Sachgerechtigkeitsgebot als eingehalten.

09-83

Rundschau-Beitrag über Pflegeplatzierung verletzte Sachgerechtigkeitsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 und 4 RTVG

Entscheid der UBI vom 17. Oktober 2008 (b.586; nicht rechtskräftig)

Die UBI kam bei der Prüfung eines Rundschau-Beitrags über eine Pflegeplatzierung zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 und 4 RTVG verletzt wurde, weil teilweise Fakten nicht vermittelt wurden, der Beitrag tendenziös gestaltet war und der Standpunkt des Beschwerdeführers ungenügend dargestellt wurde.

In der Sendung Rundschau auf SF1 wurden im Beitrag «Skandal um Pflegekind» die Ergebnisse einer aufsichtsrechtlichen Voruntersuchung der zuständigen Kammer für Vormundchaftswesen des Obergerichts des Kantons Aargau thematisiert. Dabei ging es um zwei Pflegeplatzierungen eines Kindes. Gegen diesen Beitrag erhob der Präsident der Kammer für Vormundchaftswesen Beschwerde und rügte, diese Ausstrahlung habe gegen das Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 Abs. 2 und 4 RTVG verstossen.

Die UBI hatte im Zusammenhang mit dem Sachgerechtigkeitsgebot zu prüfen, ob dem Publikum aufgrund der im Beitrag vermittelten Fakten und Meinungen ein möglichst zuverlässiges Bild über den Sachverhalt vermittelt wurde, sodass sich dieses eine eigene Meinung bilden konnte. Zuerst hielt die UBI fest, dass es sich hierbei um einen Bericht im Stile des anwaltlichen Journalismus handle, bei dem für eine Seite Partei ergriffen werde und dabei schwerwiegende Vorwürfe gegen Personen, Behörden oder Unternehmen erhoben werden. Für solche Sendungen würden qualifizierte Anforderungen bezüglich der Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflichten gelten, d.h. es sei eine sorgfältige Recherche angezeigt und der Standpunkt des Angegriffenen sei in geeigneter Weise darzustellen, was aber nicht heisse, dass alle Sichtweisen qualitativ und quantitativ gleichwertig dargestellt werden müssen. Der Beschwerdeführer habe zwar im Beitrag zu zentralen Kritikpunkten Stellung nehmen können und äusserte sich zum Verfahren – besonders dazu, warum das Kind während der Untersuchungen nicht angehört wurde – und zur Kritik am Untersuchungsergebnis. Jedoch habe er keine Gelegenheit zur Replik gegen die schwerwiegende Kritik der Vertreterin der Kinderaktion Schweiz erhalten, welche die Vorwürfe äusserte, angesichts der Kinderkonvention sei es stossend gewesen, das Kind nicht anzuhören und die Kindermutter wegen des Einbezugs der Medien zu kritisieren. Zwar habe sich der Beschwerdeführer bemüht, den Gegenstand des aufsichtsrechtlichen Vorverfahrens darzulegen, seine Hauptaussage, dass lediglich die zur Zeit der Pflegeplatzierung (1996–1999) vorliegenden Erkenntnisse relevant waren, wurden jedoch im Bericht konsequent ignoriert. Dadurch sei für das juristisch nicht geschulte Publikum die zentrale Bedeutung dieser Unterscheidung für die aufsichtsrechtliche Abklärung nicht ausreichend zum Aus-

druck gekommen, wobei es die Redaktion unterlassen habe, mittels einer Bemerkung oder Frage diese Diskrepanz aufzulösen. Weiter seien die Aussagen des Beschwerdeführers reichlich kompliziert und deswegen inhaltlich schwer zu verstehen gewesen, was zwar nicht der Veranstalterin angelastet werden könne, jedoch müsse im Lichte des Sachgerechtigkeitsgebots die kritisierte Person mit ihren besten Argumenten für das Publikum erkennbar sein und dürfe nicht bloss pro forma zur Stellungnahme eingeladen werden. Ihr Standpunkt müsse so präsentiert werden, dass ihre Aussagen für die Zuschauer zumindest nachvollziehbar oder in ihrer Logik erkennbar seien. Beim Publikum entstehe durch den Beitrag der Eindruck, dass der Beschwerdeführer grundlos sehr distanziert und formaljuristisch gehandelt habe, wobei auch über den Gegenstand und Umfang der aufsichtsrechtlichen Abklärungen nicht klar informiert worden sei. Weiter habe es die Redaktion unterlassen, auf die Verantwortlichkeiten für die Pflegeplatzierung, die teilweise auch ausserkantonale Behörden betreffe, hinzuweisen. Auch eine Intervention des Beistandes bei der ersten Pflegemutter und den Grund, warum der Beschwerdeführer den Gang der Mutter an die Medien kritisierte (Kompromittierung des Kindes) habe die Redaktion nicht erwähnt. Dies würden zwar einzeln gesehen Nebenpunkte darstellen, müssen jedoch auch in die Gesamtbetrachtung einfließen. Ebenso fokussiere sich die Rundschau darauf zu beweisen, dass die beiden Pflegemütter zur fraglichen Zeit als Sexarbeiterinnen tätig waren, ohne kritisch und unvoreingenommen zu hinterfragen, ob das Kindeswohl an den Pflegeplätzen jederzeit gewährleistet war, wie es von der aufsichtsrechtlichen Untersuchung behauptet wurde. Ebenso fehlten nach Meinung der UBI im Beitrag sachdienliche Informationen zum Befinden des Kindes und zur Gewährleistung seines Schutzes zur fraglichen Zeit, was dem Publikum erlaubt hätte, die Ergebnisse der aufsichtsrechtlichen Untersuchung zu beurteilen. Aufgrund dessen, dass die These zum Skandal bei der Pflegeplatzierung nicht ernsthaft hinterfragt wurde, seien auch die journalistischen Sorgfaltspflichten der Unvoreingenommenheit, der fairen Anhörung und der Transparenz von Fakten missachtet worden. Zusammenfassend wurde die Beschwerde gutgeheissen, und die UBI kam zu folgendem Schluss: «Aufgrund der fehlenden Vermittlung von Fakten hinsichtlich der Frage der Gewährleistung des Kindeswohls, der tendenziösen Gestaltung und der ungenügenden Darstellung des Standpunktes des Beschwerdeführers konnte sich das Publikum insgesamt keine freie Meinung zu den Ergebnissen der aufsichtsrechtlichen Voruntersuchung bilden.»

Anmerkungen Der Gutheissungsentscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) ist streng, aber im Ergebnis vertretbar. Für die UBI war ausschlaggebend, dass der Rundschau-Beitrag Differenzierungen unterliess, die für eine unabhängige Meinungsbildung des Publikums unerlässlich gewesen wären. Im fraglichen Beitrag, der im Stile des anwaltlichen Journalismus gestaltet ist, stellten sich die Rundschau-Journalisten in den Dienst der These, dass die Vormundschaftsbehörde seinerzeit auf «skandalöse» Weise eine Prostituierte als Pflegemutter eingesetzt und das Obergericht diesen Entscheid geschützt habe, ohne zuvor das Pflegekind angehört zu haben.

Gestaltungsmerkmal des anwaltlichen Journalismus ist, dass die Journalisten ihre übliche Rolle als neutrale Berichtersteratter verlassen und Partei ergreifen oder anklagen. Nach geltender Praxis von Bundesgericht und UBI ist anwaltlicher Journalismus nicht verboten, sofern er bestimmte Voraussetzungen erfüllt, welche die mit dieser Methode verbundene Parteilichkeit zumindest teilweise ausgleichen sollen. Dazu gehören die Erkennbarkeit des anwaltlichen Stils und – im Falle eines erheblichen materiellen oder immateriellen Schadensrisikos für die Betroffenen – eine erhöhte Sorgfalt bei der journalistischen Recherche und Präsentation, die sich auch auf Details der Anklage erstrecken muss (BGE 131 II 253 E. 2.2 [«Rentenmissbrauch»] sowie Urteil des BGer 2A.41/2005 vom 22.8.2005 [«Kunstfehler»]). Zu berücksichtigen ist ferner das in einem bestimmten Themenbereich bestehende Vorwissen des Publikums. Diese Grundsätze haben auch im Bereich der Justizkritik zu gelten. Es gehört zur Rolle des Rundfunks als «public watchdog», auf Missstände im Justizbereich hinzuweisen. Das heisst aber nicht, dass er diesbezüglich den Anforderungen des Sachgerechtigkeitsgebots entbunden wäre. Grössere Zurückhaltung ist bei Berichten über laufende Verfahren geboten, und von einer personifizierenden Richterschele ist grundsätzlich abzusehen.

Der Fall unterscheidet sich von dem in VPB 1995 Nr. 67 publizierten Entscheid b.280, wo die UBI eine Programmrechtsverletzung in einer Radiosendung feststellte, die haltlose Vorwürfe an eine Vormundschaftsbehörde im Zusammenhang einer Heimeinweisung richtete. In jenem Fall verzichtete die Vormundschaftsbehörde aus Gründen des Amtsgeheimnisses auf eine Mitwirkung in der Sendung, ohne dass der Veranstalter die Gründe für das Schweigen dem Publikum erklärte. Im vorliegenden Fall kam der Präsident der Kammer für Vormundschaftswesen des aargauischen Obergerichts zu Wort. Die UBI findet jedoch, dass er seinen Standpunkt dem Publikum nicht mit seinen besten Argumenten erklären konnte. Vor allem habe der Beitrag zu wenig klar gemacht, dass es im Verfahren vor dem Obergericht nicht darum ging, das durch die Vormundschaftsbehörde in den Jahren 1996–1999 durchgeführte Verfahren betreffend Kinderschutzmassnahmen neu aufzurollen. Wenn das Vorwissen des juristisch nicht geschulten Publikums zum Mass genommen wird, ist dieser Schluss nachvollziehbar. Tatsächlich konnte beim Publikum der unzutreffende Eindruck entstehen, das Obergericht hätte aus heutiger Sicht und durch Befragung des Mündels überprüfen müssen, ob die erste Pflegemutter damals tatsächlich als Prostituierte arbeitete. Richtig ist jedoch, dass das Obergericht im Rahmen der vormundschaftlichen Voruntersuchung lediglich prüfen musste, ob die Vormundschaftsbehörde in den Jahren 1996–1999 ihre gesetzlich vorgeschriebenen Pflichten zum Schutz des Kindeswohls erfüllte. Damit unterliess der Beitrag eine Differenzierung zur Prüfungszuständigkeit der kritisierten Behörden, die für das Publikum notwendig gewesen wäre, um sich zum Vorwurf, dass die Justiz im Kanton Aargau fehlerhaft gearbeitet habe, eine freie Meinung bilden zu können.

Die UBI bestreitet zu Recht nicht, dass der anwaltliche Stil für das Publikum transparent war. Indessen wirft sie der Sendung vor, dass das Pflegekind als konkret betroffene Person mit Gefühlen auftrat, während der Kammerpräsident als nüchtern und distanziert argumentierender Jurist erschien. Nach der Visionierung des Beitrags kann ich mich dieser Kritik nicht anschliessen. Dass die einen Äusserungen eher an das Herz appellierten als die anderen, ist direkt eine Folge davon, dass die Rundschau-Journalisten die Sicht des Mün-

dels und seiner heutigen Pflegemutter übernahmen und ist für das Publikum als Gestaltungselement des anwaltlichen Journalismus erkennbar. Die SRG hat den Fall an das Bundesgericht weitergezogen.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

09-84

Couverture des élections par les radiodiffuseurs

Principe d'égalité des chances entre les partis

Art. 4 al. 4 LRTV

Autorité indépendante de plaintes en matière de radiotélévision, 4 juillet 2008 (b.578)

En prévision des élections fédérales d'octobre 2007, le Télévision et la Radio suisses romandes ont établi des directives conjointes quant à la couverture des élections. Ces directives distinguaient entre l'accès aux émissions électorales (*Face aux partis*) ainsi qu'aux grands débats, et l'accès aux simples émissions de présentation (*Face aux petits partis*). La première catégorie de programmes était réservée aux représentants des partis importants, leur donnant la parole à une heure de grande écoute. En revanche, les mouvements politiques mineurs entraient dans la seconde catégorie et ne se voyaient octroyer qu'un bref entretien respectivement à la télévision après les informations de midi, et à la radio au terme du journal de 17h00.

Pour départager concrètement les formations politiques, les directives prévoyaient que la première catégorie regroupait les mouvements et partis possédant au moins un élu aux Chambres fédérales et présentant au moins une liste avec des candidats francophones dans deux cantons romands. Reste que les partis qui n'étaient actifs que dans un seul canton pouvaient néanmoins bénéficier d'une large médiatisation, s'ils pouvaient se prévaloir d'une députation suffisamment nombreuse au parlement local.

En application de ces directives, le parti des Démocrates Suisses n'a pas été admis aux émissions électorales et aux débats, devant se contenter d'une apparition dans le cadre des émissions *Face aux petits partis*. Et ce, au motif qu'ils ne présentaient qu'un seul et unique candidat francophone sur la liste du canton de Berne, lors même qu'ils avaient également déposé une liste dans le canton de Vaud.

Estimant que le temps d'antenne réduit que leur avait accordé la SSR violait le principe d'égalité des chances entre les partis (art. 4 al. 4 LRTV), les Démocrates Suisses ont saisi l'Autorité indépendante de plaintes radio-tv. En vain, car la majorité de ses membres a refusé de leur donner raison. S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'instance de surveillance des programmes a rappelé «que le diffuseur n'est pas tenu de traiter les partis et candidats d'une manière absolument identique, en ignorant le degré d'intérêt présumé à leur égard». Et l'AIEP de souligner que «dans ces conditions, il n'apparaît pas

inadmissible que des émissions électorales accordent une place plus importante aux partis ou candidats sur lesquels se concentre le débat politique qu'à des partis ou candidats présumés moins significatifs.»

Cela dit, l'AIEP devait conclure en déplorant que les directives de la SSR aient posé des critères d'une complexité telle qu'elles ont conduit à des résultats discutables: si les Démocrates Suisses, pourtant présents sur la scène nationale, ont dû se contenter d'une couverture minimale, le Mouvement des Citoyens Genevois, qui ne se présentait que dans le canton de Genève, a quant à lui bénéficié d'un large temps d'antenne, qui plus est à une heure de grande écoute, du seul fait de sa forte députation au Grand Conseil.

Commentaire Juridiquement, cette décision de l'AIEP s'inscrit dans la droite ligne du *leading case* en matière de couverture des élections par les radiodiffuseurs qu'est l'arrêt Tamborini (ATF 125 II 497, Medialex 2000 p. 497); un arrêt malheureux qui affaiblit le principe, pourtant cardinal en démocratie, de l'égalité des chances entre les partis et les candidats en faisant dépendre la visibilité accordée de la seule force des formations politiques. Un critère qui conduit à privilégier celles qui tiennent le devant de la scène au détriment des nouveaux-venus ou des partis d'importance moindre: ceux-ci peuvent se voir privés de tout accès aux débats électoraux ou relégués à des heures de faible audience.

L'AIEP aurait pu remettre en question cette jurisprudence critiquable (et critiquée en doctrine), ce d'autant que le Tribunal fédéral lui-même n'en semblait pas entièrement satisfait; n'avait-il pas concédé à la fin de son arrêt (considérant 3) qu'elle se justifiait plus pour les élections à l'exécutif qu'au législatif, ou encore que «les candidats évincés des débats devraient au moins avoir droit à une compensation dans le cadre d'autres émissions électorales»?

Il n'en fut rien. L'AIEP non seulement s'est retranchée derrière la conception relative de l'égalité des chances consacrée par le Tribunal fédéral, mais encore a fait sienne sa rhétorique empreinte de doutes, pour ne pas dire de remords: ici l'AIEP dit des directives de la SSR qu'elles «ne sont pas des plus judicieuses», là que les critères posés «ne sont pas des plus heureux», ailleurs «qu'il aurait été préférable de répartir les candidats selon des critères plus simples», ailleurs encore qu'il est «discutable» que le MCG ait bénéficié d'un traitement plus favorable que les Démocrates Suisses. Enfin, l'AIEP avoue qu'il est «problématique» que les Démocrates Suisses n'aient pas pu participer au *Grand Débat* de la Télévision Suisse romande et, partant, bénéficié de la «compensation» voulue par le Tribunal fédéral.

Une foule de remontrances qui donnent l'impression que l'AIEP cherche à se faire pardonner son extrême rigueur. En vain, car la décision de l'AIEP demeure une prime à l'establishment politique. Et à l'establishment audiovisuel: puisque que comme dans l'arrêt Tamborini, la SSR s'en tire avec grâce plus que des égratignures.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

09-85

Gewerbliche Radio- und Fernsehempfangsgebühren für vermietete Ferienwohnungen

Radio- und Fernsehempfangsgebühr, Legalitätsprinzip, Äquivalenzprinzip, Rechtsgleichheit, Wirtschaftsfreiheit

Art. 8, 27, 94, 190 BV; Art. 68 und 70 Abs. 2 RTVG; Art. 55 aRTVG; Art. 42 aRTVV

Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. April 2009 (A-3932/2008)

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil vom 7. April 2009 fest, «(...) dass nach altem Recht der Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen als «gewerblich» und nach neuem Recht als «kommerziell» zu gelten hat, wenn eine Ferienwohnung gegen Entgelt vermietet wird.»

X. meldete für seine Ferienwohnung Radio- und Fernsehempfang für die Zukunft und rückwirkend für fünf Jahre an, wobei er angab, dass er die Ferienwohnung jeweils von Mitte Juli bis Mitte September und von Anfang Januar bis Mitte April vermietete. Daraufhin verfügte die Billag AG die Empfangsgebühren für gewerblichen Radio- und Fernsehempfang für jeweils fünf Monate pro Jahr. Gegen diese Verfügung erhob X. erfolglos Beschwerde beim BAKOM, worauf er den Entscheid ans Bundesverwaltungsgericht weiterzog.

Zuerst betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass für die Vergangenheit das alte Recht anwendbar sei, im Hinblick auf Gegenwart und Zukunft jedoch das neue Recht beachtet werden müsse. Der Beschwerdeführer rügte, dass das Legalitätsprinzip verletzt sei, da nicht alle notwendigen Elemente auf Gesetzesstufe geregelt würden. Bei der Prüfung unterschied das Bundesverwaltungsgericht zwischen altem und neuem Recht, wobei sowohl im alten Recht (Art. 55 aRTVG) als auch im neuen Recht (Art. 68 RTVG) der Gegenstand und Kreis der Abgabepflichtigen im Gesetz geregelt werden und so dem Legalitätsprinzip genügen. Jedoch sei weder im alten noch im neuen Recht ein Berechnungsmodus oder Abgaberahmen auf Gesetzesstufe geregelt. Dieses Problem könne jedoch nur im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung beachtet werden, da Bundesgesetze aufgrund von Art. 190 BV verbindlich seien. Zum Äquivalenzprinzip, welches nach Meinung des Beschwerdeführers verletzt sein sollte, äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht dahingehend, dass sicher kein offensichtliches Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung bestehen könne, da das Bundesgericht eine etwas niedrigere Gebühr als heute in einem Urteil von 1995 als verhältnismässig angesehen habe. Der Einwand des Beschwerdeführers, die Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung (Art. 8 BV) sei verletzt worden, da der Betreiber eines Hotels gleich hohe Gebühren bezahlen müsse wie der Vermieter einer Ferienwohnung, liess das Bundesverwaltungsgericht nicht gelten, da hier nicht eine geringere Gebühr für den Ferienwohnungsbesitzer festgelegt werden müsste, sondern die Verordnung für den Hotelbetreiber eine höhere Gebühr festzulegen hätte, wofür der Beschwerdeführer jedoch kein schutzwürdiges Interesse habe. Weiter hatte das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «gewerblich» bzw. «kom-

merziell» auszulegen, da der Beschwerdeführer bestritt, dass der Fernseh- und Radioempfang in einer Wohnung, welche an Dritte vermietet wird, als «gewerblich» bzw. «kommerziell» zu qualifizieren sei. Dabei begann das Bundesverwaltungsgericht mit dem grammatikalischen Auslegungselement und legte Art. 42 aRTVV bzw. Art. 70 Abs. 2 RTVG so aus, dass Gäste, welche gegen Entgelt eine Ferienwohnung mieten, nicht zum familiären Bereich gehören, sondern zum gewerblichen. Aus dem systematischen Element leitete es ab, dass ein Empfang von Radio oder Fernsehen immer «privat» oder «gewerblich» sein müsse. Als Folge einer Kombination von teleologischer und zeitgemässer Auslegung führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass der Sinn einer Unterscheidung von privatem und gewerblichem Empfang gerade darin liege, dass der gewerbliche Empfang mehr wert sei, weil er eine wirtschaftliche Bedeutung habe und die Qualität des Angebots der Ferienwohnung gesteigert werde. Auch wenn bei diesem Geschäft kein Gewinn erzielt werde, sei es «(...) gerechtfertigt, den Empfang in einer Ferienwohnung als «gewerblich» zu qualifizieren, sobald die Ferienwohnung gegen Entgelt vermietet wird.» Eine Verletzung der Rechtsgleichheit sah das Bundesverwaltungsgericht nicht als gegeben an. Ebenso wurde die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) nicht als verletzt angesehen, da weder der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt werde noch grundsatzwidrige Eingriffe stattfänden, weil sich die Erhebung einer gewerblichen bzw. kommerziellen Radio- und Fernsehgebühr nicht gegen den Wettbewerb richte, sondern dem Finanzbedarf der SRG diene.

1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen

09-86

Elektronische Datenträger trotz Unterlassung von Siegelung als Beweismittel verwertbar

Siegelung; Entsiegelung; elektronische Datenträger

Art. 143 Abs. 2 StrV/BE

Urteil des Bundesgerichts vom 26. Februar 2009
(1B_241/2008)

Das Bundesgericht befand, dass elektronische Datenträger hätten versiegelt werden müssen, liess sie jedoch trotzdem zum Beweis zu, da der Beweis auch auf gesetzeskonformem Weg hätte erhoben werden können und keine überwiegenden Geheimhaltungs-, Persönlichkeitsschutz und Verhältnismässigkeitsinteressen entgegenstanden.

Die Berner Strafjustizbehörden führten eine Strafuntersuchung gegen Unbekannt, da von einer bestimmten IP-Adresse kinderpornografisches Material heruntergeladen wurde. Bei einer Hausdurchsuchung im Rahmen der Ermittlungen wurden diverse elektronische Datenträger beschlagnahmt, deren Siegelung vom Betroffenen X. verlangt wurde. Der Unter-

suchungsrichter beantragte daraufhin die förmliche «Entsiegelung», die von der Anklagekammer genehmigt wurde. Dagegen erhob X. Beschwerde beim Bundesgericht und verlangte die Aufhebung dieses Entscheides und die Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände. Weiter sei zu erkennen, «(...) dass durch das Unterlassen der faktischen Versiegelung der beschlagnahmten Sachen und Papiere grundlegende Verfahrensrechte des Beschwerdeführers verletzt wurden.»

Das Bundesgericht führte aus, dass elektronische Daten bzw. Datenträger, gleich wie Schriftträger, zu versiegeln sind, wenn der Inhaber Beschwerde erhebt (Art. 143 Abs. 2 StrV/BE). Dabei sei der Sinn und Zweck einer Siegelung, dass die Ermittlungs- und Untersuchungsbehörde keine Kenntnis von den fraglichen Beweisgegenständen erhalten könne, solange nicht über die Zulässigkeit der Verwertung der beschlagnahmten Gegenstände entschieden wurde. Im vorliegenden Fall sei keine physische Siegelung erfolgt, und eine Sistierung des Auftrags an die Fachgruppe der Polizei, welche die Daten auswerten sollte, genüge nicht, um eine unzulässige bzw. verfrühte Einsichtnahme der Untersuchungs- und Ermittlungsbehörden zu verhindern. Somit stehe die Verweigerung der beantragten Siegelung im klaren Widerspruch zum kantonalen Strafverfahrensrecht, und die Beschwerde sei teilweise gutzuheissen. Weiter hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob das beschlagnahmte Beweismaterial trotz der unterlassenen Siegelung verwendet werden könne. In der Regel seien Beweismittel, die unter Verletzung strafprozessualer Vorschriften erhoben wurden, nicht verwertbar, bestünden jedoch nur formelle Fehler, könnten gestützt auf eine Interessenabwägung Ausnahmen zulässig sein. Bei dieser Abwägung kam das Bundesgericht zum Schluss, die hier sichergestellten elektronischen Datenträger hätten auch auf gesetzeskonformem Weg erhoben werden können, es bestehe kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse, und weder das Gebot von Verhältnismässigkeit noch Persönlichkeitsschutz stehe der Verwertung der erhobenen Beweise entgegen. Somit könnten die erhobenen Beweise zur Durchsuchung freigegeben werden. Auch möge der Einwand, dass bei einer blossen IP-Adresse mögliche Fehler nicht ganz ausgeschlossen seien, den Anfangsverdacht für strafbare Pornografie nicht entkräften und die erfolgten Zwangsmassnahmen nicht als unverhältnismässig erscheinen lassen.

3. Strafrecht

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit

09-87

Träufeln von Kerzenwachs auf Frauenkörper ist Pornografie

Pornografie

Art. 197 Ziff. 3^{bis} Abs. 1 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2008
(6B_875/2008)

X. wurde vom Obergericht des Kantons Zürich wegen Pornografie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} Abs. 1 StGB verurteilt. Dagegen erhob er Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass eine Szene in einem Videofilm, in der eine bekleidete Frau einer anderen auf dem Boden liegenden, an Armen und Beinen gefesselten und nackten Frau wiederholt heissen Kerzenwachs auf die Brüste und den Rumpf träufelte, gegen Art. 197 Ziff. 3^{bis} Abs. 1 StGB (Pornografie) verstösst. Dabei handle es sich um eine Darstellung erniedrigender Gewalt, wobei die Erniedrigung der Frau in ihrer Degradierung zum ohne Weiteres verfügbaren (gefesselten) Sexualobjekt liege sowie in der Verharmlosung von Gewalt an einem solchen Sexualobjekt mit der Andeutung, dass Gewalt das Lustempfinden steigern und so die Bereitschaft beim Betrachter erhöhen könne, ebenfalls Gewalt beim Sex anzuwenden.

4. Privatrecht

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz

09-88

Beschwerde wegen Verfahrensverzögerung für gegenstandslos erklärt

Verfahrensverzögerung

Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2008
(5A_487/2008)

In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht eine «zivilrechtliche Beschwerde» des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) gegen das Obergericht des Kantons Aargau wegen Verfahrensverzögerung zu beurteilen. Das Bundesgericht trat darauf nicht ein bzw. erklärte die Beschwerde für gegenstandslos, da die Rechtsmittelfrist für zwei Verfahren abgelaufen war und die dritte Beschwerde vom Obergericht bereits beurteilt worden war.

09-89

Bundesgericht tritt aufgrund mangelhafter Begründung nicht auf Beschwerde ein

Begründung

Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG

Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2008
(5A_385/2008)

Das Bundesgericht trat auf eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau, der eine Persönlichkeitsverletzung durch Flugblätter bejahte, nicht ein, da die Anforderungen an eine Begründung gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG nicht gegeben waren.

09-90

Protection de la personnalité

Diffusion de faits véridiques; jugements de valeur; qualité pour agir en constatation d'une atteinte aux droits de la personnalité.

Arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2008
(5A_328/2008)

En 2005, le quotidien *La Liberté* a publié un article intitulé «Deux anges de Raël tiennent les rênes d'un «café féminité»», relatant l'organisation de rencontres sur le thème de la féminité. Le journaliste pointait les liens avec le Mouvement raëlien (ci-après: le Mouvement) auquel appartiennent deux organisatrices de ces réunions, DK et MD. L'article évoquait «l'engagement de la secte pour le clonage, avec ses relents d'eugénisme».

Le Mouvement, DK et MD ont conclu à la constatation du caractère illicite des atteintes portées à leur personnalité, à la publication de la constatation judiciaire de cette illicéité et au paiement d'une indemnité pour tort moral.

A l'instar des instances cantonales, le Tribunal fédéral les a déboutées.

La diffusion de faits véridiques est couverte par la mission d'information de la presse, à moins qu'il ne s'agisse de faits relevant de la sphère privée et secrète ou que le lésé ne soit déprécié de façon inadmissible en raison de la forme inutilement blessante de la présentation. Lorsque les faits diffusés relèvent de la sphère secrète ou privée, l'intérêt du public à être informé peut, dans certains cas, l'emporter sur l'intérêt du particulier au respect de sa sphère privée.

Les jugements de valeur et opinions personnelles peuvent, même s'ils reposent sur des faits exacts, constituer une atteinte à la personnalité lorsqu'ils sont exprimés dans une forme qui rabaisse inutilement la personne.

Le TF a retenu qu'évoquer la «soumission sexuelle des disciples femmes» n'était pas insoutenable, cette formule rentrant

dans le cadre des opinions admissibles au vu des faits constatés et n'étant pas inutilement blessante.

L'article révèle la religion et évoque la vie sexuelle de DK et MD. Ces faits relèvent de la sphère privée; leur révélation constitue donc une atteinte à la personnalité. Néanmoins, il y avait un intérêt public prépondérant à informer le public sur les liens des rencontres évoquées avec le Mouvement.

L'article reliait de manière générale la soumission sexuelle aux disciples femmes de Raël; les recourantes n'étaient donc atteintes qu'indirectement et ne disposaient dès lors pas de la qualité pour agir. En effet, seul celui qui subit ou a subi directement l'atteinte peut agir en protection de la personnalité.

5. Urheberrecht

5.2 Verwertungsrechte

09-91

GT 3 zur Neubeurteilung an die Vorinstanz

Beschwerdelegitimation, schutzwürdiges Interesse; Gemeinsamer Tarif 3c

Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG; Art. 22, 46 Abs. 2, 59, 60 URG

Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2009
(2C_658/2008)

Im Vorfeld der Fussball-EM 2008 beantragten die schweizerischen Verwertungsgesellschaften (ProLitteris, SSA, SUIISA, SUISSIMAGE und SWISSPERFORM) bei der Eidgenössischen Schiedskommission, den Gemeinsamen Tarif 3c (Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen) zu genehmigen und wollten damit eine Regelungslücke bei den Tarifen schliessen. Die SRG und die UEFA bestritten dies, da «Public Viewing» in erster Linie das Vorführen eines Werkes sei und deshalb nicht der gesetzlichen Verwertungspflicht unterstehe. Für die EURO 2008 wurde eine Sonderregelung vereinbart, um die geplanten «Public Viewings» nicht zu gefährden. Der Gemeinsame Tarif 3c wurde von der Eidgenössischen Schiedskommission genehmigt, wobei sie gleichzeitig festhielt, «(...) dass die UEFA und die SRG als allfällige Rechtsinhaber im Rahmen des GT 3c durch die Verwertungsgesellschaften vertreten seien und deshalb nicht selbständig am Verfahren teilnehmen könnten.» Gegen diesen Entscheid gelangten die SRG und die UEFA ans Bundesverwaltungsgericht, dieses trat jedoch nicht auf die Beschwerde ein, da die SRG und die UEFA nicht als Parteien am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hätten und deshalb nicht formell belastet seien. Sie hätten jedoch als an der Teilnahme am Verfahren verhindert im Sinne des zweiten Halbsatzes von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG zu gelten. Ihre Anfechtung habe sich nur auf die materiellen Fragen bezogen und nicht darauf, ob sie zu Recht als Parteien vom Schiedsverfahren ausgeschlossen wurden, weswegen sie als Drittpersonen

nicht zur Beschwerde legitimiert seien. Dagegen rekurrerten die SRG und die UEFA ans Bundesgericht.

In seinen Erwägungen stellte das Bundesgericht zuerst fest, dass bloss die Frage zu beurteilen sei, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Unrecht auf die bei ihm eingereichte Beschwerde nicht eingetreten sei. Die Frage der Beschwerdelegitimation sei von den Beschwerdegründen und der materiellen Tragweite von Art. 22 URG zu trennen und beurteile sich ausschliesslich nach Art. 48 VwVG. Das Bundesgericht begrüsst in seinen Ausführungen, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der schuldlosen Nichtteilnahme im Sinne des 2. Halbsatzes von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG eine Beteiligung der Beschwerdeführerinnen am Vorverfahren angenommen hatte, obwohl man nach Meinung des Bundesgerichts auch eine direkte Beteiligung aufgrund vom 2. Halbsatz von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG hätte annehmen können. Nicht einverstanden erklärte sich das Bundesgericht hingegen damit, dass das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Legitimation aufgrund eines fehlenden schutzwürdigen Interesses nach Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG an der richtigen Anwendung von Art. 22 Abs. 1 URG absprach, den Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission anzufechten. Die SRG und die UEFA hätten bis anhin ihre «Public-Viewing»-Rechte weitgehend selber wahrgenommen, wogegen die Verwertungsgesellschaften diesbezüglich (aufgrund einer nach heutiger Ansicht unzutreffenden Gesetzesauslegung) nicht aktiv geworden seien. Deswegen stünden die SRG und die UEFA der Frage, ob und in welchem Umfang tatsächlich voll oder teilweise eine Pflicht zur kollektiven Verwertung bestehe, näher als irgendwelche andere Rechtsinhaber oder Berechtigte. Aufgrund einer vom bisherigen Verständnis abweichenden Gesetzesauslegung von Art. 22 URG im GT 3c hätten sich UEFA und SRG auf das bisherige Verwertungssystem verlassen dürfen und seien deswegen in ihren schutzwürdigen eigenen Interessen berührt. Es erscheine dabei widersprüchlich, «(...) wenn die Aufsichtsbehörde über die Verwertungsgesellschaften die massgebenden Rechtsinhaberinnen wegen der (heiklen) Rechtsfragen zwar auf das Genehmigungsverfahren verweist, an dem die Berechtigten im Normalfall gerade nicht persönlich beteiligt sind, das Bundesverwaltungsgericht seinerseits eine richterliche Überprüfung der Zulässigkeit der Tarifregelung in dem vom Bundesgericht verlangten (...) Umfang mangels Beschwerdelegitimation indessen ablehnt.» Das Bundesgericht lehnte die Ansicht der Vorinstanz ab, welche sich für seine Auffassung auf Art. 59 URG stützt, und betonte, dass sich das Beschwerdeverfahren gegen einen Tarifgenehmigungsentscheid ausschliesslich nach dem VwVG richte. Eine Einschätzung durch die Schiedskommission sei beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar, auch wenn parallel dazu der Zivilweg eingeschlagen werden könne. «Die Tatsache, dass neben einem verwaltungsrechtlichen auch ein zivilrechtlicher Entscheid erwirkt werden kann, lässt das schutzwürdige Interesse nach Art. 48 VwVG für sich allein nicht dahinfallen.» Ausgangspunkt für das Verhältnis zwischen zivil- und verwaltungsrechtlichem Verfahren müsse Art. 59 Abs. 3 URG bilden, wonach rechtskräftig genehmigte Tarife für die Gerichte verbindlich seien. Jedoch blieben die Zivilgerichte befugt und verpflichtet, darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzeswidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet würden. Andererseits sei die Frage, ob die gesetzlichen Voraus-

setzungen für eine umfassende oder teilweise Kollektivverwertung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten im Rahmen eines Tarifs gegeben seien bzw. die zwischen den Verwertungsgesellschaften und den massgebenden Nutzerverbänden vorgesehene Lösung im Sinne von Art. 59 und Art. 60 URG angemessen sei, im Verwaltungsverfahren zu prüfen. Weiter erscheine es problematisch, wenn für die Tarifgenehmigung massgebliche Gesichtspunkte nicht schon vor der Genehmigungsbehörde, sondern erst im Rechtsmittelverfahren eingebracht werden können. In der Regel sei zwar davon auszugehen, dass die Verwertungsgesellschaften die Anliegen der Bezugsberechtigten in den Tarifverhandlungen wahrnehmen, doch könnten wie im vorliegenden Fall divergierende eigenständige Interessen bestehen, welche es rechtfertigen, den einzelnen Rechtsinhabern ausnahmsweise den verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg zu öffnen. «In solchen Fällen liegt es nahe, diese – über den Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 bzw. Art. 59 Abs. 2 URG hinaus – auch bereits in die Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission einzubeziehen.» Mit dieser Argumentation hob das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid auf und wies ihn zur Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

Commentaire Cet arrêt rendu par la II^e Cour de droit public mérite de retenir l'attention. Le Tribunal fédéral avait à tranché la question de savoir si les titulaires de droit ont la qualité pour recourir contre l'adoption d'un tarif les concernant, en dépit du fait qu'ils ne sont pas parties prenantes aux négociations conduisant à l'adoption du tarif, puisque ces négociations se déroulent entre les sociétés de gestion et les associations représentatives des utilisateurs (art. 46 al. 2 LDA).

Le Tribunal fédéral répond de manière affirmative. Notre Haute Cour commence par rappeler que la question à trancher n'a pas trait à l'étendue qu'il convient de donner à l'art. 22 LDA, question de droit matériel, mais à la qualité pour recourir des titulaires de droit, une question de droit formel soumise au seul art. 48 PA. Conformément à l'alinéa 1^{er} de cette disposition, a qualité pour recourir celui qui: (a) a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire; (b) est spécialement atteint par la décision, et; (c) a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Pour le Tribunal fédéral, ces conditions sont remplies. L'art. 48 lit. a PA l'est à deux titres: d'une part en raison du fait qu'est partie à la procédure celui qui a en vain cherché à en faire partie en dépit de décisions lui ayant rejeté cette qualité; d'autre part, en raison du fait que la formulation de l'art. 46 al. 2 LDA interdit aux titulaires de droit d'être partie prenante aux négociations de tarifs, de sorte que leur absence de participation ne peut leur être reprochée pour leur dénier la qualité pour recourir. A juste titre, le Tribunal fédéral relève que les titulaires de droit sont manifestement concernés par la décision et qu'ils ont un intérêt digne de protection à pouvoir l'attaquer (art. 48 lit. b et c PA), puisque l'application du tarif revient à les priver de l'exercice direct d'un droit qu'ils exerçaient jusqu'alors par eux-mêmes. Seule l'admission de leur qualité pour recourir leur permet de faire valoir leurs arguments. Le fait qu'une action civile soit ouverte aux titulaires de droit ne saurait être un argument pour les priver d'une action intentée sur le plan administratif, puisqu'une telle action est la seule voie ouverte

pour remettre en cause le principe même du tarif, notamment quant à l'application qu'il fait des art. 59 et 60 LDA.

Le résultat auquel aboutit le Tribunal fédéral emporte l'approbation. Certes, les sociétés de gestion représentent les titulaires de droit dans le cadre de la négociation des tarifs. En pratique, force est cependant d'admettre que les titulaires de droit ne voient pas forcément avec enthousiasme les sociétés de gestion gérer des droits dont ils sont titulaires et qu'ils s'estiment à même d'exercer de manière individualisée. La gestion collective obligatoire auquel est soumis l'exercice du droit de retransmission et l'arrêt BBC (ATF 133 III 572) en est la preuve la plus éclatante. Indépendamment de la question de savoir quelle doit être la portée donnée à l'art. 22 LDA, une question sur laquelle l'instance inférieure sera appelée à se prononcer (voir à ce sujet, par exemple: Reto Arpagus, Fragen im Zusammenhang mit den Uefa-Lizenzen für das Public Viewing bei der Fussball-Europameisterschaft 2008, sic ! 2008 87), on ne peut que se réjouir de voir que les titulaires de droit se voient reconnaître un intérêt à faire valoir leurs arguments. Dénier un intérêt digne de protection à des titulaires de droit quant à l'adoption d'un tarif qui concerne directement l'exercice de leurs prérogatives, et donc leurs revenus, aurait suscité quelques interrogations quant à la justesse du système mis en place. Fort heureusement, cet écueil a été évité et l'on ne peut que s'en réjouir.

Prof. Philippe Gilliéron, Lausanne

6. Wettbewerbsrecht

6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen

09-92

Werbeverbot für Publikumsanlagen verhältnismässig

Werbeverbot, Publikumsanlagen, Verhältnismässigkeit

Art. 3 Abs. 1 BankV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2009 (B-7734/2008)

Die EBK eröffnete eine Untersuchung gegen mehrere Gesellschaften mit dem Verdacht, dass diese bewilligungspflichtige Tätigkeiten im Banken- sowie im Kollektivanlagenbereich ausgeübt haben, ohne über die erforderlichen Bewilligungen zu verfügen. Daraufhin stellte sie mit einer Verfügung fest, dass die Gesellschaften gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenommen bzw. ohne Bewilligung eine Vertriebstätigkeit ausgeübt haben, und verfügte gegen zwei Beteiligte ein Verbot, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen bzw. zu solchen Zwecken zu werben. Daraufhin wurde Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben.

Das Begehren der Beschwerdeführerin, das Werbeverbot für unerlaubte Publikumseinlagen (Art. 3 Abs. 1 BankV) auf-

zuheben, wurde vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen, da sie keine untergeordnete Rolle in der Gruppe gespielt habe. Sie sei Geschäftsführerin einer der betroffenen Gesellschaften gewesen, habe geldwerte Vorteile von über 8000.– sFr. pro Monat erhalten und war wirtschaftlich Berechtigte von Konten lautend auf eine der betroffenen Gesellschaften. Ebenso sei das Werbeverbot ohne Weiteres verhältnismässig, weil es sich auch schon ohne entsprechende Individualverfügung aus dem Gesetz bzw. der Verordnung ergebe, weshalb die Anforderungen an den Anlass einer solchen Verfügung gering seien. Auch wenn die Beschwerdeführerin nicht persönlich Publikumsanlagen entgegengenommen bzw. angeworben habe, hätte sie doch als verantwortliches Organ über die Gesellschaft daran mitgewirkt. Das Bundesverwaltungsgericht betonte zum Schluss das gewichtige Interesse des Anleger- und Gläubigerschutzes, weswegen die Massnahme insgesamt als angemessen erscheine.

09-93

Aktives Werben: kein Erfordernis für Werbeverbot

Werbeverbot, Publikumsanlagen, Verhältnismässigkeit

Art. 3 Abs. 1 BankV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Dezember 2008 (B-2482/2008)

In diesem Urteil befand das Bundesverwaltungsgericht ein Werbeverbot nach Art. 3 Abs. 1 BankV für die Entgegennahme von Publikumsanlagen als verhältnismässig, da sich eine entsprechende Individualverfügung bereits aus dem Gesetz ergebe und deswegen die Anforderungen an den Anlass, der zum Werbeverbot führe, gering seien. Dass X. als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift bzw. als Verwaltungsratspräsident die Mitverantwortung für die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen trägt, genüge, um ein Werbeverbot auszusprechen.

8. Ethik/Selbstregulierung

8.1 Ethik des Journalismus

09-94

Respect de la vie privée, retenue particulière dans les articles concernant des enfants

Compte rendu identifiable; mention des noms

Directives 7.4 et 7.6 relatives à la Déclaration

Prise de position du Conseil suisse de la presse (6/2009; Service de protection de jeunesse du Canton de Vaud c. «Le Matin Bleu»)

Le *Matin Bleu* a publié un article intitulé «Ils se battent pour récupérer Marine, 6 ans, placée du jour au lendemain dans un foyer». Le journal révèle l'identité de la mère et de la tante de la fillette. L'article est illustré avec des photos des protagonistes, y compris l'enfant.

Le Service de la protection de la jeunesse du Canton de Vaud a déposé plainte auprès du Conseil de la presse à l'encontre du *Matin Bleu*.

Selon la directive 7.6 (mention des noms) relative au chiffre 7 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», les journalistes ne devraient en principe publier «ni le nom ni d'autres éléments permettant l'identification, de manière à ce qu'une personne mentionnée dans un compte rendu ne puisse être identifiée hors de son cercle familial, social ou professionnel, informé indépendamment des médias».

De plus, la directive 7.4 (enfants) relative à la «Déclaration» demande une retenue particulière dans les articles concernant des enfants. Même si la mère ou la tante de Marine ont accepté de donner ces photographies et renseignements au journaliste, la responsabilité de celui-ci est entièrement engagée dans cette violation de la sphère privée de la fillette, dont les intérêts ne sont pas servis par les révélations faites dans le journal.

09-95

Procédure judiciaire parallèle/Non-entrée en matière

Chiffres 1, 3, 7 de la Déclaration; art. 10 al. 2 du Règlement du Conseil suisse de la presse

Prise de position du Conseil suisse de la presse (7/2009; Attias/Sarkozy c. «20 Minutes»)

20 Minutes a publié un article intitulé «Le fils de Sarko fait ses classes à Florimont», notant que «Richard Attias, publicitaire et ancien (ou toujours actuel?) amant de Cécilia Sarkozy

y vit. Les rumeurs sur leur relation ne sont ainsi pas près d'être étouffées.»

Richard Attias dépose une plainte contre *20 Minutes* auprès du Conseil suisse de la presse, estimant transgressés les chiffres 1 (rechercher la vérité), 3 (ne publier que des informations dont l'origine est connue) et 7 (respect de la vie privée des personnes) de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste».

Le quotidien fait valoir que la liaison de M. Attias avec M^{me} Sarkozy en 2005 a fait l'objet d'articles dans plusieurs titres francophones, que la liaison actuelle entre eux était présentée comme une hypothèse et que les rumeurs à ce sujet étaient notoires, dans la presse comme sur internet.

L'art. 10 alinéa 2 du règlement statue que le Conseil suisse de la presse peut entrer en matière sur des plaintes indépendamment du fait qu'une procédure ait été engagée en rapport avec l'objet de la plainte, si des questions déontologiques fondamentales sont soulevées.

Le Conseil suisse de la presse n'est pas entré en matière sur la plainte. S'étant déjà prononcé, en 2008, sur les deux questions principales soulevées par Richard Attias à l'encontre de *20 Minutes*, il a nié un intérêt prédominant du plaignant à recevoir une prise de position en dépit de la procédure judiciaire parallèle.

09-96

Wahrheits- und Berichtigungspflicht

Wahrheitssuche; Berichtigungspflicht

Ziffern 1, 3 der Erklärung; Richtlinie 5.1 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (8/2009; Verein Netzwerk Asyl Aargau c. Tele M1)

Der Lokalsender Tele M1 berichtete am 27. Dezember 2007 in einem Beitrag über die Ausweisungspraxis bei abgewiesenen Asylbewerbern. Darin kam ein Gemeinderat zu Wort, der den Vater einer betroffenen Familie der Schwarzarbeit und seine Familie des Sozialhilfebetruges bezichtigte. Ebenso wurde im Beitrag erwähnt, dass das Netzwerk Asyl diese Vorwürfe bestreite. Am 10. Dezember 2007 strahlte Tele M1 eine Berichtigung dieser zu Unrecht erhobenen Vorwürfe und eine Entschuldigung des betreffenden Gemeinderates aus.

Eine Verletzung von Richtlinie 5.1 zur Erklärung (Berichtigungspflicht) wurde vom Presserat verneint, da es unverhältnismässig sei, aus der nicht übermässig verzögerten Ausstrahlung der Berichtigung eine Verletzung der Berichtigungspflicht abzuleiten. Der Beitrag sei über die Festtage ausgestrahlt worden und das Berichtigungsbegehren erst am Freitag, 4. Januar, eingetroffen. Ebenso sei eine Verletzung von Ziffer 1 und 3 der Erklärung knapp zu verneinen, da sich die Zuschauer ein differenziertes Bild machen konnten, weil darauf hingewiesen wurde, dass die Vorwürfe bestritten seien und der Kritik an den Ausweisungsentscheiden breiter Raum gegeben wurde.

09-97

Recherche de la vérité/Dénaturation des informations/Rectification

Recherche de la vérité; Dénaturation des informations; Rectification

Chiffres 1, 3, 5 de la Déclaration

Prise de position du Conseil suisse de la presse (9/2009; Association Citoyens pour les citoyens c. «L'Impartial»/«L'Express»)

L'Association «Citoyens pour les citoyens» a déposé auprès du Conseil suisse de la presse une plainte contre *L'Impartial* et *L'Express*, au motif qu'ils avaient faussement prétendu dans leurs colonnes que l'initiative «Souveraineté du peuple au lieu de propagande gouvernementale» relevait de l'Union démocratique du centre, laquelle aurait demandé le silence du Conseil fédéral à ce sujet.

En (re)publiant ces contre-vérités, les deux journaux auraient violé les chiffres 1 (rechercher la vérité), 3 (dénaturation des informations) et 5 (devoir de rectification) de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» (ci-après: «Déclaration»).

Le Conseil a relevé que l'intitulé «Trois propositions UDC», en rapport avec l'initiative «Souveraineté du peuple au lieu de propagande gouvernementale» n'était pas tout à fait précis; que néanmoins, il serait manifestement disproportionné d'en déduire une violation des chiffres 1 et/ou 3 de la «Déclaration» ou de demander la publication d'une rectification. Il n'était guère contestable que cette initiative avait été soutenue publiquement surtout par des représentants de l'UDC.

La plainte a été rejetée, aucune des violations alléguées de la Déclaration n'étant retenue.

09-98

Einseitige Berichterstattung/ Kommentarfreiheit

Kommentarfreiheit; Anhörung bei schweren Vorwürfen

Richtlinie 3.8 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (10/2009; X. c. «St. Galler Tagblatt», Ausgabe Rorschach)

In einem Artikel des «St. Galler Tagblatts» wurde kritisiert, dass die Diskussion über eine beantragte Pensenerhöhung des Schulpräsidenten sich zu viel mit dessen Person beschäftige, und die Vermutung angestellt, dass sich gewisse Personen aus persönlichen Negativerlebnissen mit der Schule und dem Schulpräsidenten so dagegen engagieren. Gegen diesen Artikel gelangte X. an den Presserat und beanstandete, dass der

einseitige Bericht die Abstimmung über die Pensenerhöhung entscheidend beeinflusst habe und mit dieser tendenziösen Beeinflussung der Leserschaft gegen alle journalistischen Grundsätze verstossen wurde.

Der Presserat sah keine Anhaltspunkte gegeben, welche diese happigen Vorwürfe auch nur annähernd berechtigt erscheinen liessen, da keine Pflicht zur objektiven Berichterstattung bestehe und auch einseitig berichtet werden dürfe. Ebenso sei keine Anhörung bei schweren Vorwürfen, wie sie Richtlinie 3.8 zur Erklärung vorschreibt, vonnöten gewesen, da keine schweren Vorwürfe vorlägen und auch die Gegner im «St. Galler Tagblatt» mehrfach zu Wort gekommen seien. Der Autor beuge sich im weit zu bemessenden Freiraum des Kommentars und der Kritik.

09-99

Identifizierende Berichterstattung/ Opferschutz

Respektierung der Privatsphäre; Namensnennung; Sexualdelikte

Ziffer 7 der Erklärung; Richtlinie 7.6 und 7.8 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. Februar 2009 (11/2009; X. c. «20 Minuten»)

Im Artikel «Wiederholt vergewaltigt», welcher in der Gratiszeitung *20 Minuten* erschien, wurde unter Nennung von Vornamen und Initialen des Nachnamens über einen aus dem Kosovo stammenden 41-jährigen Psychologen berichtet, der seine zwölfjährige Stieftochter wiederholt vergewaltigt und den Rest der Familie einem brutalen Gewaltregime unterworfen haben soll. Daraufhin gelangte X., die Vertreterin der Mutter und Kinder im Strafprozess, an den Presserat und rügte eine Verletzung von Ziffer 7 der Erklärung (Respektierung der Privatsphäre), Richtlinie 7.6 zur Erklärung (Namensnennung) und Richtlinie 7.8 zur Erklärung (Sexualdelikte), da der Bericht unnötigerweise alle Angaben enthalte, um in einem weiten Bekanntenkreis die Identifizierung des Angeklagten und damit auch des Opfers zu ermöglichen.

Der Presserat kam zum Schluss, dass im vorliegenden Fall eine identifizierende Berichterstattung offensichtlich nicht angebracht war, und empfiehlt, auf entsprechende Angaben zu verzichten und stattdessen beispielsweise ein Pseudonym zu verwenden, da bei besonderen Umständen im Einzelfall, wie sie hier vorliegen, bereits die Nennung von Vornamen und Initialen des Nachnamens den Kreis der Eingeweihten in unverhältnismässiger Weise erhöhen können. Dabei sei nicht die Erkennbarkeit für den Durchschnittsleser massgebend, sondern bei derartig schweren Vorwürfen wie sexuellem Missbrauch in der Familie sei «(...) der Kreis derjenigen, die die Betroffenen auch bei einer vollständigen Anonymisierung wahrscheinlich erkennen würden, äusserst eng zu ziehen». Bei Verzicht auf die Nennung des Vornamens wäre die Gefahr einer Identifizierung über das engste Umfeld hinaus praktisch dahingefallen.

Folglich wurde eine Verletzung von Ziffer 7 der Erklärung bejaht.

09-100

Zuspitzung von Tatsachen in Titeln

Wahrheitspflicht; Berichtigungspflicht; Unschuldsvermutung

Ziffer 1, 5, 7 der Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 13. Februar 2009 (12/2009; X. c. «Baslerstab»)

In der Basler Gratiszeitung «Baslerstab» erschien auf der Titelseite folgender Titel: «Sozialhilfe-Missbrauch: Doppelt so viele Fälle». Aus dem Hauptartikel ging hervor, dass es sich um doppelt so viele Fälle von Strafanzeigen handelte. Tags darauf titelte der «Baslerstab»: «Wegen Sozialhilfe-Missbrauch: Geld gibts nur noch gegen Leistung», worauf im Haupttext Politiker zitiert wurden, welche forderten, dass Sozialhilfe nur noch an Personen ausbezahlt wird, die dafür im Gegenzug eine Arbeitsleistung erbringen.

Der Presserat verneinte eine Verletzung von Ziffer 1 der Erklärung (Wahrheit) durch den ersten Artikel, da die Wahrscheinlichkeit gering sei, dass die Leser, die nur die Schlagzeilen lesen, einen falschen Gesamteindruck erhalten. Auch eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Ziffer 7 der Erklärung) wurde verneint, da nicht auf individuelle Verfahren Bezug genommen wurde. Auch in Bezug auf den zweiten Artikel wurde eine Verletzung der Wahrheitspflicht und Berichtigungspflicht (Ziffer 1 und 5 der Erklärung) verneint, denn selbsts wenn sich der Leser durch den Titel täuschen lasse, werde er bei der Lektüre des Hauptartikels feststellen, dass es sich nur um Forderungen von Politikern handle.

09-101

Identifizierende Berichterstattung/ Opferschutz

Respektierung der Privatsphäre; identifizierende Berichterstattung

Ziffer 7 der Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. März 2009 (13/2009; X. c. «Anzeiger aus dem Bezirk Affoltern»)

Der «Anzeiger aus dem Bezirk Affoltern» berichtete über einen Strafprozess vor dem Bezirksgericht, in dem es um sexuelle Handlungen mit einem zum Tatzeitpunkt fünfjährigen Mädchen geht. Über den 58-jährigen Angeklagten wird berichtet, dass er seine Kindheit im Säuliamt verbrachte, mit der Mut-

ter der Geschädigten eine Praxisgemeinschaft gründete und sich zehn Jahre später bei der gesundheitlich angeschlagenen Mutter gemeldet habe, um ihr zu helfen. Danach sei es bei Besuchen seiner Praxis zu zwei sexuellen Übergriffen gekommen. Gegen diesen Artikel gelangte X., das Opfer, gemeinsam mit seiner Mutter an den Presserat und rügte, dass die Berichterstattung die Identifizierung des Opfers möglich gemacht und so zu einer Retraumatisierung geführt habe.

Nach Meinung des Presserates kann dem «Anzeiger aus dem Bezirk Affoltern» keine Verletzung von Ziffer 7 der Erklärung (identifizierende Berichterstattung, Kinder, Opferschutz) vorgeworfen werden, da der Bericht weder Namen noch Initialen des Angeschuldigten und nur minimale Angaben über Tat und Opfer enthalte. Bei Lokalmedien sei es kaum je vermeidbar, dass die Betroffenen von näheren Verwandten und Bekannten identifiziert werden. Wollte man dieses Risiko vollständig ausschliessen, müsste man auf die Berichterstattung wohl gänzlich verzichten.

09-102

Unfallberichterstattung

 Privatsphäre; Personen in Notsituationen

 Richtlinien 7.1, 7.2 und 8.5 zur Erklärung

 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. März 2009 (14/2009; X. c. «Wiler Zeitung»)

Die «Wiler Zeitung» berichtete über einen Selbstunfall einer Autofahrerin bei vereister Fahrbahn, bei dem die Fahrerin unverletzt geblieben sei, das Auto jedoch einen Totalschaden erlitten habe. Der Artikel wurde mit einem Bild illustriert, welches das auf dem Dach liegende Unfallauto mit der danebenstehenden Fahrerin zeigt.

Der Presserat verneinte eine Verletzung von Richtlinie 7.1 zur Erklärung (Privatsphäre), da das veröffentlichte Bild im öffentlichen Raum aufgenommen wurde und die Beschwerdeführerin darauf für Dritte ausserhalb ihres engeren Bekanntenkreises nicht zu erkennen sei. Ebenso bestehe keine Verletzung der Privatsphäre, weil die Fahrerin durch das Bild nicht in ein schlechtes Licht gerückt werde, da ein solcher Glatteisunfall jedem Autofahrer passieren könne. Auch eine Verletzung von Richtlinie 7.2 zur Erklärung (Personen in Notsituationen) wurde abgelehnt, da die bekannten Umstände nicht auf ein besonders rücksichtsloses Vorgehen hindeuten. Richtlinie 8.5 zur Erklärung wurde ebenfalls nicht verletzt, weil, wenn die Fahrerin überhaupt für nahe Verwandte und Bekannte erkennbar war, nicht ersichtlich sei, warum sich diese hätten ängstigen sollen, da sowohl Bild als auch Text darauf hinwiesen, dass der Unfall für die Beschwerdeführerin glimpflich ausgegangen sei.

09-103

Wahrheitssuche/Anhörung bei schweren Vorwürfen

 Wahrheit; Unterschlagung von Informationen; Anhörung bei schweren Vorwürfen

 Ziffer 1 und 3 der Erklärung; Richtlinie 3.8 zur Erklärung

 Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (15/2009; X. c. «Schaffhauser AZ»)

Die «Schaffhauser AZ» publizierte einen Bericht über eine Medienkonferenz, welche die Auseinandersetzung zwischen dem Chefarzt der Chirurgie, Walter Schweizer, und der Spitalleitung des Kantonsspitals Schaffhausen zum Inhalt hatte. Im Bericht wurde ausgeführt, für den Chirurgen hätten weder die Spitalleitung noch Arztkollegen gute Worte gefunden, und es sei eher unwahrscheinlich, dass er nach seinen Ferien wieder im Kantonsspital arbeiten werde. Weiter wird die Regierungsratspräsidentin zitiert, die Äusserungen des Chirurgen als Difffamierung und Beleidigung bezeichnet, welche in jeder privaten Anstellung zur fristlosen Kündigung führen würden.

Der Presserat verneinte eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit) und 3 (Unterschlagung von Informationen) mit der Begründung, dass ein journalistischer Bericht kein umfassendes Protokoll sei und Schwerpunkte setze. Es sei für die Leserschaft ohne Weiteres nachvollziehbar gewesen, inwiefern man keine guten Worte für den Chirurgen gefunden habe. Auch die Spekulation über die Rückkehr nach den Ferien sei naheliegend und aufgrund der Formulierung ohne Weiteres als unbestätigte Information erkennbar gewesen. Eine Anhörungspflicht aufgrund schwerer Vorwürfe (Richtlinie 3.8 zur Erklärung) verneinte der Presserat knapp. Bei Berichterstattungen über Medienkonferenzen bestehe zwar grundsätzlich ebenfalls eine Anhörungspflicht bei schweren Vorwürfen. Auch seien hier die Vorwürfe schwer, jedoch nicht mehr gänzlich neu, da die Öffentlichkeit von den persönlichen Differenzen zwischen Spitalleitung und Chirurgen schon Kenntnis hatte und somit auch ohne Stellungnahme des Betroffenen in der Lage gewesen sei, die Vorwürfe in den Gesamtkontext einzuordnen.

09-104

Unwahre Feststellungen/Identifizierende Berichterstattung

Wahrheit; Privatsphäre; Namensnennung

Ziffer 1 und 7 der Erklärung; Richtlinie 7.6 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (16/2009; X. c. «NZZ am Sonntag»)

In einem in der «NZZ am Sonntag» erschienen Artikel wurde berichtet, dass die Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn gegen den Vermögensverwalter X. ein Verfahren wegen qualifizierter Veruntreuung von mehreren Millionen Kundengeldern führe. X. wurde mit vollem Vor- und Zunamen, seinem Jahrgang, Wohnsitz und weiteren lokalisierenden Angaben genannt.

Zuerst hatte der Presserat eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheit) der Erklärung zu beurteilen. Dabei kam er zum Schluss, dass nicht jede Unschärfe oder Unpräzision, nicht jede interpretierungsfähige Formulierung eine Verletzung begründe, die Unschärfe müsse eine gewisse Relevanz haben. Entscheidend sei, ob die Unschärfe das Verständnis der Leserschaft erschwere oder verhindere. Dies sei im vorliegenden Fall nicht so, und deswegen liege keine Verletzung von Ziffer 1 der Erklärung vor. Jedoch sah der Presserat eine Verletzung von Ziffer 7 (Privatsphäre) und der dazugehörigen Richtlinie 7.6 zur Erklärung (Namensnennung) als gegeben an. Dies begründete er damit, dass hier keine Ausnahme von der Grundregel, dass grundsätzlich keine an einem Gerichtsverfahren beteiligte Person identifizierbar sein sollte, vorliegt. Die Rechtfertigung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse, welches in der Warnung von gegenwärtigen und zukünftigen Kunden besteht, wurde vom Presserat nicht anerkannt, da es dafür genügt hätte, die Namen der inkriminierten Firmen zu nennen und auf die Identifizierung des Angeklagten zu verzichten. Auch der zweite Einwand der «NZZ am Sonntag», dass X. mit der Eintragung als Verwaltungsrat seiner Firmen selbst in die Öffentlichkeit getreten sei, wurde vom Presserat abgelehnt, da es sich dabei um einen handelsrechtlichen Pflichteintrag handle.

09-105

Wahrheit/Illustrationen

Wahrheit, Illustration

Ziffer 1, 3 und 5 der Erklärung; Richtlinie 3.4 zur Erklärung

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 12. März 2009 (17/2009; Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. «SonntagsZeitung»)

Die «SonntagsZeitung» publizierte einen Artikel mit dem Titel «228 Forderungen zum EU-Freihandelsabkommen», worin über Forderungen der Landwirtschaft berichtet wird, um das Agrarfreihandelsabkommen mit der EU abzufedern. Es wurde darin unter anderem ausgeführt, dass man an den erhöhten Tierschutzanforderungen festhalten wolle. Illustriert war der Bericht mit einem Bild, das eine Schar von fröhlich hüpfenden Schweinen auf einer Alp zeigt. Gegen diesen Artikel gelangte der Tierschützer Erwin Kessler namens des Vereins gegen Tierfabriken mittels Beschwerde an den Presserat und rügte eine Verletzung von Ziffer 1 (Wahrheitspflicht), Ziffer 3 (Illustrationen) und Ziffer 5 (Berichtigung) der Erklärung durch das Bild, welches einen falschen Eindruck über die Tierhaltung in der Schweiz vermittele.

Nach Richtlinie 3.4 zur Erklärung sollen Bilder, die keinen direkten Bezug zum Textinhalt haben (Illustrationsfunktion), als solche erkennbar sein und von Bildern mit Dokumentations- oder Informationsgehalt (Dokumentationsfunktion) zu unterscheiden sein. Für den Presserat enthält das Bild Elemente von beiden Funktionen, da es einerseits dazu diene, den Text mit einer Illustration aufzulockern und andererseits auch einen Kontext zum Lauftext aufweise. Jedoch nicht in jenem Sinne, wie ihn der Beschwerdeführer unterstellt, da das Thema des Artikels nicht die Haltung von Schweinen sei, sondern die Forderungen zu einem allfälligen EU-Freihandelsabkommen. Dabei werde der Leserschaft keineswegs «(...) der Schluss aufgedrängt, das Bild zeige eine typische schweizerische Alpschweinhaltung». Vielmehr habe die Illustration die Forderung der Landwirte unterstreichen wollen, weiterhin die Produktion von ethisch und qualitativ hochstehenden Lebensmitteln zu ermöglichen. Insofern habe die Berichterstattung inklusive Illustration der Wahrheit entsprochen, weswegen eine Verletzung von Ziffer 1, 3 und 5 der Erklärung zu verneinen sei.

09-106

Protection de la sphère privée/Publication de rumeurs/Respect de la dignité humaine

Protection de la sphère privée; Publication de rumeurs; Respect de la dignité humaine

Chiffres 1, 7 et 8 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste»

Prise de position du Conseil suisse de la presse (18/2009; Bonfanti c. «Tribune de Genève»/«24 heures»/«Le Matin»).

Fin 2008, la *Tribune de Genève* a publié un article intitulé «la crise de la police vaudoise se tend sur fond de romance genevoise», faisant état de rumeurs concernant des relations «affectueuses» qu'entretenaient le chef de la gendarmerie vaudoise et la cheffe de la police genevoise.

Le même jour, *24 heures* a publié un article similaire, affirmant que le conflit atteignait son paroxysme avec la menace de diffusion sur internet de gestes affectueux entre les intéressés.

Quelques jours plus tard, *Le Matin* a fait paraître le même type d'informations.

La mise en cause a déposé trois plaintes à l'encontre de la *Tribune de Genève*, de *24 heures*, et du *Matin* auprès du Conseil suisse de la presse, pour violation des chiffres 1, 7 et 8 de la «Déclaration».

Le Conseil a considéré qu'il n'était pas d'intérêt public de révéler d'éventuelles démonstrations affectueuses entre les intéressés, même si, selon les journaux concernés, les faits «se seraient produits dans des lieux publics».

Les rédacteurs sont déontologiquement tenus de contacter les intéressés pour obtenir leur point de vue avant de publier des rumeurs. Or, tel n'a pas été le cas.

Le Conseil a partiellement admis les plaintes, retenant que les trois journaux avaient violé les chiffres 1 (rechercher la vérité) et 7 (respecter la sphère privée) de la «Déclaration», mais non son chiffre 8 (respect de la dignité humaine).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte

Stämpfli Verlag, 4. Aufl., Bern 2008, 1284 S.
Teil «Kommunikationsgrundrechte» (S. 438–541)

Im vergangenen Jahr erschien im Berner Stämpfli Verlag die 4. Auflage von Prof. em. Dr. Jörg Paul Müllers Nachschlagewerk «Grundrechte in der Schweiz», welches von Prof. Dr. Markus Schefer neu bearbeitet wurde. Im dritten Kapitel («Grundrechte freier Kommunikation»), Teil C («Die Grundrechte freier Kommunikation im Einzelnen»), kommentieren die Autoren gemeinsam mit Dr. Franz Zeller auf den Seiten 438–541 die Medienfreiheit (Art. 17 BV; Ziff. II), die freie Kommunikation an Radio und Fernsehen (Art. 17 und 93 BV; Ziff. III) sowie die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV; Ziff. IV).

Zuerst gehen die Autoren auf die Medienfreiheit ein (S. 438–481). Besondere Aufmerksamkeit messen sie dabei zu Recht dem Themenbereich «staatliche Beschränkungen der Medienfreiheit» ein, welcher rund die Hälfte des Abschnitts ausmacht. Besonders hervorgehoben wird von den Autoren die Bedeutung von Art. 10 EMRK sowie der gestützt darauf entstandenen Rechtsprechung des EGMR: «Dabei hat er (der EGMR; Anm. des Kommentators) im Rahmen der Medienfreiheit ein Schutzniveau entwickelt, das weit über einen blossen Minimalstandard hinausgeht und in der Schweiz die bundesgerichtliche Verfassungspraxis weitgehend verdrängt hat.» Die Rechtsprechungspraxis des EGMR wird denn auch sehr umfassend in den Beitrag eingearbeitet, womit die bestehende Vernetzung von Schweizer Staatsrecht und Europarecht angemessen zur Geltung kommt. Interessant wäre es in diesem Abschnitt gewesen, die Problematik der zunehmenden Konzentration der Medienmacht bei vereinzelt Verlagehäusern und das dadurch entstehende Spannungsfeld im Bereich des Schutzes der Medienvielfalt durch den Gesetzgeber noch ausführlicher darzustellen, so wie dies im darauffolgenden Abschnitt betreffend die freie Kommunikation in Radio und Fernsehen (S. 482–516) der Fall ist. Auch in diesem Teil wird die europäische Rechtsprechung umfassend eingearbeitet.

Der letzte Abschnitt betrifft die Informationsfreiheit (S. 517–541). Die Herausforderungen dieses Grundrechts inklusive ihrer Möglichkeiten der Bewältigung in der Praxis werden umfassend dargestellt. Aus Sicht der Rechts- und Verfassungsgeschichte hätte man sich in diesem Bereich über eine höhere Gewichtung der Frage des öffentlichen Einsichtsrechts in die Akten staatlicher Archive gefreut. Diverse daraus fließende problematische Punkte werden beispielsweise von der Schweizerischen Gesellschaft für Geschichte aufgezählt («Grundsätze zur Freiheit der wissenschaftlichen historischen Forschung und Lehre», Bern, September 2004).

Alles in allem überzeugen die drei Abschnitte zu den Kommunikationsgrundrechten insbesondere durch ihre mit zahlreichen Beispielen unterstrichene Praxisnähe sowie der umfassenden Einarbeitung schweizerischer und europäischer Rechtsprechung. Die aktuellen medienrelevanten Entwicklun-

gen legen es nahe, dass in der nächsten Auflage insbesondere den Fragen der Kontrolle und Beschränkung der Medienmacht, möglichen faktischen Einschränkungen der Informationsfreiheit durch zunehmende technische Barrieren sowie dem Online- und Internetbereich mehr Platz eingeräumt werden könnte. Dennoch erweisen sich die drei Abschnitte als konziser Kommentar zu den Kommunikationsgrundrechten und damit als wichtiges Nachschlagewerk.

Lic. iur. Alexander Schaer, MAES, Zürich

Barrelet/Egloff Le nouveau droit d'auteur

Barrelet Denis/Egloff Willi, 3^e édition, Berne 2008, 486 p.

La dernière révision partielle de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008. Elle prend en compte l'évolution suscitée par l'avènement des nouvelles technologies et transpose très largement en droit suisse les adaptations provoquées par l'adoption des Traités internet (Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, tous deux adoptés à Genève le 20 décembre 1996) ainsi que la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Qu'elles aient trait à l'interdiction de contournement des mesures techniques de protection, aux questions d'archivage, à l'utilisation d'œuvres à des fins privées et aux rapports entretenus par le nouvel art. 19 LDA avec la nouvelle bouture de l'art. 20 LDA, ces nouvelles dispositions ne sont pas d'une lecture aisée. La nouvelle édition de l'ouvrage du regretté Professeur Denis Barrelet et de Willy Egloff sera donc accueillie avec bonheur par tous les praticiens du droit d'auteur. Certes, on peut ici ou là ne pas partager les opinions émises, mais sa lecture n'en est que plus stimulante. L'ouvrage tient compte des jurisprudences les plus récentes, notamment s'agissant du droit de retransmission ou des utilisations internes aux entreprises, et contient une bibliographie étayée et à jour des publications en début d'ouvrage. Détaillé sur certains points comme en matière de droits voisins ou d'adoption de tarifs, où Willy Egloff fait avantageusement bénéficier le lecteur de son expérience et de ses points de vue, l'ouvrage témoigne toutefois en d'autres domaines d'une concision parfois extrême. Ainsi en va-t-il en particulier des dispositions relatives au droit de l'informatique, que l'on pense à la décompilation des logiciels ou à l'interdiction de contournement des mesures techniques de protection, dont on aurait pu souhaiter une analyse plus approfondie et une mise en perspective avec les dispositions correspondantes de la Directive sur le droit d'auteur en particulier. Il n'en demeure pas moins que cette divergence de profondeur dans l'analyse suivant les dispositions traitées est un privilège bien légitime des auteurs suivant leurs centres d'intérêts. De manière générale, le texte clair et la concision du texte est l'une des forces de l'ouvrage, puisqu'elle permet au lecteur de se familiariser avec la matière, tout en pouvant avan-

tageusement se référer à la bibliographie pour de plus amples développements. En définitive, il ne fait aucun doute qu'à l'image des précédentes, la troisième édition du *nouveau droit d'auteur* mérite de figurer dans les bibliothèques de tous ceux qui, de près ou de loin, s'intéressent et traitent de questions relatives au droit d'auteur.

Prof. Philippe Gilliéron, Lausanne

Aufsätze/Etudes

Fischer Yves, Das Kulturgütertransfergesetz (KGTG) in der Praxis, in: Ivo Schwander/Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2008, 180 S.

Frech Philipp, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden: eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen, des amerikanischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Urheber- und Markenrechts, Zürich 2009 (Schulthess), 433 S.

Geiser Thomas, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in: Ivo Schwander/Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2008, 180 S.

Jolles Alexander, Das Kulturgütertransfergesetz und die Verordnung 2005 in der Praxis: einige Sorgen der Sammler und Museen, in: Ivo Schwander/Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2008, 180 S.

Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009.

Schefer Markus, Öffentlichkeit und Geheimhaltung in der Verwaltung, in: Epiney Astrid/Hobi Patrick (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes, Zürich/Basel/Genf 2009 (Schulthess), 179 S.

Murphy Thérèse, New technologies and human rights, Oxford University Press 2009. XXVIII, 282 S.

Schwander Ivo, Sponsoringverträge im Kunstbetrieb, in: Ivo Schwander/Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2008, 180 S.

Studer Peter, Das Kunstwerk als Werk: wie das Urheberrecht Werkcharakter und Schutzfähigkeit zuspricht, in: Ivo Schwander/Peter Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, Schriftenreihe des Institutes für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis, St. Gallen 2008, 180 S.

Zeitschriften/Revue

Boisson de Chazournes Laurence, New technologies, the precautionary principle and public participation, Collected courses of the Academy of European Law, 17(2009), no 2, S. 161–194.

Degenhart Christoph, Die Entwicklung des Rundfunkrechts im Jahr 2008, Kommunikation & Recht 5/2009, S. 299 ff.

Fornasier Matteo/Frey Anna-Miryam, Geldersatz für Persönlichkeitseingriffe durch Werke der Kunst, AfP 2/2009, S. 110 ff.

Monnier Gilles, Le piratage informatique en droit pénal, sic! 3/2009, S. 141–153.

Rigamonti Cyrill P., Aktuelle Entwicklungen im europäischen Urheberrecht, Bericht zum Grünbuch der Kommission zum Urheberrecht in der wissenschaftlichen Gesellschaft und zum Vorschlag zur Änderung der Richtlinien 2006/116/EG, sic! 3/2009, S. 196–205.

Schütz Raimund, Rundfunkbegriff: Neutralität der Inhalte oder der Übertragung?, MMR 4/2009, S. 228 ff.

Herausgeber/Directeurs de la publication:

Prof. Bertil Cottier (bertil.cottier@lu.unisi.ch)
 Prof. Christoph Beat Graber (christoph-beat.graber@unilu.ch)
 Prof. Franz Riklin (friklin@sunrise.ch)
 Dr. Peter Studer (studer.pe@bluewin.ch)
 Dr. Stéphane Werly (stephane.werly@unige.ch)

Redaktionsleiter/Chef de rédaction:

Dr. Oliver Sidler, Rechtsanwalt
 Baarerstrasse 10, Postfach 4545, CH-6304 Zug
 Tel. 041 726 90 00, Fax 041 726 90 05
 redaktion@medialex.ch

Ressortleiter/Responsables de ressorts:

Grund- und Verfassungsrecht/Droit fondamental et constitutionnel:

Prof. Andreas Kley (andreas.kley@rwi.uzh.ch)

Informationsrecht/Droit de l'information:

Prof. Bertil Cottier (bertil.cottier@lu.unisi.ch)

Zivilrecht/Droit civil:

Prof. Regina Aebi-Müller (regina.aebi@unilu.ch)

Strafrecht/Droit pénal:

Dr. Stéphane Werly (stephane.werly@unige.ch)

Urheberrecht/Droit d'auteur:

Dr. Willi Egloff (info@advocomplex.ch)

Recht der neuen Technologien/Droit des nouvelles technologies:

Prof. Philippe Gilliéron (philippe.gillieron@unil.ch)

Medienethik, Selbstregulierung/Ethique des médias, autorégulation:

Dr. Denis Masmejan (denis.masmejan@letemps.ch)

Druck/Impression:

Stämpfli Publikationen AG, Bern

Verlag/Editeur:

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern
 Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren
 Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung,

Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen
 jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.

Zitierweise:

medialex Jahr, Seite; z. B. medialex 2009, 52

Abkürzung suggerée:

medialex année, page; p. ex.: medialex 2009, 52

Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 143.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 151.– inkl. Versandkosten

Onlinezugang CHF 114.–

Abonnements/Abonnements:

Stämpfli Publikationen AG, Postfach, 3001 Bern, Tel. 031 300 63 43

Inserate/Annonces:

Stämpfli Publikationen AG, Inseratenabteilung, Postfach, 3001 Bern,
 Tel. 031 300 63 84, Fax 031 300 63 90

medialex

medialex ist die Zeitschrift der Stiftung medialex, mit Sitz in Freiburg.
 1995 gegründet, hat die Stiftung die Herausgabe einer Zeitschrift zum
 Medienrecht zum Hauptziel. Stiftungsrat: Prof. Franz Riklin (Präsident);
 Didier Berberat, Nationalrat; Marc Furrer, Fürsprecher, Präsident Com-
 Com; Dr. Alfred Haas; Prof. Andreas Kley; Prof. Urs Saxer, Rechtsanwalt;
 Claudia Schoch Zeller, Juristin, Journalistin. Verlag ist die Stämpfli
 Verlag AG, Bern.

In Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Kommunikation, dem
 Institut für Journalismus und Kommunikation der Universität Neuenburg
 und dem Fachbereich Medien- und Kommunikationswissenschaft der
 Universität Freiburg.

www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009

ISSN 1420-3723

Gliederung für Entscheide

- | | | |
|--|--|---|
| <p>1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht</p> <p>1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit</p> <p>1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit</p> <p>1.3 Radio- und Fernsehrecht</p> <p>1.4 Filmrecht</p> <p>1.5 Kunstrecht</p> <p>1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation</p> <p>1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen</p> <p>2. Recht der Onlinemedien</p> | <p>3. Strafrecht</p> <p>3.1 Ehrenschaft (StGB/UWG)</p> <p>3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter</p> <p>3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit</p> <p>3.4 Redaktionsgeheimnis</p> <p>3.5 Weitere strafrechtliche Fragen</p> <p>4. Privatrecht</p> <p>4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz</p> <p>4.2 Arbeitsrecht</p> <p>4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen</p> <p>5. Urheberrecht</p> <p>5.1 Rechtsschutz</p> | <p>5.2 Verwertungsrecht</p> <p>5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen</p> <p>6. Wettbewerbsrecht</p> <p>6.1 Kartellrecht</p> <p>6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen</p> <p>7. Weitere Rechtsgebiete</p> <p>8. Ethik/Selbstregulierung</p> <p>8.1 Ethik des Journalismus</p> <p>8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation</p> <p>8.3 Weitere Fragen der Ethik/Selbstregulierung</p> |
|--|--|---|

Index des décisions

- | | | |
|---|--|--|
| <p>1. Droits constitutionnel et administratif</p> <p>1.1 Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias</p> <p>1.2 Accès général à l'information</p> <p>1.3 Droit de la radiodiffusion</p> <p>1.4 Droit du cinéma</p> <p>1.5 Droit de l'art</p> <p>1.6 Droit de la communication commerciale</p> <p>1.7 Autres questions constitutionnelles ou administratives</p> <p>2. Droit des médias en ligne</p> | <p>3. Droit pénal</p> <p>3.1 Atteintes à l'honneur (CP/LCD)</p> <p>3.2 Autres biens individuels</p> <p>3.3 Biens juridiques de la collectivité</p> <p>3.4 Secret rédactionnel</p> <p>3.5 Autres questions de droit pénal</p> <p>4. Droit privé</p> <p>4.1 Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données</p> <p>4.2 Droit du travail</p> <p>4.3 Autres questions de droit privé</p> <p>5. Droit d'auteur</p> <p>5.1 Protection juridique</p> | <p>5.2 Gestion des œuvres</p> <p>5.3 Autres questions de droit d'auteur</p> <p>6. Droit de la concurrence</p> <p>6.1 Droit des cartels</p> <p>6.2 Autres questions de droit de la concurrence</p> <p>7. Domaines juridiques divers</p> <p>8. Ethique/autorégulation</p> <p>8.1 Ethique du journalisme</p> <p>8.2 Ethique de la communication commerciale</p> <p>8.3 Autres questions d'éthique</p> |
|---|--|--|

