
Prohibition

L

'Amérique est en permanence sur pied de guerre contre les évolutions indésirables. Qu'on songe à la prohibition de l'alcool, à la guerre contre la drogue ou, actuellement, à la lutte contre le terrorisme. Ce qui dérange, ce n'est pas le but de ces campagnes, mais la prédominance des méthodes militaires et policières.

Depuis quelques années, la fumée fait elle aussi partie de l'«axe du Mal». En Europe, nous avons tendance, dans un premier temps, à accueillir ces bruits de bottes avec méfiance, pour ensuite y participer avec plus ou moins de conviction. Le moyen de lutte le plus récent, c'est l'interdiction de la publicité pour le tabac. L'UE veut l'introduire pour les journaux, les périodiques, la radio et Internet. Cette idée trouve aussi en Suisse de plus en plus de partisans.

Face aux produits qui engendrent la dépendance, il serait bon de faire preuve d'un peu moins de contradictions. La culture du tabac est subventionnée. La production de cigarettes crée des emplois. La vente est frappée d'impôts au profit de l'AVS. Les médias tirent des recettes précieuses de la publicité pour le tabac. Celles-ci contribuent à la survie d'entreprises de presse. Cela est aussi dans l'intérêt de la liberté des médias. Une interdiction de la publicité est mal à sa place dans ce paysage. Pour l'alcool, en comparaison, on se montre plus libéral.

Les coûts de la santé sont-ils un argument contraire? Ici, bien des choses devraient être relativisées. Un fanatique de la santé qui fête son centième anniversaire dans une institution gériatrique coûte davantage à la collectivité qu'un fumeur qui meurt à 65 ans d'un cancer des poumons. La comparaison est certes macabre. Mais le non-fumeur lui aussi meurt un jour et cause des coûts indéterminés en vieillissant et en mourant.

Bien des choses parlent en faveur du maintien du statu quo. Il subsisterait suffisamment de contradictions de la sorte. Mais il y en aurait un peu moins qu'avec une interdiction de la publicité.

A

amerika ist permanent auf Kriegsfuss mit missliebigen Entwicklungen. Man denke an die Alkoholprohibition, den Krieg gegen die Drogen und derzeit an den Kampf gegen den Terrorismus.

Störend ist nicht die Zielrichtung solcher Kampagnen, sondern die Dominanz militärischer und polizeilicher Kampfmethoden.

Seit einigen Jahren gehört auch das Rauchen zur «Achse des Bösen». In Europa haben wir die Tendenz, das amerikanische Säbelrasseln zunächst misstrauisch zur Kenntnis zu nehmen, um uns dann doch mehr oder weniger überzeugt daran zu beteiligen. Das neuste Kampfmittel ist ein Verbot der Tabakwerbung. Die EU will es für Zeitungen, Zeitschriften, Radio und Internet einführen. Die Idee findet auch in der Schweiz zunehmend Anhänger.

Etwas weniger Widersprüche im Umgang mit Suchtmitteln wären angezeigt. Der Tabakanbau wird subventioniert. Die Produktion von Raucherwaren schafft Arbeitsplätze. Der Verkauf wird zugunsten der AHV besteuert. Den Medien bringt die Tabakwerbung wertvolle Einnahmen. Sie tragen zur Existenzsicherung von Medienunternehmen bei. Dies liegt auch im Interesse der Medienfreiheit. Ein Werbeverbot passt schlecht in diese Landschaft. Beim Suchtmittel Alkohol ist man vergleichsweise liberaler.

Sind die Gesundheitskosten ein Gegenargument? Hier wäre Vieles zu relativieren. Ein Gesundheitsfanatiker, der den hundertsten Geburtstag in einer Geriatrie feiert, kostet der Gesellschaft mehr als ein Raucher, der 65-jährig an Lungenkrebs stirbt. Dies ist zwar ein makabrer Vergleich. Aber auch jeder nicht rauchende Mensch stirbt einmal und verursacht unbestimmt hohe Alters- und Sterbekosten.

Vieles spricht für die Aufrechterhaltung des status quo. Auch dann gäbe es noch genügend Widersprüche. Aber etwas weniger als mit einem Werbeverbot.

Darf die eigene rechtliche Auslegung eines Gerichtssentscheids in der Öffentlichkeit in jedem Fall geäussert werden?

Sie spielen auf den Fall an, bei dem es um die Berichterstattung über Verkaufsmodalitäten eines Produktes (öffentlich-rechtliche Verkaufsbedingungen) ging. Die berichterstattende Vereinigung stellte die neuen Verkaufsmodalitäten des Produkts dar, wobei sie in ihrem Pressecommuniqué Bezug auf einen Gerichtssentscheid nahm, wonach sich diese Verkaufsmodalitäten (angeblich) geändert hatten. Das Unternehmen des Produkts rief darauf ein Zivilgericht an um Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen Verstosses gegen das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Unlauter handelt u.a., wer andere und ihre Waren durch unrichtige Äusserungen herabsetzt (Art. 3 lit. a. UWG). Von Interesse ist in casu v.a. das Vorliegen von unrichtigen Äusserungen. Die Lehre bezeichnet als unrichtig, was auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüft werden kann. Dabei ist aber umstritten, ob unter den Begriff der unrichtigen Äusserung nebst Tatsachenbehauptungen auch unrichtige Rechtsbehauptungen zu subsumieren sind. Ein Bundesgerichtssentscheid zu diesem Thema lässt darauf schliessen, dass es nicht verboten ist, gestützt auf eine richtige Tatsachendarstellung die eigene Rechtsauffassung darzustellen. Dabei wird aber vorausgesetzt, dass die Äusserung auch als eigene Auffassung gekennzeichnet und nicht der unrichtige Anschein erweckt wird, mit dem Urteil sei in casu eine Rechtsfolge angeordnet worden, die der eigenen Rechtsauffassung entspricht. Eine eigene rechtliche Interpretation eines Gerichtssentscheids darf somit nur unter der Voraussetzung, dass sie deutlich als solche gekennzeichnet wird, veröffentlicht werden.

J'ai participé à la course Morat-Fribourg l'an dernier. Or voici que l'organisateur veut utiliser une photo prise de moi durant la course pour illustrer une brochure sur la manifestation. Puis-je m'y opposer?

A supposer que votre photo ait été publiée par l'organisateur ou par un journal au lendemain de la course, il n'y aurait rien eu à redire. Une publication, dans ces conditions, est certes une atteinte à votre droit à l'image. Mais selon l'art. 28 al. 2 CC, une atteinte n'est pas illicite si elle est justifiée par un intérêt public prépondérant ou l'assentiment de la personne, par exemple. En l'occurrence, l'information du public sur une manifestation qui se déroule en public et sur les concurrents qui y participent est un intérêt prépondérant. De surcroît, on peut admettre que les concurrents sont conscients qu'ils vont attirer l'attention des photographes; on peut considérer qu'ils donnent leur accord aux prises de vues et à leur utilisation par les médias. Le fait que la photo soit utilisée plusieurs mois ou années plus tard n'annule pas forcément cet intérêt public prépondérant dès l'instant où le but reste l'information. Une revue des événements sportifs de l'année, la célébration d'un anniversaire relatif à la manifestation en question, un article consacré à la carrière passée

d'un athlète justifient parfaitement la reprise d'une ancienne photo. Un organisateur désireux de se présenter au public au moyen d'une brochure d'information et recourant à d'anciennes photos peut lui aussi invoquer l'intérêt du public à l'information. Le fait, par hypothèse, qu'il vise un public restreint, tel celui de sponsors potentiels, ne change rien. Il en irait différemment si la photo était utilisée pour une campagne d'affiches destinée à attirer le public à la prochaine manifestation. Il ne s'agirait plus d'une information sur des réalisations passées ; au demeurant, celui qui participe à une manifestation sportive en tant que concurrent ne donne pas implicitement son accord à l'utilisation de sa photo sur des panneaux d'affichage à but publicitaire. Naturellement, l'organisateur ne serait pas non plus admis à vendre votre photo à un fabricant de boissons ou de vêtements sportifs pour sa publicité.

En France, les architectes se font payer la reproduction de photos de leurs oeuvres. La société de gestion ADAGP, par exemple, exige 137 euros pour la publication en couleur d'une photo de la Bibliothèque nationale dans un livre tirant à 6000 exemplaires. La publication de photos dans la presse est libre de droits, à condition toutefois que la photo serve à illustrer un article sur l'oeuvre en question. Qu'en est-il en Suisse?

L'art. 27 LDA consacre la liberté du panorama. Toutes les oeuvres se trouvant durablement sur la voie publique (édifices, fontaines, statues, etc.), ainsi que celles qui se trouvent sur un bien-fonds privé mais qui sont visibles à partir de la voie publique, peuvent être photographiées et la photo peut ensuite être librement utilisée, également à des fins commerciales. L'architecte ou l'artiste ne peut exiger aucune rémunération. Seule limite: la reproduction ne doit pas se faire en trois dimensions. On peut donc éditer des cartes postales sans restriction, mais non réaliser des modèles réduits.

Das revidierte RTVG: Nachvollzug der TV-Realität auf Gesetzesebene

Daniel Gerny

Dr. iur., Bundeshausredaktor der NZZ, Bern

Résumé: *La révision de la loi fédérale sur la radio-télévision (LRTV) est un exemple frappant du retard de la législation sur la réalité: elle intervient au moment où les télévisions privées à l'échelon des régions linguistiques, à peine créées, ont dû être arrêtées faute de succès. La révision contient des aspects défensifs et a principalement pour but d'assurer à l'avenir une offre de programmes suisse autonome. C'est pour cette raison que la prédominance de la SSR n'est pas remise en question sur le principe, que plusieurs diffuseurs titulaires d'une concession recevront des subventions et que les dispositions sur la publicité seront adaptées à l'environnement européen. Le projet de loi ne soulève guère l'enthousiasme et ne contribuera pas à une sensible modification du paysage audiovisuel suisse.*

Zusammenfassung: *Die Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) zeigt deutlich, wie die Gesetzgebung der Realität mitunter hinterherhinkt: Die Revision erfolgt zu einem Zeitpunkt, zu dem Versuche von sprachregionalem Privatfernsehen bereits wieder erfolglos abgebrochen werden mussten. Sie trägt defensive Züge und hat vor allem zum Ziel, auch in Zukunft ein eigenständiges schweizerisches Programmangebot sicherzustellen. Aus diesem Grund bleibt die starke Stellung der SRG im Grundsatz unbestritten, erhalten viele konzessionierte Anbieter in Zukunft Subventionen und werden die Werbevorschriften an das europäische Umfeld angepasst. Die Vorlage löst wenig Begeisterung aus und sie wird kaum dazu beitragen, dass sich die schweizerische Fernseh- und Radiolandschaft wesentlich verändert.*

Die Revision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) zeigt besonders deutlich, wie sehr die Gesetzgebung der Realität mitunter hinterherhinkt: Wenn das Parlament im Sommer dieses Jahres mit den Beratungen der Vorlage beginnt, werden rund anderthalb Jahre vergangen sein, seit private Fernsehveranstalter ihre sprachregionalen Programme wegen zu hoher Verluste einstellen mussten. Heute herrscht unter Experten zwar weitgehend Einigkeit, dass Tele 24, TV3 und das RTL/Pro7-Programmfenster auch mit gelockerten Werbevorschriften, wie sie das revidierte RTVG vorsieht, kaum Überlebenschancen gehabt hätten. Das Scheitern ist nicht nur auf die schweizerische Fernsehgesetzgebung, sondern vor allem auch auf die zu kleinen Sendegebiete zurückzuführen. Dennoch ist der Vorwurf nicht unberechtigt, wonach der Gesetzgeber der Entwicklung im Fernsehbereich über Jahre nicht Rechnung getragen oder gar verschlafen und auf diese Weise private Anbieter unnötig behindert und die Entwicklung eigenständiger schweizerischer Privatfernsehprogramme zu einem frühen Zeitpunkt erschwert hat. Mit sprachregionalen Fernsehprojekten ist nicht mehr zu rechnen – privates Fernsehen wird

es abgesehen von Spartenkanälen und Pay-TV in der Schweiz voraussichtlich nur noch auf lokaler und regionaler Ebene geben. Das ist zu bedauern, denn auch wenn die Programme über weite Strecken nicht zu überzeugen vermochten, hat vor allem Tele 24 immer wieder für journalistische Bereicherung und für wichtige, schweizspezifische Impulse gesorgt.

Die derzeitige Revision des seit 1991 geltenden RTVG trägt eindeutig defensive Züge und hat vor allem zum Ziel, in einer von ausländischen Programmanbietern wesentlich stärker geprägten Fernsehlandschaft auch in Zukunft ein eigenständiges Programmangebot sicherzustellen. Bereits auf der ersten Seite seiner Botschaft warnt der Bundesrat: «Fernsehprogramme aus den Nachbarländern erzielen in der Schweiz mittlerweile mehr als die Hälfte der Publikumsmarktanteile, was einen europäischen Spitzenwert darstellt. In der heutigen internationalisierten Medienlandschaft drohen schweizerische Angebote marginalisiert zu werden.» Obwohl die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) die Zahl der Programme seit 1995 ausgebaut und die Zahl der Sendestunden stark ausgedehnt hat, konnte der Marktanteil infolge der wachsenden ausländischen Konkurrenz nur gerade gehalten werden. Schweizerische Fernsehgewohnheiten werden immer stärker von ausländischen Programmmachern geprägt, was gesellschaftliche, staatspolitische aber auch wirtschaftliche Folgen hat: Heute fließen bereits über 20% der Mittel für Fernsehwerbung ins Ausland, hauptsächlich nach Deutschland ab – Tendenz steigend.

Die SRG bleibt stark – und fast ohne Konkurrenz

Der Bundesrat versucht dieser Entwicklung mit dem revidierten RTVG entgegenzuwirken: Einerseits belässt er die starke Position der SRG, weil der kleine Fernsehmarkt in der Schweiz eine Bündelung der Kräfte erfordert. Die SRG erhält wie bisher den überwiegenden Anteil der Erträge aus den Fernsehgebühren, hat dafür aber nicht nur einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen, sondern unterliegt im Vergleich zu den Privaten stärkeren Beschränkungen bei der Werbung. So gilt für sie auch weiterhin ein Werbeverbot auch für leichte Alkoholika wie Wein und Bier. Die starke Stellung der SRG ist heute im Grundsatz unbestritten,

medialex-2002-3

die Einführung eines dualen Systems mit einer echten privaten Fernsehkonkurrenz zur SRG aufgrund der Marktbedingungen und der kleinen Sendegebiete nicht realistisch. In Bezug auf die Stellung der SRG wird sich die parlamentarische Diskussion in diesem Punkt vor allem um Fragen zur Unterbrecherwerbung, zu den Sponsoringvorschriften oder zur Beschränkung von Werbung in zeitlicher Hinsicht drehen. In einem Punkt sind die Bestimmungen über die Werbebeschränkungen für die SRG besonders problematisch ausgefallen: Um eine gewisse Flexibilität zu wahren, delegiert der Bundesrat bestimmte Regeln zu Recht an den Verordnungsgeber beziehungsweise an die Konzessionsbehörde. In diesem Zusammenhang will der Bundesrat aber auch darauf verzichten, das Werbeverbot für SRG-Radios weiterhin auf

Gesetzesstufe zu verankern – eine in Anbetracht der Bedeutung dieses Verbotes für die Branche fragwürdiges Entgegenkommen an die SRG.

Staatlich subventionierte Private

Das revidierte RTVG sieht auch eine Stärkung privater Anbieter vor. Auch hier stellt die Vorlage aber ein Dokument dafür dar, wie schwierig es für private Fernsehprogramme in der Schweiz ist, sich zu etablieren und zu finanzieren. Die Auffassung setzt sich durch, dass auch regionale Programme ohne staatliche Unterstützung kaum mehr überlebensfähig sind, weshalb auch konzessionierte private Anbieter vermehrt von Gebührengeldern profitieren sollen. Zusätzlich unterliegen die privaten Anbieter in Zukunft weniger strengen und dem europäischen Standard angepassten Werbevorschriften: Nicht nur darf länger geworben werden, als bei der SRG, auch Unterbrecherwerbung und Werbung für leichte Alkoholika ist zulässig. Im Gegenzug erhalten konzessionierte Privatfernseh-Veranstalter einen Leistungsauftrag im Rahmen des Service Public. Eine Konzession wird gemäss Vorlage an lokal-regionale Sender vergeben werden, «die in ihrer Information lokale und regionale Eigenheiten sowie politische, wirtschaftliche und soziale Zusammenhänge berücksichtigen und zur Entfaltung des kulturellen Lebens im Versorgungsgebiet beitragen». Der Bundesrat rechnet mit zehn bis zwölf konzessionierten Fernsehveranstaltern. Vier Prozent der Gebühren sollen künftig an die Privatsender fließen. Das Gebührensplitting und die Höhe des Anteils für die Privaten dürften ebenfalls zu den Hauptstreitpunkten werden – nicht zu Unrecht: Die Tatsache, dass auch private Sender subventioniert und damit einem stärkeren staatlichen Einfluss ausgesetzt werden, ist im besonders sensiblen Medienbereich nicht nur unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten nur teilweise befriedigend.

Neben der SRG als Hauptakteurin im Rahmen des Service Public sowie den konzessionierten privaten Sendern sieht das Gesetz eine dritte Kategorie von Anbietern vor: Radio- und Fernsehsender, welche weder Gebührenanteile noch einen erleichterten Zugang zu Verbreitungsstrukturen (drahtlos-terrestrische Verbreitung) beanspruchen. Sie haben in Zukunft kein Konzessionsverfahren mehr zu durchlaufen, unterliegen weniger strengen Offenlegungspflichten bezüglich Wirtschafts- und Eigentumsverhältnissen und keinerlei Werbezeitbeschränkung: Es sei also erlaubt, kommentierte Medienminister Moritz Leuenberger lakonisch, den ganzen Tag Werbung zu machen und dazwischen zu melden, dass es regne. Auf eine vollständige Liberalisierung ohne Pflichten will der Bundesrat allerdings verzichten, weil dem Fernsehen einen Stellenwert zukomme, der die Bedeutung der Printmedien bei weitem übertreffe. Für Anbieter gelten deshalb insbesondere gewisse minimale Pflichten im publizistischen Bereich. Es ist davon auszugehen, dass in dieser Kategorie vor allem Spartenkanäle entstehen.

Die pragmatische Vorlage löst bei allen Akteuren wenig Begeisterung aus und sie wird die schweizerische Fernseh- und Radiolandschaft kaum verändern, sondern bestehende Verhältnisse zementieren. Sie schafft bessere Rahmenbedingungen für bereits heute existierende Anbieter im Hinblick auf die auch weiterhin stärker werdende internationale Konkurrenz. Der Druck aus dem Ausland wird zweifellos anhalten und es ist nicht ausgeschlossen, dass das Gesetz schon

bald erneut angepasst werden muss. Denn im Januar etwa beschloss die EU-Kommission zu prüfen, ob die bisherigen Beschränkungen der Werbezeit aufgehoben und den Sendern freie Hand gelassen werden soll. ■

medialex-2002-4

Kontroverse Standpunkte zur RTVG-Revision: Thema «Beirat»

Vom Sinn diskursiver Institutionen in der Medienregulierung

Ordinarius am Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung der Universität
Zürich

Patrick Donges

Oberassistent am Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung der Universität
Zürich

Résumé: Le Comité consultatif pour la SSR joue un rôle important dans l'actuelle discussion sur le projet d'une nouvelle loi sur la radio et la télévision. L'idée fondamentale qui sous-tend la disposition légale en la matière consiste à compléter la surveillance audiovisuelle par l'Etat, qui était jusqu'ici de nature essentiellement juridique, en recourant à des acteurs sociaux disposant de compétences scientifiques et journalistiques. En fait, il y aurait lieu de faire un pas de plus et de créer un véritable Conseil des médias, pur comité discursif, qui ne disposerait d'aucune compétence juridique décisionnelle, mais qui se concentrerait sur les domaines de l'analyse, qui donnerait des impulsions et qui servirait de lieu de débat public. En consacrant un partenariat entre l'Etat, les entreprises de médias et les acteurs sociaux, un tel conseil des médias aurait des chances de générer une culture commune de régulation et de responsabilité pour l'ensemble du domaine des médias.

Zusammenfassung: In der gegenwärtigen Diskussion um den Entwurf eines neuen Radio- und Fernsehgesetzes spielt der vorgeschlagene SRG-Beirat eine wichtige Rolle. Der Beitrag plädiert für die Grundidee, die bisher vorwiegend rechtlich agierende staatliche Rundfunkaufsicht durch gesellschaftliche und diskursive Akteure zu ergänzen, wenn auch bei der konkreten Ausgestaltung des SRG-Beirates im Gesetzesentwurf noch Probleme bestehen. Es wird ein Medienrat skizziert, der als rein diskursives Gremium ohne rechtliche Entscheidungskompetenzen Aufgaben in den Bereichen Analysefunktion, Initiativfunktion und Forumsfunktion wahrnimmt. Mit einem solchen Medienrat besteht die Chance zu einer neuen, vom Staat, den Medienunternehmen und gesellschaftlichen Akteuren gemeinsam geteilten Regulierungs- und Verantwortungskultur für den gesamten Medienbereich.

In der gegenwärtigen Diskussion um den Entwurf eines neuen Radio- und Fernsehgesetzes spielt der vorgeschlagene SRG-Beirat eine wichtige Rolle. Der Beirat soll nach der Botschaft des Bundesrates das Programmschaffen der SRG beobachten und der Öffentlichkeit berichten, wie der Service public-Rundfunkanbieter seinen Programmauftrag erfüllt. Er ist «nicht als eigentliche Aufsichtsinstanz, sondern als diskursive Qualitätssicherung konzipiert, die ihre Wirkung in erster Linie durch Öffentlichkeitsarbeit entfalten soll» (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, S. 22).

Die Grundidee, die bisher vorwiegend rechtlich agierende staatliche Rundfunkaufsicht durch gesellschaftliche und diskursive Akteure zu ergänzen ist richtig, wenn auch bei der konkreten Ausgestaltung des SRG-Beirates im Gesetzesentwurf noch Probleme bestehen. Zunächst gilt es jedoch festzuhalten, dass mit der Entwicklung der Schweiz hin zu einer Mediengesellschaft der Bedarf an einer Regulierung der Medien insgesamt steigt, zumal unter den Bedingungen eines sich verschärfenden Wettbewerbs um die Aufmerksamkeit der Rezipienten sowie der Einnahmen aus der Werbung. Es kann weder der Gesellschaft als Ganzes noch einzelnen politischen und wirtschaftlichen Entscheidungsträgern gleichgültig sein, nach welchen Prinzipien sich Medienordnungen aufbauen und welche Strategien die Medienorganisationen in ihrem alltäglichen Handeln verfolgen. Medienprodukte sind keine Wirtschaftsgüter im klassischen Sinne, mit denen die Unternehmen, die sie produzieren, beliebig verfahren könnten, sondern Medien als gesellschaftliche Institutionen müssen in erster Linie auf gesellschaftliche Erwartungen reagieren sowie soziale Funktionen erfüllen. Doch gefordert sind, zumal unter den Bedingungen einer Mediengesellschaft, auch die Selbstverantwortung der Medienunternehmen und der Medienschaffenden sowie die Medienkompetenz der Rezipienten. Je zentraler die Medien für die gesellschaftliche Kommunikation werden, desto mehr hängt ihre Funktionsweise und Leistungsfähigkeit von einem verantwortungsbewussten Umgang aller Anspruchsgruppen mit Medienangeboten ab. Die Ermöglichung «demokratiegerechter Öffentlichkeiten» – dieses von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats entwickelte Leitbild kann generell zum Ausgangspunkt für neue medienpolitische Überlegungen genommen werden.

Perspektivenwechsel ist notwendig

Mit diesem Leitbild ist ein Perspektivenwechsel notwendig: Statt vorrangig auf das Recht als zentrales Mittel der Steuerung und damit auf den Staat als zentralen Akteur zu setzen, sollte vermehrt der gesellschaftliche Diskurs darüber, was die Gesellschaft von ihren Medien erwartet, gefördert werden. Es ist wichtig, aufbauend auf bestehenden Formen über neue Elemente zur Regulierung der Medienbranche insgesamt – und nicht nur des Rundfunks oder der SRG – nachzudenken. Gesellschaftliche Gruppen wie auch einzelne Bürgerinnen und Bürger sind vermehrt in den

Prozess der Rundfunkregulierung mit einzubeziehen, d.h. ihnen muss die Möglichkeit gegeben werden, ihre Erwartungen und Interessen an leistungsfähigen Medien wirksam entwickeln und prononciert artikulieren zu können. Zugleich ist damit verbunden, die Etablierung neuer medienbezogener («medienkritischer») gesellschaftlicher Akteure anzuregen und zu fördern.

Die Idee ist nicht neu: Vorstellungen für einen «Medienrat» wurden in der Schweiz wiederholt entwickelt, denn bereits 1982 schlug die Expertenkommission für eine Medien-Gesamtkonzeption in ihrem Schlussbericht die Einrichtung einer «Eidgenössischen Medienkommission» (EMK) vor. In den vergangenen fünf Jahren wurden verschiedene Modelle eines Kultur- oder Medienrates lanciert, die in unterschiedlicher Weise auf die Einrichtung diskursiver bzw. wissenschaftlicher Infrastrukturen der Medienregulierung abzielten. So schlug Bundesrat Leuenberger in der Frühjahrssession 1998 über den Bericht Kultur in den Medien der SRG die Einrichtung eines «Kulturrates» vor, der in schwach institutionalisierter Form die Debatte über die Kulturberichterstattung organisieren sollte. Und der Schweizer Presserat plädierte im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des RTVG, anstelle eines ausschliesslich für die SRG zuständigen Beirates eine «Eidgenössische Kommission für Medienbeobachtung» einzurichten.

Aufgaben des Medienrates

Der Medienrat soll die Entwicklung der Medien in der Schweiz wissenschaftlich analysieren und reflektieren sowie sich an der gesellschaftlichen Diskussion über medienpolitische Konflikte und Massnahmen beteiligen (Analysefunktion). Er soll Steuerungsbedarf im Mediensystem artikulieren, diskussionswürdige Themen und Positionen lancieren sowie Aufträge zur systematischen Erfassung aktueller Strukturprobleme der schweizerischen Medienlandschaft vergeben können (Initiativfunktion). Und schliesslich soll er im Sinne einer Forumsfunktion öffentliche Anhörungen von unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppierungen zu bestimmten aktuellen medienethischen Themen oder medienpolitischen Konflikten durchführen.

Der Medienrat ist ausdrücklich nicht als Organ gedacht, um über einzelne (Programm- oder Inhalts-)Beschwerden zu befinden oder gar Programme zu überwachen. Und: Der Vorschlag eines Medienrates bezieht sich auf alle Medien, nicht nur auf den öffentlichen Rundfunk, der noch am ehesten durch organisatorische Vorkehrungen sowie einen Leistungsauftrag auf seine gesellschaftliche Verantwortung verpflichtet werden kann. Wenn private Rundfunkangebote wie im RTVG-Entwurf vorgesehen grundsätzlich nicht mehr konzessionspflichtig sind, ist der Bezug zu ihrer gesellschaftlichen Verantwortung kaum noch vorhanden. Auch deshalb bedarf es neuer gesellschaftlicher Akteure.

Da ein solcher Medienrat vor allem Aufgaben zu übernehmen hat, die bestehende Akteure der Medienregulierung aus unterschiedlichen Gründen nicht übernehmen können oder wollen, ergibt sich kein Problem der Abgrenzung von Kompetenzen. Der Medienrat kann parallel zu den bisherigen Strukturen der Medienregulierung implementiert werden, ohne deren Kompetenzen zu beschneiden. In seiner personellen Zusammensetzung ist die bislang vernachlässigte zivilgesellschaftliche Betrachtungsweise zu verstärken, d.h. er sollte aus wenigen Sachverständigen bestehen, die von gesellschaftlichen Gruppen gewählt werden.

Beirat: ein erster Schritt

Mit einem so konzipierten Medienrat besteht die Chance zu einer neuen, vom Staat, den Medienunternehmen und gesellschaftlichen Akteuren gemeinsam geteilten Regulierungs- und Verantwortungskultur für den gesamten Medienbereich. Der Medienrat ist keine staatliche Aufsichtsinstanz. Er braucht in medienpolitischen Fragen ein Antrags- und Anhörungsrecht gegenüber politischen Instanzen, aber keine Entscheidungskompetenz. Seine Stärke gewinnt er nicht auf Basis rechtlicher Autorität, sondern durch fachliche Kompetenz, Offenheit, Glaubwürdigkeit und Diskursivität. Der geplante Beirat ist ein erster Schritt in diese Richtung. ■

Kontroverse Standpunkte zur RTVG-Revision: Thema «Beirat»

Les risques d'un contrôle des programmes mal maîtrisé

Denis Barrelet

Président de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, professeur de droit de la communication aux Universités de Neuchâtel et Fribourg, Detligen

***Zusammenfassung:** Der künftige Beirat, welcher das Beobachten des Programmschaffens der SRG zur Aufgabe hat, verträgt sich schlecht mit der Radio- und Fernsehfreiheit. Bis heute ist anerkannt, dass der Staat keine professionelle Kontrolle über die SRG ausübt, aus Rücksicht auf die in der Bundesverfassung garantierte Programmautonomie. Der vorgeschlagene staatliche Rat hätte unweigerlich negative Auswirkungen auf die Kreativität der SRG. Er wird auch Kompetenzkonflikte und Widersprüche zwischen den Behörden schüren. Seine Aufgaben decken sich nämlich zu einem grossen Teil mit jenen der künftigen unabhängigen Kammer innerhalb der Kommission, welche die heutige UBI ersetzen soll. Man sollte eher die Kompetenzen dieser Kammer ein wenig ausweiten, wenn man eine derartige Programmaufsicht für notwendig hält.*

***Résumé:** Le futur Comité consultatif chargé d' «observer la création des programmes de la SSR» cadre mal avec la liberté de la radio-TV. Jusqu'ici, il était admis que l'Etat n'avait pas à exercer un contrôle professionnel sur la SSR, par respect pour l'autonomie dans la conception des programmes garantie par la Constitution. Ce comité étatique aurait inmanquablement des effets néfastes sur la créativité de la SSR. Mais en plus, il créerait des conflits de compétences et provoquerait des contradictions entre autorités. Son activité en effet se recouperait dans une large mesure avec celle de la future Chambre indépendante qui prendra le relais de l'AIEP. Mieux vaudrait élargir légèrement les compétences de cette Chambre si on estime nécessaire une telle observation des programmes.*

Pourquoi, alors que l'idée de créer un organe étatique chargé d'observer la presse écrite a été abandonnée fort opportunément il y a trois ans, revient-on à la charge et propose-t-on un «comité consultatif» pour la SSR? Celle-ci, il est vrai, a une position dominante, et le bon milliard de francs qui lui parvient automatiquement de la part du public chaque année, la distingue des journaux et périodiques, mêmes puissants. La redevance radio-TV doit être payée par chacun. Mais la SSR n'est pas pour autant une institution d'Etat. Dans une démocratie, la radio-télévision ne peut fonctionner correctement que si elle dispose d'une large autonomie dans la conception de ses programmes. Cela vaut tout particulièrement pour la radio-télévision publique.

Une pression sur la SSR

Or, qu'on le veuille ou non: un organe nouveau, doté d'un budget annuel de 2 à 3 millions de francs, n'exercera pas une activité innocente. Ses rapports, ses avis, ses recommandations ne seront pas anodins. Par la publicité qui leur sera donnée, et par le crédit de ses auteurs – personnalités nommées en grande partie par le Conseil fédéral – ils auront un effet direct sur la créativité de la SSR. Celle-ci, précise le message gouvernemental, «sera contrainte d'accepter le débat et d'expliquer pourquoi elle estime ses prestations suffisantes ou d'exposer les réformes qu'elle envisage». Autrement dit, sur les sujets les plus divers, un organe fédéral aura pour tâche de mettre la SSR en accusation et d'obliger celle-ci à se défendre. On peut bien dire que ces avis et recommandations n'auront aucune valeur juridique. Ils feront office de corset – la SSR sera obligée de donner quelques gages pour calmer le débat – et, à tout le moins, réduiront la spontanéité indispensable à la création de bons programmes.

A-t-on besoin de cela aujourd'hui? La SSR a-t-elle démérité? Reste-t-elle sourde aux besoins du public? En toute bonne foi, on ne peut pas le prétendre. Si ses prestations sont dans l'ensemble satisfaisantes, c'est son mérite à elle sans doute, mais aussi celui de la concurrence, d'un public suisse qui reste attaché à certains principes, d'un petit pays où on se contrôle et d'une autorité comme l'AIEP, dont l'utilité préventive n'est pas à sous-estimer. Depuis la création de l'AIEP en 1984, il a toujours été admis que le contrôle exercé par cette autorité ne pouvait pas s'étendre à la qualité des programmes et à l'opportunité des choix réalisés. Doctrine et jurisprudence ont toujours souligné qu'un tel contrôle serait incompatible avec l'autonomie dans la conception des programmes garantie par la Constitution (art. 93 al. 3).

Aujourd'hui, à peine inscrite dans la Constitution nouvelle la garantie expresse de la liberté de la radio et de la télévision qui faisait défaut jusqu'ici (art. 17), voici que ces principes, apparemment, ne comptent plus et que l'on veut créer une institution étatique « accompagnant » le travail des professionnels de la radio et de la télévision. Aurait-on soudain une autre conception de la liberté, moins exigeante? Serait-ce que certains auraient des comptes à régler avec la SSR et les journalistes en général? Surtout, qu'on ne vienne pas nous dire que le futur comité sera uniquement consultatif, alors que l'AIEP est un organe quasi-judiciaire. Dans la pratique, la différence est minime. L'AIEP n'a pas

medialex-2003-7

non plus de pouvoir de sanction. Et le projet de loi adopté par le Conseil fédéral n'apporte pas un changement palpable à cet égard.

Eviter les contradictions entre autorités

A supposer qu'on veuille vraiment permettre à un organe étatique de voir parfois les choses de haut, sans être lié par une plainte visant telle ou telle émission, alors la création d'un comité consultatif n'est certainement pas la bonne voie non plus. Pourquoi? Parce qu'on aurait deux

instances jumelles qui risquent constamment de se contredire: le Comité consultatif d'une part, et la Chambre indépendante qui est censée prendre le relais de l'AIEP au sein de la future Commission des télécommunications et des médias électroniques d'autre part. Toutes deux auraient le même objet d'observation (le contenu des programmes de radio-TV) et le même souci (la défense du public). Qualifiée d'instance suprême en matière d'éthique par le conseiller fédéral Moritz Leuenberger, le Comité consultatif ne se limiterait pas à des considérations sociologiques ou philosophiques, mais analyserait aussi la façon dont les réalisateurs respectent les règles de leur métier, soit exactement ce que fait l'AIEP depuis dix-neuf ans et que fera la future Chambre. Sans doute que le Comité consultatif, s'il avait existé, se serait penché sur l'affaire des fonds en déshérence (comme l'a fait l'AIEP) et qu'il s'occuperait des émissions pour la jeunesse ou de la religion à la télévision (comme l'a fait l'AIEP). Immanquablement, cela produirait des doublons, des frictions, des contradictions – alors que le but de la révision est précisément de clarifier l'organisation des autorités chargées du dossier de la radio-télévision !

Saisie d'une plainte, l'AIEP a aujourd'hui déjà la possibilité d'examiner plusieurs émissions à la fois sur une durée de trois mois lorsqu'il existe un lien entre elles. Ainsi, le 6 décembre 2002, elle a décidé d'analyser les programmes musicaux de la radio DRS 1, auquel un plaignant reproche de violer le mandat culturel en raison du peu de musique d'origine suisse. Un pas de plus, et la future Chambre compétente pour les programmes pourrait alors aussi parfois, de son propre chef, analyser des questions relatives au mandat culturel de la radio-télévision. L'AIEP en a fait la suggestion. A son avis, l'objection selon laquelle il y aurait dans cette hypothèse mélange des rôles – la future Chambre des plaintes serait à la fois organe quasi-judiciaire et organe menant des enquêtes indépendamment de toute plainte – n'est pas probant. Aujourd'hui déjà, la Commission de la concurrence exerce de tels rôles sans que personne y trouve à redire. De plus, la procédure d'accès à l'AIEP – unique en son genre puisqu'elle autorise la plainte populaire – indique bien qu'avant d'être une instance plus ou moins judiciaire, l'AIEP est une soupape au service du public. Il en sera de même pour la future Chambre.

Si on veut vraiment s'engager dans la voie d'un certain contrôle plus global des programmes par l'Etat, il n'est pas nécessaire de créer un appareil de toutes pièces, de déclencher à coups de millions le dynamisme de « sages » qui voudront justifier leur fonction et de mettre en jeu le crédit des autorités, condamnées à perdre la face en raison de leurs contradictions répétées.

D'autant que le recours à la future Chambre des plaintes aurait en plus l'avantage de corriger facilement un autre défaut du projet. Aux termes de celui-ci, le Comité consultatif n'est en effet compétent que pour la SSR. Les autres diffuseurs accomplissant des tâches de service public – et qui se partageront plus de 40 millions par an provenant du produit de la redevance - seront observés par la Commission des télécommunications et des médias électroniques, dont il est dit qu'elle pourra recourir à des universités et qui, le cas échéant pourra couper les vivres aux mauvais élèves (art. 57). Or en bonne doctrine libérale, l'autorité qui accorde la concession ne devrait pas en même temps avoir un droit de regard sur le programme. Il faudrait donc qu'au sein de la Commission, ce soit la future Chambre indépendante qui assume ce travail. Elle le ferait alors aussi bien pour la SSR que pour les diffuseurs privés.

On le voit : quel que soit le bout par lequel on le saisit, ce Comité consultatif n'est vraiment pas l'exemple d'une bonne idée.

■

medialex-2003-8

Loi fédérale sur la transparence: deux pas en avant, un en arrière

Bertil Cottier

Professeur de droit de la communication, Université de la Suisse italienne, Préverenges

Zusammenfassung: Am 12. Februar 2003 hat der Bundesrat dem Parlament einen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung unterbreitet, worin vom Prinzip der Geheimhaltung abgegangen wird. Betroffen sind auch Organisationen, die öffentliche Aufgaben

erfüllen, soweit sie Verfügungen erlassen (z.B. SBB, Post oder Pro Helvetia). Der Entwurf hat eine gute Normdichte. Der Beschwerdeweg ans Bundesgericht steht offen. Zuviel Freude ist aber nicht angesagt. Der Text enthält nämlich viele, ziemlich unpräzise redigierte Ausnahmen. Die Ausübung des Akteneinsichtsrechts ist nicht kostenlos, was eine Weltpremiere darstellt. Der Entwurf schützt zu stark die Privatsphäre der Personen. Es bleibt zu hoffen, dass die Medien und die Öffentlichkeit ihr Interesse an diesem Übergang zum Öffentlichkeitsprinzip zeigen.

Résumé: Le 12 février 2003, le Conseil fédéral a soumis au Parlement un projet de loi fédérale sur la transparence qui renverse le paradigme du secret de l'administration. Il concerne aussi les organismes publics ou privés rendant des décisions au sens de la loi sur la procédure administrative (La Poste, CFF, Pro Helvetia, etc.). Le projet est caractérisé par une bonne densité normative. Des recours seront possibles jusqu'au Tribunal fédéral. Il n'y a cependant pas matière à trop de réjouissance, car le texte contient de nombreuses exceptions, rédigées de manière peu précise. L'exercice du droit de consulter les dossiers ne sera pas gratuit, ce qui constitue une première mondiale. D'autre part, il protège la sphère privée des individus de manière excessive. Il faut néanmoins espérer que les médias et l'opinion publique verront tout l'intérêt d'un tel passage au principe de la transparence.

Décidément, le Conseil fédéral peine à couper les amarres avec une culture séculaire de la confidentialité. Le 12 février, après moult tergiversations, il a enfin soumis aux Chambres fédérales un projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration qui renverse le paradigme du secret des documents officiels. L'appel au «Glasnost im Bundeshaus!», lancé il y a quelques années par un Adolf Ogi outré par les cachotteries de son propre département, aurait-il finalement été suivi? Voire.

Certes le projet proclame, haut et fort, que «l'accès du public aux documents officiels est garanti» (art. 1); et les intentions du législateur sont claires: d'une part renforcer la confiance du citoyen dans ses autorités, d'autre part démocratiser le processus administratif. Mieux: pour tirer parti de son droit d'accès, le requérant n'aura pas à justifier d'un quelconque intérêt supérieur,

comme c'est le cas en Italie, ou plus près de chez nous à Bâle-Campagne ou à Appenzell Rhodes-Extérieures; aucun danger donc qu'un fonctionnaire, encore pétri de confidentialité (et il en y aura encore beaucoup, les mentalités ne changeant pas du jour au lendemain...), ne joue sur cette condition pour occulter des informations compromettantes.

Un texte bien ficelé

On saluera en outre un projet bien ficelé. Tout ce qui doit être réglé l'est; on songe notamment à ces questions délicates que sont la notion de document officiel (qui, quoique définie largement, exclut les documents commerciaux ou personnels ainsi que les brouillons), la mise en place d'une procédure anonyme et accélérée de traitement des requêtes, l'énumération des motifs de maintien du secret (au nombre de neuf allant de la sûreté intérieure aux relations internationales en passant, notamment, par les secrets de fabrication ou la politique monétaire) ou encore la délimitation du cercle des autorités soumises à la transparence. Cette dernière problématique, cruciale à l'heure où l'administration se décentralise toujours plus, a d'ailleurs trouvé une heureuse solution, puisque la transparence s'étend aux «organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale», pour autant qu'ils soient appelés à rendre des décisions au sens de la loi sur la procédure administrative. Seront ainsi concernés des institutions aussi diverses que Pro Helvetia, La Poste ou les CFF.

Remarquable est aussi la densité normative du projet, qui se démarque à cet égard des modèles français ou néerlandais dont la trop grande concision a été source de nombreux conflits entre administration et administrés. Enfin, cerise sur le gâteau, un refus d'accès pourra faire l'objet d'un recours à une commission spécialisée, voire au Tribunal fédéral; la tentation était pourtant grande de n'ouvrir la voie qu'au recours hiérarchique, autrement dit de laisser les conflits «se régler» à l'interne. Mais il aurait été inadmissible que l'administration soit à la fois juge et partie.

Une curieuse première mondiale

Ces qualités suffiront à faire entrer la Suisse dans le cercle restreint des pays qui aujourd'hui consacrent un véritable droit d'accès aux documents administratifs (guère plus de 20 pays sur la quarantaine qui ont inscrit un tel droit dans leur loi). Entrée donc, mais par la petite porte, car le texte est truffé de tant d'exceptions, restrictions et autres atténuations que le lecteur ne peut se départir de la désagréable impression que ce qui est donné d'une main et souvent retiré de l'autre. Pas étonnant, si l'on sait que le Conseil fédéral, guère enthousiaste, s'est longtemps fait

medialex-2003-9

prier par des interventions parlementaires, jusqu'à ce qu'il se déclare prêt à accepter trois motions parlementaires, votées en 1997.

Exemplaire de cette réticence gouvernementale, le droit d'accès sera ...payant. Une première mondiale dont on se serait passé! Il est vrai que dans certains pays anglo-saxons, l'accès se monnaie; mais le caractère onéreux est l'exception, la règle demeurant la gratuité. On s'attendait à ce que les coûts supposés de la transparence fassent des remous en ces temps de déficit alarmant des finances fédérales. Mais de là à faire dépendre l'étendue du droit de regard de l'épaisseur du porte-monnaie, c'est se tromper de cible; d'autant que 4 à 5 millions de francs par année, ce n'est pas grand-chose comparé aux quelque 62 millions de francs que l'administration a dépensé pour l'information active en l'an 2000). Si une certaine rentabilité de la transparence est vraiment de mise, alors, en bonne logique, rien ne s'oppose à ce que le public qui assiste aux séances du Parlement fédéral soit désormais contraint d'acheter un ticket d'entrée.

Autre point négatif: la trop grande marge d'appréciation laissée à l'administration. Que les motifs de secret soient définis par une dizaine de clauses générales n'est pas en soi critiquable; il est en effet difficile de ciseler des normes de secret précises sans être au bénéfice d'une certaine expérience de la publicité. Au fil des révisions, des normes plus circonstanciés verront certainement le jour, comme ce fut le cas dans les trois pays pionniers en matière transparence documentaire que sont les Etats-Unis, la Finlande et la Suède (ce dernier a édicté près d'une centaine de normes de secret). Cela dit, il est des plus regrettable que le secret puisse être décrété sitôt que la communication fait courir un simple risque d'atteinte à l'un des motifs de secret. Or des risques, il y en aura toujours.

Plus grave: un document peut être occulté s'«il entrave considérablement l'exécution de mesures concrètes d'une autorité conformément à son objectif» (art. 7, al.1, litt. b); la formule, qui, à en croire le message, ne viserait en définitive qu'à garantir l'efficacité des mesures de surveillance ou d'inspection, est redoutablement sibylline; même si l'ajout du qualificatif considérable se veut un tempérament, la porte n'en demeure pas moins ouverte aux dissimulations abusives.

Sphère privée trop protégée

Mais là où le bât blesse incontestablement, c'est en matière de protection de la sphère privée. Loin de nous l'intention de minimiser le droit légitime des administrés à ne pas voir sans autres leurs situations personnelles exposées sur la place publique; mais le projet lui confère une dimension excessive. La protection de la sphère privée l'emportera dans tous les cas, à moins qu'un intérêt public à la transparence «ne soit exceptionnellement reconnu». Plutôt que de réserver l'extraordinaire, il eût mieux fallu s'inspirer de certains exemples étrangers et consacrer clairement les cas où la publicité l'emporte: subventions à des tiers, octroi de concessions ou d'autorisations, promotion de fonctionnaires; en bref, des situations où les risques de corruption ou d'avantages indus sont grands.

En deux décennies la Suisse s'est forgé une tradition en matière de protection des données personnelles; c'est bien, mais le projet de loi sur la transparence en souffre. A tel point que l'excellente proposition de fondre l'autorité de surveillance de la protection des données et celle de la transparence au sein d'une seule et même personne – dans les deux cas tout tourne autour du

statut des données administratives – est ternie par la dénomination du futur organe commun: le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. L'ordre des mots reflète la vision des priorités. Que celui qui en doute songe à l'impression que laisserait l'appellation Département fédéral de police et justice...

Reste que malgré ses défauts, le projet de loi sur la transparence a déjà un grand mérite, celui d'exister et de donner, de ce seul fait, un signal fort vers plus d'ouverture. Encore faut-il, pour qu'il s'impose, qu'il bénéficie de l'appui des médias et de l'opinion publique. Il serait dommage que l'indifférence de ses bénéficiaires directs ne justifie un abandon; comme ce fut le cas en Allemagne. ■

L'auteur a fait partie de la commission d'experts qui a élaboré l'avant-projet de la loi sur la transparence.

France: La violence à la télévision et la jeunesse

Emanuel Derieux

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2

Zusammenfassung: *Gewalt am Fernsehen, seine Wirkungen auf die Jugend und die Mittel, diese einzudämmen, bilden seit mehreren Monaten den Gegenstand von zeitweise heftigen Diskussionen, welche zusätzlich angeheizt wurden durch Berichte über von Kindern verübten Greueln. Ein Bericht, welcher vom Ministerium für Kultur und Kommunikation in Auftrag gegeben worden war, hat restriktive Massnahmen vorgeschlagen. Aber die Umsetzung wird schwierig sein, wie die Debatten in der Nationalversammlung vom 12. Dezember 2002 gezeigt haben. Mittels verfahrensrechtlicher Tricks hat es die Linke geschafft, dass über den Entwurf eines Gesetzes der Kommission für kulturelle, familiäre und soziale Angelegenheiten, welches die Regulierungsmöglichkeiten des CSA stärken möchte, nicht abgestimmt werden konnte. Deren Präsident fordert öffentlich mehr Härte.*

Résumé: *La violence à la télévision, ses effets sur la jeunesse et les moyens de l'endiguer font, depuis plusieurs mois en France, l'objet d'un vaste débat, souvent passionné, exacerbé par des faits divers troublants causés par des enfants. Un rapport commandé par le ministre de la culture et de la communication a proposé des mesures restrictives. Mais leur mise en oeuvre paraît aléatoire, ainsi que l'a montré le débat du 12 décembre 2002 à l'Assemblée nationale. Usant de subterfuges procéduraux, la gauche a empêché provisoirement un vote sur un projet de loi de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales visant à renforcer le pouvoir de régulation du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Celui-ci, par la voix de son président, fait ouvertement campagne pour davantage de sévérité.*

Sitôt la droite revenue au pouvoir, après les élections du printemps 2002, le ministre de la culture et de la communication, M. Jean-Jacques Aillagon, chargeait deux commissions de lui faire rapport sur deux questions relatives à la télévision: la culture et la violence. Ces rapports lui ont été remis six mois plus tard. La violence à la télévision, ses effets sur la jeunesse et les moyens de l'endiguer font, depuis plusieurs mois, l'objet d'un vaste débat, souvent passionné.

Le premier rapport – celui sur la culture rédigé par une commission présidée par Catherine Clément – est relativement anodin. Tout en considérant que «les chaînes généralistes de l'audiovisuel à la française» font de ce dernier «l'un des meilleurs du monde pour la qualité des programmes, l'éthique de ses valeurs, la diversité de ses images», le rapport estime que «le symptôme majeur du mal de la culture sur France Télévision» (société holding du secteur public) «tient à ses créneaux horaires de diffusion». Il lui est essentiellement fait reproche de diffuser les programmes culturels trop tard le soir et l'été, d'où le titre du rapport - «La nuit et l'été» - et le

prétendu «proverbe du XXI^e siècle», supposé exprimer le point de vue des responsables de la programmation, mis en exergue: «La culture dans les grilles de programme? Elle ne me dérange pas, je la mets la nuit et l'été».

Parmi les modestes propositions du rapport, on retiendra celles-ci: imposer que la diffusion des programmes culturels commence impérativement entre 22h30 et 22h45 (après, compte tenu des habitudes de vie des Français, cela est trop tard); accepter une petite diminution de l'audience et récompenser financièrement les efforts accomplis; préparer les téléspectateurs à la diffusion de ce type de programmes et leur apprendre à les aimer; insérer une page culturelle dans les journaux télévisés; désigner, à la télévision, un directeur des arts et de la culture; mettre en place une structure de recherche destinée à favoriser l'innovation; accroître les moyens financiers de France Télévision.

En cas de doute: faire prévaloir le droit des enfants

Le second rapport est plus riche et sans doute plus gênant dans ses propositions. Il a pour auteur une commission conduite par Blandine Kriegel (<http://www.cul-ture.fr/culture/actualites/communiq/aillagon/rapportBK.pdf>). Dans sa lettre de mission, le ministre évoque «la protection des plus vulnérables, la lutte contre toutes les formes de violence, le refus de la discrimination et de la haine» et de «la banalisation des représentations violentes ou agressives particulièrement dans l'esprit des plus jeunes». La question posée est donc de savoir s'il convient – et si oui, pourquoi et comment - d'en limiter la place à la télévision.

Le rapport est tout d'abord fondé sur un grand nombre d'études relatives tant à l'importance des représentations de la violence (dont la pornographie n'est qu'un aspect) à la télévision, qu'à leur impact négatif sur le public et tout particulièrement sur celui des jeunes. La commission y déclare «reconnaître un effet net de l'impact de la diffusion de spectacles violents sur le comportement des plus jeunes et/ou un ensemble de présomptions convergentes tendant à établir cet effet».

Un tel constat conduit à la prise en compte d'une nécessaire réglementation ou - tout au moins et peut-être de préférence - régulation de la télévision, afin de protéger les enfants et les adolescents de ses influences néfastes. La difficulté est alors d'assurer la conciliation entre les principes de liberté d'expression ou de création, le droit des adultes d'accéder à ces programmes ou contenus, et la protection des mineurs. C'est dans cet esprit que les restrictions doivent être déterminées, même si la commission n'hésite pas à poser, de façon courageuse et sans doute assez impopulaire, que, dans les situations extrêmes, «en cas de heurt perpendiculaire entre le principe de liberté et le principe de protection des enfants, on doit faire prévaloir le droit des enfants».

La commission note que «personne ne veut paraître liberticide. L'interdit est devenu interdit. Les images ont donné une légitimité à la violence et à la pornographie». Elle interroge cependant, et c'est sans doute une façon de répondre: «jusqu'où peut-on aller au nom de cette liberté? N'y a-t-il pas des limites?».

Pour la commission, «il s'agit de trouver un chemin étroit entre le principe de liberté et celui de responsabilité, principes ou fondements de nos démocraties». C'est pourquoi, «aucune mesure liberticide ne doit être prise contre la liberté de création et de communication entre adultes». En conséquence, elle «n'a pas souhaité interdire les spectacles violents ou pornographiques». Elle a voulu, «en revanche, imaginer tous les moyens qui pouvaient mettre hors de portée des enfants, par un système d'actions élargies et fiables, les spectacles violents».

Les moyens préconisés

Préférant la régulation à la réglementation, la commission estime que «la loi et le règlement ne sont pas les seuls modes de régulation de l'espace télévisuel: la concertation, la dissuasion, l'intériorisation de normes collectives ont des effets plus stables. Elle cherche à désamorcer la surenchère du sensationnalisme entre les chaînes. Elle en appelle à la responsabilisation des créateurs de fictions, des programmeurs de chaîne, des diffuseurs. Elle veut entrecroiser les libertés des créateurs et du public avec les responsabilités des émetteurs, des téléspectateurs et des parents. Elle veut rendre l'opinion publique consciente du problème».

Parmi les moyens préconisés, on peut relever notamment: la réorganisation des commissions de classification des œuvres cinématographiques et audiovisuelles, pour n'en constituer plus qu'une dont la composition, le mode de fonctionnement et les pouvoirs seraient modifiés; réserver la pornographie aux adultes en la mettant hors de portée des enfants, par la mise en place d'un double système technique de cryptage; la suppression des images violentes et pornographiques des programmes et des bandes annonces aux heures où les enfants sont susceptibles de regarder la télévision (entre 7 heures et 22h30... moment où le premier rapport préconise que commence la diffusion des programmes culturels!); le renforcement des missions et des pouvoirs du CSA (dont le président Dominique Baudis, à titre personnel au moins, s'est prononcé pour une interdiction totale de la pornographie à la télévision), en matière de sanctions notamment; l'élaboration, par les chaînes, de chartes de déontologie; la mise en place, au-delà de la signalétique «négative» actuelle, récemment rendue plus claire et compréhensible, avertissant de ce qu'un programme n'est pas recommandé à telle ou telle classe d'âge, d'une signalétique «positive» à l'égard des programmes pour la jeunesse; l'apprentissage à la lecture critique de l'image; l'information et la responsabilisation des parents.

Ces rapports seront-ils suivis d'effets? Le 12 décembre 2002, l'Assemblée nationale a discuté d'une proposition de loi présentée par M. Yves Bur, se voulant «une première réponse très partielle» au rapport Kriegel. Soutenu par le ministre, ce texte entend donner au CSA un outil supplémentaire en conditionnant la diffusion de programmes de catégorie V, déconseillés aux moins de 18 ans ou interdits en salle aux moins de 18 ans, à la mise en place d'un dispositif de «déverrouillage volontaire» pour accéder à ces programmes qui ne sont aujourd'hui déjà diffusés que sur des chaînes payantes et cryptées. Des amendements entendent, conformément au rapport Kriegel, ajouter des sanctions pécuniaires prononcées par le CSA. Certains ont parlé de retour à la censure et à l'ordre moral, et le débat est vite devenu houleux; il a été prolongé artificiellement de telle sorte qu'aucun vote n'a pu intervenir. ■

Notiz: faits divers = Hier: durch Kinder begangene Morde

Résumé

La violence à la télévision, ses effets sur la jeunesse et les moyens de l'endiguer font, depuis plusieurs mois en France, l'objet d'un vaste débat, souvent passionné, exacerbé par des faits divers troublants causés par des enfants. Un rapport commandé par le ministre de la culture et de la commission a proposé des mesures restrictives. Mais leur mise en oeuvre paraît aléatoire, ainsi que l'a montré le débat du 12 décembre 2002 à l'Assemblée nationale. Usant de subterfuges procéduraux, la gauche a empêché provisoirement un vote sur un projet de loi de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales visant à renforcer le pouvoir de régulation du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Celui-ci, par la voix de son président, fait ouvertement campagne pour davantage de sévérité.

Etats-Unis: la durée de protection du droit d'auteur portée à 70 ans

Jacques de Werra

Dr en droit, LL.M., avocat, Zurich

Zusammenfassung: Die USA ringen sich durch zu einer Verlängerung der urheberrechtlichen Schutzdauer auf 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers, so wie sie in der Schweiz und in der EU gebräuchlich ist. Aber der Kampf war hart. Der Oberste Gerichtshof hat die Kontroverse am 15. Januar 2003 beendet. Er ist der Ansicht, dass die geplante Verlängerung weder die «copyright clause», nach welcher die Schutzdauer limitiert ist, noch die Meinungsäusserungsfreiheit tangiere. Es gab aber auch «dissenting opinions».

Résumé: Les Etats-Unis se rallient à la prolongation de la durée de protection du droit d'auteur à 70 ans après la mort de l'auteur, telle qu'elle prévaut en Suisse et au sein de l'Union européenne. Mais le combat a été rude. La Cour suprême a tranché le débat le 15 janvier 2003. Elle a estimé que cette prolongation ne viole ni la «copyright clause», selon laquelle la protection des auteurs est accordée pour une durée limitée, ni la liberté d'expression. Mais il y a eu des opinions dissidentes.

Le 15 janvier 2003, la Cour suprême américaine a rendu une importante décision en matière de droit d'auteur, portant sur la question fondamentale de la durée de protection. Cette décision - Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. ____ (2003) - était attendue avec impatience au-delà du cercle des juristes spécialisés, dans la mesure où la procédure judiciaire avait été passablement médiatisée même avant de monter jusqu'à l'échelon suprême, certains médias ayant présenté - de manière quelque peu exagérée - l'enjeu de cette affaire comme la privatisation de la culture ou encore la disparition du domaine public.

Dans cette affaire, la Cour suprême avait à trancher la question de savoir si une prolongation de la durée de protection de 50 ans après le décès de l'auteur à 70 ans, introduite par une loi américaine de 1998 (the 1998 Copyright Term Extension Act), violait le droit constitutionnel américain. Les recourants (soit en particulier M. Eric Eldred, qui anime un site Internet - <http://www.eldritchpress.org/> - sur lequel il met gratuitement à la disposition des internautes des oeuvres littéraires tombées dans le domaine public) avaient mis en cause la constitutionnalité de cette loi sous deux angles différents.

Tout d'abord, les recourants avaient plaidé que l'extension de la durée de protection violait la clause constitutionnelle garantissant la protection du droit d'auteur («the Copyright Clause»). Selon l'art 1, § 8, cl. 8 de la Constitution américaine, le Congrès a en effet le pouvoir de promouvoir le progrès des sciences et des arts utiles en conférant aux auteurs un droit exclusif sur leurs écrits

pour une durée limitée («Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors [...] the exclusive right to their [...] Writings [...]»).

Les recourants ont ainsi argumenté que la prolongation de la durée de protection de 50 ans à 70 ans violait l'exigence constitutionnelle de la durée limitée («for limited times») de la protection du droit d'auteur, en ce qui concerne plus spécifiquement les oeuvres déjà créées, l'argument central étant que le Congrès n'avait pas le pouvoir de prolonger rétroactivement (soit pour les oeuvres déjà créées) la durée de protection du droit d'auteur. Dans ce cadre, les recourants ont en particulier fait valoir que, pour des oeuvres déjà créées, l'extension de la durée de protection ne contribuait aucunement à promouvoir le progrès des sciences et des arts utiles, cette condition étant pourtant exigée par la Constitution elle-même («to promote the progress...»).

Les recourants ont également fait valoir comme second argument que l'extension de la durée de protection portait atteinte à la liberté d'expression, le fameux «free speech» garanti par le Premier Amendement de la Constitution américaine. Sous cet angle, leur argument était que l'extension de la durée de protection restreignait de manière excessive la liberté d'expression des tiers qui - sans cette nouvelle extension de la durée de protection auraient pu utiliser ces oeuvres librement (car tombées dans le domaine public) 50 ans après le décès de l'auteur au lieu de devoir attendre 20 années supplémentaires.

Liberté d'expression sauvegardée

Par 7 voix contre 2, la Cour suprême a rejeté les deux arguments soulevés par les recourants en se livrant à une exégèse très fouillée des sources constitutionnelles invoquées par ces derniers (en particulier en ce qui a trait à la «Copyright Clause»). Concernant la prétendue violation de la «Copyright Clause», la Cour suprême a constaté que l'extension de la durée de protection de 50 à 70 ans ne violait pas l'exigence constitutionnelle de la durée limitée de la protection du droit d'auteur. Dans ce cadre, la Cour a en particulier constaté que la durée de protection du droit d'auteur avait déjà été valablement prolongée par le passé (en 1831, 1909 et 1976 respectivement) et que la nouvelle prolongation attaquée n'était en rien différente de ces prolongations antérieures, la Cour soulignant au demeurant qu'aucune de ces différentes prolongations ne créait une durée de protection perpétuelle pour le droit d'auteur.

A propos de la liberté d'expression (free speech), les juges ont souligné que la législation sur le droit d'auteur respectait déjà suffisamment la liberté d'expression (notamment au moyen de la limitation générale au droit d'auteur du fair use) et que la nouvelle législation critiquée par les recourants introduisait elle-même certaines limitations additionnelles au droit d'auteur (permettant notamment aux bibliothèques d'utiliser librement certaines oeuvres à des fins scientifiques pendant les 20 dernières années de protection de ces oeuvres). Par conséquent, les juges ont estimé que par cette nouvelle législation le Congrès n'avait pas altéré «les contours traditionnels du droit d'auteur» («... the traditional contours of copyright protection...») et que cette législation ne menaçait donc pas la liberté d'expression.

Deux opinions dissidentes

Cette position de la majorité de la Cour suprême a été vertement critiquée dans les opinions dissidentes («dissenting opinions») des deux juges minorisés de la Cour suprême (Justices Stephen et Breyer), qui ont en particulier souligné la prédominance de l'intérêt public comme justification principale de la protection du droit d'auteur dans la conception américaine du «copyright». Selon cette approche, qui découle déjà de la formulation de la «Copyright Clause», la protection du droit d'auteur a d'abord pour but de promouvoir l'intérêt public, soit le progrès des sciences et des arts et non pas les intérêts privés des auteurs. Dans cette perspective, il est inacceptable que les intérêts privés des auteurs d'oeuvres existantes (et surtout leurs ayants droits, qui n'ont accompli aucun acte créatif) bénéficient d'une extension de la protection du droit d'auteur au détriment du public des utilisateurs des oeuvres, qui auront ainsi à payer des redevances pendant une période additionnelle de 20 ans.

Vu son importance, on peut s'attendre à ce que cette décision fasse couler passablement d'encre. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette décision va attiser encore davantage les dissensions - déjà très vives - existant entre les tenants d'une protection forte (excessive?) du droit d'auteur (soit les industries des médias, tout particulièrement Hollywood) et les défenseurs du domaine public et de la liberté d'expression, parmi lesquels on compte (notamment) plusieurs institutions académiques de renom. ■

Pour en savoir plus:

Le texte intégral de la décision est accessible à: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-618.pdf>.

Pour une première réaction, voir par exemple A. HARMON, The Supreme Court: The Context: A Corporate Victory, But One That Raises Public Consciousness, New York Times, 16 janvier 2003, p. A 24; voir aussi le site:

<http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/>. Parmi les opposants de renom: voir le projet «Copyright's Common» lancé par le Berkman Center for Internet & Society de Harvard Law School («Copyright's Common» étant défini comme «a coalition devoted to promoting a vibrant public domain») accessible à <http://cyber.law.harvard.edu/cc/>; on peut également mentionner le Center for the Public Domain à <http://www.centerpd.org/>, le projet «Chillingeffects» à <http://www.chillingeffects.org/> ainsi que le projet «Campaign for Audiovisual Free Expression» lancé par l'Electronic Frontier Foundation, à <http://www.eff.org/cafe>.

Gerichtsöffentlichkeit als Quelle der Medienberichterstattung

Franz Zeller

Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Bern*

Résumé: *Les comptes rendus de presse sur les audiences des tribunaux n'ont rien de nouveau. C'est d'abord grâce au principe de la publicité des débats et du verdict que la transparence a été rendue possible. Ce principe a gardé toute son importance, mais il ne constitue pas une réponse satisfaisante pour beaucoup de questions actuelles qui se posent aux différents stades de la procédure: quand peut-on lever le secret de la procédure préliminaire? Comment informer le public au sujet de débats imminents? Faut-il plus souvent, dans l'intérêt des parties, interdire au public l'accès à la salle d'audience? Doit-on communiquer aux médias la motivation du jugement, en plus de son dispositif? Et peut-on encore justifier à l'heure actuelle l'interdiction d'un compte rendu audiovisuel du procès pour tous les types de procédure et à tous les stades? Une chose est claire: la publicité d'un procès doit représenter plus qu'un simple alibi.*

Zusammenfassung: *Journalistische Berichterstattung aus dem Gerichtssaal hat Tradition. Ermöglicht wurde die Transparenz primär durch das Prinzip öffentlicher Hauptverhandlung und Urteilsverkündung. Es hat seine Bedeutung behalten, gibt aber keine erschöpfende Antwort auf viele aktuelle Fragen, die sich in den einzelnen Verfahrensphasen stellen: Wann darf das Geheimnis des Vorverfahrens durchbrochen werden? Wie ist die Allgemeinheit über bevorstehende Verhandlungen zu informieren? Ist das Publikum zum Schutz der Verfahrensbeteiligten vermehrt aus dem Gerichtssaal zu weisen? Ist den Medien neben dem Urteilsdispositiv auch die Begründung zu kommunizieren? Und ist es heute noch vertretbar, die audiovisuelle Berichterstattung für alle Verfahrensarten und alle Verfahrensabschnitte zu verbieten? Klar ist jedenfalls: Gerichtsöffentlichkeit muss mehr sein als ein blosses Alibi.*

Für die Massenmedien ist der Gerichtssaal traditionsgemäss eine gut genutzte Informationsquelle. Justizberichterstattung gehört seit Jahrhunderten zum festen Bestandteil des redaktionellen Angebots. ¹ Ein Grund dafür ist das ungebrochene Interesse des Publikums, das sich auf dem Gebiet des Strafrechts besonders ausgeprägt manifestiert. Mehr und mehr finden aber auch Prozesse aus anderen Rechtsbereichen (z.B. wegen ihrer politischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Dimension) ein beträchtliches Echo in den Medien. Dies hängt auch damit zusammen, dass sich die Rechtsordnung ständig verfeinert und immer mehr Lebensbereiche erfasst.

Transparenz im Gerichtswesen dient nicht nur dem publizistischen und ökonomischen Interesse der Medien. Sie hat als fundamentale Errungenschaft der Aufklärung ² grundlegende

Bedeutung für den demokratischen Rechtsstaat, welcher die willkürliche Geheimjustiz des Absolutismus überwunden hat.

I. Gerichtsöffentlichkeit statt Geheimjustiz

Nach den Worten des deutschen Bundesverfassungsgerichts finden Prozesse «in der, aber nicht für die Öffentlichkeit statt.»³ In der Rechtspflege ist Transparenz bis heute weniger selbstverständlich als in anderen Bereichen des demokratischen Gemeinwesens, beispielsweise der Rechtsetzung. Die Funktionen der Gerichtsöffentlichkeit werden immer wieder diskutiert und kritisch hinterfragt.⁴ Sie sind vielfältig und mitunter auch widersprüchlich. Im Vordergrund stehen die rechtsstaatliche und die demokratische Zielrichtung.

1. Rechtsstaatliche Funktion

In ihrer rechtsstaatlichen Komponente dient die Transparenz der fairen Behandlung der Prozessbeteiligten. Sie sollen vor den Augen des Publikums einen korrekten, gesetzmässigen Prozess vor einem unvoreingenommenen Gericht⁵ erhalten. Das Wissen um die öffentliche Kontrolle soll das Gericht präventiv zur minutiösen Einhaltung der Verfahrensvorschriften bewegen, eine psychologische Schranke gegen respektlose, überhebliche, schikanierende oder suggestive Befragung errichten und auch Sachverständige oder die Vertreter der Prozessparteien zu einer gewissenhaften Tätigkeit motivieren. Selbst in Gerichtskreisen wird anerkannt, dass justizinterne Mechanismen die geforderte Kontrolle nicht ausreichend zu gewährleisten vermögen.

⁶
..

medialex-2003-15

2. Demokratische Funktion

Die Offenheit der Gerichtspforten hat auch einen demokratischen Ansatz: Die Gerichtsbarkeit stellt sich öffentlicher Beobachtung und Auseinandersetzung. Dies erlaubt es der Bevölkerung, sich an konkreten Beispielfällen über die Rechtsdurchsetzung zu informieren; die Justiz wird der allgemeinen Kritik zugänglich. Sie hat sich nicht nur der Diskussion mit Fachleuten zu stellen, denn die Gerichtsbarkeit kann nicht in einem Vakuum funktionieren.⁷ Für die Allgemeinheit ist die Gerichtsöffentlichkeit ein wichtiges Mittel, um über die wirksame und angemessene Erfüllung der Richteraufgabe zu wachen.⁸

Nach den Worten des Bundesgerichts soll die Publikums- und Medienöffentlichkeit das Vertrauen in Gerichtsbarkeit sichern.⁹ Ob die Transparenz das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Institution stärkt, ist bei der Justiz zwar ebenso wenig sicher wie beim Parlament. Umgekehrt

ist aber schon aufgrund historischer Erfahrungen gewiss, dass eine Rechtsprechung hinter verschlossenen Türen Misstrauen sät. Ohne öffentliche Verhandlung kommt es beispielsweise in der Bevölkerung unweigerlich zu Spekulationen darüber, ob die Justiz einzelne Prozessparteien ungebührlich benachteiligt - oder privilegiert.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz beschränkt sich konsequenterweise nicht darauf, die Teilnahme der Verfahrensbeteiligten an Prozesshandlungen zu garantieren (**Parteiöffentlichkeit**); er umfasst auch die **Publikums- und Medienöffentlichkeit**. Diese beiden Aspekte stehen nicht selten in einem Spannungsverhältnis. Transparenz ist dazu geeignet, (auch) Unangenehmes ans Licht der Öffentlichkeit zu bringen. Sie liegt daher nicht nur – und nicht immer – im Interesse der Verfahrensbeteiligten.

Die Publikumsöffentlichkeit entreisst auch die Gerichtsbehörden ihrem geschützten Raum und konfrontiert sie mit besonderen (Kommunikations-) Anforderungen: Die Staatsmacht «öffnet sich bürgerlicher Kontrolle, und sie lässt sich auf Bürgernähe und Verständlichkeit ihres Handelns verpflichten.»¹⁰ Das Öffentlichkeitsprinzip soll die Organe der Rechtspflege dazu motivieren, sich in einer für das breite Publikum nachvollziehbaren Weise auszudrücken. Es wird festgehalten, die Justiz müsse ihre Existenzberechtigung künftig weniger auf das staatliche Gewaltmonopol als auf die Akzeptanz abstützen.¹¹ Gerade in diesem Zusammenhang wirken die Medien als Bindeglied zwischen rechtsprechender Gewalt und Bevölkerung.¹²

Auch nach dem Konzept der EMRK sind die Verhandlungsöffentlichkeit und die Freiheit der Medien bzw. des Publikums keine Gegenpole. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat festgehalten, die Berichterstattung und Kommentierung durch die Medien entspreche perfekt der Anforderung von Artikel 6 EMRK, dass Gerichtsverhandlungen öffentlich sind. «Die Medien haben nicht nur die Aufgabe, diese Informationen und Meinungen zu vermitteln: die Öffentlichkeit hat auch das Recht, sie zu empfangen.»¹³

3. Funktionen der Medienöffentlichkeit

Eine kontinuierliche und professionelle Begleitung der Justiztätigkeit ist in der Praxis auf die Medien angewiesen. Sie leisten

medialex-2003-16

schon dadurch einen Beitrag zur Transparenz, dass sie eine für das breite Publikum unbekannte Realität sichtbar machen: Den Gerichtssaal. Schweizerische Verhandlungslokale sind im Gerichtsalltag durch grösstenteils leere Zuschauerränge geprägt, und die Lektüre von Gerichtsurteilen im Originaltext beschränkt sich in aller Regel auf ein Fachpublikum. Es ist davon auszugehen, dass ein Grossteil der Bevölkerung sein Bild von der Justiz weniger durch eigene Wahrnehmungen formt als durch Eindrücke und Informationen, welche den Medien entnommen

sind. Die veränderten Kommunikationsmöglichkeiten und –gewohnheiten haben «die Wichtigkeit der medienvermittelten Wahrnehmung auch für die Beobachtung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen verstärkt.»¹⁴
....

Es entspricht weder dem Selbstverständnis der Medien noch ihrer anerkannten Funktion, sich auf eine bloße Abbildung der Realität zu beschränken. Ihnen obliegt es beispielsweise, Reformbedarf aufzuzeigen, Missstände aufzudecken und zur Diskussion zu stellen. Geboten ist etwa Kritik an einseitiger oder rechtsstaatlich fragwürdiger Ermittlungstätigkeit, an mangelhafter Verfahrensleitung, an problematischen personellen Verstrickungen, an Unstimmigkeiten in der Urteilsbegründung oder an fragwürdigen Konsequenzen einer Entscheidung. Medienberichterstattung kann auch die richterliche Unabhängigkeit stärken, indem sie in Prozessen gegen einflussreiche Personen fragwürdige Beeinflussungsversuche und Interventionen von Seiten Dritter enthüllt.¹⁵
....

4. Transparenz und journalistische Qualität

Dass die Gerichtsberichterstattung den ihr zugedachten Ansprüchen in der Praxis nur ansatzweise gerecht zu werden vermag, ist offenkundig und angesichts der in den schweizerischen Medien zur Verfügung stehenden finanziellen, personellen und platzmässigen Ressourcen vielleicht auch unvermeidlich.¹⁶ Die Berichterstattung über Justizthemen ist eine journalistisch anforderungsreiche Materie. Dies anerkennt auch das Selbstkontrollgremium der Medienbranche, der schweizerische Presserat: «Die Schwierigkeit besteht darin, für jeden Einzelfall ein ausgewogenes Verhältnis zwischen leserfreundlicher Textgestaltung, Informationsinteresse der Öffentlichkeit und Respektierung grundlegender Prinzipien wie Unschuldsvermutung, Persönlichkeitsschutz und geordnetem Gang der Rechtspflege zu finden»¹⁷
....
. Im Auge ist auch zu behalten, dass gewisse Defizite und Gefahren der Justizberichterstattung in den Gesetzmässigkeiten der Medienbranche wurzeln.¹⁸
....

Die Chance qualitativ befriedigender Gerichtsberichterstattung steigt mit der Kompetenz des Berichterstatters und den ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen. Sie steigt aber auch mit dem Zugang zu ausreichenden, verlässlichen Informationen. Die folgenden Ausführungen widmen sich der Frage, inwiefern dieser Zugang in den verschiedenen Verfahrensphasen rechtlich und faktisch gesichert ist.

II. Der Grundsatz öffentlicher Gerichtsverhandlungen

Juristisch wird der Umfang der Transparenz der Rechtsanwendung vorwiegend unter dem Blickwinkel des Prinzips der Gerichtsöffentlichkeit diskutiert, das kantonal, eidgenössisch und international in zahlreichen Erlassen unterschiedlicher Normstufe verankert ist.¹⁹ Das Prinzip findet sich nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Zivil-, Verwaltungs- und Staatsrecht.

Rechtlich eingefordert wird die Beachtung des Öffentlichkeitsprinzips in der Praxis

weniger von den Medien als von den Verfahrensbeteiligten. Sie stützen ihren Anspruch primär auf **Art. 6 EMRK**, der den Beteiligten eines Zivil- oder Strafverfahrens einen Anspruch auf publikumsöffentliche Verhandlung und Verkündung einräumt.²⁰ Nicht immer bezwecken die Verfahrensbeteiligten mit ihrem Begehren um eine (öffentliche) Verhandlung, die Pforten des Sitzungssaals für die Allgemeinheit zu öffnen. Hauptmotivation des Begehrens um eine Verhandlung ist wohl öfter der Wunsch, die eigenen Vorbringen mündlich vortragen zu können. Die Anwesenheit des Publikums kann dabei beabsichtigt, aber auch unerwünscht sein.

Die neue Bundesverfassung gewährleistet die Öffentlichkeit nunmehr ebenfalls ausdrücklich. **Art. 30 Abs. 3 BV** bestimmt: «Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.» Diese Neuerung im eidgenössischen Verfassungstext²¹ ist bemerkenswert, weil sie nicht den Anspruch der Verfahrensbeteiligten ins Zentrum stellt, dass in ihrem Fall überhaupt (öffentlich) verhandelt wird. Nach der bundesgerichtlichen Interpretation geht es nicht um den Individualanspruch auf Durchführung einer Verhandlung, sondern um die Garantie der Publikumsöffentlichkeit als rechtsstaatlich-demokratisches Prinzip, das nicht ohne gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden darf.²² Verhandelt ein Gericht, so muss dies – nicht nur bei Straf- und Zivilprozessen im Sinne der EMRK²³ – publikumsöffentlich geschehen. Eine solche Garantie der Transparenz enthält der Verfassungstext lediglich in einem weiteren Bereich staatlicher Tätigkeit (Sitzungen von National- und Ständerat; Art. 158 BV).

Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen sind typische Beispiele **allgemein zugänglicher Quellen**, deren Erschliessung das Grundrecht der **Informationsfreiheit** (Art. 16 Abs. 3 BV) jeder Person garantiert: Die Nichtzulassung des Publikums zu einer bestimmten Gerichtsverhandlung tangiert die Informationsfreiheit²⁴ und muss daher den üblichen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten (gesetzliche Grundlage, legitimes Interesse sowie Beachtung der Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts; Art. 36 BV) genügen. Übergangene Medienschaffende sind im Streitfall legitimiert, den verweigerten Zugang zum Sitzungssaal gerichtlich auf seine Verfassungskonformität überprüfen zu lassen.

III. Grenzen der Transparenz

Publikationen in den Medien sollten nicht ausgerechnet jene rechtsstaatlichen Anliegen torpedieren, denen der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit dient. Der EGMR hat deutlich gemacht, Medienberichte über Gerichtsfälle dürften weder absichtlich noch unabsichtlich dazu angetan sein, die **Chancen auf ein faires Verfahren** zu beeinträchtigen oder das **Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rolle der Gerichte** bei der Durchsetzung des Rechts zu untergraben.²⁵

1. Staatliche Schutzpflichten

Missachtet die Gerichtsberichterstattung die erwähnten Grenzen, so ist eine verhältnismässige **Einschränkung der Medienfreiheit** legitim, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Die Justizbehörden haben Rechtsverletzungen der Medien auf Begehren der Beteiligten zu ahnden. Entsprechende Normen finden sich im Strafrecht (Ehr- und Geheimnisverletzung) und im Zivilrecht (Persönlichkeitsverletzung), aber auch im Verwaltungsrecht (Programmbestimmungen für Radio und Fernsehen, Pflichten akkreditierter Gerichtsberichterstatter).²⁶
....

medialex-2003-18

Stehen Prozesse im Brennpunkt öffentlicher Diskussionen und Emotionen, so dürfen sich die staatlichen Organe regelmässig nicht mit dem Hinweis begnügen, die betroffenen Prozessparteien könnten von den gesetzlichen Instrumenten Gebrauch machen. Die Rechtsprechung hat den verantwortlichen Behörden eine **aktive Rolle** zugewiesen und sie zum Schutz der gefährdeten Rechte der Verfahrensbeteiligten verpflichtet. So ist der Staat grundsätzlich dafür verantwortlich, dass trotz öffentlicher Vorverurteilung oder anderer Verfahrensstörungen ein korrekter Prozess stattfinden kann²⁷ und dass die Menschenwürde der Verfahrensbeteiligten auch durch Aussenstehende – namentlich die Medien – respektiert wird.²⁸
....

2. Schwierige Doppelrolle der Justizbehörden

Die Justiz sieht sich zunehmend in eine nicht leicht zu erfüllende Doppelrolle gedrängt: Zum einen hat sie Transparenz über ihre Tätigkeit zu ermöglichen und sich für Kritik offen zu halten. Zum anderen obliegt es ihr, die durch überbordende Publizität bedrohten Rechtspositionen zu schützen – ohne dabei die grundrechtlich gewährleistete Medien- und Informationsfreiheit übermässig einzuengen.²⁹
....

Auszubalancieren ist ein labiles Dreiecksverhältnis zwischen den Anliegen der tendenziell an Diskretion gewohnten Justiz³⁰, der nach grösstmöglicher Transparenz strebenden Medien und der für ihre berechtigten Interessen kämpfenden Verfahrensbeteiligten.³¹
....

IV. Transparenz in einzelnen Verfahrensphasen

Die Rechtsordnung hat der Transparenz zahlreiche Schranken gesetzt. Sie schützen die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung, primär aber die Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten. Sie sind zwar sowohl vor als auch während und nach Abschluss des Prozesses verletzlich. Die Verletzlichkeit ist aber nicht in allen Verfahrensstadien gleich ausgeprägt, und es variiert auch das Mass der Belastung, welches die Rechtsordnung den Beteiligten zumutet. In einer ersten Phase des Rechtsstreits gewichten die geltenden Verfahrensordnungen die Diskretionsinteressen schwerer als die Informationsbedürfnisse der Allgemeinheit. Vereinfacht gesagt nimmt die Transparenz bis zur Hauptverhandlung zu und

erreicht mit dem Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung ihren Höhepunkt. Sie ist aber nie schrankenlos: So sind Fotoapparaten, Kameras und Mikrofonen die Pforten schweizerischer Verhandlungslokale in der Regel verschlossen. Nach der Bekanntgabe des Urteils schliesslich gewinnen die Diskretionsbedürfnisse kontinuierlich an Gewicht.

Die Pfeiler dieses Systems stehen seit längerem, aktuelle Entwicklungen haben sie aber ins Wanken gebracht. Das Geheimnis des Vorverfahrens gerät unter Druck, die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung gegen den Willen der Verfahrensbeteiligten ebenfalls, die öffentliche Beratung des Urteils steckt in der Krise und das Verbot audiovisueller Aufnahmen im Gerichtssaal steht zunehmend zur Diskussion.

1. Transparenz im Vorverfahren

Die Phase vor der Hauptverhandlung spielt sich im Grundsatz unter Ausschluss der Öffentlichkeit ab. In Straffällen haben die Medien nach gegenwärtiger Rechtslage während des Ermittlungs- und Untersuchungsstadiums keinerlei Ansprüche auf Information. Grund dafür ist die besondere Anfälligkeit der ersten Verfahrensphase für externe Störungen der Wahrheitsfindung, für Verletzungen der Unschuldsvermutung und der Persönlichkeitsrechte. Die rechtspolitische Entscheidung für einen Verzicht

medialex-2003-19

auf Transparenz bedeutet dennoch keine Selbstverständlichkeit.³²
....

In der Praxis lässt sich das scheinbar klare Prinzip der **geheimen Voruntersuchung** oft nur schwierig aufrecht erhalten. Gerade in publizitätsträchtigen Fällen kann nach den Worten des Bundesgerichts «ein legitimes Bedürfnis der Öffentlichkeit bestehen, über den Stand der Untersuchung informiert zu werden».³³
....

Die Behörden können sich unter bestimmten, gesetzlich genannten Voraussetzungen³⁴ an die Öffentlichkeit wenden. Dies bringt sie nicht selten in die Zwickmühle: Informieren sie zögerlich, so provozieren sie den öffentlichen Vorwurf der Intransparenz und Heimlichtuerei. Sie drohen eine kaum kontrollierbare Dynamik in Gang zu setzen, welche zu journalistischen Schuldzuweisungen und zur Publikation von Gerüchten oder Halbwahrheiten führen kann.³⁵
....

Orientieren die Behörden stattdessen offensiv, so riskieren sie den Vorwurf der Voreingenommenheit³⁶ oder der Ehr- oder Amtsgeheimnisverletzung³⁷. Die massgebenden gesetzlichen Normen sind zwangsläufig so allgemein formuliert, dass sie den Behörden bei ihrer Informationstätigkeit kaum eine verlässliche Orientierungshilfe zu bieten vermögen.

In einem rechtlich delikaten Bereich operieren auch Medienschaffende, welche während der geheimen Vorphase eigene Informationen recherchieren und publizieren. Sie laufen das Risiko einer Bestrafung wegen Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses³⁸ oder wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB)³⁹. Bezüglich der Orientierung der Öffentlichkeit in der Vorphase des Prozesses besteht ein Defizit an Rechtssicherheit, welches sowohl für die informierenden Behörden als auch für die Medienschaffenden eine potenzielle Belastung darstellt. Ob es gelingt, dieses Manko mit dichter Normierung auszugleichen, ist zweifelhaft.⁴⁰

Ein taugliches Gegenmittel gegen unachtsame Äusserungen wäre es nach der hier vertretenen Auffassung, wenn die Behörden die prozessuale Gegenseite (d.h. die Verteidigung) vermehrt in den Kommunikationsprozess einbeziehen und sie rechtzeitig über amtliche Informationsabsichten ins Bild setzen würden – ihr also beispielsweise Communiqués vorgängig zustellen oder die Teilnahme an Pressekonferenzen ermöglichen.⁴¹ Dies könnte auch einen Beitrag zu einer weniger einseitigen Information des Medienpublikums leisten.⁴²

2. Transparenz über bevorstehende Verhandlungen

Die behördliche Information über bevorstehende Gerichtsverhandlungen hat bislang weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung grössere Beachtung gefunden. Das Thema ist aber praktisch relevant. Insbesondere Medienschaffende haben spezifische Informationsbedürfnisse. Sie können nur einen Bruchteil der Verhandlungen besuchen und sind für eine zielgerichtete Auswahl der berichtenswerten Fälle elementar auf Angaben über das Thema künftiger Prozesse angewiesen.

medialex-2003-20

Der EGMR hat stets verlangt, dass der Staat die Menschenrechte nicht nur der Form halber respektiert. Vielmehr ist die nationale Rechtsordnung so auszugestalten, dass sich die EMRK-Garantien ihrem Sinn entsprechend entfalten können und in der Praxis wirksam sind.⁴³ Daraus folgt, dass sich der Grundsatz publikumsöffentlicher Gerichtsverhandlung nicht in einer blossen Alibi-Funktion erschöpfen darf.⁴⁴

Dies setzt unter anderem voraus, dass jedermann ohne Schwierigkeiten Kenntnis erlangen kann, wann und wo eine Hauptverhandlung stattfindet.⁴⁵ Im Rahmen einer **Information auf Anfrage** haben die Behörden die notwendigen Angaben über bevorstehende Verhandlungstermine bekannt zu geben.⁴⁶

Darüber hinaus fragt sich, ob und in welchem Umfang die Behörden **von Amtes wegen** aktiv über Zeit, Ort und Gegenstand kommender Sitzungen zu orientieren haben. Die Auffassung, die

Behörden müssten der Allgemeinheit nicht einmal die Tagungsliste kommunizieren⁴⁷, schenkt dem demokratischen Anliegen einer transparenten Rechtspflege kaum ausreichende Beachtung. Gemäss Bundesgericht entspricht es durchaus dem Sinn des Öffentlichkeitsprinzips, «die Öffentlichkeit über die Presse in geeigneter Form über bevorstehende Gerichtsverhandlungen zu orientieren.»⁴⁸ Dies könne nicht nur durch die Abgabe einer Sitzungsliste an die Medien, sondern auch in Form einer Medienmitteilung geschehen. Selbstverständlich haben die Behörden auch in der Ankündigung bevorstehender Verhandlungen Vorverurteilungen zu vermeiden und die Persönlichkeitsrechte zu beachten. Das Bundesgericht hat jedoch deutlich gemacht, dass eine gewisse Beeinträchtigung der Diskretionsbedürfnisse der Verfahrensbeteiligten unvermeidbar ist.

49
....

Dem besonderen Informationsbedarf der Medien ist in geeigneter Weise Rechnung zu tragen. (Akkreditierte) Medienschaffende erhalten nach gängiger Praxis detailliertere Informationen als das breite Publikum und haben im Gegenzug bestimmte Diskretions- und Berichterstattungspflichten zu beachten.⁵⁰ Bei korrekter Anwendung hat ein **Akkreditierungssystem** Vorteile, die auch auf Medienseite anerkannt werden: Es stellt die häufig informellen Beziehungen zu den Gerichtsbehörden auf eine geregelte Basis, fördert eine rechtsgleiche⁵¹ Orientierung und Dokumentation der Medienschaffenden, mindert damit die Versuchung zu fragwürdigen Individualabsprachen und reduziert die Gefahr eines undurchsichtigen Informationsentzugs⁵² als Reaktion auf unliebsame Berichterstattung.

An vorprozessualen Informationen sind die Medienschaffenden nicht nur interessiert, um eine vorgängige Triage zwischen mehr oder minder relevanten Verhandlungen vorzunehmen. Sie können auch als Basis für eine fundierte Berichterstattung dienen. Nicht unproblematisch ist allerdings die Verwertung solcher Informationen für Medienberichte, die vor Prozessbeginn erscheinen. Hier bestehen besondere Gefahren für die Rechtsposition der Beteiligten.

Dies gilt namentlich für die Veröffentlichung des Inhalts der Anklageschrift in Straffällen, die in vielen Kantonen gängiger Medienpraxis entspricht. Das offizielle Schriftstück einer staatlichen Anklagebehörde

medialex-2003-21

ist geeignet, bei Aussenstehenden den trügerischen Anschein amtlicher Richtigkeit zu wecken. Problematisch ist ebenfalls, dass dem Publikum meist unbekannt bleibt, welche Anklagepunkte der Tatverdächtige mit welchen Argumenten bestreitet. Zur Förderung der Waffengleichheit (auch) im öffentlichen Meinungskampf sollte zumindest nach geeigneten Wegen gesucht werden, den Medien die Gegenargumente der Verteidigung gleichzeitig mit den Vorwürfen der Staatsanwaltschaft mitzuteilen.⁵³

3. Verhandlungsöffentlichkeit und ihre Grenzen

Mit Beginn der Hauptverhandlung öffnen sich die Pforten des Gerichtszimmers für die Allgemeinheit. Den Verfahrensbeteiligten ist der verfassungsrechtliche Entscheid für Transparenz oft unwillkommen, müssen sie sich doch «unfreiwillig der emotional nicht selten angespannten Situation der Verhandlung und damit auch der Öffentlichkeit stellen». ⁵⁴

A. Ausschluss zum Schutze der Prozessparteien

Die Öffentlichkeit des Prozesses führt gemäss Bundesgericht zwangsläufig zu einer gewissen Blossstellung, Anprangerung und Demütigung des Angeklagten. Diese sei als Preis des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Kauf zu nehmen. ⁵⁵ Die Justiz zeigt sich tendenziell nach wie vor zurückhaltend, auf Antrag des **Angeschuldigten** den Ausschluss des Publikums (und der Medien) anzuordnen. ⁵⁶ Der Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze der Prozessparteien bedarf besonders gewichtiger Gründe ⁵⁷, die zumindest beim Angeschuldigten selten vorliegen werden.

⁵⁸

Die Sensibilität für den Persönlichkeits- und Datenschutz hat indessen fraglos zugenommen. ⁵⁹ Offensichtlichstes Beispiel ist der 1991 im Bundesgesetz über die Hilfe von **Opfer** an Straftaten (OHG) verankerte Schutz des Diskretionsinteresses. ⁶⁰ Nach Art. 5 Abs. 3 OHG muss das Gericht die Öffentlichkeit von den Verhandlungen ausschliessen, wenn überwiegende Interessen des Opfers dies erfordern. Zudem kann das Opfer einen bindenden Antrag auf Nichtöffentlichkeit stellen. ⁶¹ Für andere Zeugen sehen die Verfahrensordnungen zwar keine entsprechende gesetzliche Vorzugsbehandlung vor. Im Einzelfall scheinen die Gerichte jedoch eher geneigt, der besonderen Situation durch einen (temporären) Publikumsausschluss Rechnung zu tragen. ⁶²

Dass sich auch der Gesetzgeber um eine differenzierte Handhabung des Öffentlichkeitsprinzips bemüht, illustriert das Fernhalten des Publikums bei Jugendstrafverfahren ⁶³ oder bei der gerichtlichen Beurteilung des fürsorglichen Freiheitsentzugs ⁶⁴, welche Betroffene und ihr Umfeld oft in intimster Weise berührt.

Die Intensität der persönlichen Verletzlichkeit der Verfahrensbeteiligten, aber auch das legitime – über die blosse Befriedigung der Neugier hinausreichende – Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnis des Prozessstoffes, ist in den einzelnen Rechtsgebieten unterschiedlich ausgeprägt. Allgemein wird sich in **verwaltungs- oder staatsrechtlichen Verfahren** mehr Publizität rechtfertigen als in **Zivilprozessen** ⁶⁵.

Im einzelnen präsentiert sich die Situation allerdings komplexer: So haben die Parteien steuerrechtlicher oder ausländerrechtlicher Prozesse (z.B. Asylverfahren) oft ein beträchtliches Diskretionsinteresse, während in bestimmten Zivilverfahren (z.B. aktien-, miet- oder arbeitsrechtliche Grundsatzstreitigkeiten, Lohngleichheitsklagen, Arzthaftungsprozesse) ein erheblicher Öffentlichkeitsbezug besteht. Schematische, den Rechtsgebieten folgende Abgrenzungen auf Gesetzesstufe werden der Vielfalt der verschiedenen Prozesse kaum gerecht.

B. Besondere Regeln für die Medienschaffenden

Das Diskretionsbedürfnis der Verfahrensbeteiligten und das Transparenzbedürfnis der Allgemeinheit lassen sich in der Praxis nicht völlig harmonisieren. Der schweizerischen Justiz kann immerhin zugebilligt werden, dass sie sich um eine Annäherung der schützenswerten Positionen bemüht. Mitunter tragen die Gerichte den Persönlichkeitsrechten z.B. durch sachgerechte **Anonymisierung** Rechnung.⁶⁶

Die Behörden haben auch erkannt, dass sich eine unterschiedliche Behandlung der Allgemeinheit und der Medienschaffenden aufdrängen kann. Das Bundesgericht hat die Anwesenheit der Medienschaffenden bei gleichzeitigem Ausschluss des Publikums in einem Aargauer Fall akzeptiert.⁶⁷ Dies zeugt von einem gewissen Vertrauen in die Medienschaffenden, dass sie nicht für die Allgemeinheit bestimmte Informationen mit der gebotenen Diskretion behandeln.

Zumindest gegenüber akkreditierten Medienschaffenden können die Justizbehörden eine schonungslose Berichterstattung (verwaltungs-) rechtlich sanktionieren. Ebenfalls in Betracht kommt ein persönlichkeitsrechtliches Vorgehen der Betroffenen, beispielsweise gegen eine ungerechtfertigte Namensnennung.⁶⁸

Auch die journalistischen Berufsregeln betrachten die Gerichtsöffentlichkeit nicht als Freibrief für journalistische Zügellosigkeit: Gemäss Presserat lässt es sich **medienethisch** nicht rechtfertigen, sämtliche dank der Gerichtsöffentlichkeit wahrnehmbaren Einzelheiten in den Medien zu schildern und damit die Entblössung der Betroffenen zu multiplizieren.⁶⁹ Es dürfte nicht zuletzt von der Einhaltung der berufsethischen Limiten in der Medienpraxis abhängen, ob das Prinzip der Verhandlungsöffentlichkeit in der rechtspolitischen Diskussion⁷⁰ unter zusätzlichen Druck kommt.

4. Öffentlichkeit der Urteilsberatung

Der international anerkannte Grundsatz der öffentlichen Gerichtsverhandlung umfasst nicht auch die Beratung des Urteils im Kollegialgericht. In der Schweiz gibt es aber wesentliche – und für die Nachvollziehbarkeit der richterlichen Entscheidungsfindung wertvolle – **Ausnahmen vom Prinzip geheimer Urteilsberatung**. Dies gilt vor allem für die weitgehende Öffentlichkeit der Beratungen vor Bundesgericht gemäss Art. 17 OG.

Nach den Ausführungen des Bundesrates beruht die Öffentlichkeit der Beratungen vor Bundesgericht auf einer langen Tradition. Namentlich die Medien «können auf diesem Weg eine gewisse Kontrolle ausüben und so einem allfälligen Misstrauen gegenüber einer zu grossen Macht der höchsten Richter in einem demokratischen Staat vorbeugen.» Zudem werde das Verantwortungsbewusstsein der einzelnen Richter gestärkt und das Vertrauen der Prozessparteien gefördert.⁷¹
....

medialex-2003-23

Dem vom Gesetzgeber manifestierten Willen zur Transparenz⁷² wird in der Praxis auf Bundesebene kaum mehr nachgelebt. Zur Regel ist das (einstimmige) schriftliche Zirkulationsverfahren geworden; weniger als drei Prozent der Fälle gelangen mittlerweile in Lausanne in die Beratung. Langjährige Beobachter behaupten neben dem quantitativen Rückgang auch einen Zerfall der höchstrichterlichen Beratungskultur.⁷³ Mit dem Verlust an demokratischer Kontrolle geht bei formal einstimmig gefällten Entscheiden ein Rückgang der Rechtsprechungsqualität einher, wenn faktisch abweichende Standpunkte in undurchsichtiger Weise in die Urteilsbegründung verwoben werden.

Vor dem Hintergrund der Krise bei der öffentlichen Urteilsberatung erscheint es nachvollziehbar, dass in der Rechtswissenschaft postuliert wird, zur Förderung der Verständlichkeit und Qualität höchstrichterlicher Urteile sollte nach ausländischem Vorbild das Recht eingeführt werden, dem Urteilstext eine abweichende oder zustimmende Richtermeinung anzufügen.⁷⁴
....

5. Öffentliche Verkündung des Urteils

Im Gegensatz zur Verhandlung scheint der Wortlaut von Art. 6 EMRK für die öffentliche Urteilsverkündung keine Ausnahmen vorzusehen.⁷⁵ Gemäss Bundesgericht gilt der Grundsatz auch dann, wenn das vorausgegangene Verfahren nicht öffentlich durchgeführt wurde.⁷⁶ Ob im Einzelfall dennoch von einer öffentlichen Verkündung abgesehen werden kann, ist umstritten.⁷⁷ Art. 30 Abs. 3 BV macht jedenfalls klar, dass ein Absehen von der Verkündung zumindest einer **gesetzlichen Grundlage** bedarf.⁷⁸
....

Von der Tatsache der öffentlichen Verkündung ist die **Form der Bekanntgabe** zu unterscheiden. Sie kann mündlich, durch Auflage bei der Gerichtskanzlei⁷⁹ oder durch Publikation geschehen.⁸⁰ Der Allgemeinheit ist die Kenntnissnahme des Prozessergebnisses jedenfalls ohne unzumutbare Hindernisse zu ermöglichen.⁸¹
....

Nach herrschender Auffassung ist dem Verkündungsgebot Genüge getan, wenn der Öffentlichkeit das Prozessergebnis mitgeteilt wird; eine **Bekanntgabe der Begründung** des Entscheids werde rechtlich nicht gefordert.⁸² Eine auf das Urteilsdispositiv beschränkte Verkündung mag dem Buchstaben der EMRK entsprechen; der durch das Öffentlichkeitsprinzip bezweckten Transparenz und Akzeptanz der Rechtsprechung ist sie jedoch wenig dienlich.

In der Praxis lassen sich verschiedene Tendenzen beobachten: Während einzelne Gerichte in einer defensiven bis obstruktiven Haltung verharren⁸³, bemühen sich andere um eine offene Kommunikation durch mediengerechte Aufbereitung der Urteile und

medialex-2003-24

Einbezug moderner Technologien (Internet).⁸⁴

6. Zugänglichkeit von Urteilen nach der Verkündung

Nach der Verkündung des Urteils nimmt die Transparenz kontinuierlich ab. **Datenschutz und Resozialisierung** wiegen mit zunehmender Distanz zur öffentlichen Urteilsverkündung immer schwerer.⁸⁵ Sie kollidieren nicht nur mit dem sporadischen Interesse der Medien an der Schilderung früherer Prozesse (bzw. Verurteilungen).⁸⁶ Auch die Urteilsbekanntgabe durch die Justiz selber, welche für die Kenntnis der Gerichtspraxis grosse Bedeutung hat, kann mit privaten Schutzinteressen in Konflikt geraten. Dieses Problem hat sich im Zeitalter des Internet zugespitzt.

⁸⁷
.....

Eine sachgerechte **Anonymisierung**, welche auch der Lesbarkeit der Entscheide Rechnung trägt, braucht seitens der zuständigen Gerichtsbehörde viel Fingerspitzengefühl. Bei der Abwägung zwischen Transparenz- und Diskretionsinteressen hat sie auch zu berücksichtigen, dass die Publikation in einer allgemein zugänglichen und durch Suchmaschinen nach einzelnen Personen erschliessbaren Datenbank wesentlich zurückhaltender erfolgen muss als die Abgabe von Urteilen an akkreditierte Medienschaffende, welche ihrerseits den Persönlichkeitsschutz zu respektieren haben.

V. Grenzen der Transparenz für Bild- und Tonaufnahmen

Ein rechtspolitischer Dauerbrenner ist die Zulassung von Bild- und Tonaufnahmen aus dem Gerichtssaal, die hier nicht ausreichend vertieft werden kann. Die Thematik ist jedenfalls zu komplex, als dass sie sich auf Fragestellungen wie «Justiz oder Zirkus?»⁸⁸ und entsprechend eindeutige Antworten reduzieren liesse. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Rechtslage in den verschiedenen westlichen Demokratien sehr facettenreich ist und sich rasch wandelt.

Eine **rechtsvergleichende Betrachtung** zeigt zwar, dass die USA mit der überwiegenden Zulassung von Fernsehaufnahmen aus laufenden Gerichtsverhandlungen nach wie vor recht isoliert dastehen.⁸⁹ Viele Länder haben aber differenzierte Lösungen gewählt und legen beispielsweise die (teilweise) Zulassung von Bild- oder Tonaufnahmen in das Ermessen des jeweiligen Gerichts⁹⁰ (so die Verfahrensordnungen einzelner schweizerischer Kantone und des Bundesgerichts)⁹¹.

Selbst in den Ländern, welche Fernsehaufnahmen generell verbieten, ist die Abschirmung weniger kategorisch, als man auf den ersten Blick vermuten könnte. So lässt Deutschland Aufnahmen von den **Urteilsverkündungen** des Bundesverfassungsgerichts zu (§ 17a BVerfGG). Erlaubt sind auch **Randaufnahmen** der Beteiligten auf dem Weg ins Gerichtsgebäude, vor Beginn der Verhandlung (auch im Gerichtssaal selber) oder während der Verhandlungspausen.⁹²

Eine weiter gehende Öffnung hat das Bundesverfassungsgericht 2001 mehrheitlich abgelehnt. In Juristenkreisen Deutschlands herrscht – wie wohl in den meisten europäischen Ländern – weitgehender Konsens, dass bei Strafprozessen (Live-) Übertragungen des Beweisverfahrens (v.a. der Befragungen) nicht wünschbar sind.⁹³ Dem

medialex-2003-25

Persönlichkeitsschutz sowie der Wahrheits- und Rechtsfindung wird mit guten Argumenten der Vorrang eingeräumt.

Eine Minderheit des Bundesverfassungsgerichts äusserte aber ernstzunehmende Bedenken dagegen, audiovisuelle Übertragungstechniken für alle Verfahrensarten (z.B. staats- oder verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten) und für alle Verfahrensabschnitte auszuschliessen. In der Tat ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb die **Plädoyers** der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung⁹⁴, vor allem aber die **Verkündung** des Urteils nicht im Fernsehen gezeigt werden dürfen. Die Mehrheit des Bundesverfassungsgerichts lieferte hierzu lediglich die knappe Begründung: «Die Aufzeichnung der mündlichen Begründung wirkt auf deren Charakter zurück.»

Zwar macht es einen Unterschied, ob sich der Richter an eine Handvoll Anwesende im Gerichtssaal wendet oder zusätzlich an das Millionenpublikum der «Tagesschau». Eine für die breite Bevölkerung verständliche Begründung entspricht aber gerade dem Sinn der Gerichtsöffentlichkeit.⁹⁵ Eine audiovisuelle Vermittlung der Urteilsverkündung bietet m.E. der Justiz auch die Chance, für ihre Überlegungen mehr Gehör zu finden als bislang. Obwohl am Urteilstag eigentlich primär die Ausführungen des Gerichts interessieren, widmen Fernsehen und Radio den Kommentaren der Prozessparteien oft mehr Sendezeit als der Zusammenfassung der Urteilsbegründung. Der bedauerliche Mangel an authentischer Darstellung der Gerichtsurteile

ist massgeblich darauf zurückzuführen, dass die Begründung nicht in einer den elektronischen Medien entsprechenden Form (bildlich und akustisch) greifbar ist.

Auf mittlere Sicht dürfte auch für die Schweiz gelten, was für Deutschland festgestellt wird: Es ist zweifelhaft, dass das Verbot von Radio- und Fernsehaufnahmen im heutigen Umfang Bestand haben wird.⁹⁶
....

VI. Schlussbemerkungen

Die Frage, ab welchem Zeitpunkt und wie weit die Pforten der Justiz für welche Art der Berichterstattung zu öffnen sind, bedarf ständiger Überprüfung und Diskussion. Viele praktisch bedeutsame Aspekte haben der Gesetzgeber, die Rechtspflege und die Wissenschaft bislang erst ansatzweise ausgeleuchtet. Dies hat den Vorteil einer gewissen Flexibilität: Im besten Fall finden die rechtsanwendenden Behörden pragmatische Lösungen, die sowohl den Gedanken des Öffentlichkeitsprinzips als auch die berechtigten Schutzanliegen der Verfahrensbeteiligten respektieren.

Auf der anderen Seite besteht aber auch die Gefahr, dass Gerichtsvertreter und Streitbeteiligte, die aus unterschiedlichen Motiven an diskreter Streiterledigung interessiert sein können, das Prozessgeschehen in fragwürdiger Weise auf eine nichtöffentliche Bühne verlagern. Werden beispielsweise wichtige Prozesshandlungen nicht mehr unmittelbar im Gerichtssaal vorgenommen, so schwinden die Kontrollmöglichkeiten des Publikums.⁹⁷ Die Transparenz wird auf diese Weise reduziert, ohne dass es deutlich deklariert würde.

Dies gilt auch für andere Phänomene: Die minimalistische Information über bevorstehende Gerichtsverhandlungen, der Verzicht auf die mündliche Urteilsbegründung in der Hoffnung, die Medienschaffenden würden sich mit dem Urteilsdispositiv zufrieden geben oder den Gerichtsfall vergessen – sie zeugen von einer Haltung, welche in der Transparenz der Rechtsprechung keinen tieferen Sinn zu erblicken vermag. Verkommt die Erfüllung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zum Alibi, so sinkt nicht nur der Informationsstand der Medien und des Publikums. Längerfristig schmilzt auch das Vertrauen in die Justiz. ■

medialex-2003-26

* Überarbeitete und ergänzte Fassung eines an der Weiterbildungsveranstaltung «Gerichte und Medien» des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7. März 2002 gehaltenen Referats. Der Verfasser dankt Fürsprecherin Valérie Gysi für wertvolle Hinweise.

¹ Eine gute Übersicht über die Geschichte der Gerichtsberichterstattung («Von der Unholdzeitung zur engagierten Reportage») findet sich bei HÖBERMANN F., Der Gerichtsbericht in der Lokalzeitung: Theorie und Alltag, Baden-Baden 1989, S. 13 - 26.

- 2 Zur historischen Entwicklung vom heimlichen Inquisitionsprozess zum öffentlichen Prozess des 19.
... Jahrhunderts vgl. RANFT O., Verfahrensöffentlichkeit und «Medienöffentlichkeit» im Strafprozess, Jura 1995, S.
573f. m.w.H.
- 3 Urteil des BVerfG vom 20.1.2001 zum Verbot von Ton- und Fernsehaufnahmen, Erw. B II 3 b/bb = EuGRZ
... 2001, S. 65.
- 4 Vgl. zuletzt BOMMER F., Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtsstaatlich-
... demokratischem Strukturprinzip, in Donatsch u.a. (Hrsg.), FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 674.
- 5 KIENER R., Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 337: «Unsachliche Äusserungen, vorschnelle
... Festlegungen – generell alle äusserlich wahrnehmbaren Vorgänge, welche die richterliche Unabhängigkeit und
Unparteilichkeit in Frage stellen, werden im öffentlichen Verfahren von allen erkannt.»
- 6 Gemäss dem ehemaligen Oberrichter BRÜHLMEIER B., Spannungsfeld Polizei-Justiz-Medien, Aarau 1989, S.
... 12, zeigt die Erfahrung, dass die offizielle Kontrolle der Justiz durch die kantonalen Aufsichtsbehörden «nur
sporadisch, punktuell und im ganzen eher oberflächlich ist, weshalb es erwünscht sein muss, dass sich dieser
Aufgabe auch die Medien annehmen.»
- 7 So der EGMR im richtungsweisenden Urteil «Sunday Times c. Grossbritannien» vom 26.4.1979, Ziff. 65 =
... EuGRZ 1979, S. 390.
- 8 BVerfG vom 20.1.2001, Erw. B II 3b/cc = EuGRZ 2001, S. 65: «Ob das Verhalten der Verfahrensbeteiligten
... angemessen ist, insbesondere welche Wortwahl oder Lautstärke, welche Geduld oder Straffung, welche
Nachsicht oder Formstrenge des Richters der jeweiligen Verfahrenssituation gerecht wird, lässt sich auch –
möglicherweise sogar am besten – durch Anwesende beurteilen.»
- 9 BGE 119 Ia 99 (Zuger Journalist) E. 4a S. 104
... ..
- 10 HASSEMER W., Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren aus strafrechtlicher Sicht, in: Der Einfluss der
... .. Medien auf das Strafverfahren, München 1990, S. 64.
- 11 PRINZ M., Justiz und Medienöffentlichkeit, in: Prinz (Hrsg.), FS für Manfred Engelschall, Baden-Baden 1996, S.
... .. 253
- 12 Vgl. die Ausführungen von Bundesrichter WIPRÄCHTIGER H., Der Strafrichter und die Massenmedien, plädoyer
... .. 3/00, S. 28ff.
- 13 Vgl. zuletzt EGMR-Urteil N° 34896/97 «Craxi c. Italien» vom 5.12.2002, Ziff. 100 und vorher etwa N° 31457/96
... .. «News Verlags GmbH c. Österreich» vom 11.1.2000, Ziff. 56.
- 14 Abweichende Meinung zum Urteil des BVerfG vom 20.1.2001 (Anm. 3) Ziff. 2 = EuGRZ 2001, S. 68.
... ..
- 15 KIENER (Anm. 5) S. 208f.
... ..
- 16 Nach Ansicht von MINELLI L., Anwalt und Medien, in: W. Fellmann (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern
... .. 1998, S. 488, liegt die Gerichtsberichterstattung in schweizerischen Zeitungen «seit Jahrzehnten im argen - wohl
aus Kostengründen.» Zudem seien Journalisten mit ausreichender juristischer Vorbildung rar.
- 17 Stellungnahme Nr. 45/2001 vom 1.11.2001. NZZ-Bundesgerichtsberichterstatter FELBER M., Die Sicht der
... .. Medien, Referat an der Veranstaltung des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7.3.2002 (www.fel.ch) S. 3,
bezeichnet es als «Kunststück, den Gehalt eines Urteils so weit zu komprimieren, dass der Text für den Redaktor
kurz genug, für den Laien halbwegs verständlich und für den Fachmann nicht ganz falsch ist. Das wird bisweilen
- zumal unter dem Zeitdruck des Tagesjournalismus - zum halsbrecherischen Balanceakt auf hohem Seil, der
nicht immer gelingen kann.»
- 18 Dies gilt insbesondere für die elektronischen Medien, die einem verschärften Wettbewerb um die
... .. Aufmerksamkeit des Publikums ausgesetzt sind; vgl. BVerfG vom 20.1.2001 (Anm. 3), Erw. B II 3 b/dd = EuGRZ
2001, S. 66.

- 19 Vgl. die Nachweise bei PIQUEREZ G., Procédure pénale suisse, Zürich 2000, S. 155f.
- 20 Zur Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren zivil- oder strafrechtlicher Natur gemäss Art. 6 EMRK vgl. etwa VILLIGER
M., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 279ff.
- 21 Der Grundsatz findet sich zudem in zahlreichen kantonalen Verfassungen; vgl. die Auflistung bei KAYSER M.,
Die öffentliche Urteilsverkündung in der künftigen Schweizer Zivil- bzw. Strafprozessordnung, in: B. Schindler/R.
Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 47.
- 22 Gemäss dem zur Publikation bestimmten Urteil 2P.69/2002 vom 23.8.2002, E. 2.6 gewährleistet Art. 30 Abs.
3 BV keine über Art. 6 EMRK hinausgehenden Rechte: «Autrement dit, l'art. 30 al. 3 Cst. ne confère pas au
justiciable de droit à une audience publique, mais se limite à garantir que, lorsqu'il y a lieu d'en tenir une, celle-ci
se déroule publiquement, sauf exceptions prévues par la loi.»
- 23 Art. 30 Abs. 3 BV gilt für Gerichtsverhandlungen in allen Rechtsgebieten (Urteil 2P.69/2002 vom 23.8.2002, E.
2.2), z.B. im Steuerrecht, Ausländerrecht oder der internationalen Rechtshilfe.
- 24 So nun ausdrücklich BGE 127 I 145 (Wottreg) E. 4c/aa S. 153f.: Die Möglichkeit von Einschränkungen der
Gerichtsöffentlichkeit im Einzelfall schliesse die Anwendbarkeit der Informationsfreiheit nicht aus. Massgebend
sei die «Umschreibung und Wertung durch Verfassungs- und Gesetzgeber» (S. 154).
- 25 Vgl. etwa EGMR-Urteil «Craxi c. Italien» (Anm. 13) Ziff. 101.
- 26 Vgl. dazu ausführlich ZELLER F., Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern u.a. 1998, S. 233ff.
- 27 Erhöhte Pflichten treffen namentlich den professionellen Gerichtsvorsitzenden, falls eine nicht unbegründete
Gefahr unzulässiger Einflüsse auf die Laienrichter besteht. Es gibt aber keine Pflicht, alle irgendwie denkbaren
Vorkehrungen zu ergreifen (BGE 116 Ia 14 E. 7c S. 25f.).
- 28 BGE 113 Ia 309 (Aargauer Gerichtsberichterstattung) E. 3d und 5a
- 29 Besonders heikel ist die Situation, wenn die Justiz zu beurteilen hat, ob der Gerichtsbericht eines akkreditierten
Medienschaffenden «sachlich» ist (BGE 113 Ia 309 E. 5a zu § 15 GOG Aargau). Was sachlich ist, hängt
ganz entscheidend von der – beruflich geprägten – Optik ab. Für einen Rechtstext gelten ganz andere
Sachlichkeitsmassstäbe als für einen Medienbericht.
- 30 Nach Darstellung des früheren Oberrichters BRÜHLMEIER (Anm. 6) S. 40 gibt es bei der Justiz eine
«Elfenbeinturm»-Philosophie. Der Richter, namentlich der Berufsrichter, sei es gewohnt, seine Arbeit in einer
gewissen Stille und Abgeschlossenheit zu verrichten.
- 31 Bisweilen ergibt sich auch die Konstellation, dass die Justiz die Verfahrensbeteiligten gegen ihren Willen
vor der Publikumsöffentlichkeit schützen will; vgl. das EGMR-Urteil N° 21835/93 «Werner c. Österreich» vom
24.11.1997, Ziff. 50.
- 32 JUNG H., Öffentlichkeit - Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?, in: Hirsch u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift
Kaufmann, Berlin/New York 1986, S. 909f., bezeichnet die Beschränkung unter dem Blickwinkel der
vertrauensbildenden Funktion des Öffentlichkeitsprinzips als wenig einleuchtend. Es sei festzustellen, «dass
dem Zuviel an Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung ein Zuwenig an Transparenz im Ermittlungsverfahren
entspricht.»
- 33 BGUrt 8G.36/2000 vom 25.9.2000 (Bellasi c. Saudan) Erw. 4b, *medialex* 2000, S. 227.
- 34 Die Prozessgesetze erlauben eine Orientierung in der Regel zur Beruhigung oder Warnung der Bevölkerung,
zur Richtigstellung falscher Informationen oder beim Vorliegen besonders schwerwiegender bzw.
aufsehenerregender Delikte; Einzelheiten bei PIQUEREZ (Anm. 19) Rz. 682, S. 158 sowie ZELLER (Anm 26) S.
312ff.
- 35 Gemäss Bundesgericht, Verwaltungskommission, Beschluss 2A.241/1997 vom 8. November 2000 (Bellasi
c. Saudan) kann in Fällen intensiver Parallelrecherchen der Medien geradezu eine Informationspflicht der

Untersuchungsbehörden bestehen, «um den Stand der Untersuchung ins rechte Licht zu rücken und falschen Eindrücken entgegenzuwirken.»

36 Vgl. die Kasuistik bei ZELLER (Anm. 26) S. 52ff. sowie z.B. EGMR-Urteil «Craxi c. Italien» (Anm. 13) Ziff. 105

37 Die wachsende Bedeutung dieser Frage wird durch eine Zunahme entsprechender Gerichtsfälle dokumentiert; vgl. aus der jüngeren Vergangenheit etwa die beiden Urteile in plädoyer 2/2001, S. 60ff.

38 Vgl. BGE 127 IV 122 (Sihlpost-Raub) und die kritische Besprechung dieses Entscheides durch BOMMER F., Anstiftung und Selbstverantwortung, plädoyer 3/2002, S. 34ff.

39 Vgl. zuletzt das Urteil des Einzelrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich vom 28.5.2002 (Publikation über Ermittlungen gegen einen Mafia-Ring), zusammengefasst in *medialex* 2002, S. 165.

40 Immerhin erscheint es sinnvoll, wenn die Behörden die Einzelheiten zulässiger Informationen in generell-abstrakter Weise umschreiben, wie dies z.B. der Kanton Bern in einem Kreisschreiben getan hat; vgl. MAURER T., Das bernische Strafverfahren, Bern 1999, S. 157.

41 Vgl. dazu ZELLER F., «Umgang mit Medien» – Rechtliches Umfeld, in *dubio* 4/00 (www.bav-aab.ch/deutsch/_f/frameset.html) S. 247ff.

42 «Hierzulande macht sich die Presse in der Regel die Sicht der Anklage zur eigenen Startbasis.» (MINELLI L.A., Das Elend der Justiz, in: René Schuhmacher (Hsrg.), *Geschlossene Gesellschaft*, Zürich 1993, S. 157).

43 So für die Unschuldsvermutung EGMR-Urteil «Allenet de Ribemont c. Frankreich» vom 10.2.1995, Ser A/308, Ziff. 35.

44 VILLIGER (Anm. 20) S. 280.

45 Beschluss des BVerfG vom 10.10.2001, E. 2 = NJW 2002, S. 814. So auch HAUSER R./SCHWERI E., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Basel 2002, § 52, Rz. 9a, S. 218f.

46 Eine Auskunftsverweigerung vereitelt die Beschaffung allgemein zugänglicher Informationen und kommt bloss in Betracht, wenn die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff (z.B. ein gesetzlich abgestütztes, überwiegendes Geheimhaltungsinteresse) vorliegen.

47 So HAUSER/SCHWERI (Anm. 45) § 52, Rz. 9a, S. 218f., welche eine an jedermann gerichtete Kundgebung als nicht erforderlich bezeichnen.

48 Urteil 1P.347/2002 vom 25.9.2002 (Medienmitteilung Kreisgericht Oberwallis) E. 3.2.

49 Dass die Bekanntgabe von Verhandlungsort und -zeit «bei gewissen Prozessen zu einem grossen Publikumsandrang führt, der vom Angeklagten als unangenehm empfunden werden mag, ist eine notwendige Folge des konventions- und verfassungsrechtlich festgeschriebenen Öffentlichkeitsprinzips, die vom Angeklagten hinzunehmen ist.» (Urteil vom 25.9.2002 [Anm. 48] E. 3.2)

50 Einzelheiten bei ZELLER (Anm. 26) S. 360ff. Im Kanton Bern z.B. sieht ein Reglement des Obergerichts (BSG 162.13) vor, dass den akkreditierten Medienvertretern in Strafsachen gewisse Dokumente (z.B. Überweisungsbeschluss oder erstinstanzliche Urteilsbegründung) ausgehändigt werden; vgl. MAURER (Anm. 40) S. 158.

51 Zum Gebot rechtsgleicher und willkürfreier Orientierung vgl. MÜLLER J.P., *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, S. 279f. sowie STUDER P./MAYR VON BALDEGG R., *Medienrecht für die Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2001, S. 31.

52 Bloss ausnahmsweise kleiden Justizbehörden eine Auskunftsverweigerung in die Form eines Rechtsaktes. Als seltenes Beispiel einer solchen – mangels Eröffnung nichtigen – Verfügung vgl. BGUrt 1P.663/1998 vom 6.4.1999 (Staatsanwalt Basel-Stadt).

53 Am Sinnvollsten ist die Abgabe der von der Verteidigung gelieferten schriftlichen Gegenargumente zusammen mit der Anklageschrift. So überreichte die Verteidigung in einem Bundesstrafprozess (BGE 122 IV 103 [Von

Roll]) ihre während der Untersuchungsphase verfassten Rechtsschriften – im Einverständnis mit dem Bundesstrafgericht – den anwesenden Medienvertretern.

54 BVerfG vom 24.1.2001, E. B 3b/ee = EuGRZ 2001, S. 66.

55 BGE 119 Ia 99 (Zuger Journalist) E. 4b S. 105.

56 JUNG (Anm. 33) S. 901 vermutet, die richterliche Zurückhaltung vor einem Ausschluss der Öffentlichkeit könnte einer instinktiven Abwehrhaltung gegen den Vorwurf der «Mauschelei» entspringen.

57 119 Ia 99 E. 4 a S. 105. Nach SPÜHLER K., Der Grundsatz der Öffentlichkeit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes, in: Andreas Donatsch u.a. (Hrsg.), FS Jörg Rehberg, Zürich 1996, S. 317 müssen die privaten Interessen eindeutig überwiegen.

58 In Betracht kommt ein Ausschluss etwa, wenn im Gerichtssaal Intimitäten, abnorme Charaktereigenschaften (BGE 119 Ia 99 E. 4b S. 105), schwere Erkrankungen oder sensibelste Geschäftsgeheimnisse (BGE 102 Ia 211 E. 6b S. 218) zur Sprache kommen.

59 MAURER (Anm. 40) S. 167 weist zutreffend darauf hin, dass die Rechtsentwicklung «zum Teil ganz gegensätzliche Tendenzen» aufweist und neben der Ausweitung der Informationsansprüche auch eine deutliche Verstärkung des Datenschutzes zu registrieren ist.

60 Auch der EGMR schenkt den Diskretionsbedürfnissen der Opfer von Straftaten besondere Beachtung; vgl. den Zulässigkeitsentscheid N° 44223/98 «Gordon Brown c. Grossbritannien» vom 2.7.2002, *medialex* 2002, S. 214.

61 Kritisch zu dieser Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes GOMM/STEIN/ZEHNTNER, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, S. 117, welche im Hinblick auf Art. 6 EMRK eine richterliche Interessenabwägung verlangen. Diesem Vorschlag scheint die Gerichtspraxis zumindest teilweise zu folgen; vgl. Bezirksgericht Bülach vom 20.3.1998 E. 3 in SJZ 2000, Nr. 8, S. 197f.

62 Exemplarisch das Urteil des Geschworenengerichts Bern-Mittelland vom 29.5.1993 in plädoyer 1994/1, S. 71.

63 BGE 108 Ia 90 E. 3c-d S. 93f.

64 BGE 114 Ia 182 E. 3d S. 188f.

65 Berechtigte Diskretionsbedürfnisse bestehen insbesondere in familienrechtlichen Streitigkeiten, was in der Debatte um die Publizität des in den USA durchgeführten Scheidungsprozesses von Tennisprofi Boris Becker unterstrichen wurde; vgl. dazu das Rechtsgespräch mit HOLZHAUER H., Gerichtsöffentlichkeit im Scheidungsrecht? – «Es gibt keine berechtigte Neugier beim Streit ums Geld!», ZRP 2001, S. 87ff.

66 Diese Möglichkeit besteht vor allem im Rechtsmittelverfahren, wo die Prozessparteien häufig nicht persönlich im Gerichtssaal erscheinen.

67 BGE 117 Ia 387 E. 3 S. 390f. Die Möglichkeit einer Zulassung der Gerichtsberichterstatter zu nichtöffentlichen Verhandlungen sieht z.B. das St. Galler Recht ausdrücklich vor (Art. 62 Abs. 3 des Gerichtsgesetzes).

68 Zur Zulässigkeit der Namensnennung in Gerichtsfällen unter dem Blickwinkel von Art. 28 ZGB vgl. BARRELET D., La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias, *medialex* 4/1998, S. 208ff. Art. 27 Abs. 4 StGB schliesst demgegenüber ein strafrechtliches Vorgehen gegen Medienschaffende aus, sofern sie die Vorgänge im Gerichtssaal wahrheitsgetreu geschildert haben; vgl. ZELLER F., Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch I (2003), N 61ff. zu Art. 27.

69 Vgl. die Stellungnahme 45/2001 des schweizerischen Presserates vom 1.11.2001, E. 5c.

70 In der Rechtswissenschaft gibt es Stimmen, welche die Interessen des Angeklagten in der Güterabwägung stärken gewichten wollen; vgl. etwa BOMMER (Anm. 4), S. 684. JUNG (Anm. 33), S. 892 stellte schon 1986 fest, dem Öffentlichkeitsprinzip blase der reformerische Wind ins Gesicht.

71 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege zu Art. 55 des Entwurfs zum Bundesgerichtsgesetz, BBl 2001 4303. Angesichts dieser grundsätzlichen Ausführungen erstaunt, dass der gleichzeitig präsentierte Entwurf

zum Verwaltungsgerichtsgesetz keine öffentliche Beratung vorsieht (Art. 36) und dafür einzig die lapidare Begründung gibt, die öffentliche Beratung habe «Vor- und Nachteile» (BBI 2001 4394).

72 Publikumsöffentlich beraten soll nun auch die vorgesehene Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien, sofern es um die Aufsicht über redaktionelle Sendungen schweizerischer Radio- und Fernsehveranstalter geht (vgl. Art. 103 Abs. 1 des RTVG-Entwurfs vom 18.12.2002).

73 So jedenfalls FELBER M., Gerichtsberatkultur auf dem Sterbebett – Wertvolle helvetische Rechtstradition ernsthaft bedroht, NZZ Nr. 68 vom 22.3.2002, S. 13.

74 SCHWEIZER R.J./SUTTER P., Das Institut der abweichenden oder zustimmenden Richtermeinung im System der EMRK, in FS Trechsel (Anm. 4) S. 107.

75 VILLIGER (Anm. 20) S. 285; a.M. KAYSER (Anm. 21) S. 60.

76 BGE 124 IV 234 E. 3c S. 239: «Berechtigten entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen kann gegebenenfalls durch Kürzung oder Anonymisierung ausreichend Rechnung getragen werden».

77 Für eine ausnahmslos öffentliche Urteilsverkündung z.B. DONATSCH A., Die öffentliche Verkündung des Strafurteils gemäss Konventionsrecht, in FS Rehberg (Anm. 57) S. 129f. sowie KAYSER (Anm. 21) S. 61 m.w.Hinw. Der Bundesrat hingegen ist der Ansicht, die Öffentlichkeit der Verkündung gelte «nach richtigem Verständnis» nicht absolut (BBI 2001 4395).

78 Eine entsprechende Grundlage sieht z.B. Art. 37 Abs. 4 des Entwurfs für ein Verwaltungsgerichtsgesetz vor (BBI 2001 4395).

79 Nach BGE 124 IV 234 E. 3d S. 239f. ist für die Einsicht ein berechtigtes (d.h. ernsthaftes) Interesse an der Kenntnisnahme glaubhaft zu machen. Es ist fraglich, ob sich diese Einschränkung vor Art. 6 EMRK halten lässt: Das EGMR-Urteil «Werner c. Österreich» (Anm. 31) Ziff. 57 liess eine Regelung nicht genügen, welche die Urteileinsicht von einem legitimen Interesse abhängig machte.

80 BGE 119 Ia 411 E. 5 S. 420f. Vgl. zur Form der Verkündung ausführlich KAYSER (Anm. 21) S. 49ff.

81 Vgl. DONATSCH (Anm. 77) S. 131ff. und HAUSER/SCHWERI (Anm. 45) § 53 Rz. 21. So sieht Art. 60 Abs. 2 der Gerichtsordnung SG bei Verzicht auf die mündliche Urteilsbekanntgabe vor, die Bevölkerung sei in geeigneter Form auf die Einsichtsmöglichkeit aufmerksam zu machen.

82 BBI 2001 4395; Bundesgerichtsurteil 1P.403/1994 vom 5.12.1994 (Fall Strebel), E. 2.

83 Exemplarisch dafür ist der Strafprozess gegen den Rechtsextremisten Strebel, dessen Ausgang die Schwyzer Justiz geheim hielt. Da die Zuger Regierung den Entscheid in der Folge publik machte, durfte das Gesuch Medienschaffender um Herausgabe des Urteilsdispositivs laut Bundesgericht als gegenstandslos betrachtet werden (BGUrt 1P.403/1994 vom 5.12.1994).

84 Vgl. etwa das Vorgehen des solothurnischen Obergerichts in BGUrt 1P.394/2000 vom 12.9.2000. Das Bundesgericht bejahte das legitime Interesse der Allgemeinheit, auch in Form einer Medienmitteilung über Internet rasch orientiert zu werden.

85 Gemäss BGE 127 IV 122 (Sihlpost-Raub) E. 3b/bb kann ein Strafurteil nach der Urteilsverkündung zum Geheimnis werden. Zur Einsicht in archivierte Strafakten vgl. BGE 127 I 145 (Wottreng).

86 Vgl. etwa BGE 122 III 449 E. 3b S. 457 und das Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 24.3.1998 zur Unzulässigkeit eines Fernsehfilms über die spektakulärsten Verbrechen der Geschichte, AfP 1998, S. 328ff.

87 Vorschläge für die Lösung des Konflikts zwischen Transparenz und Datenschutz finden sich in der Empfehlung der französischen Commission nationale de l'informatique et des libertés, Bases de données de jurisprudence sur internet et protection des données personnelles, Légipresse N° 187/2001, S. 109ff.

88 So der Titel des Editorials von BARRELET D., *medialex* 2002, S. 173. Ähnlich die Fragestellung im Aufsatz von GERHARDT R., ZRP 1993, S. 377ff: «Störenfried oder demokratischer Wächter?»

- 89 Vgl. immerhin GOUNALAKIS G., Kameras im Gerichtssaal, in FS Kübler, 1997, S. 188ff. zu den Regelungen vor dem Internationalen Kriegsverbrechertribunal, dem EuGH und dem EGMR.
- 90 So die Rechtslage in Italien (vgl. SALMINA E., L'exclusion de la radio-TV des salles d'audience, *medialex* 2002, S. 177), aber z.B. auch – unter unterschiedlichen Voraussetzungen – in Belgien, den Niederlanden, Spanien, Kanada oder Australien.
- 91 Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage können schweizerische Gerichte die Aufnahmetätigkeit gestützt auf ihre sitzungspolizeilichen Befugnisse untersagen (BGE 95 I 356 EII/1 S. 365).
- 92 Im Frankfurter El-Kaida-Prozess hat das BVerfG ein erhebliches Informationsinteresse der Öffentlichkeit an Fernsehaufnahmen bejaht und vor dem jeweiligen Verhandlungsbeginn (anonymisierte) Fernsehaufnahmen der Angeklagten im Sitzungssaal des Gerichts zugelassen (Beschluss vom 15.4.2002, AfP 2002, S. 213f.)
- 93 Vgl. die in diesem Punkt überzeugenden Ausführungen im Urteil des BVerfG vom 24.1.2001, Ziff. B II 3b/ee = EuGRZ 2001, S. 66. Für die Schweiz vgl. etwa RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 183f. und ZELLER (Anm. 26), S. 356ff.
- 94 Kurze Ausschnitte aus den Parteivorträgen sind z.B. in den Nachrichtensendungen des niederländischen Fernsehens regelmässig zu sehen. Zur niederländischen Diskussion vgl. PAGANO MIRANI R., Een oude vraag in de «Nieuwe Tijd», in: A. Ellian/I.M. Koopmans (Hrsg.), *Media & Strafrecht*, Deventer 2001, S. 55ff.
- 95 So auch der Richter GÜNDISCH J., *Fernsehaufnahmen von Gerichtsverhandlungen*, NVwZ 2001, S. 1005: «Was kann an einer solchen Aufzeichnung gefährlich sein? Wirkt sie nicht gerade auf eine korrekte, verständliche und konzentrierte Sprache hin (...)?»
- 96 So GÜNDISCH M. (Anm. 95), S. 1004
- 97 Vgl. den Appell des Deutschen Anwaltvereins in NJW 1995, S. XIV: Vermehrte Schriftlichkeit führe dazu, dass für die Urteilsfindung bedeutsame Vorgänge praktisch unter Ausschluss der Öffentlichkeit abgehandelt werden können. «Die Vertreter der Medien, deren Arbeit für die Unterrichtung der Öffentlichkeit von zentraler Bedeutung ist, erhalten von den Teilen des Verfahrens, die so abgehandelt werden, keine Kenntnis mehr.»

Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers

Zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002 (vgl. medialex 4/02, S. 220 f.; www.medialex.ch)

Christian Schwarzenegger

Assistenzprofessor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

Marcel Alexander Niggli

Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg

***Résumé:** Pour qualifier pénalement des liens Internet, il n'est pas seulement décisif de connaître la nature de la connexion concrète entre les propres informations et celles d'autrui. Il faut aussi voir comment est formulée la norme pénale applicable dans le cas d'espèce. Le lieu de commission de l'infraction est également important, de même que la façon dont le lien hypertexte s'insère chronologiquement dans la commission de l'acte. On doit sans doute exclure la complicité pour les simples liens figurant sur une liste. On pourrait certes objecter de façon catégorique qu'un renvoi indirect constitue toujours objectivement une contribution causale et que celui qui crée le lien doit le savoir. Pourtant ici, on en arrive aux limites de ce qui peut encore être considéré comme une atteinte proportionnée à la liberté d'expression et d'information.*

***Zusammenfassung:** Für die strafrechtliche Qualifikation von Internet-Links ist es nicht nur entscheidend, welcher Art die konkrete Verknüpfung von eigenen und fremden Informationen ist, sondern auch wie die im konkreten Fall anwendbare Strafnorm formuliert ist. Wichtig ist ausserdem der Tatort und wie sich der Hyperlink zeitlich in den Tatablauf einfügt. Bei einfachen Links auf Link-Listen dürfte eine Gehilfenhandlung auszuschliessen sein. Zwar könnte man dem kategorisch entgegenhalten, durch indirekte Verweisung werde objektiv immer ein kausaler Förderungsbeitrag geleistet und der Verlinkende müsse dies wissen, doch stösst man hier an die Grenzen des aus verfassungsrechtlicher Sicht noch verhältnismässigen Eingriffes in die Meinungs- und Informationsfreiheit.*

I. Einleitung

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Plazieren eines Hyperlinks bzw. Links strafbar sei, lässt sich nicht einfach beantworten. Was sich in der Gestaltung einer Webpage als einfache Operation darstellt, wird in der (straf-)rechtlichen Analyse zu einem mehrdimensionalen Problem.¹ Für diese ist es nicht nur entscheidend, welcher Art die konkrete Verknüpfung von eigenen und fremden Informationen ist (**technische** Dimension), sondern auch wie die im konkreten Fall anwendbare Strafnorm formuliert ist (**gesetzesbegriffliche** Dimension). Wichtig ist ausserdem, wo die Tat begangen wird (Internationalität, **räumliche** Dimension) und wie sich der Hyperlink zeitlich in den Tatablauf einfügt (Beendigung, Bezugsrahmen des Vorsatzes, **zeitliche** Dimension). Zu beantworten sind auch die Fragen, ob mittelbare Wirkungen des Verlinkens (**indirekte Links**, Link auf Linkliste) auch zu einer Strafbarkeit führen können und ob es verfassungsrechtliche Schranken der strafrechtlichen Zurechnung gebe (**grundrechtliche** Dimension). Es verwundert daher nicht, dass die erste Entscheidung zum Thema in der Schweiz keine leichte Lektüre bereitet und mit 70 Seiten inklusive 15-seitigem technischem Anhang einen beträchtlichen Umfang aufweist. Vor den Urteilsanmerkungen sollen daher die einzelnen Problemdimensionen näher erläutert werden.

II. Verschiedene Arten von Links

Links sind ein zentraler Bestandteil des World Wide Web. Durch die Dokumentenbeschreibungssprache HTML können Texte, Bilder oder multimediale Daten beliebig miteinander verknüpft werden. Dieses Vernetzen von Informationen war die wesentliche Neuerung der WWW-Anwendung und verhalf ihr – neben dem E-Mail-Dienst – zur grössten Popularität. Externe Links ermöglichen nicht bloss das sofortige Nachschlagen der verlinkten Informationen, sie tragen auch zu einer effektiveren Nutzung der Speicherkapazitäten bei, da die gelinkten Daten nicht auf dem lokalen Web-Server des Anbieters bereitgehalten werden müssen.

Es gibt grundsätzlich drei Varianten von Links: einfache Links (hypertext reference), Bild- oder Inline-Links und Links in sogenannten Frames, d.h. Verweisungen mit Darstellung der verlinkten Informationen in einem anderen Teilbereich desselben Browser-Fensters:²

a) Der **einfache Link** ist die am häufigsten eingesetzte Methode des Verweizens im

medialex-2003-27

World Wide Web. Der Autor einer Webseite gibt zu diesem Zweck einen «Anker» (anchor) der folgenden Form an:

```
<a href="URL">Link-Text</a>3
```

Ein Web-Browser stellt dann den zwischen <a> und stehenden Link-Text am Bildschirm dar. Falls er mit einem Mausklick aktiviert wird, ruft er automatisch den innerhalb des Befehls

<a> mit href= (Hypertext Reference) definierten Uniform Resource Locator (URL) auf, worauf eine Kopie der gelinkten Webseiten-Datei in den Arbeitsspeicher des Nutzers geladen wird. Die Verweisung kann sowohl auf eine andere Stelle im gleichen Dokument oder ein anderes Dokument der gleichen Website als auch auf eine externe Webpage zielen. Häufig wird der Link-Text im Browser durch eine Unterstreichung oder eine spezielle Farbe (oder beides) hervorgehoben. Zum Teil werden bereits aktivierte und noch nicht aktivierte Links in unterschiedlichen Farben dargestellt. Der Uniform Resource Locator (URL), die genaue Adresse des Dokuments, der mit dem Link erschlossenen Website erscheint in der entsprechenden Browser-Anzeige, während das Ausgangsdokument in der Regel nicht mehr angezeigt wird. Teilweise wird gemäss Konfiguration des Link-Setzers mit dem Anwählen des Links auch ein neues Fenster im Browser eröffnet, wobei das Ausgangsdokument im Hintergrund geöffnet bleibt.

4
..

b) Bild- oder Inline-Links erlauben es, Bilddateien von einer anderen Website abzurufen und in das eigene Dokument zu integrieren, ohne dass der Nutzer den Link aktivieren müsste. Durch Inline-Links werden also fremde Informationen, etwa Bilder oder Suchmasken, im Browser am definierten Ort in das eigene Dokument eingebettet. Dem Nutzer bleibt der Uniform Resource Locator (URL) des verlinkten Dokuments verborgen. So lassen sich WWW-Seiten mit Daten unterschiedlichen Ursprungs ergänzen.⁵ Definiert werden sie in HTML wie folgt:

```
6
```

c) Mit dem Framing wird das Browser-Fenster in verschiedene Bereiche aufgeteilt, wobei jeder Teilbereich ein anderes HTML-Dokument anzeigt. Es ist möglich, dass alle Inhalte von der gleichen Website stammen. Durch Links, die in einem Frame-Bereich angebracht sind, können aber auch Informationen anderer Websites in den eigenen Rahmen eingebettet werden. Wenn der Link auf eine Unterebene (deeplinking) einer anderen Website verweist, kann damit die Homepage des Informationsanbieters samt allfälliger Werbung unterlaufen werden. Häufig wird ein eigenes Inhaltsverzeichnis in einem Rahmenfeld mit Dokumenten ganz unterschiedlicher Herkunft verlinkt, deren URL regelmässig nicht im Browser angezeigt werden.⁷

Zusätzlich ist noch auf die sogenannten **Suchmaschinen** (Search-Engines wie google.com, hotbot.com, altavista.com) hinzuweisen. Eine Mehrheit der Nutzer beginnt ihre Web-Recherche bei einer Suchmaschine. Diese speziellen Server ermöglichen eine Stichwortabfrage in einer Datenbank, welche bestehende, zum Teil auch archivierte Webdokumente erfasst. Spider- oder Crawler-Programme suchen das Web kontinuierlich ab, indexieren neue Webseiten nach Stichworten und legen diese mit den entsprechenden Links in der Datenbank der Suchmaschine ab. Der Betreiber der Suchmaschine lässt diese Prozesse in der Regel automatisiert ablaufen, hält

aber den Index mit den Linkverweisungen auf seinem Server zum Abruf bereit. Davon sind die von einem Anbieter bewusst ausgewählten und zusammengestellten Linklisten zu unterscheiden (Web-Directory wie yahoo.com, yahoo.de).

III. Abhängigkeit von der Tatbestandsfassung

Bei vielen Nutzern herrscht die Vorstellung vor, dass ein Hyperlink generell nicht vom Strafrecht erfasst sein könne, weil die Informationen, auf welche gelinkt werde, ja bereits von einem Dritten auf dem Web bereitgehalten würden und der Link somit eine simple «Verweisung» sei. Häufig wird dabei der Hyperlink mit einem Fundstellennachweis in einem Buch oder Verzeichnis verglichen. Das aber erscheint bei genauerem Hinsehen als zu einfach. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Nehmen wir an, in einer grösseren öffentlichen Bibliothek finde sich u.a. auch ehrverletzendes, pornographisches oder rassendiskriminierendes Material. Klassischerweise würden die Benutzer über die in der Bibliothek enthaltenen Publikationen mittels einer Eintragung im Katalog der Bibliothek informiert. Auch hier stellt sich zwar die Frage, ob dies bereits ein Zugänglichmachen oder Verbreiten darstellen könnte, typischerweise wird aber die Bibliothek über ihre Bestände nicht im Detail Bescheid wissen, so dass es – ohne einen konkreten Hinweis – wohl bereits am subjektiven Tatbestand mangeln würde. Das Setzen eines Links geht indessen über diese Konstellation (z.T. weit) hinaus. Um einen in der physischen Welt dem Link analogen Sachverhalt zu konstruieren, müsste der Bibliothekar «auf Knopfdruck» die betreffende Publikation nicht nur aus dem Gestell holen, sondern sie dem Benutzer auch an der relevanten Stelle aufgeschlagen vor die Nase halten, so dass dieser mehr oder minder nur noch hinschauen müsste.

Ob eine solche Informationsverknüpfung von den Strafnormen erfasst wird, hängt vor allem von den Definitionen der jeweiligen Tathandlungen ab. Das Strafgesetzbuch oder Strafbestimmungen in anderen Bundesgesetzen stellen beispielsweise das «Verbreiten» bzw. «öffentliche Verbreiten»,⁸ «Weiterverbreiten»,⁹ «Beschuldigen» bzw. «Verdächtigen»,¹⁰ «Angreifen» (der Ehre eines Dritten),¹¹ «Zeigen»,¹² «Anbieten» bzw. «unaufgeforderte Anbieten»,¹³ «Anpreisen»,¹⁴ «Anleitung-Geben»¹⁵ oder «Zugänglichmachen»¹⁶ unter Strafe. Die entscheidenden Fragen lauten nun:

1) Ist die einfache Link-Verknüpfung eines HTML-Dokuments mit einer fremden Webseite, auf der strafrechtlich relevante Informationen zum Abruf bereitgehalten werden, von diesen Tathandlungen erfasst? Wie sind Link-Verknüpfungen mit fremden Informationen zu beurteilen, welche bei einer Nutzerabfrage in der Browserdarstellung direkt als Teil der eigenen Webseite erscheinen (Inline-Link, Framing)?

2) Kann eine Link-Verknüpfung allenfalls eine objektive Förderung der Haupttat sein (Gehilfenschaft, Art. 25 StGB), falls sie nicht als tatbestandsmässige Handlung erfasst wird?

Prima vista könnte man vermuten, dass die Setzung eines Links grundsätzlich nur eine

Teilnahmehandlung darstellen könne. Wenn aber das Gesetz beispielsweise das «blosse» Zugänglichmachen als strafbare Tathandlungsvariante definiert, dann genügt es, dass der Täter einem anderen die Möglichkeit eröffnet, sich durch sinnliche Wahrnehmung vom inkriminierten Inhalt Kenntnis zu verschaffen.¹⁷ Mit dem Link wird zwar nicht die fremde Information selbst bereitgehalten, weil jedoch den Nutzern einerseits die Suche danach und andererseits die manuelle URL-Eingabe abgenommen, das heisst, mit einem Mausklick die Gelegenheit zur Kenntnisnahme geboten wird, ist das Setzen selbst eines einfachen Links schon als Verschaffen des Zugangs anzusehen. Wegen des weitgefassten Begriffsgehalts von Zugänglichmachen liegt es daher nahe, den Link schon als tatherrschaftliche Ausführung der tatbestandsmässigen Handlung anzusehen, was bei Vorliegen der anderen Tatbestandsmerkmale zu einer Bestrafung als Haupttäter (Nebentäter) führen muss.¹⁸ In Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB (Organisation, Förderung einer Propagandaaktion oder Teilnahme daran) hat der Gesetzgeber die «blosse» Hilfe als eigenständige Tathandlungsvariante in die Strafnorm aufgenommen. Selbst wenn der Linksetzende also die rassendiskriminierende Propaganda nicht selbst veröffentlicht, ist er wegen seiner Förderungshandlung auch in diesen Fällen als Haupttäter anzusehen¹⁹. Schliesslich ist ebenfalls als Haupttäter zu behandeln, wer ein Webdokument aus eigenen und fremden inkriminierten Informationen so zusammenstellt, dass diese in der Browserdarstellung als einheitliches Dokument wiedergegeben werden, denn damit werden die fremden Informationen mindestens konkludent als eigene dargestellt. Besonders bei Inline-Links und Links im Framing ist von einem sog. Zueigenmachen des Inhaltes auszugehen.

Im Normalfall ist ein Hyperlink dagegen unter dem Aspekt der Gehilfenschaft zu beurteilen (Art. 25 StGB), weil ein «Verbreiten», «Zeigen», «Anleitung-Geben» usw. durch das Einrichten des Links selbst nicht eintritt. Strafbar ist hier primär derjenige, der die entsprechenden Informationen im Web bereitstellt (Content-Provider). Die Abrufwahrscheinlichkeit und Reichweite der inkriminierten Informationen, auf welche der Link verweist, werden aber durch diesen zweifelsohne gesteigert.²⁰ Damit wird die strafbedrohte Haupttat zumindest gefördert, so dass die objektiven Voraussetzungen der Gehilfenschaft zu bejahen sind.

Immerhin muss der Linksetzer auch in subjektiver Hinsicht mit Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale der Haupttat und seines Förderungsbeitrages handeln, wobei in der Mehrzahl der anwendbaren Straftatbestände eine billigende Inkaufnahme ausreicht. Insbesondere in Deutschland werden seit der Entscheidung des Landgerichtes Hamburg²¹ häufig sogenannte «Disclaimer» neben den Link gesetzt, d.h. Erklärungen, dass man sich von den Informationen, auf welche man linkt, ausdrücklich distanzieren. Dieser zivilrechtliche Haftungsausschluss kann strafrechtlich indes keine Bedeutung beanspruchen. Massgeblich ist hier alleine die Frage, ob – objektiv – die strafbare Handlung gesetzt wurde, und – subjektiv – der Täter um die Verwirklichung aller objektiven Tatbestandselemente auch wusste und sie wollte. Dabei genügt typischerweise bereits der sogenannten Eventualvorsatz, d.h. das

Wissen des Täters um die Tatbestandsverwirklichung mit seiner billigenden Inkaufnahme derselben. Das billigende Inkaufnehmen aber wird alleine durch eine Distanzierungserklärung nicht ausgeschlossen.

Das Medienstrafrecht (Art. 27, 322^{bis} StGB) ist auf Hyperlinks nur im Ausnahmefall anwendbar, in dem der Linksetzer direkt in den Veröffentlichungsprozess involviert ist. In der Regel wird er aber mit dem Link auf einen schon früher von einem Dritten im Web veröffentlichten Inhalt verweisen. Für Personen, die nicht am eigentlichen Veröffentlichungsprozess mitwirken, ergibt sich die strafrechtliche Verantwortung aber nicht aus der Sonderregelung des Medienstrafrechts, sondern aus Art. 25 StGB oder allenfalls als Haupttäterschaft direkt aus der anwendbaren Strafnorm.

IV. Strafanwendungsrecht und Zeitpunkt der Verlinkung

Damit überhaupt ein Strafverfahren in der Schweiz durchgeführt werden kann, muss nach den Regeln des Strafanwendungsrechts (Art. 3 ff. StGB) ermittelt werden, ob schweizerische Strafhoeheit gegeben ist.²² Massgebend sind nach dem Territorialprinzip vor allem der Handlungs- und der Erfolgsort im Inland (Art. 3 i.V.m. Art. 7 StGB). Zu beachten ist allerdings, dass eine in der Schweiz ausgeführte Teilnahmehandlung zu einer Haupttat, die vollumfänglich im Ausland realisiert wird, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wegen der Akzessorietät ebenfalls als Auslandstat gilt.²³ Ist daher keine Anknüpfung über den Erfolg oder die Art. 4 ff. StGB möglich, können in der Schweiz gesetzte Hyperlinks, die als Gehilfenschaft zu beurteilen wären, nicht verfolgt werden. Einfacher liegt der Fall, wenn das Einrichten des Hyperlinks als Haupttat zu betrachten ist. Ein Ausführen dieser Handlung in der Schweiz genügt völlig für die Begründung der Strafhoeheit.²⁴

Der Zeitpunkt der Verlinkung ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Einerseits setzt die einhellige Doktrin voraus, dass eine Gehilfenschaft vor Vollendung, spätestens aber vor Beendigung einer Straftat stattfinden muss. Da aber ein Hyperlink in der Regel erst nach Abschluss der Webpublikation einer Information eingerichtet wird, entfielen eine Strafbarkeit wegen Gehilfenschaft, wenn das Delikt schon mit der vorgängigen Veröffentlichung vollendet und beendet wäre.²⁵ Auf die zeitliche Dimension kommt es andererseits in jenen Fällen an, in denen ein verlinkter fremder Inhalt nachträglich verändert wird. Ob sich der Linksetzer wegen eines Unterlassens der Kontrolle und Entfernung des Links strafbar macht, hängt von den konkreten Kontrollpflichten im Einzelfall ab.²⁶

V. Indirekte Links und verfassungsrechtliche Grenzen

Bei einfachen Links auf Link-Listen wird in der Regel eine Gehilfenhandlung auszuschliessen sein, es sei denn, aus den konkreten Umständen gehe hervor, dass die Link-Liste nur zur Umgehung eines direkten Links eingerichtet wurde oder der Link-Setzende weise den Nutzer explizit auf bestimmte Links der Link-Liste hin, die dann direkt auf strafbare Inhalte führen. Zwar könnte man dem kategorisch entgegenhalten, durch indirekte Verweisung werde objektiv immer ein kausaler Förderungsbeitrag geleistet und der Verlinkende müsse dies wissen, doch stösst man hier an die Grenzen des aus verfassungsrechtlicher Sicht noch verhältnismässigen Eingriffes in die Meinungs- und Informationsfreiheit.²⁷
....

medialex-2003-31

VI. Das Urteil der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich in concreto

Dem Urteil, das sich erfreulicherweise intensiv mit der komplexen Materie auseinandersetzt, ist in Bezug auf den Freispruch vom Tatvorwurf der Förderung einer Propagandaaktion i.S.v. Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB grundsätzlich zuzustimmen, doch muss gleichzeitig auf zahlreiche Ungenauigkeiten und Mängel in der Begründung hingewiesen werden.

Vorweg ist anzumerken, dass die untersuchungsleitende Bezirksanwältin zunächst eine Einstellungsverfügung erlassen hatte, welche die Staatsanwaltschaft jedoch nicht genehmigte (§ 39 StPO-ZH). Die daraufhin erhobene erste Anklage wurde zur Ergänzung der Untersuchung zurückgewiesen und die zweite Anklage dann auf den Vorwurf der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB) beschränkt. Dies überrascht daher, weil ein zweiter Link auf eine pornographische Linkliste führte (Persiankitty, vgl. kurzer Hinweis in Erw. II.4), auf welcher bei Nutzerabruf unmittelbar weichpornographische Bilder sichtbar wurden (Inline-Links). Da der Zugriff ohne Alterskontrolle möglich war, wäre zumindest eine gerichtliche Beurteilung des Verstosses gegen Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie, Kinderschutz) angezeigt gewesen.

Vergeblich sucht man in den Erwägungen eine Begründung der schweizerischen Strafhoheit. Es wurde offensichtlich übersehen, dass praktisch alle auf der verlinkten Webseite «stop-the-hate.org/neo-nazi.html» aufgeführten Links wiederum auf Webseiten verwiesen, deren Informationen auf Web-Servern im Ausland – insbesondere in den USA – abgespeichert waren. Die schweizerische Strafhoheit ist in Fällen von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB zu bejahen, weil die Gehilfenschaft in dieser Strafnorm ausnahmsweise zu einer eigenständigen Haupttat erklärt wird. Wird der Link von der Schweiz aus aufgeschaltet, liegt die Ausführungshandlung im Inland. Die Anknüpfung wird hier völlig von der dahinterstehenden «Haupttat» gelöst. Anders wäre allerdings nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den nicht seltenen Fällen zu entscheiden, wo ein Link auf eine sog. Auschwitzlüge verweist, denn bei Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB ist die Förderung nach den allgemeinen Regeln der Gehilfenschaft zu beurteilen, was zur Beurteilung der Gehilfenschaft nach dem Recht der Haupttat führt, was seinerseits wiederum evtl. Straflosigkeit bedeutet.²⁸
....
Diese Überprüfung hätte allerdings einzig anhand der verlinkten Webseiten einzeln und konkret

stattfinden können und müssen. Weshalb die Anwendbarkeit des Medienstrafrechts (Erw. III.5) erst am Schluss untersucht wird, bleibt rätselhaft, denn wäre Art. 27 StGB einschlägig – was zu Recht abgelehnt wird –, dann müssten völlig andere Fragen geprüft werden (Autor, Verantwortlicher für die Publikation).

Dass das Fördern gemäss Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB auf einer strafbaren Propagandaaktion i.S. der Abs. 1 oder 2 aufbaut, wird zu wenig beachtet. Anstatt die Webseite «stop-the-hate.org/neo-nazi.html» bzw. die mit den dortigen Links erschlossenen Neo-Nazi-Sites auf ihre Tatbestandsmässigkeit i.S.v. Art. 261^{bis} Abs. 1–2 bzw. Abs. 4 StGB zu prüfen, hält die Einzelrichterin lapidar fest, «die auf den rassendiskriminierenden Websites ... enthaltenen Informationen [könnten] fraglos [!] als Propaganda bzw. Propagandaaktionen ... qualifiziert werden» (Erw. III.2.3.2). Völlig unberücksichtigt bleibt die Frage nach der zeitlichen Dimension des Förderns, also insbesondere danach, ob Rassendiskriminierung ein Dauerdelikt darstelle, welche auch nach Abschluss der Web-Publikation noch gefördert werden kann. Dies ist u.E. zu bejahen.

29
....

Das Urteil betont dagegen, dass die Berücksichtigung der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit «bereits hinsichtlich des objektiven Tatbestandes von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB» u.U. zu einer Ausnahme von der Strafbarkeit führen muss (Erw. III.2.4.3). Interessanterweise fehlt aber gerade in Art. 261^{bis} StGB der Tatbestandsausschluss des «schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wertes», der in den Art. 135 Abs. 1 StGB und Art. 197 Ziff. 5 StGB vorgesehen ist. Ob sich diese Spielart der verfassungskonformen Auslegung bzw.

medialex-2003-32

Reduktion des Tatbestandes von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Nicht logisch ist die Aussage, dass bei einem Link «von einem Bereithalten von Inhalten ausgegangen» werden müsse (Erw. III.2.4.4.1), denn ein Bereithalten liegt nur dann vor, wenn die Informationen auf dem Host-Server des Link-Setzers eingestellt wären. Das sind sie bei externen Links aber nicht.³⁰

Das Urteil analysiert danach eingehend, ob sich der Täter die rassendiskriminierenden Inhalte zueigengemacht habe (Erw. III.2.4.4.2-2.5). Diese Frage ist im Kontext von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB indes völlig irrelevant. Hätte sich nämlich der Täter – etwa im Rahmen eines Frame-Dokumentes oder durch wörtliche Zitate auf der eigenen Webseite – die Inhalte zueigengemacht, wäre die Tat in den Bereich der Abs. 1 oder 2 von Art. 261^{bis} StGB gefallen. Den Freispruch darauf zu stützen, war demnach fehlerhaft. Dieser ergibt sich vielmehr aus der Überlegung, dass bei einem indirekten Link (Link auf Link-Liste) die Zurechnung des Unrechts in der Regel nicht mehr erfolgen kann, wenn die Link-Liste selbst keinen rassendiskriminierenden Inhalt enthält.³¹ ■

....

- 1 Näher dazu CH. SCHWARZENEGGER, E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension – in: O. Arter/F. S. Jörg
 (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Lachen/St. Gallen 2001, 357 ff.
- 2 O. BOESE, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Links im Internet, Frankfurt am Main 2000,
 41 ff. Abweichende Terminologie bei R. M. HILTY, Zur Zulässigkeit des «Link- Rechtliches Damoklesschwert für
 die Internettechnologie? – in: R. H. Weber/R. M. Hilty/R. Auf der Maur (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet III,
 Zürich 2002, 126.
- 3 Konkretes Beispiel: `Infos von Prof. M.A. Niggli`.
 Wird in ein HTML-Dokument dieser Anker eingefügt, erscheint im Browserfenster der Link-Text «Infos von Prof.
 M.A. Niggli», bei dessen Aktivierung vom externen Server der Universität Freiburg die HTML-Datei «infos.html»
 abgerufen wird.
- 4 Nähere Erläuterungen zu Hyperlinks in HTML 4.0 finden sich auf der Website des W3C (World Wide Web
 Consortium), siehe: www.w3.org/TR/REC-html40971218/struct/links.html (Stand: 24.1.2003).
- 5 Zu Inline-Links in HTML 4.0 siehe: www.w3.org/TR/REC-html40971218/struct/objects.html#edef-IMG (Stand:
 24.1.2003).
- 6 Konkretes Beispiel: `` Wird in
 ein HTML-Dokument dieser Inline-Link eingefügt, erscheint im Browserfenster unmittelbar, d.h. ohne Zutun des
 Nutzers, die Bilddatei «Schwarzenegger.gif», die vom externen Server des Rechtswissenschaftlichen Instituts
 abgerufen wird. Das Bild erscheint als Bestandteil der Webseite.
- 7 Frames sind auf dem WWW häufig anzutreffen, vgl. beispielsweise: www.schwarzenegger.com (Stand:
 24.1.2003). Zu Frames in HTML 4.0 siehe: www.w3.org/TR/REC-html40/present/frames.html#idx-frame (Stand:
 24.1.2003).
- 8 Art. 161bis StGB (Kursmanipulation); Art. 174 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Verleumdung); Art. 179 Abs. 2 StGB
 (Verletzung des Schriftgeheimnisses); Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie); Art. 261bis Abs. 2 StGB
 (Rassendiskriminierung); Art. 67 Abs. 1 lit. f URG (Urheberrechtsverletzung); Art. 69 Abs. 1 lit. c, lit. f und lit. i
 URG (Verletzung von verwandten Schutzrechten).
- 9 Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Üble Nachrede).
- 10 Art. 173 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Üble Nachrede); Art. 174 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Üble Nachrede).
- 11 Art. 177 Abs. 1 StGB (Beschimpfung).
- 12 Art. 135 Abs. 1 StGB (Gewaltdarstellungen); Art. 197 Ziff. 1–3 StGB (Pornographie).
- 13 Art. 135 Abs. 1 StGB (Gewaltdarstellungen); Art. 144bis Ziff. 2 Abs. 1 StGB (Datenbeschädigung); Art. 197 Ziff.
 1–3 StGB (Pornographie); Art. 67 Abs. 1 lit. f URG (Urheberrechtsverletzung); Art. 69 Abs. 1 lit. c und lit. f URG
 (Verletzung von verwandten Schutzrechten); Art. 61 Abs. 1 lit. b MSchG (Markenrechtsverletzung); Art. 62 Abs.
 1 lit. b MSchG (Betrügerischer Markengebrauch).
- 14 Art. 135 Abs. 1 StGB (Gewaltdarstellungen); Art. 144bis Ziff. 2 Abs. 1 StGB (Datenbeschädigung); Art. 179sexies
 Ziff. 1 StGB (Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräten); Art. 197 Ziff. 3 StGB
 (harte Pornographie)
- 15 Art. 144bis Ziff. 2 Abs. 1 StGB (Datenbeschädigung); Art. 179sexies Ziff. 1 StGB (Inverkehrbringen und
 Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräten); Art. 226 Abs. 3 StGB (Herstellen, Verbergen,
 Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen).

- 16 Art. 135 Abs. 1 StGB (Gewaltdarstellungen); 144bis Ziff. 2 Abs. 1 StGB (Datenbeschädigung); 179bis Abs. 3 StGB (Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche); 179ter Abs. 2 StGB (Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen); 179quater Abs. 3 StGB (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte); Art. 197 Ziff. 1 und Ziff. 3 StGB (Pornographie); 267 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB (Diplomatischer Landesverrat); 273 Abs. 1–2 StGB (Wirtschaftlicher Nachrichtendienst); Art. 5 lit. b i.V.m. Art. 23 UWG (Verwertung fremder Leistung).
- 17 G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil 2, 5. Aufl., Bern 2000, 246 m.N. (bezüglich wirtschaftlichen Nachrichtendienst, Art. 273 StGB); S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 197 N 6 (Pornographie). Zur parallelen Tathandlungsdefinition im deutschen StGB: K. LACKNER/K. KÜHL, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., München 2001, § 184 N 5; TH. LENCKNER/W. PERRON, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2001, § 184 N 15 alle m.w.N.
- 18 Ebenso der deutsche BGH, Urteil vom 27.6.2001 – 1 StR 66/01 «Ein Zugänglichmachen liegt bereits dann vor, wenn eine Datei zum Lesezugriff ins Internet gestellt wird. Hierfür reicht die blossе Zugriffsmöglichkeit aus; nicht erforderlich ist, dass auch ein Zugriff des Internetnutzers erfolgt (...). Das unterscheidet das Zugänglichmachen vom Verbreiten, bei dem der Nutzer die heruntergeladene Datei vervielfältigen und weitergeben kann (...).» (Hervorheb. der Verf.). Vgl. D.-M. BARTON, Multimedia-Strafrecht, Neuwied und Kriftel 1999, 136 ff., 243 ff.; O. BOESE, (Fn. 2), 115 f.; Dies führt zu einer ausufernden Kriminalisierung, siehe SCHWARZENEGGER, (Fn. 1), 361. M. GERMANN, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, Berlin 2000, 212, fordert zusätzlich die Verfügungsmacht über die inkriminierten Daten, wofür man aber keinen Hinweis im StGB findet.
- 19 Zur Verselbständigung der Teilnahme als eigenständige Tathandlungsvariante, s. M. A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, N 901 m.N. Dies gilt nicht für das Fördern der Tathandlungen gemäss Art. 261bis Abs. 4 StGB (z.B. Leugnen des Völkermordes), wo die allgemeinen Regeln der Gehilfenschaft anwendbar bleiben. D.h., wer bei der Verbreitung der Ausschwitzlüge hilft, ist dadurch nicht automatisch ein Haupttäter.
- 20 Siehe aber zur Frage, ob nach Vollendung der Tat noch eine Gehilfenschaft möglich sei, unten IV.
- 21 12. Mai 1998; Aktenzeichen Nr. 312 O 85/98; abrufbar unter: www.netlaw.de/urteile/lghh_06.htm
- 22 Zu den strittigen Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Internetdelikten siehe weiterführend CH. SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStrR 2000, S. 109 ff.; Derselbe, Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht — Ein leading case zu grenzüberschreitenden Internetdelikten, sic! 2001, S. 240 ff.; P. POPP, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, StGB Kommentar, Basel 2003, Art. 7 N 6.
- 23 BGE 81 IV 37; 104 IV 86; 108 Ib 303; POPP (Fn. 22), Art. 7 N 14; J.-L. COLOMBINI, La prise en considération du droit étranger (pénal et extra-pénal) dans le jugement pénal, Diss. Lausanne 1983, 35; kritisch SCHWARZENEGGER (Fn. 1), 346; TRECHSEL (Fn. 17), Art. 7 N 8.
- 24 Z.B. beim Zugänglichmachen oder Fördern i.S.v. Art. 261bis Abs. 3 StGB.
- 25 Wie das beispielsweise nach h.L. bei den Ehrverletzungsdelikten anzunehmen wäre. Vgl. dagegen eingehend SCHWARZENEGGER (Fn. 1), 364; Derselbe, Die strafrechtliche Beurteilung von Hyperlinks – in: FS-Rehbinder, München 2002, 737, der Ehrverletzungen aber auch Rassendiskriminierung als Dauerdelikte qualifiziert, soweit der Haupttäter die jederzeitige Kontrolle über die strafbaren Inhalte und die Möglichkeit der Entfernung der bereitgestellten Informationen hat.
- 26 Näher dazu SCHWARZENEGGER (Fn. 25), 737 f.

27 Ungeklärt ist derzeit die Frage, inwiefern bestimmte Tatbestände wie z.B. die Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) durch verfassungskonforme Auslegung eingeschränkt werden können/müssen bzw. inwiefern eine Verlinkung wegen Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein kann.

28 In Erw. III.1.1 wird unzutreffend festgestellt, dass der Straftatbestand von Abs. 4 «ohne weiteres ausser Betracht» falle.

29 Siehe oben IV.

30 Siehe oben II. zur technischen Gestaltung von Hyperlinks.

31 Siehe oben V. Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 25), 738.

Affichage sur les domaines public et privé: la fin d'un monopole?

Piermarco Zen-Ruffinen*

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Zusammenfassung: Die Plakatwerbung auf öffentlichem Grund, vor allem aber auf privatem Grund und von der Öffentlichkeit einsehbar, entwickelt sich weiter. Es stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Monopols mit der Wirtschaftsfreiheit. Eine Gebietskörperschaft kann ein Monopol für den Plakatausgang auf öffentlichem Grund für sich beanspruchen (faktisches Monopol). Auf Grund ihrer Herrschaft über öffentliche Sachen kann sie grundsätzlich frei entscheiden, wer und unter welchen Voraussetzungen diese benutzen kann. Das Bundesgericht hat in einem kürzlich ergangenen Urteil entschieden, dass aber ein Monopol auf dem Privatgrund nicht zulässig ist (rechtliches Monopol), und hat damit eine 26-jährige Rechtsprechung geändert. Die Vergabe eines Exklusivrechts zum Plakatausgang muss das Gleichbehandlungsprinzip der Konkurrenten beachten. Eine weitere Liberalisierung der Rechtsprechung ist wünschenswert.

Résumé: L'affichage sur le domaine public, mais surtout sur le domaine privé visible à partir du domaine public, se développe. Il pose en particulier la question de la compatibilité du monopole de la collectivité publique avec la liberté économique. La collectivité peut se réserver le monopole d'affichage sur le domaine public (monopole de fait); vu sa maîtrise générale sur les biens publics, elle est en principe libre de décider par qui et à quelles conditions le domaine public est utilisé. En revanche, le Tribunal fédéral a admis récemment qu'elle ne peut se réserver ce monopole aussi sur le domaine privé (monopole de droit), changeant une jurisprudence vieille de vingt-six ans. L'attribution d'un droit exclusif d'affichage doit assurer une égalité de traitement entre concurrents. Une plus grande libéralisation encore de la jurisprudence apparaît souhaitable. Quant à l'utilisation de véhicules des transports publics à des fins publicitaires, elle pose d'autres problèmes encore.

I. Introduction

L'affichage publicitaire est devenu un procédé économique incontournable. Destiné à vanter les mérites d'un produit par un «procédé de réclame», il est en principe installé sur le domaine public. Ces dernières années toutefois, la demande de procédés de réclames situés sur le domaine privé, mais visibles à partir du domaine public, a considérablement augmenté. Principalement pour se simplifier la vie, les collectivités publiques confèrent volontiers à un tiers le monopole d'affichage sur le domaine public, parfois aussi sur le domaine privé. La présente contribution fait le point sur l'état de la question¹. Après un bref examen de la liberté économique et du domaine public (1), puis du monopole étatique (2), nous examinerons l'admissibilité des

atteintes apportées à la liberté économique (3), car c'est sous cet angle-là que la question du monopole d'affichage est abordée², puis la jurisprudence fédérale. Le survol de quelques questions connexes (4) précédera la conclusion.³

II. La liberté économique et le domaine public

La Constitution fédérale protège doublement la liberté économique. D'une part, elle la garantit à l'art. 27 al. 1 Cst. (garantie individuelle); d'autre part, elle en impose expressément le respect à la Confédération ou aux cantons à l'art. 94 al. 1 Cst. (garantie institutionnelle)⁴. La liberté économique peut faire l'objet de restrictions ou de dérogations. Les premières comprennent les mesures étatiques qui restreignent le choix, l'accès ou l'exercice libres d'une activité économique, tout en respectant la libre concurrence ou l'économie de marché. Elles sont admissibles aux conditions habituelles de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité et respect de l'essence du droit). Les secondes visent les mesures étatiques contraires au principe de la liberté économique. En principe interdites, puisqu'elles faussent la concurrence, elles sont toutefois permises à la Confédération à condition d'être prévues par la Constitution fédérale et aux cantons si elles sont fondées sur leurs droits régaliens (art. 94 al. 4 Cst.), soit sur des droits historiques dont ils revendiquaient le monopole avant 1874: régale de la chasse, de la pêche, du sel, de l'utilisation des forces hydrauliques et des mines⁵. Le Tribunal

medialex-2003-34

fédéral avait admis que les cantons puissent créer d'autres monopoles à condition qu'ils se justifient par un motif de police ou de politique sociale et respectent le principe de la proportionnalité. La nouvelle Constitution, selon lui, ne remet pas en cause cette position⁶.

S'agissant de l'usage du domaine public, la jurisprudence fédérale a évolué sur l'étendue des droits fondamentaux. Elle a d'abord considéré que la liberté économique ne conférait pas de droit à un usage accru du domaine public à des fins commerciales: d'une part, à la manière d'un propriétaire privé, l'Etat était libre de respecter ou non les libertés sur le domaine public et, d'autre part, les libertés individuelles ne garantissaient à leurs titulaires qu'un droit à une abstention de l'Etat, non à des prestations positives de sa part. Or, l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun devait s'interpréter comme une prestation positive de l'Etat⁷. La jurisprudence s'est ensuite assouplie. Reconnaisant, depuis 1975, qu'un tel usage ne constitue pas une prestation positive, mais une simple tolérance de l'Etat, elle admet que le titulaire puisse se prévaloir de cette liberté si le but du domaine public le permet et si l'activité concernée implique un tel usage⁸. La liberté économique consacre donc un droit conditionnel à l'utilisation accrue du domaine public⁹. L'utilisation accrue du domaine public nécessite une autorisation sui generis, à distinguer de l'autorisation de police et de la concession, qui ne sert pas seulement à protéger

des biens de police, mais aussi à coordonner les différentes utilisations du domaine public et à fixer des priorités¹⁰. L'Etat doit y respecter la protection conférée par les droits fondamentaux, en particulier l'égalité de traitement des personnes appartenant à la même branche économique (art. 27 Cst.)¹¹. La question de savoir si les libertés individuelles confèrent un droit conditionnel à l'usage privatif du domaine public n'a pas encore été tranchée¹².

III. Le monopole étatique

Il y a monopole étatique lorsque l'Etat soustrait une activité économique à la liberté du marché pour l'exercer lui-même ou en céder l'exercice exclusif à des tiers¹³. A part les régales historiques, doctrine et jurisprudence distinguent traditionnellement, au niveau cantonal, le monopole de droit (à but de police) et le monopole de fait¹⁴. Lorsque l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il se réserve en édictant une norme, on parle de monopole de droit¹⁵, car par définition il repose sur une base légale expresse¹⁶, vu l'importance de l'atteinte qu'il porte à la liberté économique. Ce monopole ne saurait être justifié uniquement par des raisons fiscales¹⁷ (la question est importante pour les monopoles d'affichage sur le domaine privé). Le montant que la collectivité publique perçoit du concessionnaire au terme du contrat est à cet égard déterminant¹⁸.

A l'inverse, on appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est seul en mesure d'exercer une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour en exclure les privés. Son fondement n'est pas la loi, mais la maîtrise générale sur les biens publics¹⁹. Les justifications fiscales ne jouent pas de rôle. En revanche, l'Etat doit respecter la protection conférée par les droits fondamentaux.

La réglementation de l'affichage public illustre bien la différence entre les deux types de monopole. Si la collectivité veut se réserver la pose de la publicité sur tout

medialex-2003-35

son territoire, fonds privés compris, elle doit nécessairement se doter d'un monopole de droit, fondé sur une base légale expresse. Si elle se limite au domaine public, le monopole de fait lui suffit²⁰. La question de l'admissibilité de ces monopoles est examinée ci-après.

IV. Le monopole d'affichage et la liberté économique

Le monopole d'affichage de droit faisait partie des nouveaux monopoles admis (art. 94 al. 4 Cst.)²¹ à condition de respecter les exigences de l'art. 36 Cst.²² Quant au monopole de fait, le

refus d'une autorisation accrue du domaine public peut être comparé à une atteinte à la liberté économique dont le juge examine le bien-fondé et qui est soumise aux limites de l'intérêt public et de la proportionnalité²³, mais pas à celle de la base légale²⁴.

1. La base légale

Ce sont principalement le droit cantonal et le droit communal qui limitent l'affichage public, instaurent le monopole d'affichage et permettent l'exclusivité des droits. Toutefois, il faut rappeler que quelques dispositions fédérales limitent à la fois la liberté économique et leur autonomie.

A. Le droit fédéral

Du point de vue de la sécurité routière, les restrictions d'affichage de publicité, placée sur le domaine public ou sur le domaine privé, sont réglées de façon exhaustive par la législation fédérale sur la circulation routière²⁵. Il s'agit en particulier de l'art. 6 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)²⁶ et de l'art. 53 de la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (LRN)²⁷. Le premier prévoit que «les réclames et les autres annonces qui pourraient créer une confusion avec les signaux (sous-entendus routiers) et les marques ou compromettre d'une autre manière la sécurité de la circulation, par exemple en détournant l'attention des usagers de la route, sont interdites sur les routes ouvertes aux véhicules automobiles ou aux cycles, ainsi qu'à leurs abords. Le Conseil fédéral peut interdire toutes réclames et annonces sur les autoroutes et semi-autoroutes ainsi qu'à leurs abords». Le second interdit toutes réclames et toutes annonces aux abords des routes nationales, conformément à la LCR (al. 1), et laisse au Conseil fédéral le soin d'arrêter des dispositions d'exécution particulières en ce qui concerne les routes nationales (al. 2). Cette délégation de compétence s'est concrétisée dans l'ordonnance sur la signalisation routière du 5 septembre 1979 (OSR)²⁸. Les art. 95 à 100 OSR règlent la question des réclames routières. Le Conseil fédéral n'a imposé aucune interdiction générale de publicité sur et le long des routes, sauf sur les autoroutes et les semi-autoroutes (art. 99 OSR). Par contre il a prévu toute une série d'interdictions spéciales énumérées à l'art. 96 al. 1 OSR, dont la principale concerne les réclames placées sur les montants des signaux, sur les signaux eux-mêmes ou à leurs abords immédiats (let. d), le critère des «abords des routes» étant précisé à l'art. 96 al. 2 OSR. L'art. 100 al. 1 OSR soumet à autorisation de l'autorité cantonale compétente le placement et la modification de toutes les réclames routières, définies comme telles à l'art. 95 OSR²⁹.

B. Le droit cantonal

Il appartient au droit cantonal ou communal de prévoir des limitations supplémentaires pour la protection des sites et du paysage ou de la moralité publique. Alors que le monopole de droit exige une base légale formelle, le Tribunal fédéral admet encore, pour le monopole de fait, que les autorités cantonales sont fondées à réglementer sans base légale l'usage du domaine public

dépassant l'usage commun³⁰, tout en considérant qu'il serait souhaitable pour la sécurité du droit que les conditions d'utilisation du domaine public figurent dans une norme juridique³¹. Ainsi, dans le cadre

medialex-2003-36

des compétences que lui laisse le droit cantonal, la commune peut, sans base légale particulière, réglementer la pose de réclames et d'affiches selon leur genre et grandeur, respectivement l'interdire dans certaines zones ou sur certains bâtiments, en ce qui concerne son domaine public³². En revanche, elle ne peut réaliser son désir de protéger l'esthétisme par l'instauration d'un monopole général qui engloberait le domaine privé³³.

Les règles qui régissent le domaine public sont généralement sommaires et dispersées. Quelques cantons dont Genève disposent d'une loi générale (loi-cadre) tendant à réglementer d'une manière uniforme l'utilisation du domaine public. Parfois même, ils disposent aussi, comme à Genève, d'une loi sur les procédés de réclame³⁴ ou sur l'affichage public et la publicité sur la voie publique. Dans le meilleur des cas, ils règlent dans un texte unique la question des procédés de réclame aussi bien sur le domaine public que sur des fonds privés visibles depuis le domaine public. Quoiqu'il en soit, l'Etat est en principe libre de décider par qui et à quelles conditions le domaine public est utilisé³⁵, ce d'autant que l'affichage sur le domaine public peut requérir un usage privatif de celui-ci s'il est durable³⁶. Dans les arrêts fédéraux publiés, la question de la base légale pose rarement problème puisqu'elle existe³⁷.

2. L'intérêt public

La jurisprudence distingue les mesures de police proprement dites, les mesures de politique sociale et les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics³⁸. Les deux premières nous intéressent ici. Les mesures de police proprement dites visent à protéger l'ordre public, à savoir «la tranquillité, la sécurité, la santé ou la moralité publiques, à préserver d'un danger, à l'écartier ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi dans les affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public»³⁹. Les mesures de politique sociale «tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs»⁴⁰.

En matière d'affichage sur le domaine public ou sur le domaine privé, visible à partir du domaine public, l'examen de la jurisprudence fédérale montre que l'atteinte à la liberté économique répond à un intérêt public et que cela n'est jamais sérieusement contesté. Les intérêts publics toujours retenus sont la sécurité du trafic, la protection des sites urbains et du paysage et, parfois, la protection de la moralité publique⁴¹. Ils justifient que certains endroits doivent être

laissés libres de tout affichage aussi bien sur le domaine public que privé. En ce qui concerne la protection des sites, la jurisprudence précise qu'il faut tenir compte de l'aspect d'une localité dans sa globalité, de l'esthétique des diverses rues et places, de la valeur des lieux historiques et des bâtiments administratifs, ainsi que de la singularité du patrimoine naturel et artistique. Toutes les installations d'affichage et de réclame visibles de l'espace public doivent être prises en considération, indépendamment du fait qu'elles se trouvent sur un fond public ou privé, car l'affichage publicitaire sur le domaine public et l'installation du mobilier urbain comme support publicitaire ont une grande influence sur le paysage urbain ⁴² .

3. Le principe de la proportionnalité

L'examen de la jurisprudence montre que le principe de la proportionnalité est l'élément le plus important pour les monopoles de police ⁴³ . Ce principe se compose traditionnellement de trois éléments cumulatifs, à savoir les règles de l'aptitude (la restriction doit être propre à atteindre le but d'intérêt public visé), de la nécessité (la restriction doit être limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé) et de la proportionnalité au sens étroit (il faut qu'il y ait un rapport raisonnable entre le but visé et la restriction) ⁴⁴ . Le Tribunal fédéral a

medialex-2003-37

toujours considéré qu'il s'agissait de la question la plus délicate. C'est sur l'application de la règle de la nécessité que sa jurisprudence a fait l'objet de la critique de la doctrine et de certaines autorités cantonales ⁴⁵ , qui estimaient que les monopoles n'étaient pas nécessaires pour réaliser les buts d'intérêt public poursuivis. Malgré ces critiques, la jurisprudence inaugurée par le Tribunal fédéral en 1974 ⁴⁶ a résisté jusqu'en 2001 ⁴⁷ , année qui marque la fin des monopoles de droit en matière d'affichage, soit pendant plus de 26 ans. Elle avait annoncé en 1999 un changement partiel: la nécessité d'une atteinte est soumise à des conditions plus sévères pour le monopole de droit que pour celui de fait ⁴⁸ .

Examinons cette évolution à travers trois arrêts significatifs. Il est intéressant de remarquer que les faits sont à peu près les mêmes et qu'en toile de fond de ces arrêts se retrouve le combat des grandes entreprises soit pour entrer sur le marché de l'affichage publicitaire ou y accroître leur part, soit pour y maintenir leur position dominante, comme la SGA (Société générale d'affichage, détenue désormais par Affichage Holding SA).

A. Arrêt AWAG (ATF 100 Ia 445)

Par convention, la commune de Lausanne accorde à la SGA, pour une durée de 10 ans, le droit exclusif de placarder des affiches sur le territoire de la commune, domaine public et privé inclus, et lui impose diverses obligations, dont celle de placarder les affiches de ses concurrents. Un

concurrent, AWAG, demande à la Municipalité de Lausanne l'autorisation de poser trois groupes d'affiches sur une propriété privée. Sa requête étant écartée, l'entreprise adresse au Tribunal fédéral un recours de droit public, estimant que le monopole d'affichage viole le principe de la proportionnalité. Au contraire, pour les autorités vaudoises, le monopole se justifie, car il permet:

----- -d'avoir une vue d'ensemble indispensable pour assurer de façon efficace la protection des sites et la sécurité du trafic, tout en permettant de lutter efficacement contre l'anarchie en matière d'affichage;

-- -d'imposer certaines conditions à l'entreprise concessionnaire, notamment mettre à disposition des emplacements nécessaires à l'affichage officiel;

-- -de faciliter le contrôle des pouvoirs publics et de le rendre moins onéreux;

-- -d'éviter de la part des privés, propriétaires d'emplacements d'affichage, la surenchère consécutive à la concurrence que se livreraient les différentes entreprises d'affichage.

Le Tribunal fédéral suit l'avis des autorités vaudoises. Le régime de monopole, selon lui, permet d'atteindre de façon plus sûre, plus efficace et à moindre frais pour la collectivité, les objectifs d'intérêt général poursuivis par la réglementation. Certes, dit-il, chacune des justifications de la commune, prises individuellement, ne suffit pas à elle seule à légitimer le monopole; mais prises ensemble, elles correspondent à un intérêt général qui le justifie.

B. Arrêt Decaux (ATF 125 I 209)

Le Département des travaux publics et de l'énergie du canton de Genève et la ville mettent en soumission le droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public et le domaine privé vu du domaine public de la ville et du canton, ainsi que sur les chantiers situés sur les voies publiques. Quatre sociétés, dont Decaux SA et la SGA, déposent des offres. Le Conseil d'Etat choisit la seconde et lui concède le droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage pour une durée de 10 ans. Agissant par la voie d'un recours de droit public, Decaux SA demande au Tribunal fédéral de casser cette décision, ce monopole étant contraire à l'art. 31 aCst. (devenu 27 Cst.) selon elle.

Par rapport à l'arrêt précédent, cet arrêt précise que le monopole de fait est soumis à des conditions d'admission moins strictes que le monopole de droit, particulièrement en ce qui concerne le critère de la nécessité⁴⁹, avant de confirmer son admissibilité. Certes, note le Tribunal fédéral, d'autres solutions eussent été envisageables, comme celles consistant à partager la concession entre plusieurs entreprises privées, à octroyer

une concession de courte durée par rotation entre les différents requérants ou à soumettre l'activité au régime de l'autorisation préalable, régime dit de la libre concurrence. Mais elles auraient engendré «une surcharge de dépenses et de travail pour l'administration qui aurait dû alors s'assurer du respect de l'égalité des chances entre les concurrents»⁵⁰ .

La concession d'un monopole unique pour 10 ans garantit mieux l'homogénéité de l'architecture urbaine et, liée au domaine public, présente de nombreux avantages pratiques. En particulier, celui-ci permet de gérer plus efficacement la priorité et la coordination entre les divers usagers du domaine public. «Si l'affichage sur le domaine public était soumis par exemple à simple autorisation préalable, la protection des sites et la sécurité du trafic ne pourraient être totalement assurées. En particulier, l'homogénéité de l'architecture urbaine, soit plus précisément ce qu'on appelle le mobilier urbain ne pourrait plus être garantie»^{51 52} .

C. Arrêt Arosa (ATF 128 I 3)

Le règlement de police de la commune d'Arosa réserve l'affichage publicitaire dans la localité, sur le domaine public ou privé, à l'autorité communale; celle-ci peut accorder tout ou partie de l'affichage à une entreprise déterminée, par concession ou contrat. La commune accorde le droit exclusif d'affichage publicitaire, aussi bien sur le domaine public que privé, à une société d'affichage de Coire. En 1999, Plakanda AWI et un propriétaire privé demandent à la commune l'autorisation de poser un emplacement d'affichage sur la propriété de ce dernier.

Le refus des autorités communales est annulé par le Tribunal administratif grison, qui estime que la sécurité routière et la protection des sites urbains et du paysage peuvent être atteints par une mesure moins restrictive comme le démontrent les nombreuses communes grisonnes qui se contentent d'une simple autorisation d'affichage.

Le Tribunal fédéral confirme une fois de plus la légitimité du monopole d'affichage sur le domaine public⁵³ qui peut être octroyé à un concessionnaire unique. Mais il se résout enfin à modifier la jurisprudence AWAG en ce qui concerne le monopole d'affichage sur le domaine privé, déclarant ce monopole inadmissible⁵⁴ . Il fait valoir que d'autres cantons considèrent ce type de monopole comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté économique⁵⁵ et que la simple obligation de requérir une autorisation constitue un moyen moins incisif, mais suffisant pour sauvegarder l'intérêt public en cause, avis que partage aussi la doctrine⁵⁶ .

Le Tribunal fédéral examine de manière détaillée l'application du principe de la proportionnalité. La réglementation, constate-t-il, respecte la règle de l'aptitude: dans la mesure où la commune se réserve le droit à l'affichage sur tout son domaine ou le concède à des conditions très restrictives à un seul concessionnaire, elle peut veiller de la meilleure des façons au respect des intérêts publics en question. En revanche, elle ne respecte pas la règle de la nécessité; il est possible de réaliser l'intérêt public à la protection de l'esthétisme en soumettant l'affichage sur un fond privé (visible à partir du domaine public) à l'obligation d'obtenir une autorisation, assortie des

conditions (ou charges) nécessaires, autrement dit à une mesure moins contraignante que celle du monopole d'affichage, comme en matière de construction. Les motifs en faveur du monopole d'affichage sur le domaine public⁵⁷ n'ont pas le poids nécessaire pour étendre ce régime, en tant que monopole de droit, aux fonds privés. Une telle extension est disproportionnée au regard de la liberté économique.

Sur le domaine privé, il faut distinguer les emplacements affectés à l'affichage sur lesquels de nouvelles affiches sont apposées régulièrement et qui, comme telles, ne nécessitent pas de nouvelles autorisations, des autres réclames fixes. Pour l'utilisation des emplacements d'affichage, le propriétaire

medialex-2003-39

privé devra en pratique conclure un contrat avec une entreprise d'affichage spécialisée de son choix, qui pose les affiches de ses clients selon les besoins et connaît les prescriptions y relatives. Si la commune veut être plus sévère, elle peut exiger que la demande de pose d'emplacement d'affichage soit effectuée par une entreprise, spécialisée ou qualifiée, qui soit en même temps titulaire de l'autorisation avec le propriétaire du fonds ou à sa place. Elle peut aussi se réserver le droit d'intervenir contre des affiches contraires aux règlements de police ou pour sauvegarder, par exemple, un certain ordre dans une campagne électorale et garantir ainsi l'égalité de traitement des candidats⁵⁸.

L'arrêt traite aussi la question de l'interdiction de la réclame pour des tiers, introduite par la commune d'Arosa. Le Tribunal administratif ne l'avait pas admise, estimant qu'elle violait l'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral lui donne tort. Selon lui, le besoin de réclame à des fins propres sur son terrain a plus de valeur que le simple intérêt à pouvoir mettre son terrain à disposition de tiers, moyennant paiement, à des fins de réclame. Une commune voulant limiter le nombre de réclames pour des raisons esthétiques peut interdire de façon générale des réclames en faveur de tiers dans certains sites ou paysages et n'admettre que des réclames pour ses propres besoins, dans un certain cadre. Seule l'interdiction non différenciée et sans exception de réclame en faveur de tiers sur des fonds privés pourrait constituer une atteinte disproportionnée à la liberté économique et à la garantie de la propriété. Or, si la commune d'Arosa interdit les réclames pour des tiers sur tous les fonds privés, elle admet une exception générale en faveur du concessionnaire pour les emplacements d'affichage sur le domaine public et sur le domaine privé.

V. Questions connexes

1. Egalité de traitement des concurrents pour le domaine public

La procédure d'octroi d'une concession d'affichage sur le domaine public pose en particulier le problème de l'égalité de traitement et celui des critères d'attribution. Pour la procédure d'attribution d'un droit exclusif d'affichage, lequel par définition ne peut être accordé à tous les requérants, il faut et il suffit, selon l'arrêt Decaux, au regard de l'art. 8 Cst., qu'un système équitable soit prévu, permettant à chaque concurrent d'être pris en considération⁵⁹. Dans les critères d'attribution, il y a certainement la garantie du respect de la réglementation, la qualité du travail et éventuellement le prix, s'il n'est pas fixé d'avance par la collectivité. La concession elle-même pose en particulier des problèmes d'exclusivité et de durée. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral défend le système de l'exclusivité. A la place d'un concessionnaire unique pendant 10 ans, d'autres solutions sont envisageables, par exemple partager la concession entre plusieurs entreprises privées, octroyer une concession de courte durée par rotation entre les différents requérants ou soumettre l'activité au régime de l'autorisation préalable, appelé de la libre concurrence. «Mais ces autres systèmes auraient engendré une surcharge de dépenses et de travail pour l'administration qui aurait dû alors s'assurer du respect de l'égalité des chances entre les concurrents»⁶⁰.

A notre avis, une concession d'une telle durée n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement des concurrents, car elle entraîne l'exclusion pendant 10 ans des autres concurrents. Une concession de durée plus brève, trois ans par exemple, se concilie mieux avec le principe d'égalité. Dès lors, il ne saurait y avoir d'exclusivité pour une attribution de l'affichage dépassant la limite retenue.

2. Application des règles sur les marchés publics

Pour assurer l'égalité de traitement des concurrents on peut être tenté d'appliquer, intégralement ou par analogie, les règles sur les marchés publics. La procédure d'octroi d'une concession d'affichage est-elle soumise à ces règles? La question, nouvelle, est au cœur de l'affaire Decaux⁶¹. Dans son recours au Tribunal fédéral, l'entreprise évincée prétend que la soumission relevait du droit des marchés publics⁶². Le Tribunal fédéral ne partage pas cet avis⁶³. En concédant

medialex-2003-40

le monopole de l'affichage publicitaire sur le domaine public, la collectivité ne se trouve pas dans la position d'un «demandeur» (ou d'un «acquéreur» de prestation), mais au contraire dans celle d'un «offreur» (ou d'un «vendeur») du droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire.

L'arrêt Decaux a été critiqué⁶⁴. Il dérange du point de vue de la neutralité entre concurrents à laquelle l'Etat est astreint. Néanmoins, il correspond au système légal: en particulier un élément caractéristique des marchés publics, à savoir le paiement d'un prix par l'adjudicateur fait défaut

⁶⁵ . En effet, dans le secteur des marchés publics, l'adjudicateur bénéficie d'une prestation qu'il paie; dans une concession en revanche, l'adjudicataire assure, en se substituant à la collectivité, des services à des usagers que ceux-ci (et non l'adjudicataire) paient. Certes, en l'espèce, les prestations du concessionnaire impliquaient non seulement l'affichage, mais également la pose des installations techniques nécessaires et leur mise à disposition, donc des travaux ou des fournitures, deux objets typiques des marchés publics lorsqu'ils atteignent les seuils requis, ce qui est rare. Il pourrait donc y avoir là pluralité de prestations. Dans un tel cas, le droit communautaire identifie la prestation prépondérante (en général quantitativement) qui détermine la qualification du contrat ⁶⁶ .
....

3. Utilisation par des privés de véhicules de transport à des fins publicitaires

La ville de Lucerne concède à la SGA un droit exclusif à l'apposition de publicité sur les véhicules et les installations des transports publics urbains (ci-après les TPL) et met à sa disposition la surface extérieure d'un certain nombre de bus pour y exécuter des peintures à des fins publicitaires (publicité intégrale, Ganzbemalung).⁶⁷ La concession autorise les TPL à admettre ou refuser les publicités destinées aux surfaces extérieures de leurs bus. P. souhaite louer la surface extérieure d'un bus. Il veut y faire apposer une publicité en faveur de la protection des animaux, au libellé suivant: «Dans le canton de Lucerne vivent plus de porcs que d'être humains - pourquoi ne les voyons-nous jamais?» La demande est transmise aux TPL qui la refusent, jugeant une telle publicité provocante et susceptible de heurter une grande partie de la population. De plus, le contingent disponible pour la publicité sur la surface extérieure des bus était épuisé pour l'année en cours. Dans son recours de droit public, P. fait valoir qu'en lui refusant la possibilité de faire figurer le texte publicitaire litigieux sous forme de publicité intégrale sur un bus, les autorités ont exercé «une censure politique» inadmissible et violé la liberté d'expression.

Le rapport entre la SGA et le particulier relevant du droit privé, le refus de conclure un contrat ne constitue pas fondamentalement un acte de puissance publique ouvrant la voie du recours de droit public ⁶⁸ . Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si l'interdiction faite par l'autorité communale à la SGA de conclure le contrat litigieux doit être formalisé par une décision susceptible de recours. A notre avis, la réponse devrait être positive puisque toutes les conditions de la décision sont remplies, les destinataires de la décision étant aussi bien la SGA que le client. Elle serait différente si c'était la SGA qui avait signifié le refus.

La liberté d'expression, note le Tribunal fédéral, protège notamment le particulier contre toute censure inadmissible de la part de l'Etat ⁶⁹ ; mais elle ne lui garantit en principe pas, pour diffuser ses opinions, un accès libre aux médias ou aux moyens de communication qui se trouvent - directement ou indirectement - aux mains de la collectivité. L'utilisation de véhicules

d'une entreprise publique en tant que support publicitaire mobile⁷⁰ concerne des biens qui relèvent du patrimoine administratif de l'Etat, pour autant qu'ils remplissent directement une tâche publique. La surface extérieure des bus ne fait pas partie d'un monopole de fait de la collectivité, puisque des véhicules privés peuvent aussi être utilisés comme support publicitaire. Partant, il n'existe aucun droit à disposer des transports publics urbains, en tant que support de publicité, pour diffuser une opinion.

Mais même s'il existe une situation de concurrence, poursuit le Tribunal fédéral, l'accès aux moyens de communication publics ne peut pas être soumis à des restrictions discriminatoires. En effet, contrairement aux particuliers, la collectivité publique ne dispose pas d'une autonomie de la volonté lui permettant de conclure arbitrairement des contrats: elle doit en particulier respecter le principe de l'égalité et l'interdiction de l'arbitraire (art. 35 al. 2 Cst). La délégation de tâches publiques ou de compétences administratives à des particuliers ne la dispense pas de ces obligations constitutionnelles. Elle doit donc s'assurer que les concessionnaires les respectent. En se déclarant prêts à afficher à l'intérieur de leurs bus la publicité en cause, les TPL ont proposé à P. une solution de rechange satisfaisante.

4. Autorisation de construire

La pose de supports pour des affiches ou des réclames nécessite une autorisation communale de construire, puisque ces supports constituent des installations assujetties à une autorisation de construire au sens respectivement de l'art. 22 al. 1 LAT et du droit cantonal des constructions. Nous comprenons mal la formule de l'arrêt Arosa selon laquelle il pourrait s'agir d'une sorte d'autorisation de construire si ces supports ne constituent pas des installations au sens du droit précité⁷¹.

5. Procédure

Seule la voie du recours de droit public est ouverte pour attaquer devant le Tribunal fédéral la décision de la dernière instance cantonale basée sur du droit cantonal ou communal autonome (art. 84 al. 2 et 86 al. 1 OJF) ou pour faire valoir l'autonomie communale, garantie dans les limites fixées par le droit cantonal (art. 50 al. 1 Cst.). La commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive et dans lesquels il lui laisse une liberté de décision importante⁷²; elle est donc libre de faire des choix, sous sa propre responsabilité et en fonction d'options qu'elle définit elle-même⁷³. Tel est le cas, par exemple, des communes grisonnes en matière de réglementation des procédés de réclame⁷⁴. Toutefois, lorsqu'une réglementation cantonale ou communale interdit les procédés de réclames qui portent atteinte à la sécurité routière, elle ne fait que reprendre les règles exhaustives de droit fédéral⁷⁵. Dans l'arrêt Arosa, par exemple, cette autonomie a été reconnue. Ainsi, la commune était habilitée à interjeter un recours de droit public pour violation de son autonomie contre la décision de renvoi du Tribunal administratif l'obligeant à mettre fin au monopole communal en matière d'affichage

sur fond privé, respectivement à l'interdiction de réclame de tiers⁷⁶. Savoir si l'autonomie de la commune doit être reconnue dans un domaine donné n'est pas une question de recevabilité mais de droit de fond⁷⁷.

En revanche, le recours de droit administratif est ouvert si le litige concerne une décision relative à la publicité sur les routes ainsi qu'à leurs abords, fondée sur le droit fédéral (art. 6 LCR et des art. 95 ss. OCR)⁷⁸.

La décision par laquelle la dernière instance cantonale annule la décision rendue et renvoie le dossier à l'autorité pour «octroi de l'autorisation sollicitée au sens des considérants» constitue une décision incidente, puisqu'elle ne clôt pas la procédure. Comme le recours de droit administratif (art. 106 OJ), le recours de droit public contre des décisions incidentes prises en dernière instance n'est recevable que s'il en résulte un dommage irréparable de

medialex-2003-42

l'intéressé (art. 87 al. 2 OJ)⁷⁹. Tel est le cas lorsqu'une commune est obligée, par une décision lui renvoyant le dossier, de rendre une nouvelle décision contraire à sa conviction et ensuite de former un recours (pour violation de son autonomie communale) contre sa propre décision, procédé qu'on ne saurait lui imposer⁸⁰.

VI. Conclusion

Les monopoles ont une longue tradition en Suisse, même s'ils violent parfois la liberté économique. Mais les mentalités évoluent; dans certains secteurs jusqu'à ce jour «protégés», la libre concurrence a désormais fait sa place. Après l'arrêt Arosa, d'autres monopoles vont être remis en question, par exemple celui du ramonage⁸¹, et seront supprimés. Cette nouvelle situation paraît beaucoup plus conforme au droit.

Le Tribunal fédéral a mis beaucoup (trop?) de temps pour adopter une position que la doctrine défendait depuis longtemps avec pertinence et que certaines autorités cantonales avaient appliquée⁸²: pour l'affichage sur le domaine privé, une simple autorisation de police suffit, assortie le cas échéant de conditions ou de charges. Le fait que doctrine et jurisprudence n'aient pas toujours distingué clairement si ce type de monopole constitue une restriction ou une dérogation à la liberté économique (certains auteurs le classant même dans les deux catégories !) a vraisemblablement contribué à le maintenir si longtemps. Pourtant, le monopole de droit constitue bien une dérogation puisqu'il supprime toute concurrence. Il réduit la liberté économique à zéro et porte donc atteinte à l'essence de celle-ci, ce que prohibe l'art. 36 al. 4 Cst.

En réalité, la question de l'affichage public sur des fonds privés posait trois types de problèmes: celui de la compétence de la collectivité de le réglementer, comparable à celle de réglementer les constructions par exemple, à propos de laquelle le terme de monopole apparaît impropre; celui du droit exclusif d'affichage que la collectivité se réservait en adoptant une loi (monopole de droit; il a disparu avec l'arrêt Arosa); celui de l'exercice du droit d'affichage conféré à un seul tiers qui obtient ainsi une situation de monopole⁸³.

La jurisprudence est encore appelée à évoluer sur cette dernière question. En effet, la concession exclusive du monopole d'affichage pourrait affecter la concurrence. Nous avons déjà exprimé notre avis sur sa durée qui ne devrait pas dépasser trois ans⁸⁴. Rappelons que, dans sa prise de position dans l'affaire Decaux, la Commission fédérale de la concurrence avait invité la ville et l'Etat de Genève à répartir à l'avenir la concession d'affichage entre plusieurs concessionnaires et à limiter davantage sa durée⁸⁵. Le renouvellement tacite de la concession pose aussi problème quand il est contractuellement prévu, vu la position dominante qu'occupent certaines grandes sociétés d'affichage.

Enfin, dans l'arrêt Arosa, le Tribunal fédéral affirme que le besoin de réclame à des fins propres sur son terrain a une valeur différente du simple intérêt à pouvoir louer l'espace publicitaire à des tiers. Nous comprenons ce point de vue. Ainsi le garagiste qui se fait de la réclame sur son propre terrain agit dans le cadre de sa propre activité économique, ce qui n'est pas le cas du tiers. Mais nous ne partageons pas sa conclusion. A notre avis, cette distinction opérée par la commune d'Arosa n'est pas pertinente pour interdire la réclame en faveur de tiers. En effet, soit l'intérêt public poursuivi (esthétisme, sécurité ou moralité publique) exige l'interdiction de toute réclame dans un endroit déterminé et il importe peu, dès lors, que celle-ci soit faite en faveur du propriétaire du terrain ou d'un tiers; soit ce même intérêt ne l'exige pas et les deux types de réclame doivent être autorisés. Il n'y a pas de place, entre ces deux cas de figure, pour une catégorie intermédiaire, celle de l'atteinte admissible uniquement si la réclame est faite en faveur du propriétaire du terrain, car elle ne se concilie tout simplement pas avec les buts d'intérêt public poursuivis. ■

medialex-2003-43

* Je remercie mes assistants MM. Yanick Felley et Christian Flückiger de l'aide qu'ils m'ont apportée.

1 Bibliographie: SUTTER-SOMM K., Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, thèse Bâle 1988, p. 150 s.; RUEY C., Monopoles cantonaux et liberté économique, thèse Lausanne, 1988, p. 270 s., 285 et 364 s.; MOOR P., Droit administratif, III, Berne 1992, p. 125, 127; SCHÜRMAN L., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3e éd. Berne 1994, p. 75 s.; GRISEL E., Liberté du commerce et de l'industrie, vol. II, Berne 1995, p.219 s., 227-228; VALLENDER K. A., Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 3e éd. Berne 1995, p.103 s.; GYGI F./RICHLI P., Wirtschaftsverfassungsrecht, 2e éd. Berne 1997, p. 75; RHINOW R./MÜLLER G. P./BIAGINI G., Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle 1998, p. 118; MÜLLER J. P., Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3e éd. Berne 1999, p. 672; HÄFELIN U./HALLER W.,

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5e éd. Zurich 2001, p. 206; ZUFFEREY J.-B., Remarques sur l'arrêt Decaux, in *medialex* 1999, p. 169 s.; RICHLI P., Bemerkungen zu BGE 125 I 209, in PJA 2000, p. 490 s.

- 2 A vrai dire, le monopole d'affichage sur des fonds privés touche aussi la garantie de la propriété (art. 26 Cst.);
voir par exemple ATF 128 I 17 c. 3f, Arosa.
- 3 Sur l'interdiction de l'affichage pour certains produits, cf. l'ATF du 28 mars 2002, à paraître.
- 4 C'est-à-dire la garantie de l'économie de marché ou de la libre concurrence.
- 5 ATF 124 I 14-15 c. 3a et b.
- 6 ATF 128 I 10 c.3a, Arosa.
- 7 ATF 77 I 286 c. 1, JT 1952 I 367.
- 8 ATF 101 Ia 479-481 c.5b; 126 I 139-140, c. 4d.
- 9 ATF 126 I 140 c. 4d; 121 I 282 c. 2a, JT 1997 I 266; 119 Ia 447 c. 1/bb, JT 1995 I 315.
- 10 ATF 126 I 139-140 c. 4d et les références doctrinales; voir aussi 127 I 168 c. 3a.
- 11 ATF du 8.6.2001, in: SJ 2001 I 562 c. 5b.
- 12 ATF 128 I 10 c. 3b Arosa; 125 I 209 c. 5 non publié, Decaux, et les références citées.
- 13 ATF 128 I 11 c. 3b, Arosa.
- 14 ATF 125 I 222 c. 10b, Decaux.
- 15 Ce type de monopole est admis par la doctrine quasi unanime, mais les avis divergent sur sa base constitutionnelle, voir notamment Ruey, p. 257.
- 16 ATF 125 I 222 c. 10b, Decaux.
- 17 Ibid., c. 10a, p. 222; ATF 128 I 10 c. 3a, Arosa.
- 18 Ne poursuit pas des raisons uniquement fiscales la commune qui perçoit annuellement du concessionnaire de 12.000 à 13.000 francs pour le monopole d'affichage sur le domaine privé, montant jugé relativement faible: ATF 128 I 14 c. 3d/bb Arosa.
- 19 ATF 125 I 222 c. 10b Decaux; 128 I 11 c.3b Arosa; art. 664 al. 1 CC.
- 20 Arrêt Decaux.
- 21 Voir ch. 1.
- 22 ATF 128 I 11 c. 3b, Arosa.
- 23 ATF 126 I 140 c.4d.
- 24 Voir ch. 2.
- 25 ATF du 28 mars.2003 c. 3c, à paraître; 128 I 15 c. 3e/cc.
- 26 RS 741.01.
- 27 RS 725.11.
- 28 RS 741.21.
- 29 BUSSY A./RUSCONI B., Code suisse de la circulation routière, Lausanne 1996, art. 6 LCR n. 2.9: les législations cantonales en la matière prévoient généralement une interdiction des réclames routières présentant des dangers pour la sécurité de la circulation.
- 30 ATF 125 I 222, Decaux.
- 31 ATF 119 Ia 449 c. 2a, JT 1995 I 316; 121 I 283 c. 2b, Circus Gasser Olympia.
- 32 Voir ch. II.
- 33 ATF 128 I 16 c. 3 e/cc, Arosa.
- 34 Du 9 juin 2000, RS/GE F 3 20.
- 35 ATF du 28 mars.2002 c. 3c/aa, à paraître; voir chap. I.
- 36 Ibid.

37 Voir toutefois l'ATF du 11 décembre 1987, ZBI 1988, p. 326 ss.

38 AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., Droit constitutionnel suisse, vol. II, Berne 2000, p. 351 s.

39 ATF 113 Ia 40 c. 4a; 125 I 326 c. 3a, SJ 2000, p. 53.

40 SJ 1997, p. 428, Coop-Genève.

41 ATF 128 I 14 c. 8b/bb, Arosa; 125 I 223 c. 10c, Decaux; 100 Ia 450-451 c. 3b AWAG.

42 ATF 128 I 14 c. 3e/bb. Arosa.

43 ZIMMERLI U., Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, RDS 1978 II 57s. Cet auteur affirme que l'admissibilité de ce type de monopole se juge presque exclusivement d'après ce principe.

44 ATF 125 I 223 c. 10d/aa, Decaux.

45 Voir notes 1 et 55.

46 ATF 100 Ia 445, AWAG.

47 ATF 128 I 3, Arosa.

48 ATF 125 I 209, Decaux.

49 C. 10d/aa, p. 223.

50 C. 10d/bb, p. 223-224.

51 C. 10b, p. 222.

52 C. 10d/cc, p. 225, à propos des critiques sur l'arrêt AWAG.

53 C. 3 e/cc, p. 15-16.

54 Ibid.

55 Tribunal administratif zurichois, ZBI 1979, p. 231; Conseil d'Etat de Bâle-Ville, ZBI 1992, p.423 et Tribunal administratif argovien, ZBI 1993, p.424.

56 Voir note 1.

57 C. 3e/cc, p.15-16.

58 Ibid.

59 ATF 125 I 221 c. 9d/dd, Decaux.

60 Ibid. c. 10d/bb, p. 223-224.

61 ATF 125 I 209. Ci-dessus chap. IV, 3, B.

62 Textes applicables: Accord du GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS O.632.231.42, conclu à Marrakech); loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02); loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1); accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.4).

63 ATF 125 I 212 c. 6, Decaux.

64 BELLANGER F./BOVET C., Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage? ATF 125 I 209, Droit de la construction 1999, p. 164-166; BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics, RDAF 2001, p. 370 s.

65 ZUFFEREY J.-B./MAILLARD C./MICHEL N., Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p.59s; ZUFFEREY. (n. 1), p.169 s.

66 ZUFFEREY (n. 1), p.173 ch. 2.

67 ATF 127 I 84, P.

68 Ibid., c. 4a, p. 87.

69 Ibid., c. 4b, p. 88.

70 Ibid.

71 ATF 128 I 15 c. 3 e/cc, Arosa.

72 ATF du 24 février 2000 c. 2, Crissier, non publié.

- 73 AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M. (n. 38) vol. I, Berne 2000, p. 93, n. 267.
- 74 ATF du 24 février.2000 c. 2 b, Crissier, non publié; ATF du 7 décembre 1999 c. 3a, Commune de La Chaux-de-Fonds, non publié.
- 75 Voir ch. 3.1.1.
- 76 ATF 128 I 7 c. 1b, Arosa.
- 77 ATF 128 I 7 c. 1b, Arosa; 124 I 226 c. 1b; 120 Ia 204 c. 2a.
- 78 Ibid. 3 c. 1a, p.6.
- 79 Selon l'ATF 108 I 545 c. 2, cette condition, mentionnée à l'art. 45 al. 1 PA, s'applique aussi au recours de droit administratif.
- 80 ATF 128 I 7 c. 1b, Arosa, et arrêts cités; 116 Ia 41 s. c. 1b, JT 1992 I 406, 407.
- 81 Voir la critique pertinente de RUEY (n. 1), p. 284 s.
- 82 Voir notes 1 et 55.
- 83 Ce qu'elle a fait dans l'ATF 128 I 11 c. 3b, Arosa.
- 84 Voir chap. 5.1.
- 85 ATF 125 I 209, 224 c. 10d/bb Decaux.

Es reicht nicht aus, einen Fotoapparat dabei zu haben, um sich im Falle einer Kontrolle als Medienschaffender und nicht als Demonstrant auszuweisen. Grundsätzlich sollten Medienschaffende sich bei derartigen Anlässen optisch von den Demonstranten abheben. Solange sie sich nicht solcher der Erkennung dienenden Hilfsmittel bedienen wollen, müssen Medienschaffende auch in Zukunft mit einer Verhaftung zwecks Klärung der Identität rechnen.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Juni 2002 (vgl. *medialex* 2002, S. 163 ff.) wurde der angeklagte Fotograf des Landfriedensbruches im Sinne von Art. 260 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 1'000.— bestraft. Der Angeklagte schoss am 1. Mai 2001 an der unbewilligten 1.-Mai-Nachdemonstration verschiedene Bilder. Zeugen wollen dabei gesehen haben, dass der Fotograf auch Steine geworfen habe. Der Einzelrichter stellte nach einer Abwägung von verschiedenen Aussagen fest, dass kein entsprechender Beweis vorliege, aber der Verdacht bestehe, dass der Fotograf am 1. Mai 2001 als Steinwerfer und Redelführer aktiv war. Gegen dieses Urteil erhob der Angeklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

3. Der Einzelrichter hat den Angeklagten indes gestützt auf seine eigenen Aussagen und das übrige Untersuchungsergebnis unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung des Landfriedensbruches schuldig gesprochen.

a) Gemäss Art. 260 Abs. 1 StGB wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer an einer öffentlichen Zusammenrottung teilnimmt, bei der mit vereinten Kräften gegen Menschen oder Sachen Gewalttätigkeiten begangen werden. Zusammenrottung ist die Ansammlung einer je nach den Umständen mehr oder weniger grossen Anzahl von Menschen, die nach aussen als vereinigte Menge erscheint und die von einer die öffentliche Friedensordnung bedrohenden Grundhaltung getragen wird; es kommt dabei nicht darauf an, dass sich die Menge spontan oder auf Einberufung hin versammelt hat und dass sie dies in einer auf Antrieb deliktischen Absicht getan hat. Das Gesetz verlangt nicht, dass die Ansammlung von Anfang an zum Ziel hat, den öffentlichen Frieden zu stören. Im Übrigen kann sich eine vorerst friedliche Versammlung leicht in eine Zusammenrottung umwandeln, die zu Handlungen führt, welche die öffentliche Ordnung stören, wenn sich die Grundhaltung der Menge unvermittelt in diesem Sinne verändert (vgl. Pra 88 Nr. 38 S. 228 samt Verweisen).

Die mit vereinten Kräften gegen Menschen oder Sachen begangenen Gewalttätigkeiten stellen eine objektive Strafbarkeitsvoraussetzung dar. Diese Gewalttätigkeiten müssen symptomatisch sein für die Grundhaltung, welche die Menge antreibt, sie müssen als eine Grundhaltung der

Zusammenrottung erscheinen. Um auf Landfriedensbruch zu erkennen, genügt es, dass der eine oder andere Teilnehmer der Zusammenrottung Gewalttätigkeiten begeht, die für die Grundhaltung charakteristisch sind, welche die Gruppe antreibt (vgl. BGE 108 IV 33 E. 2). Das deliktische Verhalten besteht in der freiwilligen Teilnahme an der Zusammenrottung. Es ist aber nicht notwendig, dass der Teilnehmer selber Gewalthandlungen vollbringt; objektiv genügt es gemäss mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtes, dass der Angeklagte als Bestandteil der Zusammenrottung und nicht bloss als passiver Zuschauer in Erscheinung tritt, der sich davon distanziert. Objektiv nimmt an der Zusammenrottung teil, wer kraft seines Gehabens derart im Zusammenhang mit der Menge steht, dass er für den unbeteiligten Beobachter als deren Bestandteil erscheint (BGE 108 IV 36 E. 3; Pra 88 Nr. 38 S. 228). Die Anwesenheit als solche wird bestraft, weil sie zum Mindesten die Psyche der Masse nachteilig beeinflussen und damit gefährlich wirken kann. Mit dieser ausgedehnten Strafbarkeit will das Bundesgericht aus kriminalpolitischen Gründen Beweisschwierigkeiten vermeiden und bereits die Teilnahme an gewaltsamen Zusammenrottungen tabuisieren.

Diese weite Auslegung des Straftatbestandes durch das höchste Schweizer Gericht stiess in der Lehre nicht nur auf Zustimmung, sondern wurde teilweise harsch kritisiert. Die

medialex-2003-44

Bestrafung der blossen Anwesenheit lasse sich weder mit angeblichen Gesetzmässigkeiten der Massenpsychologie noch gar allein mit Beweisschwierigkeiten rechtfertigen (STRATENWERTH, Strafrecht, BT II, 5.A. S. 171 N 24). Im Zweifel wird jedenfalls die blossen Anwesenheit immer noch als unbeteiligt-passives Zuschauertum angesehen werden müssen. Blossen Gaffer, auch wenn sie der Polizei lästig fallen, sollen straflos bleiben (vgl. dazu Trechsel, a.a.O., N 6 zu Art. 260 StGB). Den Medienschaffenden wie den «unfriedlichen» Teilnehmern an der Demonstration muss deshalb der Vorsatz nachgewiesen werden, in einer gewalttätig gestimmten Menge verharren zu wollen und als Teil dieser Menge zu erscheinen beziehungsweise wahrgenommen zu werden (vgl. sinngemäss P. Studer/R. Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, Zürich 2000, 5.38). Selbstredend genügt auch in diesem Zusammenhang ein Eventualvorsatz.

In diesem Kontext ist schliesslich ein kurzer Exkurs zur Medienfreiheit angezeigt. Anerkannte Grundrechtspositionen sind im heutigen Verfassungsrecht des Bundes die Freiheit Meinungen zu äussern und zu empfangen, die aktive und passive Information, die freie Kommunikation in Schrift, Ton und Bild (vgl. J.P. Müller, «Gibt es Medienfreiheit» in recht 1983 Nr. 1 S. 10). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewährleistet die Informationsfreiheit als Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (BGE 104 Ia 94). Rationales Handeln ist nämlich nur aufgrund von Information möglich. Handlungsfreiheit kann nur real werden, wenn der Zugang zu den für eine bewusste Entscheidung erforderlichen Informationen, die Freiheit der Entscheidung und die Möglichkeit, diese Entscheidung in die Praxis

umzusetzen, gewährleistet sind. Handlungsfreiheit setzt demnach notwendig Informationsfreiheit voraus (vgl. W. Egloff in ZBI 1982 S. 58). Dementsprechend wurde die Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung ausdrücklich festgeschrieben. Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verarbeitung von Darbietungen und Informationen ist demnach gewährleistet (Art. 17 Abs. 1 BV). Die Medienfreiheit beinhaltet aber konsequenterweise auch die Freiheit der Medienschaffenden sich Informationen zu beschaffen und diese weiterzugeben. Die Informationsfreiheit besteht insbesondere auch darin, dass der Staat die Presse in der Beschaffung des zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigten Materials nicht behindern darf (vgl. dazu BGE 104 Ia 94 Erw. 4b; 80 11 42; 113 Ia 317). Der Beruf des Journalisten ist wirtschaftsverfassungs- und verwaltungsrechtlich weder ein besonders zu schützendes Gewerbe noch gehört der Journalismus zu den Berufen, die spezifischen Qualitätsanforderungen unterliegen. Der Zugang zu den Medienberufen ist somit frei, und jedermann kann sich - ohne Titelanmassung - Journalist nennen (R. H. Weber in Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1988, S. 108). Mithin fällt auch der Angeklagte als professioneller Fotograf, der Foto-Reportagen erstellen möchte (Urk. 1/12 S. 2), unter die allgemeine Bezeichnung der Medienschaffenden. In Bezug auf die Pressefreiheit ist die spezielle Funktion der Presse zu beachten, die als Vermittlerin von Informationen zur öffentlichen Meinungsbildung und teilweise auch zur öffentlichen Kontrolle über Gemeinwesen beiträgt (vgl. sinngemäss BGE 113 Ia 318). Die Massenkommunikationsmittel erfüllen mit der Information der Bevölkerung gewissermassen eine öffentliche Aufgabe. Die Erfüllung dieser teilweise öffentlichen Aufgabe durch die Medien bedeutet jedoch nicht, dass der Journalist bestimmte staatliche Aufgaben zu übernehmen hat oder vom Staat in eine bestimmte politische oder gesellschaftliche Richtung gewiesen werden könnte. Die öffentliche Aufgabe ist also weder Amt noch Rechtspflicht, sondern nur Ausdruck der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung. Dabei tragen die Journalisten eine hohe Verantwortung, denn es liegt weitgehend in ihrer Hand, jene Ereignisse zu bestimmen, die zur öffentlichen Kenntnis gelangen sollen. Die Journalisten werden damit - neben andern Organisationen - zu eigentlichen Meinungsführern in der Gesellschaft, was mit der Übernahme einer entsprechenden Verantwortung Hand in Hand gehen sollte (R. H. Weber, a.a.O., S. 109). Die Grundrechte - wie die Medienfreiheit - gelten allerdings nicht unbegrenzt. Einschränkungen sind zulässig, sofern sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (Bundesgerichtsentscheid 2P.291/200).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall befindet man sich im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Informationsbedürfnis, Medienfreiheit und der öffentlichen Sicherheit. Es ist unbestritten, dass ein öffentliches Interesse auch an der Berichterstattung über Ausschreitungen besteht. Dementsprechend müssen Medienschaffende sich Informationen darüber beschaffen und diese weitergeben können. Dazu gehören zweifellos auch Bildreportagen über die aktuellen Gewalttätigkeiten. Allerdings steht in Frage, mit welchen Mitteln der Medienschaffende dem öffentlichen Informationsbedürfnis gerecht werden kann und wann er seine Funktion überschreitet. Es ruft keiner näheren Begründung, dass es unzulässig wäre, wenn der Medienschaffende sich aktiv an der gewalttätigen Demonstration beteiligen oder diese gar gezielt anheizen würde. Ebenso unzulässig wäre es - nach der eben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtes - wenn der Medienschaffende an der gewalttätigen Kundgebung teilnimmt, also als eigentlicher

Teilnehmer der gewalttätigen Demonstration erscheint. Anders zu werten ist sicher der Aufenthalt von Medienschaffenden beziehungsweise Journalisten am Demonstrationsort zum Zwecke der Berufsausübung; sei dies um einen Bericht zu schreiben, Eindrücke zu sammeln oder Interviews zu machen. Lediglich um Eindrücke zu sammeln, braucht sich der Journalist aber beispielsweise nicht direkt unter die gewalttätigen Demonstranten zu mischen und so letztlich als Teil von dieser Gruppe zu erscheinen. Beim Fotografieren

medialex-2003-45

muss der Medienschaffende notgedrungen relativ nahe am Geschehen sein. Allerdings gäbe es wohl genügend optische Hilfsmittel, wie Teleobjektive, damit man sich nicht direkt ins eskalierende Geschehen mischen müsste. Mithin ist es fraglich, inwieweit eine derart intime Fotoberichterstattung, wie sie der Angeklagte offenbar verfolgt hatte, noch vom Informationsbedürfnis der Bevölkerung gedeckt ist. In der Vergangenheit verkamen gewalttätige Demonstrationen nicht selten zu eigentlichen Pressespektakeln. Man sah in der Vergangenheit Szenen, bei denen die fotografierenden Medienleute gegenüber den gewalttätigen Randalierern deutlich in der Überzahl waren. Es kann heute dahingestellt bleiben, ob und allenfalls wieweit ein derart reges Medieninteresse - auch ohne eine direkte Anstiftung wie vom Zeugen «X.» in den Raum gestellt - den gewalttätigen Mob in seiner blinden Zerstörungswut noch antreibt und motiviert. Das ist weder angeklagt noch steht es hier zur Diskussion. Immerhin muss dem Fotografen aber eine gewisse Freiheit bei der Objektauswahl, dem Bildausschnitt und dem Blickwinkel zugestanden werden. Aus einer kurzen Brennweite ergibt sich eine andere, unmittelbare Sichtweise. Auch Pressefotografien können durchaus nicht nur Informationscharakter haben, sondern zudem einen künstlerischen Aspekt beinhalten. Nicht zuletzt werden Pressefotografien teilweise auch ausgezeichnet. Dem Angeklagten kann es also nicht zum Vorwurf gereichen, dass er eine Fotoreportage über die unbewilligte Demonstration erstellen wollte und sich zu diesem Zweck recht eigentlich ins Getümmel gestürzt hatte. Vorgeworfen könnte ihm höchstens die Tatsache - was die Vorinstanz erwähnte -, dass er durch sein Verhalten eigentlich Teilnehmer der Demonstration war oder zumindest als solcher für den unbefangenen Zuschauer erschienen ist.

b) (...) Nachdem vorliegend weder die Anführerschaft des Angeklagten noch sein Steinwurf - wie oben dargelegt - rechtsgenügend erstellt werden konnten, bleibt als massgebender Anklagesachverhalt noch, dass der Angeklagte «sich am 1. Mai 2001, ca. zwischen 19.00 und 19.30 Uhr, im Rahmen der unbewilligten sogenannten Nachdemonstration zum 1. Mai in Zürich in den Kreis 4 begab, wo er sich im Bereich der Kanonengasse randalierenden Demonstranten anschloss und zusammen mit diesen gegen das Hotel Regina, Hohlstrasse 18 in Zürich 4, zog». Die wesentlichen Vorwürfe, welche die Vorinstanz dem Angeklagten unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemacht hat, nämlich, dass sich der Angeklagte zum Zeitpunkt der Gewalttätigkeiten im Bereich der Zusammenrottung aufgehalten habe und für den unbeteiligten Beobachter als Teil der Menschenmenge erschienen sei und so sich nicht als

passiver, von der Ansammlung distanzierter Beobachter gebärdet habe, sind dem Anklagesachverhalt in keiner Weise zu entnehmen. Auch in subjektiver Hinsicht wird mit keiner Silbe erwähnt, was sich der Angeklagte - gemäss Auffassung der Untersuchungsbehörde - vorgestellt hatte beziehungsweise was er gewollt hatte. All diese Vorhalte unter dem Begriff «anschluss» zu subsumieren würde den Bogen zu weit spannen und ein Unterlaufen des Anklageprinzips beinhalten. Weder objektiv noch subjektiv ist nämlich damit festgelegt, was dem Angeklagten konkret eigentlich vorgeworfen wird. Immerhin ist es möglich und muss es zulässig sein - wie vorstehend aufgezeigt und wie vom Angeklagten für sich in Anspruch genommen -, sich als Medienschaffender einem Demonstrationszug «anzuschliessen» um seinen Berufspflichten nachzukommen und über den Demonstrationsverlauf Bericht zu erstatten. Damit genügt aber der verbleibende Anklagesachverhalt dem Anklageprinzip nicht. Dabei handelt es sich auch nicht etwa um überspitzten Formalismus. Ausfluss dieser Unvollständigkeit war nämlich nicht zuletzt der Umstand, dass der Angeklagte sich gegen diesen - ihm im erstinstanzlichen Entscheid und nicht in der Anklageschrift zur Last gelegten - Vorwurf bei der Vorinstanz nur rudimentär verteidigen konnte (vgl. Urk. 1/35). Heute wurde dies indessen eindrücklich nachgeholt (vgl. Urk. 44).

c) Die Anklage bedürfte gemäss § 182 Abs. 3 StPO einer entsprechenden Ergänzung.(...) Nachdem sich nämlich - wie anschliessend zu zeigen sein wird - auch aus den Untersuchungsakten kein rechtsgenügender Nachweis eines entsprechenden Verhaltens des Angeklagten ergibt, erübrigt sich eine Ergänzung oder Präzisierung der Anklage im oberwähnten Sinn. Eine Verurteilung lediglich aufgrund des heutigen Aktenstandes wäre jedenfalls auch bei abgeänderter Anklage nicht möglich.

d) Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass die drei einvernommenen privaten Bewacher keine verlässlichen Angaben zum Verhalten des Angeklagten machen können und diese Aussagen nicht gegen ihn verwendet werden können, bleiben als Beweismittel lediglich die Aussagen des Angeklagten und des Zeugen Y. sowie die eingereichten Fotografien.

e) Die vom Angeklagten eingereichten Fotografien, auf denen er in Aktion zu sehen ist, legen beredtes Zeugnis über seine Aufmachung und sein Verhalten ab (Urk. 1/13/2). Auf diesen Bildern ist der grosse professionelle Fotoapparat des Angeklagten unübersehbar. Beim mehrfach fotografierten gewalttätigen Angriff hebt sich der Angeklagte durch sein Benehmen (Stillstehen und Schützen des Objektivs) deutlich von den angreifenden und randalierenden Demonstranten ab. Der Angeklagte wirkt auf diesen Fotografien im Vergleich zu den stürmenden und randalierenden Demonstranten beinahe statisch. Augenfällig ist zudem, dass der Angeklagte sich zeitweise offensichtlich unbehelligt in nächster Nähe hinter den einsatzbereiten staatlichen Ordnungskräften aufgehalten hat und dort auch geduldet worden ist. Der Angeklagte unterschied sich zwar äusserlich mit seinen dunklen Kleidern kaum von Mitgliedern des sogenannten «schwarzen Blocks». Obwohl er auch noch ein dunkles Halstuch getragen hat, hat er sich - gemäss Zeugenaussagen und vorhandenen Fotografien - aber damit nicht «vermummt». Lediglich am Rande sei

erwähnt, dass es sich bei «schwarz» - nebst den diesbezüglichen Erläuterungen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 4 - 6 oben) - um die wohl stabilste Modefarbe der letzten Jahre handelt, weshalb dem Angeklagten allein aus dem Umstand, dass er schwarze Kleider getragen hat, kein Vorwurf gemacht werden kann. Auf den Fotografien, auf denen der Angeklagte abgebildet ist, erscheint er nie als eigentlicher «Mit-Demonstrant». Er ist klar als Fotograf in Ausübung seiner Tätigkeit abgelichtet und erkennbar. Aufgrund dieser Bilder kann mitnichten gesagt werden, der Angeklagte erscheine als eigentlicher Bestandteil der Zusammenrottung. Er wirkt zwar nicht wie ein passiver Zuschauer, was das Bundesgericht als entlastendes Moment ansieht (Pra 88 Nr. 38 S. 288, Abs. 3), aber wie ein Fotograf der seinen Job ausführt. Dass er mithin mit seiner Anwesenheit und seinem Verhalten die Psyche der Menge nachteilig beeinflusst habe, kann ihm mit Fug nicht unterstellt werden. Der Angeklagte selber hat - wie erwähnt glaubhaft - ausgeführt, er sei kein Demonstrant, sondern Berufsfotograf und nur als neutrale Person dort gewesen, um eine unabhängige Fotoreportage zu machen. Als die Gewalttätigkeiten eingesetzt hätten, habe er sich nicht aus dem Demonstrationszug entfernt, um Actionbilder schiessen zu können (vgl. dazu die Verweise im erstinstanzlichen Urteil: Urk. 41 S. 3 Abs. 1 am Ende). Diese Angaben lassen sich zwanglos mit den bei den Akten liegenden Fotografien in Einklang bringen.

f) Der nachträglich gehörte Zeuge Y. erklärte, dass er - als freiwilliger Sanitäter - jeweils von den Demonstranten, aber auch von der Polizei ungehindert durch die Schusslinie gelassen worden sei, wenn er zu einem Verletzten habe gehen wollen (Urk. 1/32 S. 2 oben). Weil es deshalb in seiner Nähe etwas ruhiger gewesen sei, habe er immer so zwischen 2 - 3 Personen im Schlepptau gehabt, dies sei der Angeklagte, ein zweiter Fotograf und Einer gewesen, der Videos gemacht habe. Zum Zeitpunkt als am meisten los gewesen sei, beim Hotel Regina, sei der Angeklagte sicher bei ihm gewesen und habe fotografiert (a.a.O., S. 2). Er habe im Verhalten des Angeklagten nichts feststellen können, das den Angeklagten zur Gruppe der Demonstranten zugehörig gezeigt hätte. Er habe weder gesehen, dass der Angeklagte Steine geworfen noch sich als Anführer der Demonstranten gebärdet hätte. Es sei ihm, Y., aufgefallen, dass der Angeklagte immer zu seiner Kamera geschaut habe. Es seien ja auch immer wieder Personen mit Kameras angegriffen worden. Der Angeklagte habe immer wieder die Hand vor die Kamera gehalten und sie schützend in seinen Arm genommen (a.a.O., S. 3).

Auch die Angaben von Y. stimmen mit den sich bei den Akten befindenden Fotografien überein. Aus seiner Aussage ergibt sich zudem, dass der Angeklagte sich über einen grösseren Zeitraum hinweg nicht im eigentlichen Pulk der Demonstrierenden aufgehalten hatte, sondern sich zusammen mit dem deutlich erkennbaren Sanitäter und weiteren Medienschaffenden zwischen den Fronten hindurch bewegte.

g) Aber auch aus den Aussagen der drei privaten Bewacher ergäbe sich - wollte man auf sie abstellen - mit aller nur wünschbaren Deutlichkeit, dass der Angeklagte als Fotograf in der Menge der Demonstranten als solcher aufgefallen ist.

So hielt M. bereits vor Ort gegenüber der Polizei fest, der Angeklagte habe Steine geworfen und habe immer wieder die Sachbeschädigungen seiner Kollegen fotografiert (Urk. 1/4 S. 2). In der ersten polizeilichen Befragung hielt er dafür, dass der Angeklagte sich immer an der Spitze des Demonstrationzuges aufgehalten und Steine geworfen habe. Ab 18.45 Uhr sei er wieder aufgetaucht und habe fotografiert, wie Steine geworfen worden seien (Urk. 1/10 S. 1). In der Folge habe der Angeklagte abwechslungsweise Steine geworfen und fotografiert (a.a.O., S. 2). Nach Vorlage der Fotografie vom Angeklagten bestätigte M., es handle sich dabei ganz sicher um den Steine werfenden Fotografen. Sie hätten der Polizei einzelne Personen gezeigt, die vorher Steine geworfen hätten. Diese seien dann verhaftet worden unter anderem auch «der Fotograf» (a.a.O., S. 2). Auch im Rahmen seiner Befragung als Zeuge hielt er fest, als es wieder angefangen habe auszuarbeiten, hätten sie diese Person, «diesen Fotografen» der auch Steine geworfen habe, wieder gesehen (Urk. 1/16 S. 2). Der Angeklagte habe immer eine Kamera bei sich gehabt und sei immer dort gewesen, wo die Stärkeren gewesen seien. Wenn «sie» gegen die Demonstranten die Übermacht gehabt hätten, sei er auf «ihrer» Seite gewesen, und wenn die Demonstranten die Stärkeren gewesen seien, sei er bei ihnen gewesen. Als sie den «Fotografen» wieder gesehen hätten, hätten sie ihn der Polizei angegeben und die hätten ihn verhaftet (a.a.O., S. 2). Er habe sich nicht wirklich auf den Angeklagten fixiert, sondern erst, als Boris zu ihm gesagt habe, er solle auf ihn achten, der wechsle die Fronten. Er habe den Angeklagten nur einmal einen Stein werfen sehen (a.a.O., S. 3). Er wisse nicht, welche Funktion der Angeklagte innerhalb des Demonstrationzuges gehabt habe. Aber irgendetwas habe er schon damit zu tun gehabt, sonst hätte er keine Steine geworfen.

X. erklärte bei der Verhaftung des Angeklagten durch die Polizei, der Angeklagte habe grosse Steine gegen die Scheiben des Hotels geworfen und habe seine Kollegen bei der Tat, wenn sie Steine warfen, fotografiert (Urk. 1/5 S. 2). Bei der ersten formellen Befragung durch die Polizei hielt X. fest, eine Person sei ihm aufgefallen, welche sich am Rande des Demonstrationzuges, jedoch an vorderster Front, aufgehalten habe (Urk. 1/11 S. 1). Er habe die ganze Herde von Personen, mit Gesten, gesteuert. Diese Person habe einen Fotoapparat und einen Rucksack dabei gehabt. Er habe gesehen wie - nach Vorlage einer Foto (a.a.O.) - der Angeklagte den Demonstrationzug dirigiert und Fotos gemacht habe. Der Angeklagte sei auch auf «ihrer» Seite gewesen und habe die ganze Sachbeschädigung fotografiert (a.a.O., S. 2). Im Rahmen seiner Einvernahme als Zeuge bestätigte X., dass der Angeklagte die Demonstranten mit

medialex-2003-47

Handzeichen geführt habe (Urk. 1/14 S. 1). Er habe den Angeklagten zuerst bei den andern Leuten gesehen, dann habe er auf «ihre» Seite gewechselt und habe fotografiert (a.a.O., S. 2). Der Angeklagte sei an der Front gestanden und habe Handzeichen gegeben. Es sei X. aufgefallen, dass der Angeklagte zuerst auf der Seite der Demonstranten gewesen sei und dann auf «ihrer» Seite. Das sei eigenartig gewesen. (a.a.O., S. 2). X. bestätigte als Zeuge, dass der Angeklagte den ersten Stein geworfen habe. Dann sei die Situation eskaliert. Der Angeklagte sei

zuvorderst gestanden mit dem Fotoapparat. Als dann die Polizei gekommen sei, hätten sie ihn mitgenommen (Urk. 1/15 S. 1). Er habe den Angeklagten von Anfang an gesehen. Als dann die Polizei gekommen sei, sei er sogar noch um die rumgegangen und habe fotografiert. Er sei einfach wie ein Autonomer angezogen gewesen. Er habe eben ausgesehen wie einer vom schwarzen Block (a.a.O., S. 2). Der Angeklagte gehöre für ihn eher zu den Mitläufern. Er habe einfach den ersten Stein geworfen und dann habe er aber schon auch eine Cheffunktion. Als «Fotograf» sei er doch einfach sensationsgeil und darum sei er doch zuvorderst gestanden. Wenn nichts passiere, müsse er eben selber etwas anzetteln, damit er nachher etwas zu fotografieren habe (a.a.O., S. 3 oben).

h) Mithin muss ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Angeklagte für den unbefangenen Beobachter klar als Fotograf und - nachdem weder das Steinwerfen noch die Anführerschaft erstellt werden konnten - nicht als randalierender Demonstrant oder als eigentlicher Teil der gewalttätigen Zusammenrottung in Erscheinung getreten ist. Insoweit ist der vorliegende Fall nicht mit den Sachverhalten wie sie den vorher zitierten bundesgerichtlichen Entscheiden zugrunde lagen vergleichbar. Subtile Abgrenzungen dazu, wie sich Medienschaffende anlässlich von unfriedlichen Demonstrationen erkenntlich machen sollen (vgl. Vorinstanz in Urk. 41 S. 8 f.) und an welchen «Verhaltenskodex» sie sich zu halten hätten (a.a.O., S. 7 f.) können mithin im vorliegenden Fall mit Fug unterbleiben.

Lediglich am Rande sei aber erwähnt, dass dem Vorderrichter dahingehend beigeplichtet werden muss, dass es selbstredend nicht ausreicht, einen Fotoapparat dabei zu haben, um sich im Falle einer Kontrolle als Medienschaffender und nicht als Demonstrant auszuweisen. Dem Grundsatz nach ist deshalb die Empfehlung des Einzelrichters, Medienschaffende sollten sich bei derartigen Anlässen optisch von den Demonstranten abheben, nicht abwegig. Einzelne, auch stadtbekannte, Fotografen ziehen sich deshalb bei ihrer Berichterstattung vor Ort beispielsweise ein «Presse-Gilet» über. Diese sind - entgegen der diesbezüglichen Schilderungen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 6) - auch in nicht wattierter bzw. gefütterter Version erhältlich. Solange sie sich nicht solcher der Erkennung dienenden Hilfsmittel bedienen wollen, müssen Medienschaffende auch in Zukunft mit einer Verhaftung zwecks Klärung der Identität rechnen. Insoweit muss wohl auch beim Angeklagten von einem bewusst kalkulierten Berufsrisiko gesprochen werden.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Angeklagte des angeklagten Landfriedensbruches im Sinne von Art. 260 Abs. 1 StGB nicht schuldig und freizusprechen ist. ■

ANMERKUNGEN:

1. Die Vorgeschichte des nun zu besprechenden Entscheids hat zu verschiedenen publizistischen Meinungsäusserungen Anlass gegeben, sei es in der Tagespresse (Tagesanzeiger, 26. Juni 2002), sei es in dieser Zeitschrift (vgl. *medialex* 3/2002, 163 ff. mit Bemerkungen des Verfassers). Nach all den Irrungen und Wirrungen um Armbinden und Akkreditierungen für Journalisten, welche Demonstrationen dokumentieren, hat nun das Obergericht des Kantons Zürich eine Lösung gefunden, worin auf einer fundierten – wenn auch von der Vorinstanz nicht grundsätzlich abweichenden – Würdigung der Sachlage aufbauend die bundesgerichtliche Tradition der rein optischen Betrachtung der

Teilnehmereigenschaft bei friedensstörenden Zusammenrottungen i.S.v. Art. 260 StGB weitergeführt und auch weiterentwickelt wird.

2. Anerkennung verdient dabei, dass das Zürcher Obergericht es nicht (wie tendenziell die Vorinstanz) mit der blossen Würdigung der äusseren Aufmachung des Beschuldigten hat bewenden lassen und den Beschuldigten nicht an dem schwarzen Schal, den er (nebst einem auch ansonsten offenbar überwiegend schwarzen, und damit grundsätzlich wohl auch für ein Mitglied des «schwarzen Blocks» tragbaren Outfit) getragen haben soll, «aufhängte» und stattdessen festhielt, dass es sich bei schwarz «um die wohl stabilste Modefarbe der letzten Jahre» handelte. Vielmehr stellte das Gericht darauf ab, was der Beschuldigte in räumlicher Nähe zur Zusammenrottung tat. «Beim mehrfach fotografierten gewalttätigen Angriff hebt sich der Angeklagte durch sein Benehmen (Stillsitzen und Schützen des Objektivs) deutlich von den angreifenden und randalierenden Demonstranten ab. Der Angeklagte wirkt auf diesen Fotografien im Vergleich zu den stürmenden und randalierenden Demonstranten beinahe statisch (...) Auf den Fotografien, auf denen der Angeklagte abgebildet ist, erscheint er nie als eigentlicher ‚Mit-Demonstrant‘. Er ist klar als Fotograf in Ausübung seiner Tätigkeit abgelichtet und erkennbar. Aufgrund dieser Bilder kann mitnichten gesagt werden, der Angeklagte erscheine als eigentlicher Bestandteil der Zusammenrottung. Er wirkt zwar nicht wie ein passiver Zuschauer, was das Bundesgericht als entlastendes Moment ansieht (...), aber wie ein Fotograf, der seinen Job ausführt. Dass er mithin mit seiner Anwesenheit und seinem Verhalten die Psyche der Menge nachteilig beeinflusst habe, kann ihm mit Fug nicht unterstellt werden» (E. 3 e). Das Gericht stützte seine Einschätzung ferner darauf, dass der Beschuldigte zeitweise zusammen mit anderen Medienschaffenden «im Schlepptau» eines Sanitäters in der Menge gewesen sei. Im Ergebnis ist das Gericht also zutreffenderweise davon ausgegangen, dass auch zusammenrottungsfremde Tätigkeiten dem optischen Eindruck nach eine Teilnehmerstellung ausschliessen können (vgl. in diesem Sinne auch G. FIOŁKA, Art. 260 N 18, in M. A. Niggli / H. Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StGB II, Basel 2003 sowie die Bemerkungen des Verfassers zum Entscheid der Vorinstanz, *medialex* 3/2002, 164).

3. Trotz alledem bleiben noch Fragen offen: So rückt das Gericht nicht in vollem Umfange von der unglücklichen Armbinden-Idee der Vorinstanz ab und sagt, dass es für Presseschaffende durchaus sinnvoll sein kann, sich zur optischen Differenzierung besonderer Kleidungsstücke («Presse-Gilet», offenbar gefüttert und ungefüttert erhältlich, vgl. E. 3 h) zu bedienen. Diese Aussage ist konsistent mit dem optischen Ansatz des Bundesgerichts. Die für Medienschaffende *prima vista* unangenehme Beifügung, dass der optisch nicht differenzierte Journalist weiterhin riskiert, zwecks Feststellung der Identität verhaftet zu werden, verliert viel von ihrer augenscheinlichen Härte, wenn man bedenkt, dass damit – wohl anders als noch bei der Vorinstanz – nicht auch automatisch das

medialex-2003-48

Risiko einer Verurteilung steigt. Die – unhaltbare – Vorstellung der Vorinstanz, dass berichterstatterische Motive unabhängig von der optischen Differenzierung nachgewiesen werden müssten, um sich vom Verdacht des Landfriedensbruchs zu befreien, scheint damit getilgt zu sein. Die neue Faustregel wäre demnach, dass derjenige, der als Journalist gekennzeichnet ist, nicht mit Verhaftung rechnen muss solange er keine zusammenrottungstypischen Verhaltensweisen an den Tag legt, während der optisch nicht differenzierte Journalist zwar riskiert, zwecks Identitätsfeststellung verhaftet zu werden, solange er keine zusammenrottungstypischen Verhaltensweisen zeigt jedoch nicht nach Art. 260 StGB verurteilt werden kann.

4. Ferner kann man sich fragen, wie die Äusserungen des Gerichts zur Medienfreiheit (E. 3 a) zu würdigen sind. Das Gericht geht zutreffenderweise davon aus, dass es nicht statthaft ist, die Berichterstattung von Journalisten bei Demonstrationen selbstzweckhaft zu limitieren, und dass Journalisten insofern auch nicht über die – u.U. selektive – Anwendung von Art. 260 StGB die Pflicht auferlegt werden darf, dem Treiben aus sicherer Distanz zuzuschauen. Auch und gerade bei Demonstrationen, wenn das üblicherweise als öffentlicher Friede bezeichnete Sicherheitsgefühl der Menschen in Gefahr ist und allenthalben die Nerven blank liegen, muss eine Kontrolle der Polizei durch die Medien gewährleistet bleiben. Letzten Endes geht es nicht bloss um den künstlerischen Effekt aktionsreicher Demonstrationsphotos (dessen verfassungsrechtlicher Schutz sicherlich nicht derart schwer wiegt, dass er eine Anwendung von Art. 260 StGB a priori zu hemmen vermöchte), sondern um die Möglichkeit einer transparenten Darstellung der Aktivitäten staatlicher Organe. In Frage steht allerdings die Lokalisierung dieser Überlegungen im Verbrechenaufbau, zu der das Gericht sich nicht explizit äussert. Auffällig und aus dogmatischer Sicht begrüssenswert erscheint, dass die verfassungsrechtlichen Überlegungen bei der Diskussion des Tatbestandes nicht operationalisiert werden. Dies lässt nämlich darauf schliessen, dass eine Korrektur des Tatbestandes anhand der Verfassung nicht zur Debatte steht. Eine solche Korrektur wäre künstlich und brächte keinen Gewinn an Transparenz. Empfehlenswert erscheint es hingegen, derartige Überlegungen auf der Ebene der Rechtfertigung ins Verbrechen schema einzuführen und sich der auf solche Fälle zugeschnittenen Wahrung berechtigter Interessen zu bedienen (vgl. D. BARRELET, *Droit de la Communication*, Bern 1998, N 1105; F. RIKLIN, *Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung [Wahrnehmung] berechtigter Interessen*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Schulthess 2002, 537-549).

5. Ist damit nun alles wieder im Lot? Noch nicht, denn Art. 260 StGB bleibt eine problematische Norm, welche eine bestimmte Form politischer Betätigung weitgehenden Kriminalisierungsrisiken aussetzt, letztlich um einer Beweiserleichterung willen (vgl. H. VEST, *Landfriedensbruch - Zufallsjustiz gegen Oppositionelle*, SJZ 1988, 247-251). Aus diesem Grund wäre es aus dogmatischer Sicht wünschenswert, von der Betrachtung der Gewalttaten als objektive Strafbarkeitsbedingung und damit der vom Bundesgericht seit BGE 108 IV 33, 36 (vgl. ferner 124 IV 269, 271) vertretenen optischen Betrachtungsweise abzurücken, die tätig manifestierte Billigung der Gewalttaten wieder zum Erfordernis der Strafbarkeit zu erheben und so an die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts anzuknüpfen (BGE 70 IV 213, 220 f.; 98 IV 41, 48; vgl. G. FIOKA, Art. 260 N 34 f., in M. A. Niggli / H. Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar StGB II*, Basel 2003). Anders als eine rein verfassungsrechtliche Korrektur des Tatbestandes wäre diese Auslegung des Tatbestandes zwanglos mit dem Wortlaut von Art. 260 StGB zu vereinbaren und liesse auf eine gleichmässiger und nachvollziehbarere Praxis der Anwendung dieser Bestimmung hoffen.

Lic. iur. Gerhard Fiolka, Freiburg

Ein auf Unterhaltung und Berichterstattung über das Automobil fokussiertes Programm erfüllt die Konzessionsanforderungen gemäss RTVG nicht. Die Konzessionsbehörde darf die politischen und kulturellen Besonderheiten der Schweiz berücksichtigen und verlangen, dass ein Fernsehprogramm in bestimmtem Mass auch dem öffentlichen Interesse zu dienen hat.

Sachverhalt und Erwägungen (Zusammenfassung):

1996 wies der Bundesrat ein Konzessionsgesuch für das Spartenfernsehprogramm «Car TV» ab, welches über Kabel in die Haushalte flimmern sollte. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat nun entschieden, dass die Konzessionsverweigerung die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) nicht missachtete. Das geplante Programm hat einen primär kommerziellen Ansatz gehabt, weshalb der EGMR dem Staat einen grösseren Beurteilungsspielraum gewährte. Der Bundesrat durfte die politischen und kulturellen Besonderheiten der Schweiz berücksichtigen und verlangen, dass ein Fernsehprogramm in bestimmtem Mass auch dem öffentlichen Interesse zu dienen hat. Dass das auf Unterhaltung und Berichterstattung über das Automobil fokussierte Programm den Konzessionsanforderungen im schweizerischen Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) nicht genüge, wertet der Gerichtshof als nicht unvernünftige Überlegung des Bundesrates.

«47. Furthermore, the Court notes that the Federal Council's decision of 16 June 1996 was not categorical and did not exclude a broadcasting licence once and for all. On the contrary, the Federal Council disclosed flexibility by

medialex-2003-49

stating that a segmented program such as Car Tv AG could obtain a licence if the content of its program further contributed to the «instructions» listed in Section 3 § 1 of the RTA. In this context, the Court takes note of the Government's assurance before the Court that a licence would indeed be granted to Car Tv AG if it included cultural elements in its program.

48. As a result, it cannot be said that the Federal Council's decision – guided by the policy that television programs shall to a certain extent also serve the public interest – went beyond the margin of appreciation left to the national authorities in such matters. It is obvious that opinions may differ as to whether the Federal Council's decision was appropriate and whether the broadcasts should have been authorised in the form in which the request was presented. However, the Court should not substitute its own evaluation for that of the national authorities in the instant case, where those authorities, on reasonable grounds, considered the restriction on the applicant's

freedom of expression to be necessary (see the Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany judgment cited above, § 37).»

«Dissenting opinion»

Eines der sieben Gerichtsmitglieder war von der schweizerischen Argumentation nicht überzeugt:

»I disagree, however, with the assessment as to whether the interference was «necessary in a democratic society» within the meaning of this provision. The adjective «necessary» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention implies the existence of a «pressing social need». The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the need for an interference, though that margin goes hand in hand with European supervision, whose extent will vary according to the circumstances. In cases such as the present one, where there has been an interference with the exercise of the rights and freedoms guaranteed in paragraph 1 of Article 10, the supervision must be strict because of the importance – frequently stressed by the Court – of the rights in question. The necessity for any interference must be convincingly established (see among other authorities, the *Tele I Privatfernsehgesellschaft mbH* judgment cited above, § 34; the *Radio ABC* judgment cited above, § 30).

Such a margin of appreciation is particularly important in commercial matters (see the *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, § 33, and the *Jacobowski v. Germany* judgment of 23 June 1994, Series A no. 291-A, § 26).

In order to assess the extent of the margin of appreciation afforded to the domestic authorities in the present case, the objectives of Car Tv AG must be examined. In my view, a private broadcasting enterprise which aimed at promoting cars, was a commercial venture. Nevertheless, the planned television program went well beyond the commercial framework, being extended to such subjects as traffic policies, road safety and environmental issues. These matters were indubitably of general and public interest and would have contributed to the ongoing, general debate on the various aspects of a motorised society.

It is, therefore, necessary to reduce the extent of the margin of appreciation pertaining to the authorities, since what was at stake was not merely a given individual's purely «commercial» interests, but his participation in an ongoing debate affecting the general interest (see, *mutatis mutandis*, the *Hertel v. Switzerland* judgment of 25 August 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, § 47).

From this perspective, it is necessary to carefully examine whether the measure at issue was proportionate to the aim pursued. In particular, the various reasons adduced in favour of the refusal to grant the broadcasting licence should be considered. Thereby the legitimate need for the quality and balance of programs, on the one hand, should be compared with the applicant's freedom of expression, namely his right to impart information and ideas, on the other.

To begin with, I would note that the Federal Council in its decision of 16 June 1996 concluded that it would refuse a television broadcasting licence for Car Tv AG on the ground that «the program [focussed] mainly on entertainment or on reports about the automobile». In my view, however, it has not been made sufficiently clear in what respect entertainment in itself calls in question, or indeed falls to be distinguished from, freedom of information. In any event, subject-matters such as news on energy policies, the relations between railways and road traffic, or environmental issues, all of which Car Tv AG intended to broadcast, may well be considered as going beyond mere entertainment, being also of an educational nature.

In my opinion, moreover, it has not been sufficiently

medialex-2003-50

demonstrated to what extent, in a highly motorised society such as Switzerland, the television broadcasts of Car Tv AG «would lead to a society increasingly shaped by segmentation and atomisation», as the Federal Council stated in its decision of 16 June 1996.

The Government have furthermore referred to the political and cultural structure of Switzerland, a federal State. Attention was drawn to the Commission's decision in the case of Verein Alternatives Lokalradio Bern et al. according to which «the particular political circumstances in Switzerland ... necessitate the application of sensitive political criteria such as cultural and linguistic pluralism, balance between lowland and mountain regions and a balanced federal policy» (application no. 10746/84, decision of 16 October 1986, DR 49, p. 140). In my opinion, such considerations are of considerable relevance to a federal State. Nevertheless, in the present case it has not been sufficiently shown in what respect a television program on automobiles constituted a politically or culturally divisive factor, particularly as the applicant's program was to be broadcast in the two main Swiss languages – German and French.

In addition, before the Court the Government also invoked the limited number of frequencies as a reason for refusing the licence. However, the applicant claimed that he had the assurance of the largest Swiss cable company that it would transmit Car Tv AG's program. Here, it may be noted that the decision of the Federal Council of 16 June 1996 did not itself refer to any limitation of frequencies as a ground for refusing the licence and, indeed, the Government have not provided further details of this ground of justification. In my opinion, it suffices to note that the program of Car Tv AG was to be transmitted via cable companies and the latter have, according to Section 42 § 1 of the RTA, in principle a free choice in the matter (see above, paragraph 19).

Finally, it is true that the decision of the Federal Government of 16 June 1996 did not exclude granting a licence if the program were «compensated by valuable contents», in particular «with programs in the areas of culture ... or of the formation of political opinions ... ». In my opinion, however, this could not amount to a valid alternative for the applicant since the purpose of his

program, as the name Car Tv AG suggested, was to deal exclusively with matters pertaining to automobiles.

In the circumstances of the case, I conclude that the impugned measure could not be considered as «necessary in a democratic society», in that the interests adduced by the Government did not outweigh the interest of the applicant in imparting information under Article 10 of the Convention. The interference with the applicant's freedom of expression was not, therefore, justified. » ■

ANMERKUNGEN:

1. Trifft es zu, dass Spartenprogramme der demokratischen Willensbildung abträglich sind? Ist es mit Art. 10 EMRK vereinbar, die Konzession für ein Spartenprogramm an die Voraussetzung zu knüpfen, dass dessen unterstellte Nachteile mit wertvollen Themeninhalten kompensiert werden, die einen besonderen Beitrag zum allgemeinen Leistungsauftrag von Radio und Fernsehen nach Art. 3 Abs. 1 des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) zu leisten vermögen? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) prüfte diese Fragen unter dem Gesichtspunkt von Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).

2. Er ging davon aus, dass es sich bei der Verweigerung der Rundfunkkonzession für Car TV um einen Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit handle. Dieser sei gemäss dem dritten Satz von Art. 10 Abs. 1 EMRK zulässig, sofern die allgemeinen Voraussetzungen des 2. Absatzes erfüllt sind. Der EGMR fand, dass Art. 10 RTVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 RTVG eine genügende gesetzliche Grundlage darstelle, um die Konzessionierung eines Spartenprogramms an die Voraussetzung einer entsprechenden Kompensationsleistung zu knüpfen. Das hiermit verfolgte Ziel, ein qualitativ hochstehendes und ausgewogenes Programmangebot zu sichern, sei legitim, obwohl es in Absatz 2 von Artikel 10 EMRK nicht eigens aufgeführt ist. Mit dieser Feststellung, die für die Möglichkeit einer auf Qualität und kulturelle Vielfalt ausgerichteten einzelstaatlichen Medienpolitik äusserst wichtig ist, bestätigt der EGMR sein Grundsatzurteil in Sachen **Informationsverein Lentia c. Österreich** vom 24. November 1993, Serie A, No. 276, § 33 (vgl. dazu C.B. Graber, in: *medialex* 1996, 138-140).

3. Mit Ausnahme der Dissenting Opinion von Richter Jörundson war der Gerichtshof schliesslich auch der Ansicht, dass der Eingriff «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» sei. Ausschlaggebend hierfür war das relativ grosse Ermessen, das der Gerichtshof den Schweizer Behörden in dieser Sache zubilligte. Er begründete dies mit dem - von Richter Jörundson bestrittenen - überwiegend kommerziellen Interesse der Car TV AG, die mit dem Programm vor allem den Verkauf von Motorfahrzeugen anzukurbeln gedenke. Gemäss seiner im Urteil vom 20. November 1989 i.S. **Markt intern Verlag AG c. Deutschland**, Serie A, No. 291-A, § 26 begründeten Praxis komme in Fällen von «commercial speech» ein milderer Prüfungsmassstab zur Anwendung. In diesem Zusammenhang erinnerte der EGMR an die Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 16. Oktober 1986 i.S. **Alternatives Lokalradio Bern c. Schweiz**, DR 49, S. 140, wonach die besonderen topographisch-kulturellen Verhältnisse in der Schweiz die Rücksichtnahme auf kulturelle und sprachliche Vielfalt, das Gleichgewicht zwischen Flachland und Gebirgsgebieten und föderalistische Ziele erforderten.

4. Über den Tag hinaus wird in der hier zu Gunsten einer **Politik der Medienvielfalt** gebrochenen Lanze wohl die Hauptbedeutung des Urteils liegen. Mit den Präjudizien i.S. **Informationsverein Lentia (a.a.O)** und **Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH c. Österreich** vom 21. September 2000 (vgl. *medialex* 2000, 223 f.) fügt es sich in eine Reihe von Urteilen, welche den institutionellen Gehalt der Meinungs- und Informationsfreiheit höher rangieren als ihren individuellen.

5. Weil die Frage, weshalb der Bundesrat die Kompensationsleistung beim Car-TV-Projekt verneinte, bei anderen Spartenprogrammen dagegen als erfüllt betrachtete, in den der einzelstaatlichen Behörde zugebilligten Ermessensspielraum fiel, liess sie der EGMR ungeprüft. Hätte der Gerichtshof genauer hingeschaut und die faktischen Kompensationsleistungen der verschiedenen in der Schweiz konzessionierten Spartenprogramme untersucht, wäre die Schweiz möglicherweise wegen der Art und Weise des Vollzugs der Konzessionierungspflicht verurteilt worden, deren Abschaffung im Rahmen der laufenden RTVG-Revision ohnehin vorgesehen ist.

Prof. Christoph Beat Graber, Bern und Luzern

medialex-2003-51

Trotz massiver Medienberichterstattung fairer Prozess für Craxi

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) vom 5. Dezember 2002 «Craxi c. Italien» (Beschwerde N° 34896/97)

Der italienische Spitzenpolitiker Bettino Craxi wurde 1992 wegen Korruption, illegaler Parteienfinanzierung und anderer Delikte angeklagt. Die Angelegenheit fand gewaltigen Widerhall in der Öffentlichkeit und den Medien. Das Mailänder Strafgericht sprach Craxi einige Jahre später in mehreren Strafprozessen schuldig und verurteilte ihn zu langjährigen Freiheitsstrafen. Craxi war im Mai 1994 nach Tunesien ausgewandert, wo er im Januar 2000 starb. In seiner Beschwerde an den EGMR machte er unter anderem geltend, die massive Medienkampagne habe die öffentliche Meinung und die zuständigen Richter beeinflusst.

Der EGMR verneint in seinem einstimmigen Entscheid eine Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren (Art. 6 EMRK). Eine virulente Pressekampagne kann zwar unter bestimmten Umständen dazu geeignet sein, die Fairness des Prozesses zu beeinträchtigen (Ziff. 98). Die Gerichte können aber nicht in einem Vakuum funktionieren (Ziff. 99) und ein früherer Regierungschef wie Craxi setzt sich unvermeidlich einer aufmerksamen Kontrolle durch die Medien aus (Ziff. 100). Im vorliegenden, politisch brisanten Fall ist das Interesse der Medien begrifflich gewesen: «La Cour considère qu'il est inévitable, dans une société démocratique, que la presse exprime des commentaires parfois sévères sur la gravité d'une affaire sensible qui, comme celle du requérant, mettrait en cause la moralité de hauts fonctionnaires et les rapports entre le monde de la politique et celui des affaires.» (Ziff. 103). Zudem ist das Mailänder Strafgericht ausschliesslich aus Berufsrichtern zusammengesetzt gewesen, die sich dank ihrer Erfahrung und Ausbildung von äusseren Einflüssen distanzieren könnten. Im Dossier gibt es keine Anhaltspunkte für eine Beeinflussung des Gerichts durch die Medien (Ziff. 104). Craxi konnte auch keine objektiven Belege für seine Behauptung angeben, die Staatsanwaltschaft habe die Medien systematisch mit vertraulichen Angaben beliefert (Ziff. 105). ■

ANMERKUNGEN:

Der vorliegende Entscheid liegt auf der Linie der bisherigen Strassburger Praxis zur Medienberichterstattung über hängige Strafprozesse. Bereits vor vier Jahrzehnten hat die Kommission für Menschenrechte festgehalten, eine virulente Pressekampagne könne namentlich ein Laiengericht dermassen beeinflussen, dass nicht mehr von einem fairen Prozess gesprochen werden könne (EKMR-Zulässigkeitsentscheid «X. c. Österreich» vom 23.7.1963 in CD 11, 31, S. 43). In zahlreichen seither beurteilten Fällen haben die Strassburger Instanzen diesen Grundsatz wiederholt, ohne jemals eine Verletzung von Art. 6 EMRK wegen des durch die Medien geschaffenen Klimas zu bejahen (vgl. die Darstellung der Rechtsprechung bei ZELLER F., Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern u.a. 1998, S. 39ff.)

Der Anschein der Voreingenommenheit lässt sich in der Praxis kaum belegen – es sei denn, der Medieneinfluss habe sich in einer wahrnehmbaren Äusserung des zuständigen Richters niedergeschlagen (so im EGMR-Urteil N° 29569/95 «Buscemi c. Italien» vom 16.9.1999, Ziff. 64ff. zu den Leserbriefen eines Jugendrichters in einem schwebenden Prozess). Da im Fall Craxi keine derartigen Anhaltspunkte bestanden, kann das Resultat des EGMR-Escheides nicht verblüffen.

Bemerkenswert ist allenfalls, mit welcher Deutlichkeit der Gerichtshof sein Verständnis für das massive Medienecho bekundet. Auch dies ist allerdings keine Neuerung: Dass vorprozessuale Publizität bei Gerichtsfällen mit einem politischen Anstrich unausweichlich ist und zu den Aufgaben der Medien gehört, hat die Kommission ebenfalls seit Jahrzehnten immer wieder betont. Dass dies auch der Gerichtshof tun würde, war zu erwarten.

DR. FRANZ ZELLER, Bern

medialex-2003-52

Absolute parlamentarische Immunität ist nicht menschenrechtswidrig

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) vom 17.
Dezember 2002 «A. c. Grossbritannien» (Beschwerde N° 5373/97)

In einem Urteil von grundsätzlicher Tragweite behandelte der EGMR die Frage, ob nationale Regelungen für Äusserungen im Parlament absoluten Schutz vor rechtlichen Konsequenzen vorsehen dürfen. Beim EGMR beschwert hatte sich eine dunkelhäutige Frau aus Bristol, die von einem Parlamentarier 1996 im House of Commons mehrmals mit Name und Adresse genannt worden war. Im Rahmen einer Debatte über kommunale Wohnungspolitik warf der Tory-Abgeordnete Michael Stern der Frau und ihrem Umfeld schwere Verfehlungen vor, welche von Vandalismus über Sachbeschädigung bis zu Drogengebrauch und anderen kriminellen Aktivitäten reichten. Zwei Zeitungen gaben die Vorwürfe ausführlich wieder («MP names nightmare neighbour»), worauf die Frau beschimpft, bespuckt und bedroht wurde. Sie musste ihre Wohnung verlassen und ihre Kinder die Schulen wechseln. Die Frau bestritt die Mehrzahl der Vorwürfe. Rechtliche Schritte gegen den Parlamentarier waren indessen aussichtslos, da die Äusserungen im House of Commons nach englischem Recht absolute Immunität geniessen. Die korrekte Wiedergabe der Debatte in den Medien ist ebenfalls zulässig, sofern sie nicht böswillig (maliciously) erfolgt (Ziff. 25). Die Frau machte in Strassburg geltend, die englische Rechtslage missachte sowohl ihr Menschenrecht auf Zugang zu

medialex-2003-52

einem Gericht (Art. 6 EMRK) als auch ihren Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und ihr Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK).

Der EGMR-Präsident ermöglichte anderen Regierungen, ihre Regelung der parlamentarischen Immunität zu schildern (Art. 36 Abs. 2 EMRK), was acht Staaten taten (Ziff. 37 – 58; die Schweiz nahm nicht Stellung).

Der Gerichtshof hält fest, dass die englische Regelung eines absoluten Schutzes vor zivil- und strafrechtlicher Verfolgung sowohl dem Schutz der freien Rede im Parlament als auch der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Justiz dient (Ziff. 77). Mit 6 gegen 1 Stimme bejaht der EGMR auch die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Rechte der Beschwerdeführerin. Die Immunität für Äusserungen im Parlament ist in den Europaratsländern allgemein anerkannt und beschränkt damit das Recht auf Zugang zu einem Gericht (Ziff. 83). Zudem geht der Schutz der parlamentarischen Immunität in England in verschiedener Hinsicht weniger weit als in anderen Staaten (Ziff. 84f.) und die angegriffenen Personen sind nicht völlig schutzlos, könnten die Äusserungen doch durch einen anderen Parlamentarier aufgegriffen oder in Extremfällen durch

den Speaker des Parlaments sanktioniert werden (Ziff. 86). Eine absolute parlamentarische Immunität liegt im Rahmen des staatlichen Beurteilungsspielraums (Ziff. 87). Zwar sind die Vorwürfe des Abgeordneten Stern extrem schwerwiegend und klarerweise unnötig gewesen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Immunität rechtmässig gewesen sind. Würde nämlich der Schutz vor rechtlicher Verfolgung im Einzelfall ausnahmsweise durchbrochen, so wären die legitimen Schutzanliegen der Immunität ernsthaft gefährdet (Ziff. 88).

In einem ausführlichen abweichenden Votum weist Richter Loucaides darauf hin, dass der Persönlichkeitsschutz bei der Schaffung der parlamentarischen Immunität vor rund 400 Jahren noch in den Kinderschuhen steckte. Es geht nicht an, dem einen Recht auf Kosten des anderen einen absoluten Vorrang zu gewähren. In einer zustimmenden Erklärung zweifelt Richter Costa daran, dass es die Aufgabe des Gerichtshofs sein kann, den Vertragsstaaten in einer politisch derart sensiblen Frage ein bestimmtes Modell vorzuschreiben. Die Begründungslinie der Gerichtsmehrheit ist allerdings fragwürdig. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb das Urteil die – eher theoretischen – Schutzmöglichkeiten einer beleidigten Person im englischen Recht erwähnt, wenn doch selbst eine absolute Immunität die Menschenrechte nicht missachtet. Es fragt sich, ob das sakrosankte Immunitätsprinzip nicht abgeschwächt werden soll. Ein Fortschritt auf diesem Gebiet erscheint wünschbar und möglich. ■

ANMERKUNGEN:

1. Der Zusammenprall der freien Meinungsäusserung mit dem Persönlichkeitsschutz ist geradezu ein Paradebeispiel für die Kollision von Menschenrechten. Solche Konflikte werden in der Regel durch eine wertende Abwägung der kollidierenden Interessen gelöst. Im Bereich der Immunität für Äusserungen im Parlament hat jedoch der Gesetzgeber in England (und in der Schweiz: Art. 162 Abs. 1 BV) den Konflikt ausnahmslos zugunsten der freien Kommunikation gelöst. Ein derartiger absoluter Vorrang bedarf in einer Zeit zunehmender Sensibilität für Ehren- und Datenschutz der Rechtfertigung. Hätte der Gerichtshof die absolute Immunität für Voten im Parlamentssaal als ungerechtfertigt bezeichnet, so hätte dies für nicht wenige Europaratsstaaten erhebliche Konsequenzen gehabt. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Gerichtshof die Thematik aus einer grundsätzlichen Warte betrachtet und auch die Rechtsauffassung anderer Europaratsstaaten berücksichtigt hat. Ein solches Vorgehen wäre beispielsweise auch beim Entscheid über das – nicht nur in der Schweiz existierende - Verbot politischer Werbung im Fernsehen sinnvoll gewesen (EGMR-Urteil «VgT c. Schweiz» vom 28.6.2001 in *medialex* 2001, S. 158ff.; einzuräumen ist allerdings, dass sich der Gerichtshof dort einer generellen und endgültigen Aussage über die Zulässigkeit des Verbots enthielt).
2. Die Urteilsbegründung überzeugt insofern, als dass die eines Volksvertreters unwürdige und in ihren Auswirkungen absehbar verheerende Attacke überflüssig war. Man ist sogar zur Bemerkung geneigt, das verantwortungslose Votum habe eine rechtliche Sanktion verdient. Würde Parlamentarier Stern ähnliche persönliche Angriffe unterlassen, so wäre dies kaum ein Verlust für Demokratie und Redefreiheit. Eine Verurteilung Sterns hätte jedoch zur Folge, dass englische Parlamentarier generell nicht mehr sicher wären, ob auch sie für ihre Äusserungen im Ratssaal ausnahmsweise zur Rechenschaft gezogen werden könnten. Erfahrungsgemäss lassen sich die Grenzen des Erlaubten bei der Kommunikation im vornherein nicht mit Sicherheit abschätzen. Diese Ungewissheit wäre geeignet, die freie, spontane und engagierte Debatte im Parlament zu hemmen und der demokratischen Diskussion wichtige Beiträge zu entziehen. Es leuchtet ein, dass einzelfallweise Ausnahmen die berechtigten Ziele der parlamentarischen Immunität unterlaufen könnten.
3. Im vorliegenden Fall hat die Wehrlosigkeit des Opfers falsch verstandener parlamentarischer Freiheit wohl auch beim Gerichtshof Unbehagen hinterlassen. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass er in der Urteilsbegründung nach Wegen

suchte, auch den Anliegen des Persönlichkeitsschutzes Rechnung zu tragen. Die von der Mehrheit gewählte Begründungslinie vermag indessen nicht wirklich zu überzeugen. Die im Urteil erwähnten parlamentsinternen Disziplinierungsmechanismen bieten dem Opfer in der Praxis kaum einen wirksamen Schutz, wie Richter Costa wohl zu Recht festhält. Verständlich ist auch Costas Wunsch, es seien ausgewogenere Lösungen zu suchen. Ob sie sich ohne weiteres finden lassen, scheint ungewiss. Im Vordergrund dürfte eine verstärkte Selbstregulierung des Parlaments stehen (zu den bestehenden Disziplinierungsmöglichkeiten in der Schweiz vgl. M. von WYSS, in: Ehrenzeller u.a. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zürich 2002, Rz. 6 zu Art. 162). In jedem Fall ist es angezeigt, grundlose persönliche Attacken gegen Aussenstehende aus dem amtlichen Protokoll der Beratungen zu entfernen, damit die Angegriffenen nicht für alle Zeiten gebrandmarkt bleiben.

4. Die Wirkung verbaler Attacken im Parlament wird erheblich verstärkt, wenn sie durch die Medien weiter transportiert werden. Handelt es sich nicht um eine Live-Übertragung der Debatte, so erscheint eine unreflektierte Wiedergabe offensichtlich haltloser, kein legitimes öffentliches Interesse betreffender Vorwürfe medienethisch fragwürdig. Strafrechtlich kann sie in der Schweiz nicht geahndet werden, da Art. 27 Abs. 4 StGB die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen einer Behörde als straflos bezeichnet. In Betracht kommen hingegen zivilrechtliche Konsequenzen. Dies macht Art. 28g Abs. 2 ZGB deutlich. Er verweigert das Recht zur Gegendarstellung lediglich jenen Personen, welche an der öffentlichen Verhandlung teilgenommen haben.

DR. FRANZ ZELLER, Bern

Interdiction de rappeler une procédure classée

Arrêt du Tribunal fédéral du 12 septembre 2002 (5P.254/2002)

En décembre 1997, Y. a été inculpé à Genève d'actes d'ordre sexuel commis sur des enfants, de contrainte sexuelle, de viol et d'homicide par négligence. Cette procédure a été classée en juillet 2000, l'inculpé ayant été mis au bénéfice du doute. En octobre 2001, un article paru dans la presse britannique revient sur cette affaire classée, photographies et témoignage de la mère de la victime à l'appui. Début décembre 2001, Mme P. – qui lutte avec un groupe de bénévoles contre la pédophilie et les abus sexuels commis sur des mineurs et qui dispose de l'usage d'un kiosque – affiche dans les vitrines de son kiosque de larges extraits de l'article britannique. Le 20 décembre 2001, le Tribunal de première instance de Genève fait provisoirement droit à la requête de mesures provisionnelles urgentes de Y. tendant à l'interdiction de cet affichage, puis révoque son ordonnance le 8 mars 2002. Par arrêt du 6 juin 2002, la Cour de justice annule l'ordonnance de première instance et, statuant à nouveau, ordonne à Mme P. «de retirer tous les panneaux litigieux sur l'ensemble du territoire genevois ainsi que toute mention de l'affaire relative à Y.» et lui interdit «de procéder, à l'avenir et sur l'ensemble du territoire genevois, à de nouveaux affichages mentionnant de quelque manière que ce soit l'affaire relative à Y.». Statuant sur le recours de droit public déposé par Mme P., le Tribunal fédéral considère que l'affichage de l'article avec le nom et l'image de Y. dans le quartier même où il habite constituait une atteinte à la personnalité de celui-ci, «dont le lecteur ne manquera pas de penser qu'il a bénéficié d'un classement de la procédure pénale ouverte contre lui grâce à la prescription et au manque de preuves suffisantes. Une telle atteinte aux droits de la personnalité sociale de l'intimé ne saurait être justifiée par l'intérêt public à lutter contre les abus sexuels commis sur des mineurs». En revanche, le Tribunal fédéral estime l'interdiction d'affichage disproportionnée, dans la mesure où elle empêche Mme P. d'évoquer l'ensemble de l'affaire, alors qu'il suffit d'interdire les allusions directes ou indirectes à l'identité de l'intimé pour atteindre le but visé. Le recours est donc partiellement admis. ■

Rücknahme ehrverletzender Äusserungen

Bundesgerichtsentscheid vom 29. November 2002 (6S.518/2001)

Das Bundesgericht weist eine Nichtigkeitsbeschwerde von zwei Anwälten ab, die von einem Journalisten der «Weltwoche» zu Unrecht der ungetreuen Geschäftsführung betitelt worden sind. In der «Weltwoche» vom 13. Mai 1999 erschien der Artikel «Die Gehilfenschaft der Carla del Ponte». In diesem Artikel wurde von dubiosen Vorgängen um ein Tessiner Pharma-Unternehmen berichtet und zwei Zuger Anwälten zu Unrecht angelastet, von der Justiz wegen ungetreuer Geschäftsführung verurteilt worden zu sein. Der Journalist übermittelte mittels elektronischer Post noch vor der Veröffentlichung des der Zeitungsredaktion ebenfalls per elektronischer Post zugesandten Textes eine neue, korrigierte Fassung des Artikels. Der Artikel erschien schliesslich ohne die neue Passage in der «Weltwoche», da die Zeitung wegen eines Feiertages früher in Produktion ging. Am 3. Juni 1999 erschien dann eine Gegendarstellung und eine Entschuldigung. Darin wurde festgehalten, dass die Rechtsanwältinnen zu keiner Zeit strafrechtlich verurteilt worden seien und dass sich die «Weltwoche» bei ihnen für die falsche Behauptung, sie seien strafrechtlich verurteilt worden, entschuldige. Das Bundesgericht sieht in der Entschuldigung den aufrichtigen Willen des Journalisten, die Ehre der betroffenen Anwälte wieder herzustellen.

Das Bezirksgericht Zürich und anschliessend das Obergericht des Kantons Zürich sprachen den Journalisten der üblen Nachrede im Sinne von Art. 173 StGB schuldig, verzichteten jedoch auf eine Bestrafung, weil der Journalist seine Äusserungen im Sinne von Art. 173 Ziff. 4 StGB als unwahr zurückgenommen habe.

Das Bundesgericht führt nun aus, dass die Zürcher Gerichte zu Recht festgehalten haben, dass der Journalist die Falschmeldungen noch vor der Veröffentlichung zurückgenommen hatte. Es sei lediglich einer Verkettung unglücklicher Umstände zuzuschreiben, dass die zweite Mitteilung per elektronischer Post den Druck des ersten Textes in der Zeitung nicht mehr verhindern können. «Der Beschwerdegegner sei freischaffender Journalist, weshalb bei ihm nicht die volle Kenntnis der internen Terminabläufe in der «Weltwoche» vorausgesetzt werden könne. Als freier Mitarbeiter sei er nicht in die Hierarchie des Zeitungsunternehmens eingebunden, und er habe ausser dem, was er bereits getan habe, nämlich die korrigierte Sachdarstellung unverzüglich an die Redaktion zu schicken, nichts Weiteres unternehmen können. Im Weiteren führt das Bezirksgericht, auf dessen Urteil das Obergericht verweist, aus, sowohl der Beschwerdegegner als auch die Redaktion der «Weltwoche» hätten sich zwischen dem Erscheinen des inkriminierten Artikels und der Publikation der Gegendarstellung bemüht, um mit den Beschwerdeführern eine aussergerichtliche Einigung zu erzielen. Es seien unter den Anwälten Gespräche geführt worden, welche jedoch zu keiner Einigung geführt hätten. Die Vergleichsgespräche seien auch der Grund, weshalb sich die Publikation der Gegendarstellung eine Woche, nämlich vom 27. Mai 1999 - als frühestmöglicher Termin - auf den 3. Juni 1999 verschoben habe. Was die Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner darüber hinaus verlangen (zum Beispiel, dass das

Zuger Urteil teilweise ein Versäumnisurteil gewesen sei und dass ein Strafverfahren vor den zuständigen Behörden des Kantons Tessin hängig sei), übersteigt den von der Lehre und der Rechtsprechung für die Rücknahme der ehrverletzenden Äusserung geforderten Umfang; ebenso, wenn sie meinten, der Beschwerdegegner hätte auch ausserhalb der Kanäle des Medienunternehmens aktiv werden und sich an den Familien-, Freundes- und Bekanntenkreis wenden sollen.» ■

Persönlichkeitsrecht von Tierschützer nicht verletzt

Bundesgerichtsentscheid vom 13. November 2002 (5C.155/2002)

Die in der Zeitung «Der Bund» vom 21. Juni 2001 unter dem Titel «Schächtverbot und Antisemitismus» erschienene Besprechung der Dissertation «Das Schächtverbot in der Schweiz» hat die Persönlichkeitsrechte von Tierschützer Erwin Kessler nicht verletzt. Obwohl der Artikel die antisemitische Komponente der Anti-Schächt-Bewegung thematisierte und Kessler vorwarf, nachweislich Kontakte zur Neonazi-Szene zu unterhalten, hat der Zeitungsartikel nach Ansicht des Bundesgerichts nicht den Eindruck erweckt, Kessler sei ein eigentlicher Neonazi oder Revisionist. «Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern dem Kläger, der gegen die ihm zugeschriebenen Kontakte zur Revisionistenszene nichts einzuwenden hatte, in ein falsches Licht gestellt wird, wenn die Beklagte von Kontakten zur Neonazi- und Revisionistenszene schreibt. Zu Recht ist im Übrigen die erste Instanz explizit und die zweite stillschweigend davon ausgegangen, dass aus dem Kontext heraus beim Durchschnittsleser nicht der Eindruck entsteht, der Kläger sei ein eigentlicher Neonazi oder Revisionist, sondern dass er dessen Kontakte zur Szene im Zusammenhang mit dem vom Kläger militant betriebenen Tierschutz und dabei insbesondere der Schächtfrage liest.» Das Bundesgericht stellt fest, dass Kessler tatsächlich Kontakte zu Revisionisten hatte. ■

Livre sur Ben Laden: vente autorisée

Arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 2002 (5P.362/2002)

Suite à la parution en novembre 2001 du livre «Ben Laden ou la vérité interdite», le frère de Ben Laden et une société d'investissement saoudienne avaient déposé une requête de mesures provisionnelles urgentes visant l'interdiction de l'ouvrage. Après que la question de la compétence «ratione loci» eut finalement été tranchée par le Tribunal fédéral (voir *medialex* 3/02, p. 163), ce dernier rejette le recours de droit public que le frère de Ben Laden et cette société saoudienne ont formé contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 26 septembre 2002. Celle-ci avait annulé l'ordonnance de mesures provisionnelles prononcée par le Tribunal de première instance de Genève le 25 janvier 2002, qui interdisait la diffusion du livre en Suisse. Elle avait retenu que l'impression générale laissée par le livre sur un lecteur moyen ne permettait pas de conclure à l'existence d'une atteinte illicite à la personnalité des parties requérantes, ni que les éventuelles inexactitudes de fait les présentaient sous un faux jour. Le Tribunal fédéral confirme la décision cantonale. Il rappelle notamment qu'«un écrit ne sera considéré comme globalement inexact et attentatoire aux droits de la personnalité que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et fait apparaître la personne concernée sous un faux jour ou en donne une image faussée à tel point que cette personne s'en trouve sensiblement rabaissée dans l'estime de ses semblables». Il précise également les conditions d'un recours pour arbitraire, à savoir, en particulier, que le recourant «ne peut se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer, par une argumentation précise, que la décision attaquée repose sur une interprétation ou une application de la loi manifestement insoutenables». Le Tribunal fédéral estime ainsi qu'il n'était pas arbitraire de considérer que le lecteur moyen ne retiendrait pas les liens entre Ben Laden et sa famille comme élément déterminant. Au demeurant, le seul fait que le frère de Ben Laden et la société saoudienne «entretiennent de tels liens avec une famille dont est également issu Ossama Ben Laden n'est pas propre (...) à rabaisser les recourants dans l'estime du public». ■

Einsicht in Dienstreglemente der Polizei

Bundesgerichtsentscheid vom 18. Oktober 2002 (1P.240/2002)

In der Folge einer Kundgebung in Zürich vom 13. Januar 1998 wurde u. a. der auf Platz Foto- und Videoaufnahmen tätige Medienschaffende Miklos Rozsa vorübergehend von der Polizei festgenommen und sein Filmmaterial visioniert. In einer daraufhin erfolgten Interpellation zum polizeilichen Einsatz und Vorgehen wies der Stadtrat von Zürich u.a. auf zwei interne Dienstanweisungen hin, welche den Umgang der Polizeiangehörigen mit den Medien regeln. Nach der ersten Dienstanweisung betreffend «Orientierung der Massenmedien bei unfriedlichem Ordnungsdienst» soll es den Polizeiangehörigen untersagt sein, sich von Medienvertretern in Gespräche verwickeln zu lassen

medialex-2003-55

oder gar Fragen zu beantworten; dem legitimen Informationsbedürfnis der Presse werde durch den Zentralen Dienst «Presse/Information» Rechnung getragen. In Bezug auf die zweite Dienstanweisung betreffend «Bildaufnahmen von Polizeibeamtinnen/-beamten» hielt der Stadtrat fest, dass bei Miklos Rozsa der Verdacht bestanden habe, er erstelle Portraitaufnahmen von einzelnen Polizeiangehörigen im Einsatz, weshalb er festgenommen worden sei. Miklos Rozsa und die comedia Mediengewerkschaft verlangten in der Folge bei allen kantonalen Instanzen vergeblich Einsicht in die beiden genannten Dienstanweisungen.

Das Bundesgericht hält nun aber fest, dass Einsicht in die Dienstreglemente gewährt werden muss. «Der Beschwerdeführer kann mit guten Gründen geltend machen, durch die Dienstanweisungen in seiner praktischen Tätigkeit als Medienschaffender und damit in verfassungsmässigen Rechten, wie sie sich aus Art. 17 BV und Art. 10 EMRK ergeben (mögen), betroffen zu sein. Soweit der Inhalt der Dienstanweisungen aufgrund des angefochtenen Entscheides, der übrigen Entscheidungen und der Interpellationsbeantwortung im Gemeinderat bekannt ist, besteht ein klarer Bezug zur Tätigkeit von Medienschaffenden; darauf deuten allein schon die Titel «Orientierung der Massenmedien bei unfriedlichem Ordnungsdienst» und «Bildaufnahmen von Polizeibeamtinnen/-beamten» hin. Der Beschwerdeführer ist von konkreten Massnahmen wie der Festnahme und der Beschlagnahmung und Visionierung des Foto- und Videomaterials betroffen gewesen. Diese Massnahmen sind klarerweise mit den Dienstanweisungen in Zusammenhang gebracht worden. Bei dieser Sachlage besteht ein schutzwürdiges Interesse daran, in die Dienstanweisungen Einblick zu nehmen, sei es, um das Vorgefallene nachträglich beurteilen zu können, sei es, um sich in Zukunft bei entsprechenden Gelegenheiten «regelkonform» und ohne Risiko vor weiteren Massnahmen verhalten zu können. Des Weiteren haben die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Kenntnisnahme

der Dienstanweisungen, falls sie diese als verfassungswidrig betrachten und dagegen rechtliche Schritte in Betracht ziehen sollten.« Besondere öffentliche oder private Geheimhaltungsgründe, die gegen eine Einsichtnahme sprechen, wurden keine namhaft gemacht. ■

medialex-2003-56

Keine Gendarstellung mit Unwahrheiten

Bundesgerichtsentscheid vom 29. August 2002 (5C.75/2002)

Das Obergericht des Kantons Zürich verpflichtete die «Bilanz», welche in einer ihrer Ausgaben über die kriminellen Machenschaften zweier Zuger Rechtsanwälte als Verwaltungsräte der L. AG und der L. Pharmaceuticals AG berichtete, zur Veröffentlichung einer Gendarstellung, u. a. mit dem Inhalt, dass die Verträge zwischen der L. AG und der L. Pharmaceuticals AG im wohlverstandenen Interesse der erstgenannten Gesellschaft gewesen seien und ihr dringend benötigte liquide Mittel zugeführt hätten. Eine solche Gendarstellung ist nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht zulässig, da sie nicht den Tatsachen entspricht. Denn das Kantonsgericht Zug gelangte u.a. zur Ansicht, der L. Pharmaceuticals AG sei es mit den erwähnten Verträgen nicht darum gegangen, die L. AG zu sanieren, sondern deren Aktiven ihrem Einflussbereich zu entziehen. «Es kann nicht der Sinn des Rechts auf Gendarstellung sein, Unwahrheiten zu verbreiten, was allerdings nicht heisst, dass der Betroffene den Wahrheitsbeweis zu erbringen hätte. Indessen ist das Medienunternehmen auf Grund von Art. 28h Abs. 2 ZGB befugt, die geforderte Gendarstellung zu verweigern, wenn es sofort und auf unwiderlegbare Art, beispielsweise gestützt auf ein Gerichtsurteil, deren offensichtliche Unrichtigkeit darzutun vermag (zum Ganzen BGE 115 II 113 E. 4a S. 115). Wird - wie hier - die Unrichtigkeit des zur Gendarstellung Gebrachten aus einem Gerichtsurteil abgeleitet, ist nicht erforderlich, dass jene sich schon aus dem Dispositiv ergibt (beispielsweise aus dem Schuldspruch gegen eine Person, die in der verlangten Gendarstellung ihre Unschuld behauptet). Das Gendarstellungsbegehren ist auch dann abzuweisen, wenn auf Grund der allenfalls heranzuziehenden Urteilerwägungen keine vernünftigen Zweifel an der Unrichtigkeit der im Gendarstellungstext enthaltenen Tatsachenbehauptung bestehen können.» ■

REMARQUES:

La publication d'une réponse selon les art. 28 g ss n'est pas comparable à la publication d'un jugement qui établit la vérité. D'ailleurs, les médias sont en droit de le rappeler au bas du texte publié. Ils peuvent aussi déclarer qu'ils maintiennent leur version des faits. Cela ne signifie pas pour autant que les médias sont obligés de publier les pires contre-vérités. Mais ils ne pourront s'opposer qu'aux réponses manifestement inexactes, c'est-à-dire aux réponses qui apparaissent fausses au premier coup d'œil, sans qu'il soit nécessaire de mener toute une procédure de preuves (ATF 115 II 115). Ce n'est pas la première fois que le Tribunal fédéral admet qu'une réponse était manifestement inexacte (cf. ATF 117 II 120, et l'arrêt Mouvement Raëlien suisse contre «La Liberté», du 24 août 1998, *medialex* 1998, p. 225 s.). L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il précise ce qui, dans les écrits judiciaires, peut être utilisé par les médias pour démontrer la fausseté manifeste de l'allégation. En général, la jurisprudence s'appuie sur l'existence ou non d'une condamnation. Mais les cas de figure sont alors différents: il s'agit de dire dans quelle mesure un journaliste est admis à reprocher à un individu de violer la loi pénale. Dans ces cas-là, il est obligé de produire un jugement de condamnation en bonne et due forme s'il veut échapper à des poursuites. En l'espèce, il s'agit d'autre chose. Le reproche porte sur un agissement répréhensible certes – deux administrateurs qui vident une société pharmaceutique de sa substance au profit d'une autre société dont ils sont

propriétaires; mais la question n'est pas de savoir s'il constitue une violation de la loi pénale. La question est de savoir si cet agissement s'est réellement produit, auquel cas l'auteur ne pourra pas prétendre le contraire dans une réponse. Pour trancher la question, on pourra parfaitement se fonder sur les considérants d'un arrêt rendu précédemment par une Cour cantonale; on ne sera pas tenu d'en rester au dispositif.

medialex-2003-56

C'est donc à tort que les juges zurichoïses ont condamné «Bilanz» à publier la réponse des deux administrateurs, même sensiblement écourtée.

Prof. Denis Barrelet, Detligen

Public Relations und Programmrecht

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Dezember 2002 (b. 462)

Die «Tagesschau» von Schweizer Fernsehen DRS strahlte im letzten Sommer einen knapp zweiminütigen Beitrag über In-Vitro-Fertilisation (IVF) aus. Anlass für den Bericht war eine spezielle Kids-Party, in welcher sich ausschliesslich im Reagenzglas gezeugte Kinder und ihre Eltern zu einem Fest trafen. Organisator der Kids-Party war ein spezialisiertes Unternehmen, das kurz zuvor sein erstes IVF-Institut im Kanton St. Gallen eröffnet hatte. In der Beschwerde an die UBI wurde moniert, dass das organisierende Institut nicht namentlich erwähnt worden sei. Dagegen habe die «Tagesschau» das Statement eines Arztes eines Konkurrenten ausgestrahlt.

In ihren Erwägungen stellt die UBI fest, dass «die Kids-Party einerseits ein neueres Phänomen von gesellschaftlicher Bedeutung, nämlich die Erzeugung von Kindern im Reagenzglas auf eindrückliche Weise thematisierte. Andererseits stellte sie aber auch eine PR-Aktion für den Veranstalter und sein neues Institut» dar. Anschliessend weist die UBI auf die Problematik von Public Relations (PR), also professioneller Öffentlichkeitsarbeit, in Bezug auf die Medien hin: «Die Medien nehmen für die PR-Branche eine zentrale Rolle ein, indem sie in idealer Weise die jeweiligen Botschaften einem breiten Publikum vermitteln. Für die Medien kann dies hingegen problematisch sein. Die entsprechenden Informationen sind vielfach einseitig und interessengebunden. Es besteht keine klare Trennung zwischen eigentlicher Information und Werbung.»

In grundsätzlicher Weise äussert sich die UBI im vorliegenden Entscheid zu den programmrechtlichen Leitplanken für Rundfunkveranstalter im Zusammenhang mit PR-Aktionen. «Sie können im Rahmen ihrer Programmautonomie grundsätzlich frei entscheiden, ob sie überhaupt einen Beitrag produzieren und ausstrahlen sowie gegebenenfalls, wie sie über ein Thema berichten wollen. Insbesondere bei der Berichterstattung über Unternehmen bzw. über Produkte oder Produktgruppen ist aber das Verbot von Schleichwerbung zu beachten. Der eigentliche Programmteil darf nicht als Werbeplattform missbraucht werden. So

medialex-2003-57

stellt die wiederholte Nennung eines Produkts in einer Sendung unzulässige Schleichwerbung dar, wenn dies zur Informationsvermittlung nicht erforderlich ist. (...) Hinsichtlich der nicht kommerziellen Information hat der Veranstalter im Rahmen der Grundsätze von Art. 4 RTVG vorab das Sachgerechtigkeitsgebot zu respektieren. Die freie unverfälschte Meinungsbildung des

Publikums gilt es zu bewahren. Die Schaffung von Transparenz über den Ursprung bzw. der Quelle einer Information stellt hierzu ein adäquates Mittel dar.»

In Anwendung dieser Prinzipien argumentiert die UBI, dass die Kids-Party nicht eigentliches Thema des beanstandeten Beitrags bildete. Die Ausstrahlung bezweckte vorab, dem Publikum einen groben Überblick über IVF in der Schweiz zu verschaffen. Obwohl die Namensnennung die Information über die vermittelten Fakten vervollständigt hätte, war es im Rahmen des gewählten Ansatzes nicht notwendig, die Organisatoren dieses Fests zu erwähnen. Auch durch das Statement des Arztes eines Konkurrenzunternehmens ist die freie Meinungsbildung des Publikums nicht verletzt worden. Die Konkurrenzsituation dürfte ohnehin nur Eingeweihten in der betreffenden Region bekannt sein und die Aussagen des Arztes nahmen weder direkt noch indirekt Bezug auf das veranstaltende Institut. Das Sachgerechtigkeitsgebot ist daher nicht verletzt worden und die Beschwerde hat sich als unbegründet erwiesen. ■

Anforderungen an die journalistische Prüfungspflicht

Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2002 (SB020224/U)

Im «SonntagsBlick» Nr. 37 vom 12. September 1999 erschienen zwei Artikel, welche sich mit dem damaligen Finanzdirektor der Expo.01 befassen haben. Im ersten Artikel mit dem Titel «Melkmeister» wird über Aufträge in Millionenhöhe, die der Ankläger eigenen Firmen vergeben haben soll, berichtet. Im zweiten Artikel wird im Wesentlichen behauptet, der Ankläger versteuere seit vier Jahren keinen einzigen Franken, obschon er mit seinen lukrativen Aufträgen Millionen für sich und seine Firma abhole.

Das Obergericht des Kanton Zürich bestätigte das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich und sprach die angeklagten Journalisten frei.

In Bezug auf den Tatbestand der üblen Nachrede (Art. 173 StGB) liess das Obergericht die Journalisten zum Gutgläubensbeweis zu und führt zum Artikel über die Steuersituation des ehemaligen Finanzdirektors, dessen Grundlage ein von den Journalisten vorliegender Steuerausweis der Stadt B. darstellte, folgendes aus: «Der Angeklagte Z war im Besitze einer Büro- und Privattelefonnummer des Anklägers, welche auf die Stadt B. als Wohnsitz hinwies, und hatte überdies Einblick in den Handelsregisterauszug über die Firma A. AG, als deren Präsident des Verwaltungsrates aufgeführt wurde: A., in B. Gestützt auf diese Vorabinformationen, welche ihn schliessen liessen, der Ankläger wohne in B., verlangte er dann bei der Stadt B. einen Steuerausweis, der ihm ohne weiteren Kommentar zugestellt wurde. Auch daraus durften die Angeklagten schliessen, der Ankläger wohne tatsächlich in B., hat doch das Steueramt nicht etwa darauf hingewiesen, dass er in B. nur einen Liegenschaftsbesitz versteuert und den eigentlichen Wohnsitz an einem anderen Ort hat. Dass er tatsächlich in W. wohnte, war beiden Angeklagten nicht bekannt, was auch die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat. Wohl muss beiden Angeklagten vorgehalten werden - was sie im Übrigen selber anerkennen -, insofern nicht sorgfältig genug recherchiert zu haben, als der Angeklagte Z vom Ankläger am 11. September 1999 zwar telefonisch in Erfahrung bringen wollte, weshalb er keine Steuern bezahle, die Angeklagten dann aber den Artikel am 12. September 1999 publiziert haben, ohne eine Antwort des Anklägers auf die Combox-Nachricht des Angeklagten 3 hin abzuwarten. Diese Unterlassung ändert aber nichts daran, dass die Angeklagten insgesamt den Anforderungen an ihre Prüfungspflicht nachgekommen sind.» ■

Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz

Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 10. Dezember 2002 (C1 02 81;nicht rechtskräftig)

Das Kantonsgericht beurteilte die Ausstellung zweier Porträts im Rahmen einer Bildinstallation des Zermatter Künstlers Heinz Julen als widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit der Betroffenen, welche vorgängig nicht um Erlaubnis gefragt worden sind. Nach Ansicht des Gerichts ist auch die verfassungsrechtlich garantierte Kunstfreiheit an den gesetzlichen Persönlichkeitsschutz gebunden, kann aber bei der Prüfung, ob ein überwiegendes Interesse gegeben ist, einbezogen werden. Der von Julen verfolgte Zweck leitete das Gericht aus einem Flugblatt ab. Der darin enthaltene Vorwurf, einer der Betroffenen, Schärer, habe aus Neid und Finanzmacht ein grosses Hotelprojekt in Zermatt scheitern lassen, «ist ehrenrührig und beinhaltet eine persönliche Abrechnung».

Die Porträts zeigten die Betroffenen mit entblösstem Oberkörper. Die Gesichter wurden nach Ansicht des Gerichts «nicht naturgetreu, d.h. nicht fotografisch exakt gemalt». Und doch bleiben sie für Dritte «erkenn- oder zumindest identifizierbar», auch wenn sich die Freundin von Schärer, Bilski, «nicht wiedererkennt bzw. in grotesker Weise überzeichnet sieht...» Aus der Sicht des «Durchschnittsbetrachters» sind die beiden «nicht vorteilhaft dargestellt»: In Farbgestaltung, «entblösster Darstellung», unstimmen Proportionen Oberkörper-Kopf, Körperfülle. Der «durchschnittliche Besucher» müsse Schärer «in bewusst lächerlich machender Weise» und seine Freundin mit einem Busen wahrnehmen, der «entfremdend dargestellt sei». Auf jeden Fall greift die «barbusige Darstellung» in den Privat- oder Intimbereich ein. Die Freundin von Schärer wirkt hier «nicht besonders fraulich»; ihr Gesicht hat «nichts Einnehmendes». Es ist «im Vergleich zum lebenden Vorbild entstellt». Zudem lenkt das Lachen der beiden die Aufmerksamkeit auf die Porträts. Julen hätte Schäriers Freundin «ohne entblössten Oberkörper» und naturgetreuer malen können. Indem er gerade diese Darstellung gewählt habe, setzt er aber die Betroffenen unnötig herab. Zusammenfassend verneinte das Kantonsgericht jegliche Rechtfertigungsgründe. ■

ANMERKUNGEN:

Das Walliser Urteil wirft grundsätzlich zwei Fragen auf: 1. Wie weit reicht das Recht am eigenen Bild? Verbietet es bereits, dass ein Personenbild gemalt wird, ohne dass der Portraitierte einwilligt? Das Urteil zitiert den Bundesgerichtsentscheid «Minelli». Einige Kommentatoren relativieren die Gerichtspraxis freilich zu recht: Es kann doch nicht sein, dass der touristische Fotoschnappschuss, die Künstlerskizze von Personensujets zum Eigengebrauch bereits rechtswidrig sind, wenn der Abgebildete nicht zustimmt! Wer sich zeigt, muss auch in Kauf nehmen, dass er wahrgenommen und abgebildet wird. Natürlich sind dann Verbreitung und Kommerzialisierung des Abbilds zustimmungsbedürftig (So MARC BÄCHLI, «Das Recht am eigenen Bild», Basel 2002, mit Verweisen).

2. Wenn das Bundesgericht in «Minelli» zuerst das absolute Recht am eigenen Bild bestätigte, erlaubte es der «Weltwoche» doch anschliessend die Verbreitung eines Fernseh-Stills von Minelli. Denn es billigte der Zeitung den Rechtfertigungsgrund des Informationsinteresses an der relativ prominenten Person Minelli zu. Schärer und Bilski haben erst als Bauherren, dann als Protagonisten des Zermatter Hotelstreits ebenfalls relative Bekanntheit erlangt, Interviews

gegeben, Berichte alimentiert. Dazu käme hier Julens Anspruch auf künstlerische Bewältigung einer einschneidenden Episode seiner Biografie (Kunsthfreiheit, BÄCHLI S. 111). Ist die Privatsphäre von Schärer und Bilski derart schwer verletzt, dass dies die beiden Rechtfertigungsgründe überwiegt? Das Walliser Gericht hat Julens Rachedurst aus einem Flugblatttext ableiten wollen; solcher Animus taugt nicht als Rechtfertigungsgrund. Aber es hat es unterlassen, die Installation als stilistisch geschlossenes Ganzes mit 30 Bildern zu sehen. In ihr teilt sich das Bemühen eines Künstlertemperaments mit, das eigene Erlebnis in einem Kraftakt – des Gruppenbildes – zu verarbeiten. (Auf das künstlerische Gelingen kommt es dabei nicht an). Leicht verfremdete, lächelnde Gesichter und die Zuordnung einer erkennbar typisierten weiblichen Brusthälfte kann kaum als schwere Persönlichkeitsverletzung gelten, zumal wenn nicht der überständige «Durchschnittsbetrachter», sondern der kunstinteressierte Rezipient beigezogen wird. Relativ prominente Personen müssen in der Güterabwägung auch Betroffenheit hinnehmen, weil Selbst- und Fremdbild auseinanderklaffen (BGE 95 II 493 f). Nur noch peinlich mutet der Versuch des Walliser Gerichts an, Julen eine freundlich-naturalistische Malweise beliebt zu machen.

Dr. iur. Peter Studer, Rüşchlikon

Professor an der Universität Luzern

Die Recherche beschränkt sich auf Entscheidungen zu Bestimmungen des Schweizer Radio-, Fernseh- und Fernmelderechts (einschliesslich menschenrechtliche Fragen), die im Zeitraum zwischen der Kommunikationsrechtstagung vom 17.10.2000 und dem 1.12.2002 in schweizerischen Fachzeitschriften publiziert worden sind.

I. Rundfunk

1. **Bröckelndes ORF-Monopol (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 21.9.2000 [Tele 1 c. Österreich]; *medialex* 2000, 223 f.; AJP/PJA 2001, 72 ff.; plädoyer 2000, 72).
2. **Citation d'un article diffamatoire dans une émission de radio (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 29.3.2001 [Thoma c. Luxembourg]; *medialex* 2001, 99 ff.; plädoyer 2001, 63; AJP/PJA 2001, 1091; JAAC 65/2001 Nr. 141).
3. **Kein Eintreten auf SRG-Beschwerde (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 12.4.2001 [Kassensturz: Contrasmmerz]; *medialex* 2001, 101 ff.).
4. **Bundesgericht hätte Werbespot prüfen müssen (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 28.6.2001 [Verein gegen Tierfabriken c. Schweiz]; *medialex* 2001, 158 ff.; VPB 65/2001 Nr. 119; plädoyer 2001, 66).
5. **Benutzungsgebühren sind nicht geschuldet, wenn abstrakte Benutzungsmöglichkeit fehlt (Art. 43 Abs. 2 lit. b RTVG).** (Bundesgericht, 17.4.2000 [Tele-Rätia]; *medialex* 2000, 216 ff.).
6. **Le public n'a pas pu former son opinion (art. 4 LRTV).** (Tribunal fédéral, 21.11.2000 [L'honneur perdu de la Suisse]; *medialex* 2001, 39 ss.; sic! 2001, 114 ss.; AJP/PJA 2001, 834).
7. **Exonération de la redevance de réception radio-TV (art. 8 Cst. et 46 ORTV).** (Tribunal fédéral, 5.1.2001 [Viquerat]; *medialex* 2001, 37 s.).
8. **Zulässigkeit von Unterbrecherwerbung: Spannungsbogen der Sendung entscheidend (Art. 18 Abs. 2 RTVG, Art. 14 EÜGF).** (Bundesgericht, 13.2.2001 [TV3: Fohrlor live]; *medialex* 2001, 111; sic! 2001, 198 ff.; AJP/PJA 2001, 834; BGE 127 II 79).
9. **Abbau der Informationsleistungen konzessionswidrig (Art. 18 RTVG, Art. 2 lit. a und b Konzession TV3).** (Bundesgericht, 30.4.2001 [TV3: Informationsauftrag]; *medialex* 2001, 108 ff.; sic! 2001, 401 ff.).
10. **Pas de sévérité élevée pour la chronique parlementaire (art. 4 LRTV).** (Tribunal fédéral, 5.7.2001 [TSI: II Regionale]; *medialex* 2001, 239).
11. **Kostspieliges Verpassen einer Rekursfrist (Art. 11 Ziff. 2 EÜGF, Art. 15 Abs. 1 lit. d RTVV).** (Bundesgericht, 2.8.2002 [Werbespot: Feldschlösschen]; *medialex* 2002, 219).

12. Abgewiesenes Revisionsgesuch wegen Nichtausstrahlung eines Werbespots (Art. 10 EMRK). (Bundesgericht, 29.4.2002 [Verein gegen Tierfabriken]; *medialex* 2002, 157 f.).

13. Unzulässige Set-Top-Box (Art. 11 Abs. 1 Buchstabe a RTVG). (Bundesrat, 5.6.2001 [Teleclub: d-Box]; *medialex* 2001, 177 f.).

14. Beschränkte Verbreitung von Lokalradioprogrammen über Satellit (Art. 21 ff. RTVG). (Bundesrat, 3.7.2001 [Lokalradio: Hotbird3]; *medialex* 2001, 176; VPB 65/ 2001 Nr. 115).

15. Gesponserte Zeitangabe mit Werbecharakter (Art. 19 RTVG). (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 26.3.2001 [SF DRS: Europay]; *medialex* 2001, 172 ff.).

16. Keine verbotene Alkoholwerbung (Art. 18 Abs. 5 RTVG, Art. 15 Abs. 1 lit. b RTVV). (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 26.3.2001 [SF DRS: Kirschstengel]; *medialex* 2001, 172 f.).

17. Unzulässiges Sponsoring einer News-Sendung (Art. 19 RTVG und 16 RTVV). (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 16.5.2001 [Tele Tell: Sponsoring]; *medialex* 2001, 176).

18. Unzulässige Unterbrecherwerbung während Nachrichtensendung (Art. 18 Abs. 2 RTVG). (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 16.5.2001 [Tele Tell: Unterbrecherwerbung]; *medialex* 2001, 175).

19. Verbotene Schleichwerbung (Art. 18 Abs. 1 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV). (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 16.5.2001 [Tele 24: Mister-Schweiz-Wahl]; *medialex* 2001, 170 ff.).

20. Pas de droit à l'antenne (art. 18 al. 2 LRTV, art. 93 al. 3 Cst.). (Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, 21.12.2001 [Sauver le pied du Jura]; *medialex* 2002, 49 ff.).

21. Splitscreen-Werbung verstösst gegen Trennungsgebot (Art. 18 Abs. 1 RTVG, Art. 12 Abs. 1 RTVV, Art. 14 EÜGF). (Bundesamt für Kommunikation, 13.12.2001 [TV3: Splitscreen]; sic! 2002, 160 f.).

22. Gewalt in Kinderprogrammen (Art. 6 Abs. 1, 2. Satz RTVG und Art. 7 Ziff. 2 EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für

medialex-2003-59

Radio und Fernsehen, 4.5.2001 [SF2: Nickelodeon]; *medialex* 2001, 113).

23. Droit à l'oubli et présomption d'innocence (art. 4 LRTV). (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, 24.8.2001 [TSI: Baragiola]; *medialex* 2001, 241).

24. Programmrecht und Jugendschutz (Art. 6 Abs. 1 RTVG und Art. 7 Ziff. 2 EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 24.8.2001 [SF2: OOPS]; VPB 66/2002 Nr. 17).

25. Gewaltdarstellungen in Nachrichtensendungen (Art. 6 Abs. 1 RTVG und Art. 7 Ziff. 1 Bst. b EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 18.10.2001 [SF DRS: Tagesschau]; VPB 66/2002 Nr. 49).

26. Sex-Marathon im Fernsehen (Art. 6 Abs. 1, 2. Satz RTVG und Art. 7 Ziff. 1 EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 15.3.2002 [SF DRS: Delikatessen]; *medialex* 2002, 102 f.).

27. Grundsatz der Anonymisierung (Art. 4 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 RTVG, Art. 7 Ziff. 1 EÜGF, Art. 15 Abs. 2 RTVV). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 15.3.2002 [Tele Basel: Streit im Rotlichtmilieu]; *medialex* 2002, 103).

28. Reportage télévisé unilatéral (art. 4 LRTV). (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, 21.6.2002 [TSI: ACUSA]; *medialex* 2002, 221 f.).

29. Satire verletzt religiöse Gefühle (Art. 6 Abs. 1 RTVG und Art. 7 Ziff. 2 EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 23.8.2002 [SF DRS: Kassensturz]; *medialex* 2002, 221).

30. Keine Frauenquoten im Fernsehen (Art. 6 Abs. 1 RTVG und Art. 7 Ziff. 1 Bst. b EÜGF). (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 23.8.2002 [SF DRS: Arena]; *medialex* 2002, 221).

II. Telekommunikation

1. Saisie des télécopieurs, blocage des raccordements à la messagerie électronique et à Internet (art. 10 CEDH). (Cour européenne des droits de l'homme, 18.1.2001 [Ahmed Zaoui c. Suisse]; JAAC 65/2001 Nr. 139).

2. Pflicht der Internetprovider zur Auskunfterteilung über E-Mail-Verkehr folgt aus Fernmeldegesetz (Art. 44 FMG). (Bundesgericht, 7.11.2000 [Swiss Online]; *medialex* 2001, 46; sic! 2001, 23 f.).

3. Bemessung von Verwaltungssanktionen im Fernmelderecht (Art. 59 Abs. 2 und 60 Abs. 1 FMG). (Bundesgericht, 22.11.2000 [Starfon AG]; *medialex* 2001, 106 f.).

4. Fixe Preisobergrenzen in Swisscom-Telefonkabinen gelten auch gegenüber Konkurrenten (Art. 16 Abs. 1 FMG und Art. 23 Abs. 1 FDV). (Bundesgericht, 8.12.2000 [Swisscom c. ComCom]; BGE 127 II 8; *medialex* 2001, 46 f.; sic! 2001, 194 ff.).

5. Vorläufig kein Wettbewerb auf der «letzten Meile» (Art. 3 lit. e und 11 FMG, Art. 43 ff. FDV). (Bundesgericht, 13.3.2001 [Swisscom c. TDC Switzerland]; BGE 127 II 132; *medialex* 2001, 112).

6. Vorsorgliche Massnahmen bei Mobilterminierung abgelehnt (Art. 11 FMG und Art. 44 FDV). (Bundesgericht, 24.7.2001 [Swisscom c. TDC Switzerland]; *medialex* 2001, 226 ff.; sic! 2001, 723 ff.).

7. Keine gesetzliche Grundlage für Entbündelung der letzten Meile (Art. 3 lit. e und 11 FMG, Art. 43 ff. FDV). (Bundesgericht, 3.10.2001 [Commcare c. Swisscom]; *medialex* 2002, 33 ff.; sic! 2002, 18 ff.; ZBI 2002, 224 ff.).

8. Drohender irreversibler Nachteil rechtfertigt vorsorgliche Verfügung von Interkonnektionspreisen (Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 29.4.1998 [Newtelco c. Swisscom]; VPB 65/2001 Nr. 27).

9. Keine vorsorglichen Massnahmen bei bestehendem Interkonnektionsvertrag (Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 18.9.1998 [Primat des Interkonnektionsvertrags]; VPB 65/2001 Nr. 28).

10. Keine vorsorglichen Interkonnectionsmassnahmen bei bestehendem Wholesale-Mietleitungsangebot der Swisscom (Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 28.6.1999 [Mietleitungen: Wholesaleangebot der Swisscom]; VPB 65/2001 Nr. 29).

11. Widerstand der Bevölkerung gegen Mobilfunkantennen als Grund für Änderung einer Mobilfunkkonzession (Art. 10 Abs. 1 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 23.3.2000 [Widerstand gegen Mobilfunkantennen I]; VPB 65/2001 Nr. 25).

12. Keine Änderung der Mobilfunkkonzession bei vermeidbarer Verzögerung des Netzaufbaus (Art. 10 Abs. 1 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 27.3.2000 [Widerstand gegen Mobilfunkantennen II]; VPB 65/2001 Nr. 26).

13. Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen bei gescheiterten Interkonnectionsverhandlungen (Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission 16.8.2000 [Interkonnectionsvoraussetzungen]; VPB 65/2001 Nr. 65).

14. Mietleitungen unterliegen dem Interkonnectionsregime (Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 2.10.2000 [Commcare c. Swisscom]; *medialex* 2000, 218 ff; sic! 2001, 19 ff.; AJP/PJA 2001, 209).

15. Keine Entbündelung der letzten Meile (Art. 3 lit. e und Art. 11 FMG). (Eidgenössische Kommunikationskommission, 5.2.2002 [Sunrise c. Swisscom]; *medialex* 2002, 50; sic! 2002, 331 ff.)

1. Fragen der Werbung im Fernsehen (Entscheide I/4, I/12, I/19, I/21)

Wie bereits in früheren Jahren veranlassten auch im Zeitraum dieses Berichts neue Fragen der Werbung im Fernsehen Gerichte und Behörden zu einer Weiterentwicklung ihrer rundfunkrechtlichen Praxis. Besonderes Aufsehen erweckten die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesgerichts in Sachen «Verein gegen Tierfabriken». Ausgangspunkt dieses nun bereits Jahre dauernden Streits war die Weigerung der SRG, einen Werbespot von Erwin Kesslers Verein gegen Tierfabriken über die quälende Schweinehaltung auszustrahlen. Mit Urteil vom 4. Juli 2001 (Entscheid I/4) verurteilte der EGMR die Schweiz wegen Verletzung von Art. 10 EMRK (vgl. dazu ausführlich D. BARRELET in: *medialex* 3/2001, 159 f. und *medialex* 3/2002, 143 ff.). Der Gerichtshof hielt fest, dass sich das Bundesgericht in seinem Urteil vom 20. August 1997 (BGE 123 II 402) zwar ausführlich mit den Gründen auseinandersetzte, die für ein generelles Verbot politischer Werbung in den Programmen von Radio und Fernsehen sprechen, es aber unterliess, überzeugend zu zeigen, weshalb die erwähnten Gründe den **konkret** zur Diskussion stehenden Werbespot verböten. Der EGMR schloss jedoch explizit nicht aus, dass ein Verbot politischer Werbung in bestimmten Situationen mit Art. 10 EMRK vereinbar sein kann. Stets müssten jedoch relevante und hinreichende Gründe für einen konkreten Eingriff vorliegen. Deshalb hätte das Bundesgericht das Verbot des fraglichen Werbespots nicht ohne inhaltliche Prüfung desselben billigen dürfen. Damit bemängelte der EGMR zu Recht, dass sich das Bundesgericht nicht die Mühe nahm, den Spot inhaltlich zu prüfen und darzutun, weshalb bestimmte Tonbild- oder Textsequenzen dem Schweizer Programmrecht zuwiderliefen. In seinem Revisionsurteil vom 29. April 2002 (Entscheid I/12) setzte sich das Bundesgericht mit diesem Untermass-Vorwurf des EGMR nicht explizit auseinander. Es zog sich

auf den Standpunkt zurück, dass ohnehin keine Rechtsgrundlage existiere, die ihm erlaubt hätte, die Ausstrahlung des Spots im Rahmen eines rundfunkrechtlichen Verfahrens anzuordnen, und lehnte das Revisionsgesuch des Vereins gegen Tierfabriken ab. Den Gesuchsteller vertröstete es mit dem Hinweis, dass es ihm offen stehe, den Anspruch auf Ausstrahlung seines Werbespots auf zivilrechtlichem Weg durchzusetzen. Den Anliegen von Art. 10 EMRK könne dann im Rahmen von Art. 35 BV Rechnung getragen werden.

Der Entscheid I/19 bot dem UVEK Gelegenheit zu klären, wo die Grenze zwischen zulässigem «Product Placement» und verbotener Schleichwerbung verläuft. Konkret ging es um eine im Vorfeld der Mister-Schweiz-2000-Wahl ausgestrahlte Sendung von Tele 24. In einer der zwei vom UVEK beanstandeten Sequenzen schwenkte die Kamera auf die Gruppe der Mister-Schweiz-Kandidaten, die sich an einem Swimmingpool sonnten. Zwischen den Liegestühlen

medialex-2003-60

waren drei Spielbälle mit der Aufschrift «Nivea» zu sehen. Die «Nivea»-Bälle fielen besonders auf, weil sie auf Kübel und kleine Podeste gestellt waren. Dieser Sachverhalt sei als Product Placement zu beurteilen. Solches sei zulässig, sofern die als Requisiten verwendeten Markenprodukte in den natürlichen Handlungsablauf der Sendung, d.h. in deren Dramaturgie, eingebunden sind. Hingegen verletze die Plazierung eines Produkts in einer Sendung das Verbot von Schleichwerbung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 RTVV, wenn dessen Darstellung aufgesetzt oder gar aufdringlich wirkt. Das UVEK fand, dass in concreto der Eindruck einer für Werbezwecke gestellten Szene entstanden sei und stellte unter Würdigung der Sendung als Ganzes eine Verletzung des Verbots schleicher Werbung fest. Obwohl diesem Schluss zuzustimmen ist, befriedigt die Begründung nicht ganz, zumal sie von der bestehenden UBI-Praxis zum Tatbestand der Schleichwerbung abweicht, ohne sich damit auseinanderzusetzen. Die UBI lässt werbende Hinweise im Programmteil nämlich nur dann zu, wenn diese **notwendig** sind, um den programmlichen Zweck der Sendung zu verwirklichen (vgl. UBIE vom 10.3.2000 i.S. Kassensturz/Saldo, *medialex* 2000, 112 und den Kommentar von C.B. GRABER in *medialex* 2001, 50 f.). Durch diese Diskrepanz in der Rechtsprechung zweier Behörden entsteht eine für die Werbewirtschaft unerwünschte Rechtsunsicherheit.

Im Entscheid I/21 äusserte sich das BAKOM erstmals zur Splitscreen-Werbung und stellte fest, dass diese unzulässig ist. In seiner Begründung erinnerte es daran, dass im Schweizer Rundfunkrecht dem Gebot der Trennung von Werbung und Programm (Art. 18 Abs. 1 RTVG) höchste Bedeutung zukommt. Deshalb hatte der Ordnungsgeber eine räumliche und zeitliche Trennung von Werbung und redaktionellem Programm vor Augen, als er in Art. 12 Abs. 1 RTVV festhielt, dass Beginn und Ende der Werbung klar gekennzeichnet sein müssen. Überzeugend folgerte das BAKOM, dass Splitscreen-Werbung Art. 12 Abs. 1 RTVV in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 RTVG verletzt, weil sie zumindest die zeitliche Voraussetzung nicht erfüllt.

2. Bedeutung des Zielpublikums einer Sendung (Entscheid I/24 und I/29)

Im Entscheid I/24 stellte die UBI fest, dass das Tragen eines Shirts mit dem Aufdruck «Motherfucker» durch die Moderatorin der auf SF2 ausgestrahlten Jugendsendung «Oops» weder als Verstoss gegen die öffentliche Sittlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RTVG noch gegen die Bestimmungen des Jugendschutzes gemäss Art. 7 Ziff. 2 EÜGF zu werten ist. Bei der Beurteilung der Wirkung der Sendung stellte die UBI auf das von «Oops» angepeilte Zielpublikum der jugendlichen Zuschauerinnen und Zuschauer ab. Sie stellte fest, dass dieses Zielpublikum den Kraftausdruck «Motherfucker» nicht im wörtlichen Sinne, sondern als Slangausdruck verstehe. Damit falle aber eine Verletzung der Programmrechtsbestimmungen zur öffentlichen Sittlichkeit und zum Jugendschutz ausser Betracht. In sonderbarem Kontrast zu dieser ständiger Praxis entsprechenden Beurteilungsperspektive entschied die UBI im Entscheid I/29, dass die Sendung «Kassensturz» mit einem satirischen Beitrag über frühere Swissair-Exponenten, denen ein Pfarrer namens Nachlassius Stundus die Beichte abnimmt, die religiösen Gefühle gläubiger Katholiken verletzt habe. Der von einem Schauspieler verkörperte und mit Kruzifix und weiteren Insignien eines katholischen Würdenträgers ausgestattete Pfarrer habe während der Beichte Pommes Chips gemampft und wiederholt aus einem Messkelch getrunken und damit eines der sieben Sakramente der römisch-katholischen Kirche ins Lächerliche gezogen. Im Unterschied zu der im Entscheid I/24 gewählten Methode nahm die UBI nicht das Zielpublikum von «Kassensturz»-Sendungen zum Massstab ihrer Beurteilung, sondern die Empfindlichkeit von Angehörigen des katholischen Glaubens. Sie hielt fest, dass bezüglich der Frage, ob die Sendung religiöse Gefühle verletzt habe, «auf die dem betreffenden Glauben zugehörige Zuschauerschaft» abzustellen sei. Diese Argumentation setzt sich erstens dem Vorwurf der Inkonsistenz aus, weil sie im Zusammenhang von religiösen Gefühlen - ohne dies besonders zu begründen - eine andere Beurteilungsperspektive wählt, als in allen anderen Fragen. Zweitens privilegiert die UBI durch die gewählte Perspektive die Anliegen der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Sinne von Art. 15 BV in der Güterabwägung mit jenen der freien Meinungsäusserung (Satire ist grundrechtlich sowohl durch Art. 16 als auch Art. 21 BV geschützt) a priori, ohne dass dies durch die Verfassung gedeckt wäre. Hätte die UBI das Zielpublikum von «Kassensturz»-Sendungen zum Prüfungsmassstab gewählt, hätte sie sich fragen müssen, ob satirische Beiträge regelmässiger Bestandteil dieses Sendegefässes sind. Bejahendenfalls hätte sie dann eine entsprechend determinierte Erwartungshaltung des Zielpublikums zur Basis für die Prüfung nehmen müssen, ob der gewählte Beitrag die religiösen Gefühle des gläubigen Teils der «Kassensturz»-Zuschauer verletzte.

3. Schärfere Konturen des Anonymisierungsgrundsatzes (Entscheid I/27)

Wenn in Radio- und Fernsehen über laufende Gerichtsverfahren berichtet wird, besteht für die Programmverantwortlichen häufig Unsicherheit darüber, wann sie den Namen eines Angeschuldigten nennen dürfen und wann sie zur Anonymisierung verpflichtet sind. Während die bisherige Praxis zur Programmaufsicht hier nicht sehr hilfreich war, gibt die UBI dem Anonymisierungsgrundsatz mit dem Entscheid I/27 nun Konturen. Auszugehen ist von einer Abwägung zwischen dem gegen die Anonymisierung sprechenden öffentlichen Interesse, das sich mit der Kontrollfunktion der Medien verbindet, und dem gegenläufigen individuellen Interesse des Angeschuldigten auf Schutz von Privatsphäre und Menschenwürde. Das öffentliche Interesse

überwiegt in der Regel dann, wenn es sich beim Angeschuldigten um eine Person handelt, die eine öffentliche Funktion wahrnimmt oder allgemein bekannt ist, vorausgesetzt, dass die in der Sendung thematisierten Vorwürfe

medialex-2003-61

im Zusammenhang mit dieser Funktion oder Bekanntheit stehen. «Falls die Anschuldigungen nicht bereits Teil eines laufenden Gerichtsverfahrens sind, müssen sie von einer solchen Tragweite sein, dass sie allenfalls in ein solches münden könnten. Bei laufenden Verfahren kann, aufgrund der in der Regel damit verbundenen Verdachtsmomente, ein solches überwiegendes Interesse angenommen werden.»

4. Neue Praxis für Legitimation zur Betroffenenbeschwerde (Entscheid I/29)

Die Tatsache, dass ein Beschwerdeführer als katholischer Priester arbeitet, verleiht diesem nicht schon aus diesem Grund die Legitimation zur Betroffenenbeschwerde bei Sendungen, die religiöse Gefühle tangieren könnten. Dies hat die UBI in zu begrüssender Änderung ihrer bisherigen Praxis zu den Legitimationsvoraussetzungen zur Betroffenenbeschwerde festgestellt. Verallgemeinernd kann daraus geschlossen werden, dass eine berufliche Funktion allein noch keine «enge Beziehung» zum Gegenstand einer Sendung i.S.v. Art. 63 Abs. 1 lit. b RTVG vermittelt.

5. Zugangsprobleme im Pay-TV (Entscheid I/13)

Eine allzu strikte Trennung zwischen dem Recht der Inhalte und dem Recht der Infrastruktur wäre im Bereich der elektronischen Kommunikation eine künstliche, weil angesichts der Konvergenz von Medien, Computertechnologie und Fernmeldewesen Engpässe in der Infrastruktur häufig auch den Zugang zur Information beschränken. Das stellt besondere Anforderungen an die fachbereichsübergreifende Kompetenz von Behörden. Ein Beispiel hierfür ist der Entscheid I/13 vom 5. Juni 2001 i.S. Teleclub, womit der Bundesrat die Verfügung des UVEK vom 9.11.1999 bestätigte und feststellte, dass es zulässig sei, ein Gesuch der Teleclub AG zur Konzessionsänderung nur unter der Auflage gutzuheissen, dass der Teleclub anstelle der proprietären d-Box eine Set-Top-Box mit einer offenen Schnittstelle einsetzt. Ausgangspunkt des Gesuchs war die Absicht der zur Kirch-Gruppe gehörenden Teleclub AG, das in der Schweiz produzierte Teleclub-Signal inskünftig nicht mehr analog, sondern digital über die Satelliten Astra 1E oder Astra 1F zu verbreiten. Das eigentliche Problem dieses Falles lag jedoch nicht in der Satellitenübertragung, sondern in der d-Box, die der Teleclub seinen Abonnenten zur Umwandlung des digitalen Signals des Satelliten in ein analoges Signal für den Fernseher gratis abgab. Die von einer Tochtergesellschaft der Kirch-Gruppe produzierte d-Box verwendete ein geschlossenes Verschlüsselungssystem, das im Pay-TV-Bereich bloss den Empfang jener Programme zulässt, die, wie die Teleclub-Programme, den gleichen Verschlüsselungscode wie die Kirch-Gruppe

einsetzen. Wenn dies nicht der Fall ist, müssen die Fernsehkonsumenten eine zusätzliche Set-Top-Box erwerben. Der Bundesrat erkannte, dass die Verwendung der d-Box den Marktzugang bestimmter Anbieter verbarriadiert hätte, weil die Konsumenten nicht bereit sind, mehrere Decoder zu kaufen. Damit hätte die d-Box die Angebots- und Meinungsvielfalt sowie den Integrationsauftrag des Fernsehens gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b RTVG gefährdet. Der Integrationsauftrag setzt voraus, dass die Bevölkerung einer Sprachregion auch Zugang zu den Programmen der anderen Sprachregion hat. Dieses Ziel würde durch geschlossene Standards vereitelt, zumal diese zu Marktsegmentierungen führen. Dank dem weitsichtigen Entscheid des Bundesrates konnte rechtzeitig die entscheidende Weiche zu Gunsten eines vielfältigen Programmangebots gestellt werden. Die dem Entscheid zugrundeliegenden Prinzipien wurden nun auch in den Entwurf des Bundesrates für ein revidiertes RTVG vom Dezember 2002 übernommen, wo die «Gate Keeper»-Problematik im Kapitel «Aufbereitung von Programmen» (Art. 71-73) ausführlich geregelt ist. Der Teleclub war durch den bundesrätlichen Entscheid gezwungen, eine neue Box mit offenem Standard zu finden, bevor er im Mai 2002 sein digitales Angebot auf dem Markt einführen konnte. Wie schwierig es ist, den sich entwickelnden Pay-TV-Markt für alle Akteure offen zu halten, zeigte sich kurz darauf, als ruchbar wurde, dass Cablecom und Swisscable den Anschluss der neuen Teleclub-Box behinderten. Kraft ihrer marktbeherrschenden Stellung war es der Cablecom möglich, dem Teleclub den Zugang zum Kabelnetz zu verstellen und ihr eigenes Angebot zu bevorzugen. Nun lag der Ball bei der Wettbewerbskommission (WEKO), die erfreulicherweise am 23. September 2002 die Cablecom mittels vorsorglicher Massnahmen verpflichtete, das digitale Teleclub-Programm sofort aufzuschalten. In einer gleichzeitig eingeleiteten Untersuchung will die WEKO nun detailliert prüfen, inwieweit das Verhalten der Cablecom gegen das Kartellgesetz verstösst.

6. Unbundling of the Local Loop (Entscheide II/5, II/7, II/14 und II/15)

Die Entbündelung der letzten Meile war die am heissesten diskutierte Frage im Schweizer Telekommunikationsrecht der letzten beiden Jahre. Im Februar 2002 (Entscheid II/15) lehnte die Kommunikationskommission (ComCom) ein Entbündelungsgesuch der TDC Switzerland AG (bekannter unter dem Markennamen Sunrise) ab. Sunrise hatte alle drei Varianten der Entbündelung (full -, shared line - und bitstream acces) verlangt. Die ComCom hielt sich in diesem Entscheid ausdrücklich an die vom Bundesgericht im Urteil Commcare c. Swiscom (Entscheid II/7) getroffenen Gewichtungen. Jenem Bundesgerichts-Urteil vom 3. Oktober 2001 kam eine besondere Resonanz auch in den Massenmedien zuteil, weil es Commcare den entbündelten Zugang zum Telefonortsnetz der Swiscom verweigerte. Commcare musste kurze Zeit später Konkurs anmelden. Das Bundesgericht begründete sein Urteil damit, dass keine genügende gesetzliche Grundlage bestehe, um die Entbündelung den Interkonnektionsregeln des Fernmelderechts zu unterstellen. Auch das WTO-Recht sei nicht geeignet, direkt anwendbare Verpflichtungen zur Entbündelung zu begründen. Zumindest im letzten Punkt liegt das Bundesgericht falsch: Aus einem Anhang zur Schweizer

WTO-Verpflichtungsliste betreffend Marktzutritt und Inländerbehandlung im Sektor Telekommunikationsdienste geht nämlich die Verpflichtung hervor, die Interkonnektion an jedem technisch möglichen Punkt (Anschlussnetze sind nicht ausgenommen) zu transparenten und kostenorientierten Preisen zu gewähren und die Entbündelung sicherzustellen. Das Bundesgericht liess die Frage der direkten Anwendbarkeit dieser Bestimmungen mit der Begründung offen, dass die Vorschriften des GATS (Dienstleistungsabkommen der WTO) ohnehin zu vage seien, um daraus ein subjektives Recht auf Entbündelung oder Interkonnektion abzuleiten. Das überzeugt nicht, denn der massgebliche Eintrag in der Schweizer Verpflichtungsliste ist nicht nur ein Programmartikel, der die Materie bloss in Umrissen regelt, sondern es wird darin klar und hinreichend bestimmt die Pflicht zur Gewährleistung der Entbündelung ebenso wie der Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen festgehalten. Diese Pflichten bedürfen keiner Umsetzung in staatliches Recht, um von einer Behörde oder einem Gericht angewendet werden zu können. Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, welche Lehre und Praxis in der Schweiz an die direkte Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm knüpfen.

7. Widerstand der Bevölkerung als Rechtfertigung für verzögerten Mobilnetzaufbau? (Entscheide II/11 und II/12)

Mobilfunkkonzessionen sind regelmässig mit Versorgungspflichten verbunden, welche die Konzessionärin u.a. dazu verpflichten, den Netzaufbau innerhalb eines etappierten Zeitplanes zu verwirklichen. Angesichts des teilweise unerwartet grossen Widerstands der Bevölkerung gegen den Bau von Mobilfunkantennen waren verschiedene Konzessionärinnen nicht in der Lage, den gebotenen Zeitplan einzuhalten und ersuchten die ComCom um eine entsprechende Änderung ihrer Konzession im Sinne von Art. 10 Abs. 1 FMG. Die ComCom bewilligt eine Konzessionsänderung in solchen Fällen, falls die Konzessionärin nachweisen kann, dass sie die Versorgungspflichten aus Gründen nicht mehr erfüllen kann, die ausserhalb ihres Einflussbereiches liegen. Dazu muss die Gesuchstellerin schlüssig nachweisen, dass sie jeden Versuch unternommen hat, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Im Entscheid II/11 erachtete die ComCom diese Voraussetzungen als erfüllt, weil die Verzögerung vor allem durch die Überforderung und mangelnde Sachkompetenz der kommunalen Behörden, die Befürchtungen in Gemeinden und in der Bevölkerung und lange Bearbeitungszeiten bei Anfragen an andere Mobilfunkbetreiberinnen zur gemeinsamen Nutzung von Standorten (Site-Sharing) bedingt waren. Im Entscheid II/12 jedoch lehnte die ComCom ein entsprechendes Gesuch ab, weil die Konzessionärin zu spät mit Informationsveranstaltungen auf Ängste in der Bevölkerung reagierte und sich zu wenig dezidiert um Site-Sharing mit allen anderen Konzessionärinnen bemühte. Obwohl die Gesuchstellerin durch die Verzögerung im Netzaufbau die Konzession verletzt hatte, verzichtete die ComCom darauf, Massnahmen gemäss Art. 58 Abs. 2 FMG zu verhängen, die von der Aufforderung, den Mangel zu beheben, bis zum Entzug der Konzession gehen können. Die ComCom begründete den Verzicht auf Aufsichtsmaßnahmen mit dem etwas hilflosen Argument,

dass es im eigenen Interesse der Konzessionärin liege, möglichst schnell eine grosse Abdeckung zu erreichen. ■

medialex-2003-63

MSc Econ., lic rer.pol., Swisscom Fixnet AG, Bern

Fürsprecher LL.M., Swisscom AG, Bern

Christian Bovet und Pranvera Këllezi geben in medialex 4/02, S. 196 ff., einen Überblick über die Regulierungsinstrumente im Wettbewerbs- und Fernmelderecht für Eingriffe in die Telekommunikationsmärkte. Leider wird die Voraussetzung für solche Eingriffe, nämlich die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, kaum behandelt. Die beabsichtigte Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs bzw. der geplante Ausbau der Regulierungsinstrumente in den laufenden Revisionen des Kartellgesetzes (KG) und des Fernmeldegesetzes (FMG) würden das Risiko von Regulierungsfehlern erhöhen.

Regulatorische Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit von Unternehmen werden oft mit dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der betroffenen Unternehmen begründet (vgl. z.B. die Auflagen für marktbeherrschende Unternehmen [Art. 7 KG] oder die Interkonnektionsverpflichtungen [Art. 11 Abs. 1 FMG]) im Telekommunikationsbereich. Für die Beurteilung der Marktbeherrschung orientiert sich das KG und davon abgeleitet auch das FMG am Konzept des wirksamen Wettbewerbs. Leitgedanke ist, dass wirksamer Wettbewerb zu statischer (optimales Preis-Leistungsverhältnis) und zu dynamischer Effizienz (optimales Investitionsniveau) führt. Die Beurteilung der Wirksamkeit des Wettbewerbs muss sich dabei an den Marktergebnissen, wie Preisen, Qualität, Innovations- und Investitionsverhalten, orientieren. Strukturmerkmale wie Anzahl Unternehmen oder deren Marktanteile sind für diese Beurteilung hingegen ungeeignet (vgl. Botschaft zum KG, BBl 1995 I 513). Regulierungseingriffe beeinträchtigen die dynamische Effizienz, indem sie die Investitionsanreize aller Wettbewerber verändern: verpflichtete Unternehmen halten sich mit Investitionen (z.B. in Infrastrukturen oder Innovationen) zurück, weil eine Regulierung die erwarteten Erträge einer Investition reduziert; potentiell berechnigte Wettbewerber verlieren Investitionsanreize, da sie erwarten, ohne eigenes Investitionsrisiko die fraglichen Dienste von den verpflichteten Unternehmen unter den ökonomischen Kosten zu erhalten.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht kommt der Annahme wirksamen Wettbewerbs bzw. der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung somit eine zentrale Bedeutung zu. Dabei muss die Beurteilung vorab aus der Optik des Endkunden und nicht aus derjenigen der Mitbewerber erfolgen. Kann der Endkonsument eine vergleichbare Leistung von einem anderen Anbieter beziehen, liegt grundsätzlich keine marktbeherrschende Stellung vor. Dies ist etwa bei den (Internet-) Breitbandanschlüssen der Fall, wo die Kunden zwischen gleichwertigen Angeboten basierend auf der Infrastruktur von Swisscom oder derjenigen der Kabelnetzbetreiber wählen können.

In der laufenden Revision des KG wird eine Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs in Art. 4 Abs. 2 KG diskutiert. Dabei soll bei der Beurteilung der Marktmacht vermehrt auf die individuellen Machtverhältnisse (relative statt absolute Marktbeherrschung) abgestellt werden, wodurch der regulatorische Handlungsspielraum erheblich ausgedehnt würde. Kernstück der geplanten Revision des FMG ist die umfassende Regulierung des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten. Die Marktbeherrschung und sämtliche Zugangskonditionen würden vom Regulator (BAKOM und ComCom) nicht mehr in einem konkreten Einzelfall beurteilt, sondern zum voraus (ex ante) festgelegt. Dies würde zu einem massiven Ausbau der sektorspezifischen Regulierung führen.

Die Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs und der geplante Ausbau der sektorspezifischen Eingriffsmöglichkeiten in Telekommunikationsmärkte würden nicht nur die Investitionsanreize beeinträchtigen, sondern auch das Risiko von volkswirtschaftlich schädlichen Regulierungsfehlern erhöhen. Durch die Aufweichung des Eingriffskriteriums der Marktbeherrschung bestünde die Gefahr, dass vermehrt einzelne Wettbewerber statt der Wettbewerb als Gesamtes geschützt und funktionierende Märkte reguliert würden. Dies käme einem Paradigmawechsel gleich. ■

Chef de la rubrique judiciaire de 24 heures, Lausanne

Dans son numéro de décembre, medialex consacre deux articles contradictoires au problème des caméras dans les salles d'audience des tribunaux. Dans le premier, Edy Salina voit dans leur exclusion une limitation de la portée du principe de publicité des débats; dans le second, Denis Barrelet laisse entendre que leur présence ferait dégénérer la justice en spectacle de cirque.

Fort d'une longue expérience de chroniqueur judiciaire, je ne puis qu'être en désaccord avec Denis Barrelet et avec l'immense majorité des juges et magistrats eux aussi glacés d'horreur à la perspective d'être filmés.

La justice, dit Barrelet, «requiert la sérénité». Certes. Mais croire qu'elle régnera comme par enchantement hors de la présence de caméras ou, mieux, des journalistes et du public est une pétition de principe que rien ne confirme. Passions et irritations incontrôlées peuvent se manifester à huis clos. On peut tout aussi bien soutenir que les observateurs «neutres», qu'ils soient munis d'un stylo, d'un micro ou d'une caméra, ont un effet de frein sur les tentations d'abus de pouvoir ou de langage des acteurs d'un procès pénal.

A vrai dire, l'opposition à la présence de la TV dans les tribunaux - à des conditions à définir, bien sûr - n'est qu'un combat d'arrière-garde. Le dernier avatar d'une opposition séculaire qui a dû un jour se résigner à la présence des journalistes de presse écrite et de dessinateurs. Car si chacun s'accorde ici à prôner en théorie qu'une bonne justice doit être rendue en public, c'est, comme le souligne non sans raison Charles Poncet, de préférence à condition que la salle soit vide.

Mon activité de chroniqueur judiciaire m'a surtout mis en contact, hormis le Tribunal fédéral, avec la justice vaudoise, l'une des plus fermées du pays à la communication. Rien n'y est fait pour faciliter le travail du journaliste, bien au contraire. Qu'un accusé constatant une présence médiatique à l'audience prenne cela pour une calamité supplémentaire, je peux le comprendre. Que l'appareil judiciaire - toutes fonctions confondues ou presque - ait a priori un réflexe voisin est plus surprenant. Et pourtant, en franchissant le seuil des Palais de Montbenon ou de l'Hermitage à Lausanne, j'ai souvent eu l'impression diffuse d'être considéré comme un intrus, un empêcheur de juger entre soi. Dans un texte de 1986, François Clerc va jusqu'à se demander si les chroniques judiciaires ne desservent pas la justice. Sans doute le pense-t-il, avec les nombreux juges qui se plaignent de la déformation des événements et des décisions judiciaires par les médias. S'il cite le juge fédéral Panchaud, selon lequel c'est grâce à la presse que la peine peut avoir quelque effet exemplaire, c'est sans conviction. Dans un autre texte de 1986, Charles Maurer, procureur général thurgovien, avance une raison de méfiance supplémentaire. Constatant que les questions de droit formel deviennent de plus en plus nombreuses et compliquées, très peu de journalistes sont

selon lui capables de les appréhender et de n'en point dire tare pour barre. On connaissait l'«idiot utile», voici donc l'«idiot nuisible»: le chroniqueur judiciaire. Cette appréciation relève largement du préjugé. On remarquera ici que la retransmission télévisuelle directe aurait au moins l'avantage d'éviter la déformation de propos ou le gâchis de raisonnements par quelque plumitif ignare.

La très forte opposition qui, cependant, demeure est sans doute due en partie à la crainte d'une démystification de la justice. Celle-ci y aurait pourtant tout intérêt. En effet, le conflit entre l'opinion et les juges, souvent prétentieux, «touche aux besoins profonds des hommes de croire aux vérités simples», comme le dit Casamayor. Or le justiciable attend trop de sa justice et c'est là source de malentendus et de frustrations. La justice et le juge, s'ils disent le droit, ne disent pas la Vérité avec un grand V. Casamayor encore: «la vérité judiciaire est un brin d'herbe dans un champ illimité et le juge qui se penche pour la cueillir n'est qu'un passant». Bref la justice des hommes est toujours et fatalement relative. Elle procède par tâtonnements, approximations, évaluations. Image et son permettraient peut-être qu'on en prenne mieux conscience.

«Les juges sont comme certains gargotiers, ils n'aiment pas qu'on les regarde quand ils travaillent», note Jacques Vergès. Là n'est sans doute pas, effectivement, le moindre motif d'opposition à la présence des caméras. Plus puissant que l'aspiration à l'impossible sérénité ou l'alibi de la présomption d'innocence. Dans le genre, le Tribunal fédéral est «exemplaire». Ses membres souhaitent si peu apparaître au grand jour que des directives officieuses ont été émises à l'attention des journalistes concernant les délibérations publiques. Ainsi, par exemple, si la mention du résultat du vote est admise (3 contre 2, etc.), il n'est pas convenable, sauf exception motivée, de dire qui a voté quoi. Il est aussi recommandé de faire l'impasse sur l'argumentation des juges minoritaires, sauf s'ils souhaitent expressément -

medialex-2003-64

mais ils en sont dissuadés - marquer leur différence. Allez donc proposer la transparence à des gens qui rêvent à ce point de pénombre! Qu'on ne vienne cependant pas nous dire qu'en disant non aux caméras, c'est uniquement à l'intérêt de la justice et du justiciable que l'on pense. Charité bien ordonnée... ■

Andreas Glarner: Musikpiraterie im Internet. Urheberstrafrechtliche Betrachtungen

SMI Band 63, Stämpfli Verlag, Bern 2002, 214 Seiten

Mit der Musikpiraterie im Internet hat der Autor dieser Zürcher Dissertation eines der schlagzeilenträchtigsten Urheberrechtsthemen der letzten Zeit aufgegriffen. Der Fall der Musikaustauschbörse «Napster» hat diesem Rechtsgebiet zu einer bisher unerreichten Publizität verholfen. Leider hat die Auseinandersetzung bald die Züge eines Glaubenskrieges angenommen, so dass eine nüchterne juristisch-dogmatische Untersuchung, wie sie der Autor bietet, nur zu begrüssen ist. Da sich praktisch alles um die Frage legal oder illegal dreht, ist die Einordnung der Phänomene als Piraterie bzw. die Beschränkung auf die urheberstrafrechtliche Betrachtungsweise folgerichtig. Dennoch kommen in der Arbeit viele allgemeine internetspezifische Urheberrechtsthemen zur Sprache.

Die ersten beiden Teile vermitteln dem Leser die zum Verständnis des Nachfolgenden erforderlichen Rechtstatsachen (Erscheinungsformen, Ausmass und Geschädigte der Musikpiraterie, Technik der Datenreduktion und Modelle des Online-Vertriebs von Musik) und allgemeinen Rechtsgrundlagen (insbesondere Objekt und Inhaber des Musikurheberrechts sowie Allgemeines zu Art. 67 und 69 URG). Dabei gelangt der Autor wegen des von ihm äusserst strikt gehandhabten strafrechtlichen Legalitätsprinzips zum Schluss, dass eine Berufung auf freien Privatgebrauch trotz Unrechtmässigkeit des Internet-Angebots möglich sein muss (z.B. bei einem privaten Download von einer illegalen Website) – ein Befund, an dem die Tonträgerindustrie wenig Freude haben wird. Angemerkt sei immerhin, dass es auch gute Gründe für die gegenteilige Meinung gibt.

Die zentralen Teile der Arbeit befassen sich mit den Sonderfragen der Musikpiraterie im Internet sowie internetspezifischen Problemen der Anwendung des Strafrechts. Konkret geht es zunächst um die Erfassung der verschiedenen Formen der Online Musikverbreitung durch die Tatbestände der Art. 67 und 69 URG. Untersucht werden das Anbieten zum dauerhaften oder vorübergehenden Download (mit einem Exkurs zum Network Computing), die Streaming-Technologie (Web- und Simulcasting), File-Sharing (Tauschbörsen wie Napster u.a.), Übermittlung per E-Mail, Newgroups im Usenet, Push-Dienste und IP-Multicasting, wobei nur den ersten drei praktische Relevanz zukommt. Wenn auch einzelne Subsumtionen des Autors diskutabel sind, kann doch mit Befriedigung zur Kenntnis genommen werden, dass – mit Ausnahme der vorübergehenden Speicherung im RAM oder im virtuellen Speicher eines Computers, nicht jedoch im Cache eines Internet-Browsers – alle Formen der Online-Musikpiraterie de lege lata urheberstrafrechtlich geahndet werden können.

Unter der Überschrift der internetspezifischen Probleme werden die urheberstrafrechtliche Tragweite des Bereitstellens von Kommunikationsinfrastruktur, der Zwischenspeicherungen beim Übermittlungsvorgang (in Verbindungsrechnern [Router] oder in Proxy-Servern) und der

Verwendung von Hyperlinks sowie der räumliche Geltungsbereich des Urheberstrafrechts (Art. 3 bis 7 StGB) abgehandelt. Letztere Thematik zeigt eindrücklich auf, wie wenig das (nationale) Strafrecht gemäss herkömmlicher Dogmatik gegen das (globale) Internet ausrichten kann: Nur im Inland begangene Taten können überhaupt nach Schweizer Recht von Schweizer Behörden beurteilt werden.

Die Arbeit wird mit einem «Ausblick» abgeschlossen, der sozusagen der alternativen Pirateriebekämpfung gewidmet ist, nämlich Betrachtungen über die gesetzgeberische Ausgestaltung des Privatgebrauchs und die Leerträgervergütung anstellt sowie den Rechtsschutz technischer Schutz- und Identifikationssysteme behandelt. Die Untersuchung des geltenden schweizerischen Strafrechts zeigt auf, dass letztere noch nicht genügend geschützt sind, um die beiden WIPO-Internet-Abkommen, WCT und WPPT, ratifizieren zu können – wogegen der Autor allerdings erhebliche Bedenken anmeldet. ■

Dr. iur. Bernhard Wittweiler, Zürich

Viktor Mayer-Schönberger: Information und Recht. Vom Datenschutz bis um Urheberrecht

Springer Verlag, Wien, New York 2001, 246 Seiten

Viktor Mayer-Schönberger lehrt an der Harvard University John F. Kennedy School of Government und trägt in seinen Veröffentlichungen schon seit längerem «europäische» Vorstellungen vom Informationsrecht in den amerikanischen Sprachraum. In diesem Buch vergewissert er sich seiner Position in der «Alten Welt»: Informationsrecht muss die herkömmliche Kategorien des Rechts hinter sich lassen, sich dem gesellschaftlichen Phänomen der Informatisierung stellen und auf die «Summe aller Normen, die die Beziehung der Individuen zu Informationen regeln [...]» (S.23f.) blicken. Es ist diese «Subjekt-Objekt-Beziehung», um die herum der Autor sein Material strukturiert und die er in Anlehnung an methodische Ansätze Wilburgs dynamisiert.

Das Verhältnis einer Person (Subjekt) zu ihrer Abbildung (Objekt) lässt sich z.B. in einem solchen System in verschiedenen «begriffsphysikalischen» Zuständen beobachten, denen je nach tatbestandlich bestimmbar Zustandsveränderungen spezifische Rechtsfolgen zugewiesen werden können. Diese rechtsmechanischen Vorstellungshilfen,

medialex-2003-66

wenn sie sich auch zeitlich in die Mitte des vergangenen Jahrhunderts zurückverfolgen lassen, haben - auch über das Zivilrecht hinaus (etwa im Vertrags- und Bereicherungsrecht) - als methodischer Ansatz nicht an Attraktivität verloren.

Der Autor entwickelt diesen Ansatz aus einer Ortsbestimmung des Informationsrechts und verfeinert ihn in Auseinandersetzung mit persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Aspekten der Beziehung «Information» und «Person» entlang der Themen Urheberrecht, Bildnisschutz, Namensschutz und Datenschutz, um anschliessend auch die Rechtsfolgenseite in diese dynamischen Beziehungen einzubringen.

Der gewählte methodische Ansatz ist gerade wegen seiner Skalierbarkeit für das Informationsrecht antreibend. Wem dieser methodische Ansatz trotz gegenläufiger Intention seines einstigen Begründers doch noch zu begriffsjuristisch erscheint, den regt er zumindest zum fruchtbaren Widerspruch an. Hier hätte man sich zumindest unter den einleitend erläuterten Erkenntnisinteresse noch mehr gewünscht, aber der Autor bindet sich eng ans Rechtsmaterial zurück. Macht sich hier schon der Druck nordamerikanischer Pragmatik bemerkbar, die Scheu vor dem Verdacht der Theorielastigkeit? Aber vielleicht werden gerade seine amerikanischen Erfahrungen zu einer Rückkehr zur Theorie führen: Man darauf gespannt sein, wie sich dann dieser Ansatz weiterentwickelt. ■

PD Dr. Herbert Burkert, St. Gallen

Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), L'administration transparente

Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle et Munich 2002, 180 p.

Cet ouvrage réunit les contributions présentées en mars 2001 à Genève lors de la IV^e Journée de droit administratif. A l'heure où la Suisse s'apprête à faire des pas importants en matière de transparence, il est assurément le bienvenu, dans la mesure où il éclaire quelques-unes des questions fondamentales qui se posent en la matière. Pour Pascal Mahon, qui décrit les enjeux du droit à l'information, la transparence participe «indéniablement de la consolidation de l'Etat de droit» et renforce «la situation de l'administré face à l'administration et tend à rééquilibrer quelque peu leur rapport d'inégalité initiale. En ce sens, il s'avère un élément capital du contrôle démocratique et un ferment essentiel du débat public». Selon Thierry Tanquerel, il n'y a pas conflit entre le secret de fonction et la transparence. Les contours du premier deviendront plus précis, ce qui est plutôt un avantage. La transparence diminuera l'étendue des données susceptibles d'être commercialisées. Mais, estime François Bellanger, il ne supprime pas toute possibilité de vente. L'auteur laisse entendre que le droit à l'information pourrait être soumis à l'obligation de payer un émolument, ce qui nous paraît contestable. Les leçons des expériences étrangères, telles que les retrace Bertil Cottier, sont des plus éclairantes. Actuellement, environ 40 pays ont renversé le principe du secret au profit du principe de la transparence. Mais on doit admettre que seuls 15 d'entre eux veillent à assurer l'effectivité du changement. M. Cottier évoque la manière d'aménager les exceptions, les indispensables mesures d'accompagnement, le conflit avec le droit d'auteur, l'accès à l'heure d'Internet, pour conclure que si la transparence entraîne certains travaux supplémentaires pour l'administration, notamment au niveau de la gestion des documents, ceux-ci sont tout bénéfiques pour l'administration et rendent la bureaucratie «beaucoup

plus acceptable». Après un exposé de la transparence au sein de l'Union européenne, dû à François Jongen, Alexandre Flückiger, un des auteurs du projet de loi fédérale sur la transparence, analyse la relation entre la transparence et la protection des données. Le sujet est délicat. Une protection des données absolue est de nature à vider le principe de la transparence d'une bonne partie de son contenu. L'auteur plaide pour une pesée des intérêts, avec certains droits, pour la personne dont les données sont en cause, d'être consultée lorsqu'il s'agit de données sensibles, et de faire recours. Mais un droit de véto à la bernoise lui paraît excessif. L'ouvrage se termine par un rappel de la «longue marche» de la loi genevoise sur l'information à travers les autorités politiques, dû à un de ses auteurs, l'ancien juge cantonal Pierre Heyer. Dix-sept ans: c'est ce qu'il aura fallu depuis le projet déposé par Micheline Calmy-Rey et Christiane Brunner jusqu'à l'adoption de la loi le 5 octobre 2001. Au moins, le texte final, à notre avis, en dépit de ses imperfections, est fort utilisable. ■

Prof. Denis Barrelet, Detligen

Otfried Jarren/Rolf H. Weber/ Patrick Donges/Bianka Dörr/ Matthias Künzler/Manuel Puppis: Rundfunkregulierung

Seismo Verlag Zürich, 2002, 409 Seiten

Die vorliegende Studie ist das Resultat eines zweijährigen interdisziplinären Forschungsprojekts über Rundfunkregulierung und insbesondere den Public Service. Aus rechts- und sozialwissenschaftlicher Sicht wird die Situation in verschiedenen Ländern analysiert, um daraus Leitbilder und Modelle für die zukünftige Gewährleistung von Public Service in der Schweiz zu gewinnen. Die Studie befasst sich zuerst mit den verschiedenen Theorien der Regulierung. Darin eingeschlossen ist die Selbstregulierung. Es folgen

medialex-2003-67

eine Darstellung der Rundfunksysteme und des öffentlichen Rundfunks in verschiedenen europäischen Ländern aber auch etwa in Australien, Neuseeland, Kanada oder den USA. Das nächste Kapitel befasst sich mit der Begründung und den Zielen von öffentlichem Rundfunk. Interviews mit Expertinnen und Experten bilden anschliessend die Grundlage für die Erörterung und Analyse von verschiedensten rundfunkspezifischen Fragen in einzelnen Ländern. Die Studie endet mit einer Zusammenfassung der Kernbefunde und mit den möglichen Schlussfolgerungen für die Rundfunkregulierung in der Schweiz.

Trotz der beträchtlichen Unterschiede zwischen den einzelnen untersuchten Ländern lassen sich einige grundsätzliche Aussagen zur Rundfunkregulierung und zum öffentlichen Rundfunk machen. So belegt die Studie beispielsweise, dass ein strikt duales Finanzierungssystem das Ende des öffentlichen Rundfunks in einem Kleinstaat bedeuten würde. Eingehend wird auch auf

die übrigen Probleme von Kleinstaaten (z.B. Overspill) und die zurzeit sehr aktuelle Diskussion um Selbst- und Co-Regulierung eingegangen. Ist das Kapitel über die Theorien der Regulierung etwas allgemein und lange geraten, enthalten die übrigen Teile der Studie eine Fülle von sachdienlichen Informationen, beispielsweise zu Quoten, zur Finanzierung von öffentlichem Rundfunk oder zur Medienkonzentrationskontrolle. Aufschlussreich sind überdies die länderspezifischen Begründungen und Ziele von öffentlichem Rundfunk, welche insbesondere beim Programminhalt zahlreiche Gemeinsamkeiten aufweisen. Von besonderem Interesse erscheinen die Schlussfolgerungen, welche die Autorenschaft im Hinblick auf die Revision des RTVG zieht. Angesprochen werden namentlich die Verrechtlichung des Rundfunkrechts und die geplante Behördenorganisation. Es ist zu hoffen, dass die Analysen und Ergebnisse der vorliegenden Studie auch Eingang in die Gesetzgebungsarbeiten zum neuen RTVG finden. ■

Dr. Pierre Rieder, Bern

medialex-2003-68