



## Communication judiciaire

De la vanité des juges?

## Urheberrecht

Haftung der Medien im Internetzeitalter

## Droit d'auteur

De la valorisation des résultats de la recherche

## Fairnessprinzip

Augenmass statt starre Stundentafeln



Stämpfli Verlag

19. Jahrgang  
19<sup>e</sup> année

## Herausgeber

### Directeurs de la publication

Prof. Bertil Cottier

Prof. Christoph Beat Graber

Prof. Franz Riklin

Dr. Peter Studer

Prof. Stéphane Werly

### Redaktion/Rédaction

Oliver Sidler (verantw./resp.)

Dominique Strebel

Alexandre Curchod

---

im brennpunkt en point de mire. . . . .	47
<b>De la vanité des juges?</b> . . . . .	47
DAVIDE CERUTTI	
<b>Augenmass statt starrer Studentafeln.</b> . . . . .	49
SIMON CANONICA	

---

untersuchungen études . . . . .	52
<b>Haftung der Medien im Internetzeitalter</b> . . . . .	52
GITTI HUG	
<b>Logiciels et brevets d'invention réalisés par les professeurs des Universités et des Ecoles polytechniques suisses.</b> . . . . .	59
NATHALIE TISSOT	

---

entscheidungen décisions . . . . .	66
<b>Inhaltsverzeichnis   Sommaire</b> . . . . .	66
Die Entscheidung   La décision . . . . .	70
Weitere Entscheidungen   Autres décisions. . . . .	74
<b>1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht</b> . . . . .	74
1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit . . . . .	74
1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit . . . . .	81
1.3 Radio- und Fernsehrecht . . . . .	94
1.4 Filmrecht . . . . .	100
1.5 Kunstrecht . . . . .	101
1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen . . . . .	101
<b>3. Strafrecht</b> . . . . .	103
3.1 Ehrenschatz (StGB/UWG) . . . . .	103
3.4 Redaktionsgeheimnis. . . . .	104
3.5 Weitere strafrechtliche Fragen . . . . .	105
<b>4. Privatrecht</b> . . . . .	106
4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz . . . . .	106
4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen . . . . .	110
<b>5. Urheberrecht</b> . . . . .	111
5.2 Verwertungsrecht . . . . .	111

---

bücher, zeitschriften livres, revues . . . . .	114
--	-----



**Davide Cerutti**, avocat, docteur en droit, chargé de cours à l'Université de la Suisse italienne (communication judiciaire et communication institutionnelle), chargé de cours à l'Université de Lausanne (introduction au droit et méthodologie juridique). Molo Avvocati, Bellinzona

davide.cerutti@usi.ch; d.cerutti@moloavvocati.ch

## De la vanité des juges?

Les magistrats et les médias: entre vitrine frivole et effets pédagogiques

**Zusammenfassung** Die Kommunikation der Justizbehörden sollte sich nicht auf die Analyse der Vorgehensweise der Gerichte zur Kontaktaufnahme mit der Öffentlichkeit und den Parteien beschränken. Richter könnten auch dem Charme neuer Technologien erliegen, um beispielsweise ihren Ruf in der Öffentlichkeit zu verbessern. Auch mögliche Direktübertragungen von Urteilsberatungen oder Presseinterviews könnten eingesetzt werden.

### Présentation

Traditionnellement renfermés dans les enceintes des tribunaux, les juges – complices de la nouvelle rhétorique issue de la communication judiciaire – tentent de sortir de leur cadre, physique et institutionnel. En matière de communication judiciaire, les auteurs se concentrent principalement sur les aspects liés à la transparence, aux modalités de la communication, etc. Il serait également intéressant d'évaluer les éventuels liens entre Narcisse et Diké, à savoir si les juges peuvent souffrir de comportements vaniteux. Tel est le but de cette brève mise au point, par le biais de deux réflexions: la première liée à l'éventuelle retransmission en direct des délibérations judiciaires et la seconde axée sur les interviews que les juges donnent aux médias.

### Retransmission en direct des délibérations des autorités judiciaires

Pour notre analyse d'une éventuelle «vanité des juges», partons de l'actualité parlementaire suisse. Le 21 juin 2013 M. Martin Schmid, conseiller aux Etats, a déposé une motion (n° 13.3660; cf.: <http://www.parlament.ch>) demandant que «le processus de prise de décision au sein du Tribunal fédéral soit rendu plus transparent et que les délibérations publiques soient désormais diffusées en direct sur Internet, à l'instar des débats du Conseil national et du Conseil des Etats».

Le Tribunal fédéral a voté presque unanime (32 à 2) contre la motion. Le Conseil fédéral a exprimé un avis négatif le 4 septembre 2013. Cependant, le 11 septembre 2013, le Conseil des Etats a accepté la motion par 34 voix contre 6. Le Conseil national s'est exprimé sur la question le 11 mars dernier. Il a rejeté la motion 130 voix à 38 et 6 abstenus. Les points centraux du débat ont été la transparence, l'indépendance des magistrats et le risque d'avoir un échange stérile de déclarations préparées à l'avance. De plus, lors des discussions, a été également évoqué le danger de pression politique sur les juges.

Aucun des intervenants n'a cependant évoqué un autre inconvénient potentiel lié à l'audiovisuel: la vanité des juges. Sujets à réélection périodique, certains juges pourraient essayer de jouer la carte de la visibilité pour obtenir un plus grand appui politique au sein du Parlement. D'autres, par contre, pourraient tenter d'utiliser les nouveaux médias comme «caisse de résonance» personnelle. Certes, cette visibilité serait peut-être limitée par le nombre de spectateur, mais sachant que la mémoire virtuelle est presque illimitée, cette aurore pourrait être éternelle.

Dans d'autres parties du monde, la modalité audiovisuelle est bien connue. Au Brésil, par exemple, les délibérations du Supremo Tribunal Federal sont transmises en direct sur la chaîne «TV Justiça» (<http://www.tvjustica.jus.br>). Ou encore – ces derniers temps – l'«affaire Pistorius», en Afrique du Sud. La consultation des images passées par «TV Justiça», par exemple, montre parfois un manque de politesse dialectique et de courtoisie argumentative.

Ces éléments risquent d'affaiblir l'image, encore actuelle, d'une justice unanime/univoque et presque sacrée. D'aucuns estiment, cependant, qu'il n'y a pas de raisons de distinguer une délibération publique (orale) d'une retransmission, la vanité pouvant apparaître également à l'oral. Par conséquent, une retransmission en direct serait la bienvenue. Pire est le fait de ne pas permettre – d'un point de vue de la cohérence du système, argumentent-ils encore – la manifestation d'opinions divergentes/concurrentes lors de la rédaction du jugement, suite – notamment – à une délibération publique.

**Davide Cerutti** De la vanité des juges?

La motion Schmid aurait certes pu atténuer ladite univo-cité, mais elle aurait cependant permis, le cas échéant, de mettre en évidence la nature même de la diction du droit: l'argumentation (par le biais de la rhétorique et de la dialectique).

### Les interviews

La chronique judiciaire italienne de ces derniers mois nous a montré deux exemples de «vanité» des juges liée à des interviews. Le premier est relatif à l'«affaire Berlusconi»: le juge Esposito, président de la Sezione feriale della Corte di cassazione italienne, a donné une interview au journal «Mattino» dont le titre était «Berlusconi condannato perché sapeva, non perché non poteva non sapere», dans laquelle il a expliqué les raisons qui ont conduit à la condamnation de l'ancien premier ministre italien.

Le second, plus récent, vise l'«affaire Meredith», où le président de la Corte d'assise d'appello de Florence Alessandro Nencini, qui a condamné Raffaele Sollecito et Amanda Knox pour le meurtre de la jeune étudiante à 28 et 25 ans de détention, a donné, le lendemain du prononcé du jugement, une interview au journal «Il Messaggero». Un des passages les plus contestés du discours a été celui où le juge a indiqué que le prévenu – Raffaele Sollecito – n'a pas voulu se faire interroger. A ce propos, le site Internet du quotidien «Il Giornale» a évoqué que le public était confronté à «un'altra toga chiacchierona», à savoir, à un autre magistrat bavard. Contre les deux magistrats, des procédures pour violation des règles disciplinaires et déontologiques ont été ouvertes.

En Suisse, ce problème est, me semble-t-il, inconnu. Quelques exemples illustrent l'objectif que les juges suisses confèrent aux déclarations faites à la presse. Dans le premier, le juge Claudio Zali, jadis président du Tribunal pénal cantonal tessinois, en février 2012 expliquait que, malgré l'introduction du nouveau Code de procédure pénale suisse, la pratique judiciaire locale n'avait pas subi de changement notable. Dans le deuxième, le juge Franco Lardelli, président de la Chambre de protection du Tribunal d'appel tessinois, a présenté un «compte-rendu» de l'activité de «sa» Chambre après une année de fonction (elle a débuté ses travaux le 1<sup>er</sup> janvier 2013 suite à l'introduction du nouveau droit de la protection de l'adulte). Ou encore l'interview du président du Tribunal fédéral, M. Gilbert Kolly, dans Fischer, «Es war gerade ein Posten frei», Plädoyer 6/2013, inhérent à la limitation éventuelle de l'accès au Tribunal fédéral aux seules questions juridiques de principe. Ou enfin celui du président du Tribunal pénal fédéral, M. Daniel Kipfer Fasciati, dans Hug, Jurist, Philosoph und Imker, Plädoyer 1/2014, relatif au fait que de plus en plus de causes pénales soient conclues en dehors du tribunal.

Ces exemples montrent qu'en Suisse les juges n'utilisent pas les interviews pour leur vanité, mais au contraire pour expliquer à la population des événements juridiques et judiciaires importants. Les magistrats adoptent un rôle pédagogique.

### Envoi

Les deux situations que nous avons évoquées – retransmissions vidéo des délibérations, interviews de juges – pourraient conduire à une certaine vanité des juges. Ces derniers, êtres humains, seraient également susceptibles d'être des victimes potentielles de Narcisse, en utilisant les nouveaux médias pour leur propre utilité. Force est de constater que, pour l'heure actuelle, les exemples suisses témoignent le recul ainsi que la pédagogie de nos juges.

---

**Résumé** La communication judiciaire ne devrait pas être limitée à l'analyse des procédés utilisés par les tribunaux pour entrer en contact avec le public, voire les parties. Elle devrait aussi examiner si les juges pourraient subir le charme des nouvelles technologies dans des buts vaniteux, frivoles, notamment pour essayer de dorer leur image auprès du public. A ce sujet, une éventuelle retransmission en direct des délibérations des tribunaux ainsi que les interviews données à la presse pourraient être des instruments sensibles.

---



**Simon Canonica**, lic. iur., Rechtsanwalt, seit 1996 Rechtskonsulent der Redaktionen der Tamedia AG, zuvor Tätigkeiten als Gerichtsschreiber und Journalist.

simon.canonica@tamedia.ch

Bild: Werner Beerli

## Augenmass statt starrer Stundentafeln

Fristen für die Anhörung von Betroffenen im Vorfeld von Publikationen sollen sich nach der Komplexität der Thematik, der Dringlichkeit und der Mediengewandtheit der Befragten richten

**Résumé** Le devoir d'auditionner découlant du principe d'équité exige d'entendre au préalable les personnes concernées par des reproches graves. La question de savoir quel délai doit leur être imparti pour prendre position ne peut être résolue de manière générale et doit être examinée dans chaque cas particulier. Les critères à prendre en compte lors de la fixation du délai sont notamment la complexité de la thématique, l'urgence de la couverture médiatique ainsi que l'aisance médiatique de la personne ou de l'entreprise concernée. En fonction des circonstances, un délai de quelques heures peut suffire. Parfois, plusieurs jours seront nécessaires. Les demandes tardives visant à éviter une interdiction de publication du Tribunal ainsi que les publications précipitées se révèlent plutôt contre-productives.

Zwei Fälle haben in der jüngeren Vergangenheit die Diskussion um die Anhörungsfristen im Vorfeld von Medienberichten neu aufflammen lassen. Beide betrafen die Tamedia, aber aus jeweils umgekehrter Optik. Zu reden gab der Kristallnacht-Twitterer-Fall. «TA online» hatte von einem Informanten den landesweit bekannt gewordenen «Kristallnacht-Tweet» eines Zürcher Lokalpolitikers zugeschickt erhalten. Die Redaktion kontaktierte den Autor am Sonntagnachmittag per E-Mail und schaltete, nachdem dieser innert einer Viertelstunde nicht reagiert hatte, einen Bericht mit überinterpretierendem Titel darüber online. Als bald brauste ein Shitstorm über den Twitterer. Hätte die Redaktion mit der Veröffentlichung zuwarten sollen? Und wenn ja, wie lange? Der zweite Fall lag umgekehrt. Die «Weltwoche» widmete Anfang 2013 eine Artikelserie der politischen Vergangenheit des «Tages-Anzeiger»-Chefredaktors. Sie kontaktierte diesen mit Fragen zu gut 30 Jahren zurückliegenden Ereignissen rund drei Stunden vor Redaktionsschluss und publizierte nach deren unbenutztem Ablauf die Story. Was ist von dieser Fristansetzung zu halten?

Die Anhörungspflicht ist eine allseits anerkannte Ausprägung des Fairnessprinzips, festgehalten unter anderem in Richtlinie 3.8 der Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten (Journalistenkodex). Sie verlangt, Betroffene schwerer Vorwürfe vor der Publikation anzuhören. Thema dieses Brennpunkts ist nicht, in welchen Fällen Vorwürfe als «schwer» zu gelten haben und welche Ausnahmen es von dieser Regel gibt, sondern, welche Fristen Redaktionen den Betroffenen zur Stellungnahme ansetzen sollen. Wie oft im Recht steht man hier vor einem Dilemma: Mit schematischen Zeitvorgaben wird zwar eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen, dafür kann Besonderheiten des Einzelfalls kaum Rechnung getragen werden. Die schweizerische Medienethik stellt die Einzelfallgerechtigkeit in den Vordergrund. Weder die Richtlinie des Journalistenkodex noch die Spruchpraxis des Presserats legen konkrete Fristen für die Stellungnahme fest. Es ist also jeweils anhand der konkreten Gegebenheiten abzuwägen, was für eine Frist angemessen ist. Damit nicht der Willkür die Pforte geöffnet wird, braucht es aber taugliche Kriterien und brauchbare Leitsätze.

### Komplexität, Dringlichkeit, Mediengewandtheit

Erstes Kriterium ist die Komplexität der Thematik, um die sich die zu beantwortenden Fragen drehen. Werden lediglich einfache Fragen zu Umständen gestellt, die Betroffene in der Regel präsent haben (Läuft ein Verfahren gegen Sie? Wurden Verlustscheine ausgestellt?), erfordert die Beantwortung keinen nennenswerten Aufwand – da genügt eine kurze Frist. Werden aber Detailfragen zu weit zurückliegenden oder komplexen Geschehnissen gestellt, die eine Suche in Archiven und Dokumenten, Rückfragen bei Dritten oder gar Befreiungen von Berufsgeheimnissen erfordern, muss auch die Zeit für eine Beantwortung entsprechend zugemessen werden. Zu berücksichtigen

Simon Canonica Augenmass statt starre Stundentafeln

ist in solchen Fällen zudem, dass Befragte sich nicht immer sofort an die Beantwortung machen können. Auch wenn es auf der Hand liegt, dass dieses Argument oft als Ausrede missbraucht wird, kann es doch vorkommen, dass ein Chefarzt tatsächlich operiert oder eine Regierungsrätin unabkömmlich ist.

Von Bedeutung ist sodann die Dringlichkeit der Berichterstattung. Drehen sich Fragen um ein Thema, das bereits Gegenstand der öffentlichen Diskussion ist, oder gibt es sonst ein hohes öffentliches Interesse an zeitnaher Berichterstattung, berechtigt dies zur Ansetzung knapperer Fristen.

Ein drittes Bemessungskriterium liegt in der Mediengewandtheit und damit auch der zur Verfügung stehenden Infrastruktur (Sekretariat, Rechtsdienst, PR-Beratung) der befragten Person. Gehen Anfragen an mediengewandte Unternehmen oder Personen, darf im Handyzeitalter von einer zeitlich kurzfristigen Erreichbarkeit ausgegangen werden. Redaktionen dürfen heute darauf vertrauen, dass jedenfalls im beruflichen Umfeld eine Anfrage zu Bürozeiten innert weniger Minuten zur Kenntnis genommen wird und weitergeleitet oder bearbeitet werden kann. Nicht zu berücksichtigen brauchen sie bei der Fristansetzung, dass grosse Beraterstäbe öffentlicher Personen die Beantwortung von Anfragen gelegentlich eher komplizieren als beschleunigen.

Nicht massgeblich ist bei der Festlegung der Dauer der Stellungnahmefrist die Erscheinungsweise des Mediums, also ob ein Onlineportal oder ein vierzehntäglich erscheinendes Medium anfragt.

### Keine starren Stundentafeln

Orientiert man sich an diesen Kriterien, bringen starre Stundentafeln wenig. Wo Anfragen an Unternehmen oder Personen des öffentlichen Interesses gehen, deren Beantwortung voraussichtlich wenig Aufwand verursacht, muss die Antwortfrist nicht mehr als einige Stunden betragen, erst recht, wenn es um Themen geht, über die bereits berichtet wird. Sind jedoch komplizierte, allenfalls sogar weit zurück liegende Sachverhalte Gegenstand der Anfrage und besteht keine besondere Dringlichkeit, so sollte eine Antwortfrist im Bereich von Tagen liegen. Die «SonntagsZeitung» hatte z. B. im Zuge der Publikationen zu den «Offshore-Leaks» den meisten Betroffenen eine Antwortfrist von einer guten Woche gegeben. Wochenendpublikationen sind gehalten, Anfragen spätestens am früheren Freitagnachmittag zu tätigen oder sich zumindest mit Betroffenen am Freitag in Verbindung zu setzen, falls diese am Samstag befragt werden sollen, ausser es gehe um unaufschiebbare Geschichten, zu denen eine Befragung oder Kontaktierung vor dem Wochenende nicht möglich war.

In die Mottenkiste der müden Tricks gehören Anfragen, die zeitlich tief in den Nachmittag oder gar in den Abend verlegt werden, um damit Betroffene um die Chance zu bringen, beim Richter ein superprovisorisches Publikationsverbot zu erwirken. Natürlich mutet es im digitalen Kommunikationszeitalter anachronistisch an, dass die Justiz auch dringlichen Rechtsschutz nur zu Bürozeiten anbietet. Dennoch: Es besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse daran, jemandem die Wahrnehmung von Rechtsbehelfen durch einen speziell platzierten Reaktionszeitraum zu verunmöglichen.

### Nachfristen

Mehr Schwierigkeiten als die Fristansetzung bietet in der Praxis die Frage der «Nachfristen». Was ist zu tun bzw. wie lange ist mit einer Publikation zuzuwarten, wenn während der gesetzten Frist keine Antwort kommt oder geantwortet wird, es sei innerhalb der Frist nicht möglich zu antworten? Nicht immer lässt sich aus einer solchen Meldung mit Gewissheit ableiten, ob es um blosser Verzögerungstaktik geht oder die behaupteten Probleme tatsächlich bestehen. Es bleibt auch in solchen Fällen nichts anderes übrig, als Augenmass walten zu lassen. Wo Hinhaltenaktik (z. B. Nichteinhalten von eigenen Versprechen, unwahre Abwesenheitsbegründung) offensichtlich wird, muss eine Redaktion nicht länger zuwarten. Je nachvollziehbarer aber die Gründe einer Verzögerung sind, je kürzer auch begehrte Fristverlängerungen, desto flexibler sollte eine Redaktion sein. Dabei spielt es eine Rolle, ob eine Onlineplattform oder eine Wochenzeitung auf die Antwort wartet. Ob eine Meldung eine Stunde früher oder später in den Äther geht, macht normalerweise wenig aus, während eine Sonntagszeitung nur in den seltensten Fällen eine Woche warten kann. Deshalb tun Printmedien gut daran, Antwortfristen nicht just auf den Redaktionsschluss anzusetzen, um in Fällen begründeter Verzögerung noch etwas Spielraum zu haben.

Allerdings muss sich eine Redaktion, wenn keine besondere Dringlichkeit gegeben ist, nicht endlos hinhalten lassen. Mehr als einmal habe ich erlebt, dass grosszügige Antwortfristen einräumende Journalisten die geplante Geschichte vor ihrer eigenen Publikation in einem andern Medium lesen mussten, zu dem der Befragte gerannt war, um dort eine für ihn günstigere Publikation zu erwirken.

### Heikles Vorpreschen

Kann eine Stellungnahme ausnahmsweise mit guten Gründen nicht abgewartet werden, ist nicht nur im Text darauf hinzuweisen, sondern es lohnt sich oft auch, eine gewisse Vorsicht beim «Spin» der Geschichte einzubauen. Sind Argumente der Betroffenen aus anderen Quellen bereits bekannt, macht es meist Sinn, quasi als Ersatz für ein Quote auf diese hinzuweisen.

Gerade bei besonders brisanten Geschichten kann sich Vorpreschen als kontraproduktiv erweisen, weil man damit den Betroffenen, die nicht korrekt angehört wurden, einen Trumph in die Hand gibt, können sie doch so den Fokus vom Inhalt der Geschichte auf das aus ihrer Sicht unfaire Verhalten der Medien verschieben. Gelegentlich bringen (Print-)Redaktionen vor, dass die Produktion für eine Geschichte Platz eingeplant habe und darauf angewiesen sei, dass «geliefert» werde. Vor einer rechtlichen oder medienethischen Prüfung würde dieses Argument für eine Publikation ohne Anhörung aber wenig taugen. Redaktionen müssen imstande sein, im Vorfeld heikler und allenfalls verschiebungsträchtiger Geschichten einen Plan B bereitzuhalten.

Schliesslich sollen die möglichen Folgen einer Publikation ohne Anhörung für Betroffene nicht ausser Acht gelassen werden. Je grösserer Schaden droht, desto mehr Zurückhaltung ist im Zweifelsfall zu üben. Nicht immer sind allerdings die Aus-

wirkungen im Voraus abschätzbar, wie die eingangs erwähnten Beispiele zeigen. Wäre im ersten Fall ein derartiger Sturm der Entrüstung in den social media networks und Medienpublikationen absehbar gewesen, hätte die Redaktion sicherlich mit der Veröffentlichung zugewartet. Im zweiten Fall dagegen überraschte da und dort eher, dass die Kampagne der Weltwoche als Rohrkrepieler endete. Der Presserat hat im «Weltwoche»-Fall, seiner jüngsten Stellungnahme zur Anhörungsfrist, die damals angesetzten drei Stunden Reaktionszeit als eindeutig zu knapp gerügt (Stellungnahme 26/2013).

---

**Zusammenfassung** Die aus dem Fairnessprinzip abgeleitete Anhörungspflicht verlangt, im Vorfeld von Medienpublikationen Betroffene von schwerwiegenden Vorwürfen anzuhören. Welche Fristen für Stellungnahmen zu setzen sind, kann nicht generell festgelegt werden, zu unterschiedlich liegen die einzelnen Fälle. Als massgebliche Kriterien stehen die Komplexität der Thematik, die Dringlichkeit der Berichterstattung sowie die Mediengewandtheit der befragten Personen oder Firmen im Vordergrund. Je nach konkreter Situation können einige Stunden genügen, oder aber es müssen Tage zur Beantwortung eingeräumt werden. Späte Anfragen, um gerichtlichen Publikationsverbote zuvorzukommen, sowie voreiliges Publizieren wirken sich eher kontraproduktiv aus.

---

**Gitti Hug**, lic. oec HSG. Rechtsanwältin, bei Altenburger LTD legal + tax, Zürich, tätig, mit Schwerpunkt Intellectual Property  
hug@altenburger.ch

## Haftung der Medien im Internetzeitalter

**Résumé** Les œuvres protégées par les droits d'auteur sont fréquemment utilisées dans la presse et les médias. Au vu des avancées technologiques et de la multiplication des sources d'informations, en particulier en ligne, le législateur ainsi que les tribunaux se trouvent confrontés à de nouvelles formes d'atteintes aux droits d'auteur. Le caractère anonyme et global de l'Internet soulève diverses problématiques, notamment en lien avec la qualité d'auteur et de coauteur d'atteintes aux droits d'auteur, lors de l'utilisation d'œuvres de tiers. La nécessité de légiférer a été reconnue, en Suisse également, de sorte qu'il faut s'attendre, dans un avenir proche, à des modifications légales afin de s'adapter à la réalité.

### I. Spannungsverhältnis zwischen Medien und Urheberrecht

Die Medienfreiheit und das Urheberrecht stehen beide unter dem Schutz der schweizerischen Bundesverfassung. Das eine als konkrete Ausgestaltung der Meinungs- und Informationsfreiheit, das andere als immaterielles Recht, das dem Berechtigten eine dem Eigentümer einer Sache vergleichbare Stellung verschafft und unter dem Schutz der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie steht.<sup>1</sup>

Die Verzahnung der Medien und des Urheberrechts zeigt sich darin, dass die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke ein fester Bestandteil im Informationsangebot der Medien ist, sei dies nun im Offline- oder im Onlinebereich, so z. B. durch Nachdruck von Presseartikeln, die ungehinderte Nutzung von im Internet aufgeschalteten Bildern, die Aneignung von gesendeten Beiträgen und Fernsehbildern von Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) durch Onlinenewspostale usw. Auch die im Zuge der technologischen Entwicklung entstandenen Index- und Suchdienste bedienen sich urheberrechtlich geschützter Werke, so beispielsweise mittels sog. «Thumbnails» oder «Vorschaubilder»<sup>2</sup>. Auf der anderen Seite haben auch die Medienunternehmen selbst ein Interesse, dass ihre Erzeugnisse nicht ungehindert durch Dritte genutzt und verwertet werden können, da sie im Gegensatz zu den Musikverlagen und Sendunternehmen kein Leistungsschutzrecht an der eigenen Leistung besitzen.

Den unterschiedlichen Interessen der Eigentumsgarantie und der Pressefreiheit hat der schweizerische Gesetzgeber durch die Festlegung von Schrankenbestimmungen, welche die urheberrechtlichen Ausschlussrechte im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzerkreise einschränken, Rechnung getragen. Diese sind im 5. Kapitel des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1), teilrevidiert am 1. Juli 2008<sup>3</sup>, ausgeführt.<sup>4</sup> Bei der Festlegung der Schrankenbestimmungen hat sich der Gesetzgeber dabei an die internationalen Vorgaben und insbesondere an den in der europäischen Urheberrechtsrichtlinie verankerten «Drei-Stufen-Test» gehalten.<sup>5</sup> Danach sind Beschränkungen des Urheberrechts nur zulässig, wenn sie sich auf bestimmte Fälle begrenzen, die normale Auswertung von Werken nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen der Urheber nicht unzumutbar verletzen.<sup>6</sup>

Konflikte zwischen dem Urheberrecht und der Medienfreiheit fokussieren daher oftmals auf den Bereich der Schrankenbestimmungen, insbesondere auf das Recht zur Berichterstattung über aktuelle Ereignisse (Art. 28 URG) und das Zitatrecht (Art. 25 URG).

### II. Voraussetzungen für die Haftung aus Urheberrechtsverletzungen

Grundsätzlich setzt die Haftung für Urheberrechtsverletzungen ein urheberrechtlich geschütztes Werk voraus, denn nur ein solches steht unter dem Nutzungsmonopol des Urheber-

<sup>1</sup> Vgl. BGE 126 III 148, E. 8.a.

<sup>2</sup> Vgl. Fn. 13.

<sup>3</sup> Mit der Umsetzung der WIPO-Internetabkommen in der Teilrevisi-  
on 2008 wurde das URG an das digitale Umfeld angepasst. Nebst  
kleineren Anpassungen wurde ein gesetzlicher Schutz vor der Um-  
gehung technischer Massnahmen eingeführt (vgl. Art. 39a f.  
URG). Das WIPO Copyright Treaty (WCT) enthält Anpassungen  
auf der Ebene des Urheberrechtes und das WIPO Performances  
and Phonograms Treaty (WPPT) Analogien für den Bereich der  
verwandten Schutzrechte.

<sup>4</sup> Im Folgenden wird nur der Begriff «Urheber» verwendet; sinngemäss gelten die Regelungen jedoch auch für die Inhaber verwandter Schutzrechte, d. h. für ausübende Künstler, Ton- und Tonbildträgerhersteller sowie Sendeunternehmen.

<sup>5</sup> Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechtes und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft («Urheberrechtsrichtlinie»).

<sup>6</sup> Vgl. dazu Art. 9 Abs. 2 RBÜ; Art. 5 Abs. 5 Urheberrechtsrichtlinie; vgl. auch Weber, E-Commerce und Recht, 2. Aufl., Zürich 2010, 273.

bers, während andere Werke frei genutzt werden können. Damit einher geht die Frage der urheberrechtlichen Qualifikation der Nutzungsarten im Onlinebereich und Fragen im Zusammenhang mit der Einwilligung der Rechteinhaber. Schliesslich werden die gesetzlichen Schrankenbestimmungen mit Fokus auf die digitalen Medien gestreift, und abschliessend folgen Ausführungen über die Haftung der Provider für Urheberrechtsverletzungen.

## 1. Urheberrechtlicher Werkbegriff

Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Im Zweifelsfall ist die Schutzfähigkeit von Werken durch das Kriterium der Individualität bestimmt. Wie sich Individualität genau definiert, kann begrifflich nicht abschliessend gesagt werden. Jedenfalls ist Individualität das Gegenstück von Banalität und routinemässiger Arbeit.<sup>7</sup>

Im Bereich der Medien wird es sich mehrheitlich um Artikel<sup>8</sup>, Reportagen, Film- und Fernsehbeiträge, aber auch um ganze Zeitschriften und Sondernummern<sup>9</sup> handeln. Mit Bezug auf die Beurteilung der Schutzfähigkeit entstehen hier keine Abgrenzungsprobleme. Solche können sich jedoch bei anderen von den Medien genutzten Werken ergeben, so bspw. bei Pressefotografien<sup>10</sup>, bei Liveübertragungen<sup>11</sup> oder Bildern von Veranstaltungen und Ereignissen wie Kunstperformances oder Modeschauen<sup>12</sup> und anderen bei der Nutzung von Suchmaschi-

nen oder in Newsaggregationsdiensten verwendeten Thumbnails<sup>13</sup> und Snippets<sup>14</sup>.

## 2. Urheberrechtlich relevante Handlungen/Arten der Werknutzung

Die urheberrechtlich relevanten Handlungen sind in der Generalklausel von Art. 10 Abs. 1 URG in einem nicht abschliessenden Katalog von Verwendungsformen aufgezählt. Die im Zusammenhang mit der digitalen Entwicklung stehenden neuen Werknutzungsformen fallen ebenfalls unter diese Generalklausel, soweit sie nicht ohnehin unter die in Art. 10 Abs. 2 URG einzeln aufgezählten Verwendungsarten subsumiert werden können.<sup>15</sup> Im Zusammenhang mit Fragen der Werknutzung durch Medien im Zeitalter des Internets stehen das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)<sup>16</sup> und das Recht der Zugänglich- und Wahrnehmbarmachung im Vordergrund, das sog. Onlinerecht (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG)<sup>17</sup>. Unter das Vervielfältigungsrecht fällt das Down- und Uploading<sup>18</sup> und – mit Ausnahme der sog. flüchtigen Vervielfältigungen nach

7 BGE 134 III 166 E. 2.3.1.

8 Soweit es keine kurzen Zeitungsmeldungen wie Wetterprognosen, Annoncen oder banale Kurzmeldungen sind, vgl. dazu Barrelet/Egloff, Art. 2 URG, in: Barrelet/Egloff/Künzi (Hrsg.), Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, N 13.

9 Vgl. dazu Barrelet (Fn. 8), Art. 4 URG, N 5 f.; auch Elektronischer Pressespiegel II, ZG BS, 19.6.2002, Akten-P 1999/569, E. 2d, in: sic! 2003, 217, wonach ganze Zeitschriften oder Sondernummern, Tagesprogramme und Ausgaben von Radio und Fernsehen als Sammelwerke im Sinne von Art. 4 URG urheberrechtlichen Schutz erlangen, da die einzelne Beitragsauswahl als solche Werkqualität geniessen kann. Ein Schutz für Datenbanken besteht in der Schweiz – im Gegensatz zur EU – nicht. Ein solcher ergibt sich allenfalls aus Art. 2 Abs. 4 URG für Sammelwerke und aus Art. 5 lit. c UWG. In BGE 134 III 166 hielt das Bundesgericht die systematische Inhaltsübernahme aus einer Datenbank, welche nach erfolgter Amortisation der ursprünglichen Investitionskosten stattgefunden hat, nicht mehr für unlauter.

10 HGer AG, 29.8.2012, HOR.2011.22, «Nicolas Hayek»; BGE 130 III 714 («Christoph Meili»); BGE 130 III 168 («Bob Marley»).

11 Vgl. dazu Nobel/Weber, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, 571 N 33, wonach auch solche Übertragungen urheberrechtlich geschützt sein können, wenn sich bspw. eine Live-Übertragung eines Ereignisses durch eine besondere individuelle Gestaltung oder spezielle Darstellung abhebt.

12 Vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) vom 10.1.2013, 36769/08 «Ashby Donald u.a.c. Frankreich», medialex 2013, 84 f.

13 «Thumbnails», auch Vorschaubilder genannt, sind kleinformatige und vergrößerte Wiedergaben von Bilddateien, die bspw. bei den Suchresultaten von Suchmaschinen verwendet werden. Diese sind urheberrechtlich geschützt, sofern der originären Bilddatei Urheberrechtsschutz zukommt. Durch die Verkleinerung entsteht kein vom Originalwerk unabhängiges neues Werk (vgl. BGH, 29.4.2010, I ZR 679/08, «Vorschaubilder»).

14 «Snippets» sind Textauszüge, die bei der Ergebnisliste einer Suchmaschine (z. B. Google) zusammen mit dem Titel der Website und der URL angezeigt werden und zunehmend auch in Newsaggregationsdiensten wie Google News, Twitter usw. verwendet werden. Da auch Teile eines Werkes urheberrechtlich geschützt sein können, sollten Suchmaschinen ursprünglich verpflichtet werden, auch für die Nutzung kleinster Textauschnitte – eben den Snippets – von Verlagen Lizenzen zu erwerben. Allerdings hat der deutsche Bundestag im März letzten Jahres – unter heftigem Widerstand – den Gesetzesentwurf kurzfristig abgeändert und unter Hinweis auf das Grundrecht auf Information beschlossen, dass Suchmaschinen «einzelne Wörter und kleinste Textabschnitte» nutzen dürfen, ohne den Verlagen hierfür eine Vergütung bezahlen zu müssen. Diese von der Presse als sog. «Google Gesetz» titulierte Änderung des deutschen Urheberrechtsgesetzes ist am 1. August 2013 in Kraft getreten; vgl. dazu Bundesgesetzblatt Jahrgang 2013 Teil I Nr. 23, Bonn 14. Mai 2013.

15 Barrelet (Fn. 8), Art. 10 URG, N 3; siehe auch Bähler/Widmer, Urheberrechtsschutz und neue Technologien, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Zürich 2012.

16 So bspw. das Digitalisieren von Werken, Einscannen von Bildern, Texten oder Filmausschnitten.

17 Auf die weiteren Rechte wie auch auf die neuen Formen der digitalen Werknutzung wie Streaming, Mobil-TV, den Austausch von Musiktiteln und Filmen in Tauschbörsen (Peer-to-Peer-Netzwerke) etc. wird an dieser Stelle nicht eingegangen; vgl. dazu bspw. Spindler, IV. Medien/Streaming, Internetradios und Content-Portale im Urheber- und Medienrecht, in: Sethe/Heinemann/Hilty/Nobel/Zäch (Hrsg.), Kommunikation, FS Rolf H. Weber, Bern 2011, 781 f.

18 Beim Downloading werden Daten von einer Datenbank heruntergeladen und im Arbeitsspeicher festgehalten, während beim Uploading Daten in eine Datenbank eingespeichert und für den Abruf durch Dritte bereitgestellt werden.

Art. 24a lit. a URG – die Speicherung. Das Recht der Wahrnehmbarmachung umfasst jedes Zugänglichmachen von Werken in unkörperlicher Form, so insbesondere das On-Demand-Recht. Ferner gehört dazu auch die öffentliche Zugänglichmachung der von den Suchmaschinen aufgefundenen und wiedergegebenen Inhalte in den Suchergebnislisten (sog. Caching)<sup>19</sup>.

### 3. Einwilligung der Urheber

Werden urheberrechtlich geschützte Werke in einer der oben beschriebenen Art verwendet, liegt stets eine Urheberrechtsverletzung im Sinne von Art. 62 URG vor, es sei denn, es bestehe eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung der Rechteinhaber oder die Handlung sei durch eine Schrankenbestimmung des Urheberrechtsgesetzes gedeckt.

Schwierigkeiten können sich in Bezug auf den Umfang einer einmal erteilten Einwilligung ergeben. Die Übertragung von Rechten zu einer bestimmten Verwendungsart schliesst nicht automatisch auch die Verwendungsbefugnis hinsichtlich weiterer oder anderer Nutzungsformen mit ein.<sup>20</sup> Dies hat zur Folge, dass sich die genannten Werknutzungsrechte jeweils nur auf eine einmalige Handlung beziehen, sofern nicht etwas Gegenteiliges vereinbart ist. Dies hat das Handelsgericht Aargau in seinem Entscheid vom 29. August 2012<sup>21</sup> einmal mehr klar festgehalten und damit geklärt, was immer wieder zu zahlreichen Debatten, so insbesondere über die von diversen Presseunternehmen ausgeübte Praxis des unautorisierten wiederholten Mehrfachabdruckes von Beiträgen freier Journalisten, geführt hatte.<sup>22</sup>

Gleich verhält es sich im Onlinebereich. Werden geschützte Inhalte vom Rechteinhaber selbst oder mit seiner Genehmigung im Internet frei zugänglich gemacht, ist daraus noch nicht auf eine stillschweigende Zustimmung zu einer Wei-

terverwendung oder einer Nutzung zu anderen Zwecken zu schliessen; dies obwohl die Veröffentlichung im Internet grundsätzlich das Ziel verfolgt, ein möglichst breites Publikum zu erreichen.<sup>23</sup> Eine Ausnahme gilt mit Bezug auf die Erfassung von Websites und deren geschützten Inhalte durch Suchmaschinen. Werden geschützte Inhalte (d. h. Texte oder Bilder) im Internet wahrnehmbar gemacht, ist darin eine stillschweigende Einwilligung des Rechteinhabers zur Erfassung dieser Inhalte durch Suchmaschinen enthalten<sup>24</sup>. Dies wird daraus geschlossen, dass der Rechteinhaber ansonsten mit der Verwendung einer Sperrvorrichtung wie des «Robots Exclusion Protocols» die Erfassung und/oder Weiterverarbeitung der Daten durch Suchmaschinen hätte sperren lassen können. In diesem Sinne hat auch der deutsche Bundesgerichtshof im mehrfach erwähnten Urteil vom 29. 4. 2010 «Vorschaubilder» entschieden.<sup>25</sup>

### III. Schrankenregelungen

Bei der Verwendung geschützter Inhalte im Rahmen des Zitat- (URG Art. 25) und Berichterstattungsrechtes (Art. 28 URG) ergeben sich bei der Nutzung im Onlinebereich grundsätzlich keine anderen Rechtsfragen als bei der Offline-nutzung. Für das Zitatrecht kann – unter Hinweis auf die jüngste schweizerische Rechtsprechung – festgehalten werden, dass die genauen Grenzen der Zitierfreiheit immer noch weitgehend unklar sind.<sup>26</sup> Entscheidend sind die jeweiligen konkreten Umstände. Die Praxis, wonach sich Newsportale von Tageszeitungen unter Berufung auf das Zitatrecht ungehindert bei SRF bedienen, erscheint jedenfalls ein fragwürdiges Strapazieren der Ausnahmebestimmung zu sein. So berief sich die Redaktion des «Tages Anzeigers online» vergeblich darauf, als sie von SRF ein 60 Sekunden dauerndes Direktgespräch des Korrespondenten André Marty mit dem Moderator Stefan Klapproth in Zürich in Originallänge übernahm und im Lead nur mit zwei kurzen Sätzen kommentierte.<sup>27</sup>

Unter dem Aktualitätsprivileg im Sinne von Art. 28 Abs. 1 URG ist es sodann zulässig, eine Berichterstattung über ein aktuelles Ereignis mit einer entsprechenden Fotografie dieses Er-

19 Vgl. dazu ausführlich Hürlimann, Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrechten, in: Rehbinde/Hilty (Hrsg.), SMI Band/Nr. 94, Bern 2012, 80.

20 Vgl. Barrelet, (Fn. 8), Art. 16 URG, N 20: Dies folgt aus der im Urheberrecht vorherrschenden Zweckübertragungstheorie, wonach sich der Umfang des Nutzungsrechts beim Fehlen einer genauen Regelung nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck bestimmt.

21 HGer AG, 29. 8. 2012, HOR.2011.22, «Nicolas Hayek», E. 9 f.; vgl. auch <http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/apple-klage-millionen-fuer-15-sekunden> vom 18. 3. 2013, (7. 11. 2013), wonach dies auch den Apple-Konzern unlängst teuer zu stehen kam, als er die ihm von der Fotografin Sabine Liewald ausschliesslich zu Layoutzwecken übertragenen Nutzungsrechte (Lizenzen) an einer Nahaufnahme eines geschminkten Auges unrechtmässig für weitere Zwecke (auf der Website und in Marketingmaterialien) nutzte.

22 Vgl. dazu bspw. Stellungnahme des Presserates vom 6. August 2012, Nr. 38/2012: Urheberrechtliche Nutzungsrechte/Angemessene Abgeltung/Anhörung der Redaktion/Zuständigkeit des Presserats (Impressum c. Neue Luzerner Zeitung AG/Neue Zürcher Zeitung AG/Tamedia AG).

23 Vgl. dazu bspw. BGH, 29. 4. 2010 («Vorschaubilder»), I ZR 69/80, N. 11; vgl. auch Hürlimann (Fn. 19), 67.

24 Hürlimann (Fn. 19), 69.

25 BGH, 29. 4. 2010 («Vorschaubilder»), I ZR 69/08, N. 41: Der Urheber, der es unterlässt, von «technischen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, um die Abbildung [seiner] Werke von der Suche und [...] Anzeige durch Bildersuchmaschinen in Form von Vorschaubildern auszunehmen», gibt sein Einverständnis, dass Abbildungen seiner Werke «in dem bei der Bildersuche üblichen Umfang genutzt werden dürfen». Gemäss einem weiterem Urteil des BGH erstreckt sich die sog. «schlichte» Einwilligung auch auf die Wiedergabe von Abbildungen und Fotografien, die nicht vom Berechtigten oder mit seiner Zustimmung, sondern von einem Dritten ins Internet gestellt worden sind, vgl. BGH, 19. 10. 2011 (Vorschaubilder II), I ZR 140/40, N. 27 f.

26 BGer, 22. 6. 2005, 4C.393./2004 E. 3.2; BGE 131 III 418 E. 3.2.

27 Vgl. Studer, Darf «Tages Anzeiger online» SF-TV-Beiträge «einbinden» und als Bild/Tondokument ausstrahlen?, verfügbar unter: [www.medien Spiegel.ch/archives/002274.html](http://www.medien Spiegel.ch/archives/002274.html), (18. 11. 2013).

eignisses zu illustrieren. Die wiedergegebenen Werke müssen beim Ereignis selbst aufgenommen worden sein. Die Ergänzung einer aktuellen Berichterstattung mit einer Fotografie aus dem Archiv oder die Übernahme von Bildern aus Online-medien, wie es bspw. in Twitter-Botschaften, auf Facebook oder in Blog-Einträgen zusammen mit Snippets oftmals anzutreffen ist, fällt nicht unter das Aktualitätsprinzip.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang die Beurteilung der fortgesetzten Nutzung einer ursprünglich aktuellen Berichterstattung im Onlinebereich. Aus der nachbarlichen Rechtsprechung folgt, dass die im Rahmen einer Onlineberichterstattung über eine Kunstaussstellung abgebildeten Werke nur so lange aufgeschaltet bleiben dürfen, als die Ausstellung noch als Tagesereignis zu werten ist.<sup>28</sup>

Sodann fällt unter das Aktualitätsprivileg auch die Übernahme kurzer Ausschnitte aus Presseartikeln und aus Radio- oder Fernsehberichten (Art. 28 Abs. 2 URG)<sup>29</sup>. Erforderlich ist, dass die verwendeten Ausschnitte Tagesfragen betreffen und nicht etwa Beiträge über allgemeine wissenschaftliche oder kulturelle Themen darstellen. Zulässig dürfte somit die im Presserat oft diskutierte Übernahme von Kurzmeldungen von *Online-report.ch* durch «Blick am Abend» sein, zumindest so lange es sich um kurze Ausschnitte handelt.<sup>30</sup>

## IV. Haftung aus Urheberrechtsverletzungen

### 1. Rechtsbehelfe

Bei einer Verletzung des Urheberrechtes entstehen zivilrechtliche Ansprüche (Art. 61 f. URG), wie auch im Falle eines Vorsatzes strafrechtliche Sanktionen drohen (Art. 67 URG). Zivilrechtlich kann der Verletzte Unterlassung, Beseitigung (Art. 62 URG) und Einziehung (Art. 63 URG) fordern, er kann eine Feststellungsklage erheben (Art. 61 URG) und Schadenersatz oder alternativ die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes und eine Genugtuung verlangen.<sup>31</sup> Mit Bezug auf Schadenersatzansprüche verweist Art. 62 Abs. 2 URG auf die Bestimmungen von Art. 41 f. OR. Dies bedeutet, dass für Schadenersatzklagen Verschulden gefordert ist, während Un-

terlassung, Beseitigung und Einziehung auch vom gutgläubig Handelnden gefordert werden können.<sup>32</sup> Klagen wegen Verletzung von Urheberrechten können, da es sich um unerlaubte Handlungen handelt, beim Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder Erfolgsort angehoben werden.<sup>33</sup> Steht die Website der allgemeinen Öffentlichkeit zur Verfügung, dann gilt als Erfolgsort jeder Ort in der Schweiz, von dem aus die Website abrufbar ist. Ein näherer Bezug zum Erfolgsort ist nicht erforderlich.<sup>34</sup>

### 2. Teilnahmehandlungen/Mittäterschaft

Die Teilnahmehandlungen werden im URG nicht geregelt. Nachdem es sich bei den Urheberrechtsverletzungen um unerlaubte Handlungen handelt, kommen – wie bereits erwähnt – die Bestimmungen der Art. 41 ff. OR zur Anwendung. Für einen durch eine Urheberrechtsverletzung entstandenen Schaden haften demnach alle solidarisch, die ihn als Urheber, Anstifter oder Gehilfe gemeinsam verursacht haben.<sup>35</sup> Im Medienbereich sind nebst dem Verfasser vorab der Verleger, der Herausgeber und der verantwortliche Redakteur Mittäter einer Urheberrechtsverletzung<sup>36</sup>. Die Bestreitung der Passivlegitimation durch den Verleger mit der Begründung, dass die freischaffende Journalistin, die den umstrittenen Presseartikel verfasste, als Hilfsperson zu betrachten sei, womit sich eine allfällige Haftung nach Art. 55 OR richte und ihm damit der Exkulpationsbeweis zustehe, hat das Handelsgericht St. Gallen ausdrücklich verworfen.<sup>37</sup>

Auch die fahrlässige Gehilfenschaft begründet eine Solidarhaftung<sup>38</sup>. So haftete ein deutsches Presseunternehmen wegen Beihilfe zu einer Urheberrechtsverletzung, weil es Anzeigen mit urheberrechtsverletzendem Inhalt abgedruckt hatte.<sup>39</sup> Immerhin räumte der BGH ein, dass sich die Haftung der Presse im Anzeigengeschäft – um die tägliche Arbeit nicht über Gebühr zu erschweren – nur auf Fälle «grober, vom Verleger und Redaktor unschwer zu erkennender Verstösse beziehe und nur auf solche, die klar substantiiert werden»<sup>40</sup>.

Die Begrenzung der Haftung auf solche Verstösse, die begangen werden, nachdem der Verletzer von der Rechtswidrigkeit Kenntnis erlangt hat resp. auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist, wurde in der Folge von der

28 BGH, 5. 10. 2010, I ZR 127/09, N. 14 f. A. M. Auf der Mauer, in: Müller/Oertli (Fn. 15), Art. 28 URG, N 6a.

29 Die Übernahme kurzer Ausschnitte aus Presseartikeln, Radio und TV gemäss Art. 28 Abs. 2 URG ist auf periodisch erscheinende Medien beschränkt. Das Gesetz nennt im Einzelnen «Presse, Radio und Fernsehen», was jedoch auch Beiträge und Berichte aus dem Internet, resp. aus Newsportalen erfasst; vgl. dazu Macciachini/Oertli, in: Müller/Oertli (Fn. 15), Art. 28 URG, N 22.

30 Vorausgesetzt, es handelte sich bei dem 60 Sekunden dauernden Interview zwischen dem Korrespondenten André Marty und dem SF-Moderator Stefan Klapproth im Verhältnis zum Gesamtbeitrag um einen kurzen Ausschnitt, hätte sich die Redaktion des «Tages Anzeigers online» bei der Übernahme des Direktgesprächs von SRF allenfalls auch auf das Aktualitätsprivileg berufen können.

31 Vgl. dazu HGer AG, 29. 8. 2012, HOR.2011.22, «Nicolas Hayek»: Die Genugtuungsklage wurde wegen Unverhältnismässigkeit abgelehnt.

32 Vgl. Hess-Blumer, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, in: sic! 2003, 104.

33 Art. 36 f. ZPO.

34 OGer LU, 8. 7. 2004, LGVE 2004 I 86, E. 4. 2.

35 Vgl. Art. 50 Abs. 1 OR; BGE 107 II 82 («PIT Entscheid»).

36 Vgl. BGer, 14. 1. 2013, Tribune de Genève; «en cas, plus particulièrement, d'attente causée par les médias, il peut attirer en justice l'auteur, le rédacteur responsable, l'éditeur ou toute autre personne qui participe à la diffusion du journal».

37 Entscheid St. Gallen, Handelsgericht, 5. 5. 2000, in: SJZ 96/2000, 450.

38 Vgl. Hess-Blumer (Fn. 32), 13.

39 BGH, 15. 10. 1998, I ZR 120/96, «Möbelklassiker».

40 BGH, 15. 10. 1998, I ZR 120/96, «Möbelklassiker», Abs. 24.

deutschen Praxis auch mit Bezug auf die Haftung der Internet Service Provider, insbesondere der Hosting Provider, angewendet.<sup>41</sup>

### 3. Haftung der Provider

In der Schweiz gibt es wenig Literatur zur Verantwortlichkeit der Provider, ohne auf die europäische Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) zu verweisen.<sup>42</sup> Im Sprachgebrauch der E-Commerce-Richtlinie handelt es sich bei Providern um Vermittler, d. h. um Anbieter von Diensten, die darin bestehen, «von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln»<sup>43</sup>. Solche Vermittler – oder Internet Service Provider genannt – sind neben den eigentlichen Anbietern der Infrastruktur (Access Provider) – vor allem die sog. Content Provider, die im Internet eigene Inhalte für Dritte zugänglich machen und selbst aufbereiten oder vermarkten.<sup>44</sup> Dies sind Betreiber sowohl eigener als auch kommerzieller Websites, Betreiber von Blogs oder anderen Internetplattformen, wie Onlinearchiven oder -Auktionsplattformen wie bspw. E-Bay, Betreiber von Newsportalen («20 Minuten», «NZZ» u. a.) und Betreiber von Suchmaschinen (Google, Yahoo u. a.). Ebenfalls dazu gehören die sog. Hosting Provider, die nur Speicherkapazitäten auf Servern zur Verfügung stellen, nicht aber eigene, sondern ausschliesslich von Dritten geschaffene Inhalte vermarkten oder aufbereiten, so z. B. die sozialen Netzwerke Facebook, Newsgroups, Blogs, Meinungsforen, sodann auch Webhosting-Firmen wie Dropbox<sup>45</sup>.

Eine gesetzliche Regelung besteht in der Schweiz weder für Onlinedienstanbieter noch für Suchmaschinenbetreiber<sup>46</sup>. Insbesondere bestehen – im Gegensatz zur EU mit der seit über zwölf Jahren geltenden E-Commerce-Richtlinie – keine gesetzlichen Haftungsprivilegien für Internet Service Provider. Die schweizerische Lehre spricht sich übereinstimmend für eine sinngemässe Anwendung der im europäischen Umfeld geltenden Haftungsbeschränkungen für Provider aus.<sup>47</sup> Danach sollen die reinen Zugangsvermittler, die Access Provider, von der Verantwortlichkeit vollumfänglich ausgenommen werden, die-

jenige der Content Provider soll uneingeschränkt belassen werden, während Hosting-Betreiber einer beschränkten Verantwortlichkeit analog der deutschen oder der EU-Regelung unterworfen werden sollen.<sup>48</sup>

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Bestimmungen in der Schweiz spielt die freiwillige Selbstregulierung der Hosting Provider in Form des «Code of Conduct Hosting» (CCH)<sup>49</sup> der Swiss Internet Association, die ab 1. Februar 2013 Geltung hat, eine nicht zu unterschätzende Rolle. Der Code of Conduct Hosting lehnt sich an die umliegenden Regelungen der Haftungsprivilegien für Internet Service Provider an, berücksichtigt aber gleichzeitig die regulatorischen schweizerischen Rahmenbedingungen<sup>50</sup>.

### 4. Schweizer Praxis

Bestimmt der Provider alleine über die aufzuschaltenden Inhalte, so z. B. im Falle einer von ihm eigens betriebenen Webpage, trägt er als Verfasser ohnehin primär die Verantwortung.<sup>51</sup> Auch in Bezug auf die Verantwortung der Content Provider, so z. B. der Presseunternehmer oder Verleger für urheberrechtsverletzende Beiträge oder Bilder in ihren Newsportalen, ergeben sich insofern keine Unterschiede zu den Offlinemedien. Content Provider sind für die von ihnen zu verantwortenden Inhalte vollumfänglich verantwortlich.

Mit Bezug auf die Haftung der Hosting Provider, in deren gespeicherten Dateien keine eigenen Informationen enthalten sind, sondern welche diese nur zur Nutzung durch Dritte be-

41 Hürlimann (Fn. 19), Fn. 568 mit Hinweisen.

42 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («E-Commerce-RL»).

43 Art. 12 Abs. 1 E-Commerce-RL.

44 Vgl. Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer, Urheberrechtliche Beurteilung von IaaS- (und XaaS)- Cloud-Diensten für die betriebliche Nutzung gemäss Art. 19 URG, in: sic! 2013, 665.

45 Berni, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortung des ISP, in: Trüeb (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, 2001, 121.

46 Eine Ausnahme besteht für die Anbieter von Telekommunikationsdiensten: Sie unterstehen der speziellen Regelung im Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10).

47 Briner, Haftung der Internet Provider für Unrecht Dritter, in sic! 2006, 383; Weber (Fn. 6), 507; Hürlimann (Fn. 19), 2.

48 Hosting Provider haften nur dann, wenn sie nach Kenntniserlangung eines klar erkennbaren rechtswidrigen Inhaltes nicht unverzüglich tätig werden und diesen sperren oder löschen. Selbst im Falle von Hinweisen auf rechtswidrige Inhalte soll die Pflicht zur Entfernung nur dann ausgelöst werden, wenn sich die Rechtswidrigkeit eindeutig aus dem Hinweis ergibt; vgl. Hürlimann (Fn. 19), 2.

49 Einsehbar unter: [http://static.simsa.ch/1362151411/130201\\_simsa\\_cch\\_public\\_web.pdf](http://static.simsa.ch/1362151411/130201_simsa_cch_public_web.pdf) (18. 11. 2013).

50 Der CCH enthält Verhaltensweisen für den Umgang mit Hinweisen auf möglicherweise rechtswidrige Inhalte, worunter ausdrücklich auch die Verletzung von Urheberrechten fällt. Obwohl sich der CCH lediglich an Hosting Provider richtet, befürwortet die aktuelle Lehre wegen der gleich gelagerten Problematik die Berücksichtigung der CCH auch für die Beurteilung der Sorgfaltspflichten von Suchmaschinenbetreibern und anderen Onlinedienstanbietern. Im CCH hat man sich auf das sog. «Notice and Takedown»-Verfahren geeinigt, gemäss welchem der Host Provider den betroffenen Kunden vorab informieren und diesen auffordern muss, die erhobenen Vorwürfe zu untersuchen und gegebenenfalls zu entfernen. Eine Haftung der Provider für rechtswidrige Inhalte vor einer entsprechenden Benachrichtigung ist damit klar ausgeschlossen. Die Provider trifft keine Pflicht zur Vorabklärung sämtlicher Inhalte. Die Sorgfaltspflicht besteht einzig in der Prüfung von Hinweisen auf eine bestehende Rechtsverletzung. Unterlässt der Provider es in der Folge, den Inhalt zu sperren, haftet er als Teilnehmer und kann zur Beseitigung und Unterlassung verurteilt werden.

51 So z. B. der Basler Journalist, der auf der von ihm betriebenen journalistischen Website unzulässige Zitate verbreitete, vgl. KGer BL, 2. 6. 2009.

reithalten, hat sich das BGer in einem Entscheid vom 14. Januar 2013 dahingehend geäußert, dass es die «Tribune de Genève», als Betreiberin einer Plattform für Blogs, für die von Dritten verfassten Blogbeiträge als zivilrechtlich vollumfänglich mitverantwortlich erklärte.<sup>52</sup> Im Zusammenhang mit einem Prozess um einen persönlichkeitsverletzenden Beitrag in einem von ihr auf ihrer Website betriebenen Blog hält das BGer fest, dass nicht nur der Urheber der Verletzungshandlung an der Persönlichkeitsverletzung «mitwirke», sondern jede Person, welche die Mitwirkung verursache, ermögliche oder begünstige, ohne dass dafür ein Verschulden erforderlich sei. Die Mitwirkung könne auch nur untergeordneter Natur sein und sich auf das Zurverfügungstellen der erforderlichen technischen Infrastruktur beschränken.<sup>53</sup>

Der Entscheid des BGer lässt viele Fragen offen: So ist fraglich, ob die uneingeschränkte Kausalhaftung der Provider für die von ihnen aufgeschalteten Inhalte nur bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes anzuwenden ist oder auch bei urheberrechtswidrigen Tatbeständen. Gegen Letzteres spricht, dass es dem in seinem Urheberrecht Verletzten m. E. ohne Weiteres zuzumuten ist, vor Anrufung des provisorischen Rechtsschutzes den Hosting Provider auf den rechtswidrigen Inhalt hinzuweisen und im Sinne der europäischen Regelungen eine Beseitigung zu fordern, während es sich beim Persönlichkeitsschutz i. d. R. um weitaus heiklere Tatbestände handeln dürfte. Kommt hinzu, dass der juristische Laie wohl kaum in der Lage wäre, Hinweise, aus welchen sich die Rechtswidrigkeit einer behaupteten Persönlichkeitsverletzung ergibt, auf ihre Begründetheit zu prüfen. Einfacher dürfte dies im Umgang mit behaupteten Verletzungen des Urheberrechtes sein, da sich hier die Rechtswidrigkeit i. d. R. vorab durch die Tatsache ergibt, dass die Werkverwendung durch einen Nichtberechtigten erfolgt, weshalb einzig der einfacher zu erbringende Nachweis der Urheberschaft zu prüfen wäre.

Offen ist weiterhin, ob sich die vom BGer definierte Haftung auf alle oder nur auf bestimmte Websites bezieht. Diesbezüglich ist auf die jüngste Entwicklung im Bereich der Providerhaftung in Deutschland zu verweisen, wonach die Haftung eines ganz bestimmten Providers, nämlich des sog. File Hosters<sup>54</sup> für urheberrechtswidrige Inhalte konkretisiert und massiv verschärft wurde. So hat das höchste deutsche Gericht entschieden, dass der File Hoster die konkrete Datei nach einem Hinweis auf eine Rechtsverletzung nicht nur sperren oder

löschen, sondern darüber hinaus im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren Massnahmen zu treffen verpflichtet ist, die verhindern, dass derselbe oder andere Nutzer das ihm konkret benannte, urheberrechtlich geschützte Werk Dritten erneut über seinen Server anbieten kann. Dem Entscheid vorausgegangen war der Umstand, dass der File Hoster die konkrete Datei mit dem rechtswidrigen Inhalt auf Anzeige hin löschte, es aber versäumt hatte, zu prüfen, ob der Inhalt (es handelte sich um ein Spiel) von anderen Nutzern ebenfalls auf ihren Servern gespeichert worden war und dort nach wie vor abgerufen werden konnte.<sup>55</sup>

In zwei praktisch gleichlautenden Urteilen vom 15. August 2013 hat der BGH sodann die Haftung des vorerwähnten File-Hoster-Dienstes nach einer jahrelangen Auseinandersetzung zwischen der GEMA und einem Buchverlag noch klarer konkretisiert. Insbesondere wurden ihm umfassende Kontrollpflichten auferlegt. Er wurde verpflichtet, nicht mehr nur einen Wortfilter zur Überprüfung der bei ihm bereits gespeicherten Dateien einzusetzen, sondern fortlaufend alle einschlägigen Linkssammlungen darauf zu überprüfen, ob sich für die konkret zu prüfenden Werke Hinweise auf weitere rechtsverletzende Links zu seinem Dienst fanden.<sup>56</sup>

## V. Ausblick

Zurückkommend auf die Situation in der Schweiz hat der Bundesrat inzwischen den zivilrechtlichen Handlungsbedarf insbesondere aufgrund des Urteils des Bundesgerichtes vom 14. Januar 2013<sup>57</sup> erkannt. Gegenüber den zahlreich eingereichten Vorstössen, die in den vergangenen Jahren im Parlament eingereicht worden sind,<sup>58</sup> verweist er auf die im August 2012 von Bundesrätin Simonetta Sommaruga eingesetzte Arbeitsgruppe (AGUR12), die bis Ende 2013 Vorschläge zur Anpassung des Urheberrechtes an die technologische Entwicklung des digitalen Zeitalters zu erarbeiten hatte und zum anderen auf den laufenden Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Ende 2011 angenommenen Postulates Amherd für eine «Rechtliche Basis für Social Media»<sup>59</sup>, welcher gegenwärtig in Arbeit ist, offenbar jedoch vorerst wieder auf Eis gelegt wurde.<sup>60</sup>

Der Schlussbericht der AGUR12 vom 28. November 2013 liegt vor.<sup>61</sup> Er enthält im Wesentlichen teils an die Rechtein-

52 BGer, 14. 1. 2013, 5A\_792/2011 («Tribune de Genève»).

53 BGer, 14. 1. 2013, 5A\_792/2011 («Tribune de Genève»), E. 6.2.

54 File Hosters stellen unter einer Internetadresse den Nutzern Speicherplatz im Internet zur Verfügung. Nutzer können eigene Dateien auf der Internetseite hochladen, die alsdann auf deren Speicherplatz abgespeichert werden. Der Nutzer erhält einen Link, mit der die abgelegte Datei abgerufen werden kann. Durch Weitergabe des dem Nutzer mitgeteilten Download-Links sind die auf dem Server des File Hosters gespeicherten Dateien auch Dritten zugänglich. Nutzer erhalten sodann Premium-Punkte, wenn eine von ihnen hochgeladene Datei von anderen Personen aufgerufen wird, vgl. BGH, 12. 7. 2012 («Alone in the Dark»), I ZR 18/11.

55 BGH, 12. 7. 2012 («Alone in the Dark»), I ZR 18/11.

56 BGH, 15. 8. 2013, I ZR 80/12 und I ZR 79/12.

57 Vgl. Fn. 52.

58 Vgl. Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary, August 2011, Motion Kathy Ricklin «Rechtliche Verantwortlichkeit von Internet Providern regeln» (13.3215).

59 [www.ige.ch/de/urheberrecht/agur12.html](http://www.ige.ch/de/urheberrecht/agur12.html), (7. 8. 2013).

60 Vgl. NZZ vom 15. 2. 2014, «Druckversuche der USA sind vorerst nicht zielführend», [www.nzz.ch/aktuell/schweiz/druckversucheder-usa-sind-vorerst-nicht-zielfuehrend-1.18243844](http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/druckversucheder-usa-sind-vorerst-nicht-zielfuehrend-1.18243844), (2. 4. 2014).

61 [www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](http://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf), (2. 4. 2014).

haber und die Verwertungsgesellschaften, teils auch an den Gesetzgeber und die Verwaltung gerichtete Empfehlungen, die sich in einem Massnahmenpaket mit fünf Schwerpunkten niederschlagen. Im Bereich der Providerhaftung empfiehlt die AGUR12 eine weitgehende Haftungsbefreiung von Internet-Service-Providern, die sich in erster Linie am europäischen Modell orientiert. So sollen Hosting Provider nur dann haften, wenn sie trotz klarem Wissen Rechtsverletzungen nicht unterbinden («notice and take down»-Verpflichtung). Ausserdem empfiehlt die Arbeitsgruppe den «stay down», d. h. die Verhinderung des erneuten Hochladens illegaler Inhalte, im Sinne der Rechtsprechung des deutschen BGH in einem Gesetz zu regeln. Ob die gesetzliche Grundlage in einer Anpassung des Fernmeldegesetzes oder des Urheberrechtsgesetzes bestehen soll, wird sich in den nun folgenden parlamentarischen Beratungen zeigen.<sup>62</sup>

---

**Zusammenfassung** Die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke ist ein fester Bestandteil im Informationsangebot der Medien. Im Zuge der technologischen Entwicklungen und immer vielfältiger werdenden Informationsquellen, vor allem im Onlinebereich, sieht sich der Gesetzgeber und die Rechtsprechung mit neuen urheberrechtlich relevanten Handlungen und Verletzungen geschützter Werke konfrontiert. Der anonymisierte und globale Charakter des Internets wirft des Weiteren diverse Fragen betreffend Täterschaft und Mittäterschaft bei der urheberrechtswidrigen Verwendung von Drittwerken auf. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf wurde auch in der Schweiz erkannt, und es ist zu erwarten, dass in absehbarer Zeit eine Anpassung, insbesondere des Urheberrechts, an die neuen Gegebenheiten vorgenommen werden wird.

---

**Summary** Copyrighted material is frequently used in the written press and the media in general. In recent years, following technological development and the multiplication of information sources – particularly online – the legislator and tribunals have been confronted with new forms of copyright breaches. The anonymous and global character of the Internet raises various questions regarding perpetrators of copyright infringements. The need of new legislation has been recognized, also in Switzerland. One must therefore expect that legal modifications will take place in the short term in order to adapt to reality.

---

---

62 Deutliche Kritik an dem Papier äusserte die «NZZ», die an der Umsetzbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen zweifelt; vgl. «NZZ» vom 6. Dezember 2013, «Arbeitsgruppe schlägt Zensur und Überwachung vor», verfügbar unter <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/arbeitsgruppe-schlaegt-zensur-und-ueberwachung-vor-1.18199613>, (2. 4. 2014).

**Nathalie Tissot**, Docteur en droit, avocat, professeur de propriété intellectuelle et de valorisation des droits de propriété intellectuelle à l'Université de Neuchâtel  
nathalie.tissot@unine.ch

# Logiciels et brevets d'invention réalisés par les professeurs des Universités et des Ecoles polytechniques suisses

à propos de l'arrêt «Fixateur intern» du TFB du 28 mars 2012

**Zusammenfassung** Unsere Hochschulen haben ein System zum Erwerb der Rechte des geistigen Eigentums über die Forschungsergebnisse ihrer Professoren entwickelt. Dieses System ist schlüssig und funktional, auch in Bezug auf die Urheberrechte über die Software und das Patentrecht der von Fakultätsmitgliedern geschaffenen technischen Kreationen. Die Rechte gehen kraft Gesetzes oder Vertrags auf die Hochschulen über und werden von einem vorgängigen Verfügungsgeschäft des Professors und einer Gewinnbeteiligung an den Werken begleitet.

## I. Introduction

L'arrêt «Fixateur intern» du TFB<sup>1</sup> du 28 mars 2012 questionne en ce qu'il porte sur l'un des points centraux pour la valorisation des résultats de la recherche obtenus au sein des HE, qu'est celui de l'appartenance des droits de propriété intellectuelle. La détermination de la titularité des droits de propriété intellectuelle sur les réalisations effectuées par les professeurs dans le cadre de leurs activités au service de la Haute Ecole (ci-après: HE) qui les emploie, constitue le préalable indispensable à toute opération contractuelle de valorisation. Il s'agit là en effet de rien de moins que d'assurer l'identification des parties au(x) contrat(s) qui permettront une mise en valeur des résultats de la recherche. Le type des créations considérées (selon qu'on est en présence d'un logiciel ou d'une invention), la personnalité de leurs auteurs, les conditions de leur réalisation dans un environnement où la liberté de la science prévaut, ainsi que les enjeux économiques et les risques de conflits d'intérêts liés à leur exploitation commerciale ne facilitent pas l'opération.

La nature de la titularité des droits qui peuvent revenir aux HE à titre originaire ou dérivé a aussi des incidences sur les actes de valorisation qui auraient été entrepris, le cas échéant sans droit, directement par les professeurs à titre personnel.

## II. Appartenance des droits de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche

Seule la problématique de l'investiture des droits sur les logiciels et les inventions sera envisagée. Dans le cadre d'un rapport de travail de droit privé, elle serait résolue en application des art. 17 LDA pour les logiciels et 332 CO pour les inventions<sup>2</sup>. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux créations réalisées dans le cadre de relations de travail de droit public<sup>3</sup>. En effet, du moment qu'elles instituent toutes les deux une dérogation au principe du créateur qui bénéficie de la garantie constitutionnelle de la propriété<sup>4</sup>, leur application par analogie aux rapports de droit public<sup>5</sup> ne sa-

2 Heinrich, PatG/EPÜ Kommentar zum Schweizerischen Patentgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des Europäischen Patentübereinkommens synoptisch dargestellt, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, art. 3 LBI, N 12, précise que pour les logiciels protégeables à la fois par la LBI et la LDA, «l'application de l'art. 332 CO devrait l'emporter sur le régime de l'art. 17 LDA dans la mesure où pour être brevetable un logiciel doit satisfaire à des conditions plus strictes que pour être protégé par la LDA» (traduction libre).

3 Voir concernant le fait que la question de titularité du droit au brevet sur les inventions de travailleurs est réglée par l'art. 332 CO et pas par l'art. 3 LBI, et la nécessité d'adopter une réglementation complémentaire pour les inventions réalisées dans le cadre de rapports de service de droit public, CR PI – Tissot, art. 3 LBI, N 32 et réf. citées; voir aussi pour la non-applicabilité de l'art. 17 LDA en dehors des rapports de travail de droit privé, CR PI – de Werra, art. 17 LDA, N 8 et réf. citée.

4 Voir dans ce sens Salvadé/Tissot, La réalisation d'un site web ou l'ouverture d'un compte par le travailleur. Qui est titulaire des droits? in Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 239 et réf. citées; Rieder, Eigentum an Hochschulerfindungen, Thèse, Fribourg 2010, N 370 s.

5 Une application par analogie de l'art. 332 CO aux œuvres, autres que les logiciels, créées par des travailleurs dans le cadre de rapports de travail de droit privé n'est pas admise non plus, voir Salvadé/Tissot (n. 4), 238 et réf. citées. Même pour les logiciels de service, le législateur a préféré introduire l'art. 17 LDA dont on ne sait s'il instaure une cession légale des droits (voir dans ce sens de Werra (n. 3), art. 17 LDA, N 17–19) ou seulement une licence exclusive en faveur de l'employeur, plutôt que de renvoyer à l'art. 332 al. 1 CO; voir dans ce sens de Werra (n. 3), art. 17 LDA, N 2, 14–16, et aussi Barrelet/Egloff, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2008, art. 17 LDA, N 1.

1 TFB, 28. 3. 2012, O2012\_010, sic! 9/2012, 566–569.

tiserait pas à l'exigence d'une base légale formelle, claire et précise permettant de restreindre ce droit garanti par l'art. 26 Cst.<sup>6</sup>.

## 1. Le principe du créateur

Le principe du créateur vaut pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle<sup>7</sup> et est matérialisé pour le droit des brevets par l'art. 3 al. 1 LBI et pour le droit d'auteur par l'art. 6 LDA. Le droit au brevet, qui comporte à la fois le droit à la délivrance du brevet et le droit à obtenir la protection découlant de la LBI, revient de par l'art. 3 al. 1 LBI à l'inventeur, à son ayant cause ou à une tierce personne à qui l'invention appartient à un autre titre<sup>8</sup>. Le principe du créateur a pour conséquence que les droits d'auteur appartiennent, à titre originaire, à la personne physique qui a créé l'œuvre protégée (art. 6 LDA)<sup>9</sup>.

Comme déjà souligné plus haut, tant le principe du créateur que celui de l'inventeur jouissent, en tant que principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle<sup>10</sup>, de la garantie constitutionnelle de la propriété<sup>11</sup>. Les solutions introduites dans notre pays depuis la fin des années 1990 pour permettre aux HE de valoriser les résultats de leurs recherches dérogent à ces principes. Elles ne valent que si elles reposent sur une base légale formelle suffisamment claire et précise<sup>12</sup>, ou si elles découlent d'une cession conventionnelle des droits en faveur de la HE<sup>13</sup>. La titularité des droits d'auteur ou du droit au brevet reviendra alors aux HE à titre originaire dans le premier cas et à titre dérivé dans le deuxième<sup>14</sup>. Cela n'est pas forcément sans conséquence sur les opérations de valorisation souhaitées, si l'acquisition à titre dérivé ne découle pas d'un acte de disposition préalable<sup>15</sup> et en particulier si le titulaire originaire des droits les a transférés à un tiers autre que la HE avant que celle-ci n'en ait été investie<sup>16</sup>. Ce d'au-

tant qu'avant le dépôt d'une demande de brevet, le droit à la délivrance du brevet peut être cédé sans qu'aucune exigence de forme n'ait à être respectée et peut donc intervenir par actes concluants<sup>17</sup>. Ce qui est aussi le cas pour les droits d'auteur<sup>18</sup>.

S'il n'est pas possible, au vu de ce qui précède, d'appliquer par analogie l'art. 332 CO aux inventions et l'art. 17 LDA aux logiciels réalisés dans le secteur public, il convient néanmoins d'admettre que les principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence concernant ces deux dispositions puissent servir à l'interprétation des rapports de service de droit public à l'origine d'inventions ou de logiciels à valoriser<sup>19</sup>. On s'inspire au même titre des enseignements tirés de la jurisprudence relative à l'art. 332 CO pour préciser la portée de l'art. 17 LDA<sup>20</sup>, sans toutefois qu'il s'agisse d'une application par analogie de l'art. 332 CO aux logiciels développés par des travailleurs<sup>21</sup>.

## 2. Dans la pratique

Dès la fin des années 1990, le début des années 2000, les différentes HE de notre pays, conscientes de leur responsabilité de mieux utiliser les résultats de leurs recherches pour favoriser l'innovation<sup>22</sup>, se sont dotées, en partie sous la pression de la Confédération qui a amené les cantons à modifier

6 Voir dans ce sens, Rieder (n. 4), N 370 ss., en particulier N 380.

7 Voir Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 7.

8 Voir Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 1, 3; Rieder (n. 4), N 321, 336.

9 Salvadé/Tissot (n. 4), 239.

10 Voir Salvadé/Tissot (n. 4), 239 et réf. citées et Rieder (n. 4), N 337.

11 Voir (n. 4), voir aussi Rieder, *Wem gehört die Hochschulerfindung? Ein Diskussionsbeitrag zum Urteil «Fixateur intern» des Bundespatentgerichts vom 28. März 2012*, sic! 9/2012, 530.

12 Voir sur la base légale nécessaire, Rieder (n. 4), N 336, 373–379 et sur les autres conditions d'intérêt public (à la valorisation par les HE des résultats de la recherche, N 303, 338, 342, 347–348, 383–389), d'indemnisation (N 372 sur la garantie constitutionnelle de la propriété qui se transforme en garantie de valeur) et de proportionnalité (N 392–394).

13 Voir sur la cessibilité des droits d'auteur, Salvadé/Tissot (n. 4), 242 et réf. citées et pour les brevets d'invention Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 3 et réf. citées.

14 Voir dans ce sens Rieder (n. 4), N 354.

15 Voir point III ci-dessous.

16 Voir pour un exemple de ce que l'investiture à titre originaire des droits en faveur de la HE pourrait changer dans un cas concret, l'arrêt «Fixateur intern» du TFB, 28.3.2012 (n. 1), où l'action en transfert du brevet intentée par l'Université de Berne aurait été couronnée de succès si le droit au brevet lui avait appartenu ex lege au moment de la réalisation de l'invention; voir aussi Rieder (n. 11), N 531.

17 Voir dans ce sens Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 19; de Werra (n. 3), art. 33 LBI, N 27, et Rieder (n. 4), N 356.

18 Voir en particulier Salvadé/Tissot (n. 4), 242 et réf. citées, et pour un exemple de transfert tacite des droits d'auteur, y compris du droit d'accès à l'œuvre, l'arrêt «Landschaftsfotografien», Oger ZH, 26.2.2013, LK 100007, sic! 9/2013, 518, 526, Tissot/Dubois/Cordoba (édit.), *L'essentiel de la jurisprudence en matière de PI*, Bâle/Neuchâtel 2014, N 595.

19 Voir en particulier Rieder (n. 4), N 652–653, qui propose d'interpréter les lois cantonales réglant la question de l'appartenance du droit au brevet sur les inventions de travailleurs conformément à l'art. 332 CO, N 689–690.

20 Voir sur les parallèles possibles entre l'art. 332 CO et l'art. 17 LDA, Salvadé/Tissot (n. 4), 239–242 et réf. citées, et sur la tentation de qualifier les logiciels créés selon les conditions de l'art. 17 LDA de logiciels de service, Salvadé/Tissot (n. 4), 241 (n. 96).

21 Laquelle est exclue en particulier aussi par l'historique de l'introduction de l'art. 17 LDA qui a été préférée par le législateur à un renvoi à l'art. 332 al. 1 CO, voir Barrelet/Egloff (n. 5), art. 17 LDA, N 1.

22 Que ce soit sous l'influence du Bayh-Dole Act américain, voir dans ce sens Rieder (n. 11), N 528–529, ou l'un des résultats de l'initiative lancée par le Secrétaire d'Etat à l'éducation et à la recherche, M. Charles Kleiber, de créer un Réseau Suisse d'Innovation (RSI-SNI) destiné à promouvoir le transfert de technologies des HE vers l'industrie et à fédérer leurs efforts dans ce domaine; voir Kleiber, *Laboratoire pour une réforme*, La Recherche, *L'Actualité des Sciences*, 2000 (mensuel No 327), 109: «Le Parlement a réglé la question des droits de propriété intellectuelle sur le modèle anglo-saxon: les droits appartiennent à l'Université, mais une partie de leur produit est transféré aux chercheurs», [http://www.larecherche.fr/idees/entretien/charles-kleiber-laboratoire-reforme-01-01-2000-77111\(26.2.2014\)](http://www.larecherche.fr/idees/entretien/charles-kleiber-laboratoire-reforme-01-01-2000-77111(26.2.2014)).

leurs lois universitaires<sup>23</sup>, des bases légales nécessaires pour être investies des droits de propriété intellectuelle portant sur les créations techniques et logicielles de leurs professeurs. Concrètement, cela a débouché sur une modification, le 21 mars 2003, de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les écoles polytechniques fédérales (LEPF). Sur le plan cantonal, cela s'est traduit par l'introduction, généralement dans la loi se rapportant à l'Université, de dispositions concernant l'appartenance des droits de propriété intellectuelle à l'institution, ainsi que par la création de nouvelles responsabilités pour les HE en matière de valorisation des résultats de leurs recherches.

### A. Les EPF

La LEPF du 4 octobre 1991<sup>24</sup> a subi un certain nombre de modifications introduites par la loi fédérale du 21 mars 2003<sup>25</sup>, dont celle consistant à confier aux EPF et aux établissements de recherche la mission de valoriser les résultats de leurs recherches (art. 1 al. 1 lit. f LEPF).

L'art. 3a de cette même LEPF qui règle la collaboration avec des tiers et autorise les EPF et les établissements de recherche à créer des sociétés, à participer à des sociétés ou à collaborer d'autres façons avec des tiers fait partie du même train de mesures.

L'art. 17 al. 2 LEPF, qui traite des rapports de travail du personnel (dont les professeurs), renvoie, si la LEPF n'en dispose pas autrement, à la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération<sup>26</sup>. Quant à l'alinéa 3 de l'art. 17 LEPF, il permet, moyennant approbation du Conseil fédéral et dans la mesure où l'exigent l'enseignement et la recherche, d'engager des professeurs sur la base d'un contrat de droit privé. Cela s'accompagnerait alors d'une application directe, et non plus par ana-

logie et insatisfaisante du point de vue de l'atteinte portée à la garantie de la propriété, des art. 332 CO et 17 LDA.

Mais, la clé de voûte du système est l'art. 36 LEPF dont l'alinéa 1 constitue, à ceci près que la liberté de la science de l'art. 20 Cst. ne permet pas d'imposer aux professeurs une obligation d'inventer, le pendant de l'art. 332 CO dont il exclut toutefois l'application au personnel des EPF<sup>27</sup>. L'art. 36 al. 2 LEPF introduit lui, sous réserve aussi de ce que la liberté de recherche des professeurs<sup>28</sup> ne permet pas de leur imposer de réaliser des logiciels, une solution comparable à celle de l'art. 17 LDA pour les logiciels de service.

Il peut être déduit de la lettre de ces deux alinéas, qui indiquent que les droits «reviennent» aux EPF et aux établissements de recherche, une titularité à titre originaire en faveur des employeurs. En effet, du moment que la dérogation au principe de l'inventeur de l'art. 3 al. 1 LBI découle d'une base légale de droit public comparable à celle de l'art. 332 CO pour les rapports de droit privé, il convient d'admettre que le tiers auquel le droit à la délivrance du brevet revient à un autre titre (cette base légale particulière) en est investi de manière originaire<sup>29</sup>. Si cette interprétation ne devait pas être suivie, c'est au moins l'existence d'une cession ex lege prévue par une base légale formelle qui devrait être retenue. C'est en tout cas comme cela qu'est interprété l'art. 17 LDA dont la lettre donne pourtant plus à penser que le législateur a voulu conférer une licence à l'employeur qu'introduire une cession légale des droits<sup>30</sup>.

Cette investiture à titre originaire ou ce transfert des droits exclusifs s'accompagne d'une forme d'indemnisation. L'alinéa 3 précise en effet que «les personnes qui ont créé des biens immatériels au sens des alinéas 1 et 2 ont droit à une participation appropriée au bénéfice éventuel d'une exploitation». Il convient de voir dans cette association au succès économique de la valorisation, non seulement une indemnité, mais aussi une incitation à se prêter aux opérations de transfert de savoirs et de technologies<sup>31</sup>.

S'il était raisonné par analogie et sans tenir compte du fait que l'art. 36 LEPF exclut l'application de l'art. 332 CO, on pourrait être tenté de considérer que, puisqu'en vertu de la liberté de la recherche, les inventions réalisées par les professeurs sont plutôt assimilables à des inventions occasionnelles réservées qu'à des inventions de service, une indemnité additionnelle à leur salaire devrait leur être versée<sup>32</sup>, indépendamment de leur association aux résultats de la valorisation. Cela ne se justifierait toutefois que par un parallèle avec l'art. 332 CO et par le fait qu'une restriction grave portée à la garantie

23 Avec l'introduction de l'art. 28a de la LR (loi sur la recherche) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2000 (devenu l'art. 28a LERI le 1<sup>er</sup> janvier 2011, puis l'art. 27 al. 2 lit. a LERI le 1<sup>er</sup> janvier 2014), et de l'art. 15a O-LERI en vigueur dès le 1<sup>er</sup> août 2000, puis abrogé par l'O-LERI du 29 novembre 2013 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, dont l'art. 40 reprend en partie l'art. 15a O-LERI ancien.

24 RS 414.110.

25 En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004, RO 2003 4265, FF 2002 3251.

26 LPers, RS 172.220.1 dont l'art. 6 al. 2 prévoit que «si la présente loi ou d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du CO s'appliquent par analogie aux rapports de travail». Or, la LPers ne comporte pas de disposition réglant le sort des créations immatérielles, de sorte que l'art. 332 CO aurait vocation à s'appliquer, si l'art. 36 LEPF n'existait pas. Le Message du Conseil fédéral concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 27 février 2002, FF 2002 3280, précise en effet que l'art. 36 LEPF s'écartere des principes de l'art. 332 CO qui s'appliquent autrement pour les employés de la Confédération, et en particulier de ceux se rapportant aux inventions occasionnelles réservées et que cela «se justifie par la nature spéciale des activités [des EPF], qui amènent plus souvent que ce n'est le cas dans d'autres domaines de la Confédération la création de biens immatériels»; voir aussi sur l'application adaptée de la LPers aux employés des EPF, FF 2002 3252 et 3261.

27 Voir n. 26.

28 La liberté de la science de l'art. 20 Cst. recouvre à la fois la liberté de recherche et celle d'enseignement; voir dans ce sens, Schwander, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit in der Schweiz aus Verfassungsrechtlicher Sicht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 2006, 305.

29 Voir dans ce sens Rieder (n. 4), N 365.

30 Voir concernant l'admission d'un transfert des droits exclusifs d'utilisation de Werra (n. 3), art. 17 LDA, N 17–20.

31 Rieder (n. 4), N 424.

32 Voir dans ce sens, Rieder (n. 4), N 424.

de la propriété s'accompagne, selon l'art. 26 al. 2 Cst., d'une pleine indemnité. Mais cela reviendrait à assimiler la cession légale en faveur des EPF à une forme d'expropriation. Or, une expropriation est généralement imposée par la collectivité publique à un administré, alors qu'en l'espèce les professeurs ont toujours le choix de ne pas réaliser de créations donnant lieu à l'application de l'art. 36 LEPF. Il importe de prendre en compte dans l'analyse faite de la nature du transfert des droits, non seulement la base légale à l'origine de l'exception aux principes de l'inventeur et du créateur, mais aussi le fait qu'en vertu de la liberté de recherche dont il jouit, le professeur demeure parfaitement libre de réaliser ou non un logiciel de service ou une invention qui, dans le secteur privé, serait qualifiée d'occasionnelle. Cette liberté plus large que celle revenant aux travailleurs justifie une indemnisation différente de celle prévue par l'art. 332 al. 4 CO<sup>33</sup>.

## B. Les Universités cantonales

Les dispositions prises par les différents cantons pour doter leurs Universités des bases légales nécessaires pour être investies tant du droit au brevet que des droits d'auteurs sur les créations logicielles de leurs professeurs, constituent des bases légales suffisantes pour déroger aux principes de l'inventeur et du créateur en tout cas lorsqu'elles concernent des résultats de projets de recherche compétitifs financés par la Confédération. Ces dispositions interviennent en effet alors en quelque sorte «en application» de l'art. 27 al. 2 lit. a de la LERI<sup>34</sup>, anciennement art. 28a LR<sup>35</sup>. Alors que les stratégies en matière de valorisation dont les Universités se sont parfois également dotées<sup>36</sup> découlent elles de l'art. 27 al. 1 LERI<sup>37</sup>.

La question est plus délicate lorsque les résultats concernés ont été obtenus par les Universités sur la part cantonale de leur budget ou sur son socle de financement fédéral indépendant des projets compétitifs et de leurs overheads<sup>38</sup>. En effet, pour ces projets «non directement» financés par la Confédération, l'exigence des art. 28a LR/27 al. 2 lit. a LERI ne saurait s'appliquer, ni non plus servir «de base légale fédérale» à l'ori-

gine d'une base légale formelle cantonale<sup>39</sup>. Cela n'a toutefois pas d'autre conséquence que de déboucher, si ces dispositions ne devaient pas suffire pour limiter un droit protégé par l'art. 26 Cst., sur une acquisition conventionnelle<sup>40</sup> à titre dérivé par les HE du droit au brevet ou des droits d'auteur sur les logiciels; en lieu et place d'une investiture à titre originaire de ces droits<sup>41</sup>.

Ce qui a été exposé plus haut concernant la nature des inventions réalisées par les professeurs des EPF vaut mutatis mutandis pour celles des professeurs des Universités. Les dispositions des lois cantonales sur les Universités qui traitent de l'appartenance des droits de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche ne renvoient généralement ni à l'art. 332 CO, ni à l'art. 17 LDA. Il apparaît toutefois, vu le principe de la liberté de la recherche, que les inventions créées dans les Universités par les professeurs présentent des caractéristiques rappelant celles des inventions occasionnelles réservées<sup>42</sup>. Il en va ainsi en particulier des obligations d'annoncer ces créations à l'institution et d'éviter d'en compromettre la valorisation par une publication prématurée<sup>43</sup> qu'on retrouve dans la plupart des dispositions d'application des législations cantonales<sup>44</sup>, comme aussi aux art. 1 et 3 al. 1 de l'ordonnance du Conseil des EPF du 24 mars 2004 sur les biens immatériels et les participations dans le domaine des EPF<sup>45</sup>, ou aux lit. a et b de l'art. 15a al. 1 O-LERI<sup>46</sup>.

Toutefois, le parallèle avec l'art. 332 al. 2 CO doit s'arrêter là, puisque ces règles, et en particulier celles de l'alinéa 2 de l'art. 27 LERI, ont certes été inspirées par l'art. 332 CO, mais ne sont pas identiques<sup>47</sup>. La mention de l'art. 332 al. 4 CO que faisait déjà l'art. 15a al. 1 lit. d O-LERI et qui subsiste dans les mêmes termes, mais en réservant d'éventuelles dispositions spéciales, à l'art. 40 al. 1 lit. c O-LERI du 29 novembre 2013 est ainsi inappropriée. Elle risque d'induire en erreur sur la nature de l'association des professeurs aux revenus tirés de la mise en

33 Voir point II.2.B ci-dessous (n. 47) et ss.

34 Loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation du 14 décembre 2012, RS 420.1.

35 Voir dans ce sens Rieder (n. 4), N 725-729. L'art. 28a LR a été introduit dans le but de favoriser le transfert de savoirs et de technologies de la science à l'économie, voir Message du Conseil fédéral du 27 février 2002 concernant la révision partielle de la LEPF, FF 2002 3260.

36 Voir par exemple le règlement concernant la valorisation de la recherche de l'Université de Neuchâtel du 25 juin 2012, RSN 416.108.

37 L'art. 27 al. 1 LERI «vise à encourager la mise en valeur du savoir et le transfert de savoirs et de technologies entre les HE et les entreprises par une nouvelle mesure à caractère orienté qui complète les dispositions des alinéas 2 et 3», Message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la LERI du 9 novembre 2011, FF 2011 8155.

38 Voir dispositions de la LERI du 7 octobre 1983 encore en vigueur, annexées à la LERI en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, RS 420.1.

39 Seuls les fonds compétitifs alloués par le FNS et la CTI paraissent concernés par l'art. 27 al. 2 lit. a LERI puisque la LERI s'applique aux organes de recherche (art. 3 LERI) qu'elle mentionne à son art. 4 al. 1 lit. a, soit le FNS, l'Association Académies Suisses des Sciences (SCNAT, ASSH, ASSM, ASST) et la CTI; voir aussi Message du Conseil fédéral du 9 novembre 2011 relatif à la révision totale de la LERI, FF 2011 8105, 8131 et 8132 sur le caractère exhaustif de l'énumération des organes de recherche de l'art. 4 LERI; voir aussi, Rieder (n. 4), N 725-729, 747; voir enfin sur la gravité de l'atteinte à la garantie de la propriété nécessitant une base légale formelle, Rieder (n. 11), 531, et sur le fait que les lois cantonales qui comporteraient une disposition sur la titularité des droits de propriété intellectuelle pourraient déroger valablement au principe du créateur, alors que des ordonnances cantonales ne suffiraient pas, Rieder (n. 4), N 377-379, 750.

40 Voir point III.2 ci-dessous.

41 Voir dans ce sens, Rieder (n. 4), N 660-661.

42 Voir dans ce sens, Rieder (n. 11), 531.

43 Ces deux obligations caractérisent les inventions de service et les inventions réservées, voir dans ce sens, Commentaire du contrat de travail, Tissot, art. 332 CO, N 8.

44 Voir par exemple l'art. 10 du règlement concernant la valorisation de la recherche de l'Université de Neuchâtel du 25 juin 2012, RSN 416.108.

45 OBIP-EPF, RS 414.172.

46 En vigueur du 1<sup>er</sup> août 2000 au 31 décembre 2013, voir n. 23.

47 Voir Heinrich (n. 2), art. 3 LBI, N 16.

valeur des résultats de leurs recherches. Car celle-ci n'est pas une indemnité spéciale équitable au sens de l'art. 332 al. 4 CO<sup>48</sup>, mais à la fois un incitatif à se prêter à une activité de transfert de savoirs et de technologies indispensable à l'encouragement de l'innovation, et une contrepartie du transfert des droits de propriété intellectuelle à la HE consenti par les professeurs qui choisissent de se lancer dans des recherches susceptibles de déboucher sur des applications. La réserve qu'effectue l'actuel art. 40 al. 1 lit. c O-LERI d'éventuelles dispositions spéciales milite aussi en faveur du fait que l'association aux revenus tirés de la valorisation des résultats de la recherche ne peut pas être assimilée à l'indemnité de l'art. 332 al. 4 CO. Cette dernière est en effet de droit relativement impératif<sup>49</sup> et ne tolère en principe pas d'exceptions, sauf en faveur du travailleur. Enfin, la possibilité prévue en cas de renonciation par la HE à valoriser la création de son professeur de lui rétrocéder<sup>50</sup> les droits correspondants pour lui permettre de se lancer lui-même dans la mise en valeur des résultats de ses recherches démontre aussi que le système retenu est différent de celui de l'art. 332 al. 2 à 4 CO.

### III. Quels types d'acquisition et selon quels mécanismes?

Il a été relevé plus haut que c'est l'interprétation de la disposition qui déroge aux principes de l'inventeur ou du créateur qui doit permettre «de déterminer si on est en présence d'une simple obligation de transférer ou d'une investiture à titre originaire des droits en faveur de la HE»<sup>51</sup>.

#### 1. Appartenance à titre originaire des droits

Une appartenance à titre originaire des droits aux HE est dans l'intérêt d'un transfert de savoirs et de technologies sûr et efficace<sup>52</sup>. Elle supprime en particulier le risque que les professeurs disposent indûment des droits de propriété intellectuelle portant sur leurs créations avant que l'école n'ait entrepris de les mettre en valeur. Ces arguments militent pour la reconnaissance d'une appartenance originaire à un autre titre au sens de l'art. 3 al. 1 LBI, en faveur des HE, à chaque fois que la lettre même des dispositions dérogeant au principe de l'inventeur ne l'exclut pas<sup>53</sup>. Pour les créations logicielles, la même solution devrait s'imposer lorsqu'il découle de la disposition légale formelle (fédérale ou cantonale) les concernant que le but du législateur était de conférer les droits exclusifs d'utilisation à la

HE<sup>54</sup>, dans la recherche d'une solution assimilable à celle découlant dans le secteur privé de l'art. 17 LDA. De telles interprétations sont confortées par le fait que le transfert de savoirs et de technologies est reconnu d'intérêt public<sup>55</sup>; qu'il constitue désormais une des missions des HE, à côté de leurs activités traditionnelles de recherche et d'enseignement<sup>56</sup>; et qu'il est indispensable à la promotion de l'innovation que la Confédération a la charge constitutionnelle d'encourager (art. 64 al. 1 Cst.)<sup>57</sup>.

#### 2. Titularité dérivée

Lorsque l'interprétation des dispositions concernées ne permet pas d'admettre une appartenance à titre originaire des droits en faveur de la HE, la solution n'est néanmoins pas fondamentalement différente. En tout cas, chaque fois que le transfert de ces droits découle d'un acte de disposition préalable résultant d'actes concluants des professeurs.

La question de savoir dans quelle mesure l'existence d'un acte de disposition préalable peut être retenue lorsque l'acte générateur d'obligations<sup>58</sup> n'est pas un contrat mais une disposition légale<sup>59</sup>, n'y change rien si les créations considérées ont été réalisées par des professeurs bénéficiant de la possibilité d'orienter et d'organiser librement leurs recherches. Il doit en effet être admis que le professeur qui se sait soumis à une réglementation prévoyant que les droits sur ses créations immatérielles appartiendront à la HE qui l'emploie, mais qui, dans l'exercice de sa liberté de recherche, opte néanmoins pour la réalisation d'une création brevetable ou assimilable à un logiciel de service, dispose préalablement, par son choix, de ses droits futurs sur ses réalisations à venir.

L'existence d'un acte de disposition préalable est encore plus évidente lorsque l'acte générateur d'obligations résultant du choix du professeur intervient alors que l'obligation de transférer les droits ne découle pas seulement de la loi, mais aussi

54 Voir n. 30.

55 Voir dans ce sens Rieder (n. 4), N 347–349.

56 Voir par exemple l'art. 2 al. 1 lit. f LEPP: «Les EPF et les établissements de recherche ont pour mission (...) de valoriser les résultats de leurs recherches»; ou l'art. 2 al. 4 de la loi sur l'Université (LU) de Neuchâtel, RSN 416.10, qui relève que l'Université «par ses recherches (...) contribue à l'élargissement des connaissances et à leur mise en valeur au sein de la société», voir aussi les art. 2 al. 5 et 73 LU.

57 Voir par exemple l'art. 1 al. 1 lit. b LERI et le Message du Conseil fédéral du 9 novembre 2011 relatif à la révision totale de la LERI qui relève que «(...) la Confédération encourage l'éventail complet des activités de recherche: recherche fondamentale, recherche appliquée et innovation orientée vers le marché», FF 2011 2128–2129.

58 Voir sur le fait que le transfert des droits de propriété intellectuelle «suppose la conclusion d'un acte générateur d'obligations (Verpflichtungsgeschäft), qui doit être suivie d'un acte de disposition (Verfügungsgeschäft)» lesquels sont souvent simultanés, de Werra (n. 3), art. 33 LBI, N 21; voir aussi Rieder (n. 11), 532 et Rieder (n. 4), N 357; voir aussi sur la possibilité d'admettre des actes de disposition préalable sur des droits de propriété intellectuelle futurs lorsqu'ils découlent d'un contrat ou d'actes concluants, Rieder (n. 4), N 358–359.

59 Voir dans ce sens Rieder (n. 11), 532.

48 Dont le montant est indépendant de la valeur économique, du succès et de la valorisation ou non de l'invention, voir dans ce sens, Tissot (n. 43), art. 332 CO, N 16 et réf. citées.

49 Voir dans ce sens, Tissot (n. 43), art. 332 CO, N 3, 16.

50 Voir par exemple l'art. 12 du règlement concernant la valorisation de la recherche de l'Université de Neuchâtel du 25 mars 2012, l'art. 40 al. 2 lit. d O-LERI du 29 novembre 2013 ou l'art. 4 al. 2 OBIP-EPP.

51 Rieder (n. 4), N 368 (traduction libre).

52 Rieder (n. 4), N 366–368.

53 Voir n. 29.

du cahier des charges des professeurs qui précise que la HE qui les emploie attend d'eux qu'ils s'impliquent dans les activités de transfert de savoirs et de technologies liées à la valorisation des résultats de leurs recherches<sup>60</sup>. Parmi les actes concluants illustrant un transfert tacite des droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'un acte de disposition préalable, la doctrine mentionne le fait d'annoncer l'invention à l'employeur<sup>61</sup>. Celui de se prêter en sus à des actes de valorisation conformément à ce que prévoit le cahier des charges en constitue un autre. Mais celui qui paraît le plus fort est certainement le choix de se lancer dans une recherche susceptible de déboucher sur des applications valorisables tout en sachant que les droits immatériels s'y rapportant appartiendront à l'institution au sein de laquelle cette recherche sera réalisée.

Le transfert des droits en faveur de la HE intervient alors au moment même de l'achèvement de la création considérée<sup>62</sup>, sans que le professeur n'ait plus à accomplir aucun acte pour parfaire l'appartenance des droits à la HE. Cela se justifie en particulier par un parallèle avec le fait qu'en cas de doute sur la portée d'une clause de réserve (pour les inventions occasionnelles au sens de l'art. 332 al. 2 CO), la doctrine majoritaire considère qu'elle doit être assimilée à un acte de disposition à futur, et qu'aucun acte ultérieur n'est plus nécessaire au transfert du droit au brevet<sup>63</sup>. Lorsque des droits d'auteur sont en jeu, une dérogation conventionnelle au principe du créateur découlant d'un acte de disposition préalable peut être admise si elle est conforme à l'économie du contrat de travail, dont la conclusion est intervenue justement pour permettre à l'employeur d'utiliser et de disposer des résultats générés par l'activité de son travailleur<sup>64</sup>.

### 3. Théorie de la finalité

Du moment que le choix effectué librement par un chercheur de se lancer dans une activité susceptible de générer des résultats protégeables par des droits de propriété intellectuelle, tout en sachant qu'en vertu de son cahier des charges et de la loi ces droits appartiendront à son employeur, manifeste une

volonté claire de déroger aux principes du créateur ou de l'inventeur, le recours à la théorie de la finalité permettra de déterminer la portée et l'étendue des droits ainsi cédés<sup>65</sup>. Celles-ci seront fonction en particulier du but poursuivi par les parties en contractant<sup>66</sup>. Lequel pourra lui-même être déduit des nouvelles missions dont sont chargées les HE et de leur obligation légale de mettre en valeur les résultats de leurs recherches<sup>67</sup>. Il y aurait ainsi lieu de retenir une cession<sup>68</sup> des droits d'auteur sur les logiciels de service, mieux à même que l'octroi d'une licence (même exclusive), d'en permettre la valorisation. En effet, la cession ultérieure des droits à des tiers, ou l'octroi de licences sur ces droits sera plus facile à négocier (en termes de revenus tirés de la valorisation, mais aussi de perspectives d'investissements futurs dans l'entreprise du cessionnaire du droit, respectivement du preneur de licence), vu la meilleure sécurité juridique dont elle s'accompagnera que l'octroi d'une seule sous-licence dépendant de l'existence de la licence principale.

Enfin, si l'application de la théorie de la finalité suppose l'existence d'un contrat à interpréter<sup>69</sup>, le contrat en question est celui qui se rapporte au transfert des droits de propriété intellectuelle concernés. Ce peut être un contrat de travail<sup>70</sup>. Ce peut être aussi un contrat de transfert des droits d'un autre type résultant par exemple d'un acte de disposition, préalable ou non, manifesté par actes concluants. Il serait donc faux de déduire du fait que les professeurs de nos HE ne sont pas toujours engagés dans le cadre d'une relation contractuelle de droit public<sup>71</sup>, que la théorie de la finalité n'aurait pas vocation à s'appliquer pour déterminer l'étendue des droits revenant à leurs employeurs.

60 Voir pour une illustration de ce que le transfert de savoirs et de technologies fait désormais partie des activités attendues des professeurs, le cahier des charges type pour les professeurs ordinaires et extraordinaires à l'Université de Neuchâtel du 5 octobre 2009 qui indique que la charge des professeurs comprend quatre fonctions essentielles dont la contribution au rayonnement de l'Université, et que celle-ci suppose en particulier que les professeurs s'impliquent (...) «dans les activités de transfert de technologies liées à la valorisation des résultats de [leurs] recherches» et établissent «des partenariats avec le monde académique ou économique».

61 Rieder (n. 11), 532; voir aussi Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 36.

62 Il est généralement admis qu'en présence d'un acte de disposition préalable du droit au brevet, (Verfügungsgeschäft) «le droit au brevet naît au moment même de l'achèvement de l'invention eo ipso en la personne du tiers acquéreur auquel il appartient (...) à titre originaire», Tissot (n. 3), art. 3 LBI, N 20 et réf. citées; voir aussi Rieder (n. 4), N 359.

63 Tissot (n. 43), art. 332 CO, N 14.

64 Voir dans ce sens Salvadé/Tissot (n. 4), 244, (n. 118) et réf. citées.

65 Voir Salvadé/Tissot (n. 4), 247.

66 Salvadé/Tissot (n. 4), 247 (n. 134) et réf. citées, en particulier de Werra (n. 3), art. 16 LDA, N 40–42, 47.

67 C'est la solution que dicte une application par analogie de l'arrêt Michelangelo du TF, 30.4.1997, 4C.442/1996, qui indique que le but social de l'entreprise de l'employeur «constitue l'ultime limite à l'acquisition de droits par l'employeur» (c. 4b.bb). C'est aussi ce que la doctrine retient en matière de brevet d'invention, voir Tissot (n. 43), art. 332 CO, N 11 et réf.cit.

68 Voir sur le fait que l'application de cette théorie permet de déterminer si on est en présence d'une licence ou d'une cession de droit d'auteur, de Werra (n. 3), art. 16 LDA, N 43.

69 Salvadé/Tissot (n. 4), 247.

70 Voir sur l'importance de cette théorie dans le cadre des rapports de travail, de Werra (n. 3), art. 16 LDA, N 44–45.

71 Le Message du Conseil fédéral du 27 février 2002 relatif à la révision partielle de la LEPF (n. 26), indique, FF 2002 3261 § 1.3.6, que «les rapports de travail des professeurs passent du régime de la nomination pour une période administrative donnée à celui d'un contrat de travail à durée indéterminée», et l'art. 8 al. 1 LPers prévoit que «les rapports de travail découlent de la conclusion d'un contrat de travail de droit public établi en la forme écrite». Pour les universités cantonales dont la législation spécifique ne prévoirait pas que l'engagement des professeurs interviendrait dans le cadre d'un contrat de travail de droit public, le caractère participatif des décisions de nomination qui s'accompagnent souvent de négociations et ne déploient leurs effets qu'une fois acceptées par leurs bénéficiaires (voir dans ce sens Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 827, 972–973) devrait aussi contribuer à l'admission d'un acte de disposition préalable dont la détermination de la portée serait elle sujette à application de la théorie de la finalité.

#### IV. Conclusion

Même lorsqu'une appartenance à titre originaire des droits en faveur de la HE ne peut pas être admise, il n'y a pas lieu de craindre que le professeur dispose valablement des droits (dont il n'est pas propriétaire) en faveur d'un tiers ou refuse de réaliser d'éventuelles démarches en vue de leur transfert à la HE.

Le tiers qui acquerrait ou déposerait en son nom ces droits alors que la loi régissant la HE prévoit d'une part que l'institution est investie des droits de propriété intellectuelle sur les résultats de recherche et d'autre part que ses professeurs ont l'obligation de les lui annoncer préalablement à toute publication pour qu'une valorisation puisse être envisagée et déterminée d'un commun accord, ne pourrait plus exciper de sa bonne foi pour prétendre être investi valablement des droits. Dans la mesure où une invention serait concernée, le tiers s'exposerait à une action en transfert du droit à la délivrance du brevet sans limite de temps au sens de l'art. 31 LBI. En outre, que des droits d'auteur ou le droit à la délivrance du brevet soient en jeu, le transfert en faveur du tiers serait nul en raison de l'acte de disposition préalable en faveur de la HE.

---

**Résumé** Le système développé par nos Hautes Ecoles pour être investies des droits de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche de leurs professeurs est cohérent et fonctionnel, aussi bien en ce qui concerne les droits d'auteur sur les logiciels que le droit à la délivrance du brevet sur les créations techniques réalisées par les membres du corps professoral. Ces droits reviennent aux Hautes Ecoles tant en vertu d'une cession légale que d'une cession conventionnelle, accompagnée d'un acte de disposition préalable du professeur et d'un intéressement aux résultats tirés de la valorisation de ces créations.

---

**Summary** Our universities of applied sciences have established a system to ensure they are vested with intellectual property rights on the research results of their professors. Said system is functional and coherent, be it in regard to obtaining copyright on software or a patent on technical creations made by faculty members. These rights belong to the universities of applied sciences both by legal and conventional transfer, accompanied by a prerequisite disposition by the professor and the sharing of profits made from the creations.

---

**entscheidungen décisions****Die Entscheidung | La décision**

- 14-37 **Strafverfolgungsinteresse überwiegt Interesse am Quellenschutz** . . . . .70  
Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2014 (1B\_293/2013)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. PHILIP KÜBLER, ZÜRICH**

**1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif****1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias**

- 14-38 **Unbegründete Kritik an einem Chefbeamten ist zu sanktionieren** . . . . .74  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)

«Jalba c. Rumänien» vom 18. Februar 2014 (N° 43912/10)

- 14-39 **Nichtbefolgen polizeilicher Anordnungen durch einen Pressefotografen** . . . . .74  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)

«Pentikäinen c. Finnland» vom 4. Februar 2014 (N° 11882/10)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**

- 14-40 **Offener Brief mit unbegründetem Vorwurf des Drückebergertums** . . . . .76  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)

«De Lesquen du Plessis-Casso c. Frankreich (No. 2)» vom 30. Januar 2014 (N° 34400/10)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**

- 14-41 **Unlautere Methoden radikaler Tierschützer als Argument für ein Publikationsverbot** . . . . .76  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)

«Tierbefreier e. V. c. Deutschland» vom 16. Januar 2014 (N° 45192/09)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**

- 14-42 **Prominentenpaar muss Paparazzibilder seiner Open-Air-Hochzeit hinnehmen** . . . .77  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer)

«Lillo-Stenberg and Saether c. Norwegen» vom 16. Januar 2014 (N° 13258/09)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**

- 14-43 **Unbegründete Kritik an einer Staatsanwältin ist zu sanktionieren** . . . . .78  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)

«Lavric c. Rumänien» vom 14. Januar 2014 (N° 22231/05)

- 14-44 **Allzu indiskrete Autobiografie der Exfreundin eines Toppolitikers** . . . . .79  
Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer)

«Ruusunen c. Finnland» vom 14. Januar 2014 (N° 73579/10) und

«Ojala + Etuenko c. Finnland» vom 14. Januar 2014 (N° 69939/10)

**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**

- 14-45 **Dubioser Teilnehmer an TV-Quiz wegen Betrugsverdacht als public figure** . . . . .80  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)

«Ringier Axel Springer Slovakia A. S. c. Slowakei (No. 3)» vom 7. Januar 2014 (N° 37986/09)

- 14-46 **Namensnennung eines Staatsanwalts nach Unfalltod seines Sohns** . . . . .80  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)

«Ringier Axel Springer Slovakia A. S. c. Slowakei (No. 2)» vom 7. Januar 2014 (N° 21666/09)

**1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information**

- 14-47 **ETHZ muss Dokumente im Zusammenhang mit entgeltlichen Zuwendungen und Interessenbindungen zugänglich machen** . . . . .81

Entscheid des EDÖB vom 26. Februar 2014 (ETHZ/Finanzierung von Lehrstühlen, Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Vertrag mit Syngenta)

- 14-48 **Recht einer NGO auf Zustellung anonymisierter Kommissionsentscheide** . . . . .82  
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c. Österreich» vom 28. November 2013 (N° 39534/07)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN**
- 14-49 **La classification «confidentiel» d'un document par une autorité ne peut restreindre le droit d'accès garanti par la loi** . . . . .83  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 février 2014 (A-4500/2013)  
**ANNOTATIONS: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE**
- 14-50 **Zugang zu Abrechnungen des Jahres 2010 muss nicht gewährt werden** . . . . .84  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2013 (A-2064/2013)
- 14-51 **Zugangsgesuch: BVGer weist Beschwerde von paritätischen Kommissionen überwiegend ab** . . . . .85  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2013 (A-2434/2013)
- 14-52 **ENSI muss Prüfungsprotokoll und Prüfungsbericht zugänglich machen** . . . . .86  
Entscheid des EDÖB vom 18. März 2014 (ENSI/Prüfbericht zu den Untersuchungen am Reaktordruckbehälter Mühleberg)
- 14-53 **EPFL muss Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Verträge mit Nestlé offenlegen.** . . . . .86  
Entscheid des EDÖB vom 27. Februar 2014 (EPFL/Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Verträge mit Nestlé)  
**ANNOTATIONS: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE**
- 14-54 **BLW hätte über Beilagen zu Bericht informieren müssen.** . . . . .87  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 10. Februar 2014 (BLW/Bericht Selbsthilfemassnahmen der Branchenorganisation Milch)
- 14-55 **NDB hat Mitwirkungspflichten verletzt** . . . . .88  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Februar 2014 (NDB/Statistische Angaben aus Rechenschaftsberichten und aktuelle Zahlen zur ISIS-Datenbank)
- 14-56 **EDÖB zweifelt am Nichtvorhandensein einer verlangten Liste.** . . . . .89  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 4. Februar 2014 (BSV/Gesamtschweizerische Liste mit Ärztinnen und Ärzten der regionalen ärztlichen Dienste RAD)
- 14-57 **Keine Gebührenerhebung wegen geringen Aufwands.** . . . . .90  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 30. Januar 2014 (BLW/Stellungnahmen Ämterkonsultation, Gebühren und Versandkosten)
- 14-58 **KTI muss Zugang zu Listen über bewilligte und abgelehnte Innovationsförderungsprojekte gewähren** . . . . .90  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 29. Januar 2014 (KTI/Innovationsförderung 2011)
- 14-59 **EDÖB klärt Zuständigkeit für Zugangsgesuch** . . . . .91  
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 18. Dezember 2013 (BJ und SIF/Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches)  
**ANNOTATIONS: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE**
- 14-60 **Les données non encore existantes au moment de la demande d'accès ne sont pas des «documents officiels»** . . . . .93  
Arrêt du Tribunal cantonal du Valais du 7 février 2014 (A1 13 333)

### 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- 14-61 **Art. 6 MWSTG: Keine Anwendbarkeit bei öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnissen.** . . . . .94  
Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2014 (2C\_936/2013; 2C\_942/2013; 2C\_947/2013)
- 14-62 **Une entreprise individuelle peut constituer un sujet distinct de son exploitant en termes d'assujettissement à la redevance** . . . . .94  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2014 (A-2489/2013)
- 14-63 **Werbespot mit Annina Campell verletzt Werbetrennungsgebot** . . . . .95  
Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 3. April 2014
- 14-64 **«The Voice»: SRG verletzt Werbe- und Sponsoringbestimmungen** . . . . .95  
Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom 12. Dezember 2013
- 14-65 **«Rundschau»-Beitrag über Bischof Huonder verletzt Sachgerechtigkeitsgebot nicht** . . . . .96  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Dezember 2013 (b. 671)
- 14-66 **Beiträge von «Rundschau» und «10 vor 10» über Professor Mörgeli waren sachgerecht** . . . . .97  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Dezember 2013 (b. 676/677/678)
- 14-67 **Mängel in Nebenpunkten: Beschwerde gegen Beitrag über Laserpointer abgewiesen** . . . . .98  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 24. Oktober 2013 (b. 674)
- 14-68 **Sendungen über Karl Marx – Beschwerde abgewiesen** . . . . .99  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (b. 675) vom 24. Oktober 2013
- 14-69 **Beschwerde gegen «Treffpunkt»-Sendung über Tierversuche abgewiesen.** . . . . .99  
Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 24. Oktober 2013 (b.679)

### 1.4 Filmrecht – Droit du cinéma

- 14-70 **L'OFC n'est pas habilité à ordonner aux acteurs du marché de la distribution et de la projection de films d'adopter des modalités de programmation.** . . . . . 100  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 mars 2014 (C-698/2013 )

### 1.5 Kunstrecht – Droit de l'art

- 14-71 **Künstlerische Freiheit in Roman über real existierende Personen.** . . . . . 101  
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Jelsevar u. a. c. Slowenien» vom 11. März 2014 (N° 47318/07)

### 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen – Autres questions constitutionnelles ou administratives

- 14-72 **Gezielte Kritik einer Ministerin an einem Journalisten respektierte EMRK** . . . . . 101  
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Rosca Stanescu c. Rumänien» vom 28. Januar 2014 (N° 49357/08)

ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

- 14-73 **L'objectif de l'aide à la presse est notamment d'encourager les échanges d'idées et la diversité des opinions et de la presse** . . . . . 103  
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2013 (A-546/2013)

### 3. Strafrecht – Droit pénal

#### 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

- 14-74 **Il peut y avoir diffamation même si le destinataire de l'allégation litigieuse connaissait déjà le fait allégué** . . . . . 103  
Arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 2014 (6B\_491/2013)

- 14-75 **Toute atteinte légère à la réputation ne justifie pas une réparation, a fortiori dans le cas d'une personne morale** . . . . . 104  
Arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 2013 (6B\_873/2013)

#### 3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

- 14-76 **Le tribunal des mesures de contrainte est seul compétent pour lever une mise sous scellés, sauf exception** . . . . . 104  
Arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 2014 (1B\_360/2013)

#### 3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

- 14-77 **Kostenauflage trotz Einstellung des Strafverfahrens versties gegen Unschuldsumutung** . . . . . 105  
Urteil des Bundesstrafgerichts vom 19. November 2013 (BB.2013.94)

### 4. Privatrecht – Droit privé

#### 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

- 14-78 **JUSO-Bildmontage von nacktem Vasella ist zulässig** . . . . . 106  
Urteil des Bundesgerichts vom 14. April 2014 (5A\_553/2012)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON**

- 14-79 **Bundesgericht weist Beschwerde von Dignitas gegen «Tages-Anzeiger» ab** . . . . . 107  
Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2014 (5A\_456/2013)  
**ANMERKUNGEN: DR. IUR. PETER STUDER, RÜSCHLIKON**

- 14-80 **Swisscom gegen NZZ: Gesuch um vorsorgliches Publikationsverbot abgewiesen** . . . . . 108  
Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 12. Februar 2014 (HG 13 150 KAI)  
**ANMERKUNGEN: DR. CHRISTOPH BORN, ZÜRICH**

#### 4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen – Autres questions de droit privé

- 14-81 **Nichteintreten mangels tauglicher Rügen** . . . . . 110  
Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 2013 (5A\_219/2013)

### 5. Urheberrecht – Droit d'auteur

#### 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

- 14-82 **Genehmigung GT S [2011–2013] nicht bundesrechtswidrig** . . . . . 111  
Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2014 (2C\_783/2013)

- 14-83 **Beschwerde gegen Tarif A Radio 2013–2016 abgewiesen** . . . . . 112  
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 (B-2429/2013)

# Strafverfolgungsinteresse überwiegt Interesse am Quellenschutz

Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2014 (1B\_293/2013)

14-37

Liegt eine der in Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO aufgezählten Straftaten vor, überwiegt grundsätzlich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung das entgegenstehende Interesse am Quellenschutz. Ab einem Gewinn von Fr. 10 000 aus Cannabis-Handel ist von einem schweren Fall nach Art. 19 Abs. 2 BetmG auszugehen und damit eine Ausnahme vom Quellenschutz möglich. Eine Journalistin, die über einen Cannabis-Dealer berichtet, der jährlich Fr. 12 000 Gewinn macht, kann sich daher nur dann auf den Quellenschutz berufen, wenn sie ein namhaftes öffentliches Interesse geltend macht. Ein solches liegt dann vor, wenn die Journalistin aufzeigt, dass dem Schutz ihrer Quelle eine besondere, erhöhte Bedeutung zukommt. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn sie mit der Aussage des Drogenhändlers schwere Missstände in Politik, Wirtschaft oder öffentlicher Verwaltung aufgedeckt hätte. Die blosser Darstellung der Basler Cannabisszene reicht dafür nicht aus, womit es bei der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung bleibt, dass das Strafverfolgungsinteresse in Bezug auf Art. 19 Ziff. 2 BetmG das entgegenstehende Interesse der Journalistin am Quellenschutz überwiegt.

Lorsqu'une des infractions énumérées à l'art. 172 al. 2 lit. b CPP est commise, l'intérêt public à la poursuite pénale prime en principe l'intérêt à la protection des sources. Un chiffre d'affaires de plus de CHF 10 000.– réalisé grâce au commerce de cannabis constitue une violation grave au sens de l'art. 19 al. 2 LStup, de sorte qu'une exception au principe de la protection des sources est possible. Une journaliste qui publie un article sur un dealer réalisant un chiffre d'affaires annuel de CHF 12 000.– ne peut se prévaloir de la protection des sources que si elle fait valoir un intérêt public prépondérant. Un tel intérêt existerait par exemple si la déposition du trafiquant de drogue pouvait causer de graves troubles en politiques, à l'économie ou à l'administration publique. Le fait que la scène bâloise du cannabis pourrait être exposée n'est pas suffisant. Ainsi, l'intérêt public à la poursuite pénale en relation avec l'art. 19 al. 2 LStup l'emporte sur l'intérêt privé de la journaliste à la protection des sources.

**Stichworte** Öffentliches Interesse; Quellenschutz  
Art. 28a StGB; Art. 172 StPO

## Sachverhalt (Zusammenfassung)

Am 9. Oktober 2012 erschien in der Basler Zeitung ein Artikel von X. mit dem Titel «Zu Besuch bei einem Dealer». Darin schilderte die Journalistin einen Besuch bei «Roland», der ihr Einblicke in seine Tätigkeit als Dealer vermittelte. Unter anderem erzählte er, dass er seit zehn Jahren mit Cannabis handle und auf diese Weise einen jährlichen Verdienst von 12 000 Franken erziele. Aufgrund dieses Artikels leitete die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt ein Strafverfahren gegen Unbekannt wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ein. Die als Zeugin vorgeladene Journalistin X. berief sich anlässlich der Einvernahme auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht und verweigerte die Aussage. Die Staatsanwaltschaft verfügte daraufhin, dass X. kein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werde. X. focht diese Verfügung beim Appellationsgericht Basel-Stadt an. Das Appellationsgericht hiess die Beschwerde gut und stellte fest, dass X. im vorliegenden Strafverfahren ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe. Gegen diesen Entscheid gelangte die Staatsanwaltschaft ans Bundesgericht.

## Erwägungen

1. (...)

2.

Das Redaktionsgeheimnis als Bestandteil der in Art. 17 Abs. 1 und 3 BV gewährleisteten Medienfreiheit berechtigt die Medienschaffenden, ihre Quellen zu schützen. Wie jedes andere Grundrecht gilt es indessen nicht absolut, sondern kann nach Art. 36 BV Einschränkungen unterworfen werden, sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht antasten.

2.1

2.1.1 Der Quellenschutz für Medienschaffende wird – materiell übereinstimmend – sowohl von Art. 28a StGB als auch von Art. 172 StPO geregelt. Nach dieser Regelung dürfen gegen Journalisten, die das Zeugnis über den Inhalt und die Quellen ihrer Informationen verweigern, grundsätzlich weder Strafen noch zwangsprozessuale Massnahmen verhängt werden (Art. 28a Abs. 1 StGB, Art. 172 Abs. 1 StPO). Das Aussageverweigerungsrecht gilt jedoch dann ausnahmsweise nicht, wenn das Zeugnis erforderlich ist, um eine Per-

son aus einer unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben zu retten (Art. 28a Abs. 2 lit. a StGB, Art. 172 Abs. 2 lit. a StPO) oder wenn ohne das Zeugnis eine der in Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB und Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO aufgezählten, besonders schwerwiegenden Straftaten nicht aufgeklärt oder der Täter nicht ergriffen werden kann. Der qualifizierte Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinn von dessen Art. 19 Ziff. 2 ist eines der von diesem Ausnahmekatalog erfassten Delikte. Auch in diesen Fällen ist allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte das öffentliche Interesse an der Aufklärung des Delikts gegen das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Geheimhaltung ihrer Quelle abzuwägen und zu prüfen, ob ihre Verpflichtung zur Offenlegung verhältnismässig ist (grundlegend BGE 132 I 181).

2.1.2 Der Handel mit weichen Drogen wie Haschisch stellt einen qualifizierten Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinn von dessen Art. 19 Ziff. 2 lit. c dar, wenn der Täter durch gewerbmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Gross im Sinn dieser Bestimmung ist ein Umsatz von über 100000 Franken, erheblich ein Gewinn von über 10000 Franken (BGE 129 IV 188 E. 3.1.3 S. 192; 253 E. 2.2 S. 256 f.; BGE 137 IV 79 nicht publ. E. 4.2; Urteil 6B\_724/2012 vom 24. Juni 2013 E. 7.1). «Roland», der nach eigenen Angaben aus dem Haschischhandel jährlich einen Gewinn von 12000 Franken erzielt, ist damit des qualifizierten Verstosses gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG dringend verdächtig.

Das Strafverfahren gegen «Roland» betrifft damit eine Katalogtat im Sinn von Art. 28a Abs. 2 StGB und Art. 172 Abs. 2 StPO. Die Beschwerdegegnerin hat daher grundsätzlich auszusagen. Diese Einschränkung des Quellenschutzes beruht auf einer formellen gesetzlichen Grundlage.

2.2 Der Gesetzgeber hat entschieden, dass in den eine Katalogtat betreffenden Fällen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung das entgegenstehende Interesse am Schutz des Redaktionsgeheimnisses grundsätzlich überwiegt. Es kann daher nur fraglich sein, ob der Eingriff in die Pressefreiheit im Lichte der erwähnten Rechtsprechung auch unter den gegebenen konkreten Umständen verhältnismässig ist.

### 2.3

2.3.1 Die Aussage der Beschwerdegegnerin ist für die Beschwerdeführerin das einzige Erfolg versprechende Beweismittel, um «Roland» zu identifizieren. Insofern ist die Aufhebung des Zeugnisverweigerungsrechts der Beschwerdegegnerin erforderlich, um ihn strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen zu können.

2.3.2 Bei der Abwägung der entgegenstehenden Interessen fällt in Betracht, dass die «Roland» vorgeworfene Straftat zwar vom Ausnahmekatalog erfasst wird, innerhalb dieser Katalogtaten aber vergleichsweise wenig schwer wiegt. Der Appellationsgerichtspräsident führt im angefochtenen Entscheid unter Hinweis auf BGE 120 IV 256 E. 2b aus, die verschiedenen Handelsformen von Cannabis seien nicht

geeignet, die körperliche und seelische Gesundheit vieler Menschen in eine ernstliche Gefahr zu bringen. Die Qualifikation des Tatbestands ergebe sich beim Handel mit weichen Drogen allein aus der gewerbmässigen Begehung und werde damit durch ein täterbezogenes Element bestimmt, nicht durch die Gefährlichkeit der Tat. Das öffentliche Interesse an der Aufklärung sei daher bei allein durch die Gewerbmässigkeit qualifiziertem Handel mit weichen Drogen weniger gross als bei mengenmässig qualifiziertem Handel mit harten Drogen. Das trifft zwar zu, ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber auch den gewerbmässigen Handel weicher Drogen mit grossem Umsatz oder erheblichem Gewinn als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinn von dessen Art. 19 Ziff. 2 einstuft. Und er hat auch diese Tatbestandsvariante in den Ausnahmekatalog aufgenommen, obwohl ihm bewusst gewesen sein muss, dass nach langjähriger, konstanter Gerichtspraxis auch der qualifizierte Handel mit weichen Drogen unter diese Bestimmung fällt.

Spekulation und damit in diesem Zusammenhang ohne Belang ist die Einschätzung des Appellationsgerichtspräsidenten, in einem allfälligen Strafverfahren würde «Roland» seine im Interview gemachten Angaben zum Gewinn als Prahlerei abtun, sodass höchst fraglich sei, ob ihm ein gewerbmässiger Handel mit Haschisch nachgewiesen werden könnte. Ein entsprechender Anfangsverdacht, der die Eröffnung eines Strafverfahrens rechtfertigt, besteht jedenfalls. Ob er im Laufe des Verfahrens ganz oder nur teilweise erhärtet werden kann, lässt sich naturgemäss nicht vorhersagen.

Damit bleibt es dabei, dass «Roland» einer Straftat dringend verdächtig ist, die vom Gesetzgeber als ausreichend schwer eingestuft wurde, um im Regelfall eine Aufhebung des Quellenschutzes zu ihrer Aufklärung zu rechtfertigen. Sie wiegt im Vergleich zu den anderen Katalogtaten nicht besonders schwer, ist aber auch nicht von geringem Gewicht, da das deliktische Verhalten bereits während zehn Jahren andauert und der Täter damit immerhin 12000 Franken pro Jahr verdient. Dass es sich nicht um einen unbedeutenden Fall handelt, zeigt auch der Umstand, dass im Verlauf einer Stunde, während der die Journalistin das Interview führte, mehrere Personen beim Täter auftauchten, um Drogen zu kaufen, und dieser nach eigenen Erklärungen Teil einer gross angelegten Verkaufsorganisation ist. Das Interesse an der Aufklärung der Tat ist daher als gross einzustufen.

2.3.3 Es bedarf bei dieser Ausgangslage eines namhaften öffentlichen Interesses an der Berichterstattung, um ausnahmsweise dem Quellenschutz den Vorrang einzuräumen. Die Beschwerdegegnerin bringt keine Umstände vor, die dem Schutz ihrer Quelle eine besondere, erhöhte Bedeutung zukommen lassen könnten. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn sie mit der Aussage des Drogenhändlers schwere Missstände in Politik, Wirtschaft oder öffentlicher Verwaltung aufgedeckt hätte. Davon kann keine Rede sein. Der Beschwerdegegnerin ging es im Wesentlichen um die Darstellung der Basler Cannabisszene. Sie illustriert deren Funktionsweise mit den Aussagen von «Roland», der dabei eine Plattform erhält, den von ihm betriebenen Drogenhandel verharmlosend als quasi «normales» Gewerbe unter Kollegen darzustellen, mit

dem sich ohne grosses Risiko und ohne grossen Aufwand ein erklecklicher Verdienst erzielen lässt. Auch dieser Artikel steht selbstredend unter dem Schutz der Pressefreiheit, und die Beschwerdegegnerin könnte nicht gezwungen werden, ihre Quelle preiszugeben, wenn «Roland» mit seinem Drogenhandel die vom Bundesgericht für die Annahme des qualifizierten Falles festgelegte Umsatz- und Gewinnschwelle nicht überschritten hätte (Art. 28a Abs. 1 StGB, Art. 172 Abs. 1 StPO). Eine besondere, den Regelfall übersteigende Bedeutung kommt dem Quellenschutz unter den vorliegenden Umständen hingegen nicht zu.

Die zu beurteilende Streitsache unterscheidet sich in dieser Hinsicht vom bereits zitierten früheren Leitentscheid, in dem dem Quellenschutz der Vorrang eingeräumt wurde (BGE 132 I 181). Das fragliche Delikt war damals weitestgehend aufgeklärt, sodass vom Zeugnis des Medienschaffenden kaum noch wesentliche neue Erkenntnisse zu erwarten waren. Demgegenüber kommt dem Zeugnis hier eine zentrale Bedeutung für die Strafverfolgung zu, da diese sonst höchstwahrscheinlich ohne Erfolg bliebe. Zugleich war in der früheren Angelegenheit dem Quellenschutz deutlich mehr Gewicht einzuräumen, da die Berichterstattung allfällige Missstände in einem öffentlichen Spital betraf, an deren Aufklärung ein grosses öffentliches Interesse bestand. Ein solches ist mit Blick auf den Artikel der Beschwerdegegnerin nicht erkennbar. Dieser trägt kaum zur Erhellung eines Missstands bei. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, bietet dieser vielmehr einem Dauerdelinquenten eine kostenlose Werbepattform und kann sogar als Einladung verstanden werden, es dem Interviewten gleichzutun, um auf einfache Weise zu einem Zusatzverdienst zu gelangen.

2.3.4 Damit ergibt sich, dass vorliegend weder dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse noch dem entgegenstehenden Interesse der Beschwerdegegnerin an der Geheimhaltung ihrer Quelle eine besondere, erhöhte Bedeutung zukommt. Dementsprechend bleibt es bei der vom Gesetzgeber für diesen Regelfall vorgenommenen Interessenabwägung, dass das Strafverfolgungsinteresse in Bezug auf ein Verbrechen nach Art. 19 Ziff. 2 BetmG das entgegenstehende Interesse der Beschwerdegegnerin am Quellenschutz überwiegt. Der Appellationsgerichtspräsident hat damit Bundesrecht verletzt, indem er der Beschwerdegegnerin ein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkannte und die Verfügung der Staatsanwaltschaft als unverhältnismässig aufhob. Die Rüge ist begründet.

3. (...)

---

**Anmerkungen** Der gesetzlich garantierte Quellenschutz erlaubt es Medienschaffenden, ihren Kontakten auch dann Vertraulichkeit zuzusichern, wenn sie strafbares Verhalten recherchieren oder in die Öffentlichkeit tragen. Für einen gesetzlichen Katalog schwerer Straftaten gilt das Redaktionsgeheimnis nicht absolut, sondern hängt im Einzelfall davon ab, ob die Pflicht zur Zeugenaussage verhältnismässig ist.

Im konkreten Fall liess das Bundesgericht den Quellenschutz nicht gelten und kehrte damit den Entscheid der Vorinstanz um. Die Staatsanwaltschaft darf nun die Journalistin, die den anonymen Drogendealer porträtiert hatte, als Zeugin vorladen und den Namen des Dealers erfragen.

Damit beendet das Bundesgericht eine stetige Festigung des Redaktionsgeheimnisses, wie sie Medienvertreter und -beobachter aus zwei früheren Bundesgerichtsentscheiden herausgelesen haben (BGE 132 I 181 und Bundesgerichtsentscheid 1B\_615/2012 vom 25. September 2013). Allerdings bestrafen diese beiden Urteile ein Tötungsdelikt, und die Zeugenaussage des dortigen Journalisten wäre jeweils nur eines von mehreren Beweismitteln gewesen. Das sind zwei entscheidende Unterschiede zum vorliegenden Fall. Der unterlegene Medienverlag hat für seine Journalistin eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angekündigt.

Dem Urteil liegt ein übersichtlicher Sachverhalt zugrunde. Eine Journalistin besuchte und porträtierte einen Cannabis-händler und nannte ihn schützend «Roland»: Die Zweizimmerwohnung in Basel, wie der junge Mann Haschisch raucht und die Journalistin ein Bier mit ihm trinkt, wie immer wieder Kunden an der Tür klingeln und dass es sich um Männer allerlei Berufszugehörigkeit handelt, welche Sorten der Droge zu welchen Preisen gehandelt werden, woher der Stoff stammt, was der Dealer mit seinem Nebengeschäft verdient.

Über den nebensächlichen Hinweis zum Gewinn von «Roland» stolperte nun die Journalistin, denn mit Art. 19 Abs. 2 BetmG rückt eine schwere Straftat des Ausnahmekatalogs ins Bild – der Quellenschutz gerät ins Wanken. Wäre die Rede von nur 9000 Franken gewesen oder hätte die Autorin keinen Betrag genannt, dann wäre der Quellenschutz unantastbar geblieben.

Wie schwer sind die publik gewordenen Straftaten? Gehört solcher Drogenhandel nicht zum Alltag? Diese Fragen verbietet sich das Bundesgericht, und es hält sich damit einwandfrei ans Gesetz. Es gewährt sich auch keinen Spielraum zur Frage, ob der Quellenschutz angesichts einer Katalogtat tatsächlich die Regel sein muss und das Aussageverweigerungsrecht die Ausnahme.

Neben dieser Gesetzestreue kommt die Auseinandersetzung mit der Medienfreiheit zu kurz. Das Bundesgericht durchstösst das Redaktionsgeheimnis in einem Fall, den die Zeitung erst ans Licht gebracht hat. Ohne den Zeitungsbericht hätten die Strafverfolger noch weniger, nämlich gar nichts in der Hand. Es ist weder von einer laufenden Strafuntersuchung die Rede noch gibt es einen Dritten, dessen Geheimhaltungsinteressen bedroht würden, etwa von einem sogenannten Whistleblower. Diese Verhältnisse gehören auch in die Waagschale, nicht nur die gerichtlich negative Wertung des konkreten Zeitungstextes (Erwägung 2.3.3 mit dem Hinweis auf die Verharmlosung des Drogenhandels und auf die Nachahmungsgefahr). Das Verdienst der Journalistin lag darin, einen auskunftsbereiten Drogenhändler gefunden zu haben, der freimütig Einblick in seine Dealerstube gewährte. Für Leser und Gesellschaft ein Erkenntniswert, für die im Betäubungsmittelrecht dauernd überlastete Strafjustiz womöglich auch. Wenn die Medienschaffenden in Zukunft den Namen ihrer Informanten aus dem Untergrund liefern müssen, deren verbotenes Tun sie schildern, sind Kriminalitätsporträts gefährdet oder müssen so verfälscht werden, dass ein Anfangsverdacht entfällt – mit unvermeidlichem Restrisiko bei geschwächter

Authentizität. Denn oft ist die vom Bundesgericht angebotene Alternative blosser Theorie: Die Recherche müsste hochgeschrieben werden auf die «Aufdeckung eines schweren Missstandes».

Es ist eine gefährliche Situation für Informanten und Medienschaffende. Ihre Vertraulichkeitszusage ist nur dann tauglich, wenn die Publikation keinen Verdacht auf eine «Katalogtat» schafft. Das wäre hier der Basler Zeitung möglich gewesen. Medienschaffende sollten die Katalogtaten besser kennen. Bleibt es bei dieser Bundesgerichtsentscheid, so führt ein personalisiertes Kriminalporträt im Bereich des Ausnahmekatalogs bei entsprechendem Appetit der Strafverfolgungsbehörden fast automatisch dazu, dass der Quellenschutz durchbrochen und der Medienschaffende nachträglich zum unfreiwilligen Denunzianten wird – und laut Gesetz ein Versprechen, vielleicht sogar einen Vertrag brechen muss.

Dr. iur. Philip Kübler, Zürich

---

## 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

### 1.1 Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

14-38

#### Unbegründete Kritik an einem Chefbeamten ist zu sanktionieren

Ansehensschutz; Chefbeamter; Internet; Journalist; Korruptionsvorwurf; Medienfreiheit; Online-Zeitung; Sorgfaltspflicht; Spekulationen; Tatsachenbehauptung; Taxikonflikt; Übertreibung; Verifizierung; Werturteil

Art. 8, 10, 41 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Jalba c. Rumänien» vom 18. Februar 2014 (N° 43912/10)

Ein Journalist der rumänischen Online-Zeitung «Antidotul» publizierte 2008 harsche Kritik an einem hochrangigen Beamten der Stadt Galati, welcher früher für das öffentliche Transportwesen zuständig war. Laurentiu Jalba habe die Erteilung von Lizenzen für öffentlichen Personentransport verweigert, zumal er gleichzeitig mit eigenen Autos ein lukratives Transportgewerbe betreibe und nicht an einem effizienten öffentlichen Verkehr interessiert sei. Jalbas gestützt auf Art. 998 f. des damaligen Zivilgesetzbuchs eingereichte Genugtuungsforderung wurde letztinstanzlich abgewiesen, da der Journalist im Rahmen seines Berichts über ein allgemein interessierendes Thema den weit gesteckten Rahmen erlaubter Übertreibung und Provokation respektiert habe. Seine Kommentare seien als Werturteile einzustufen, deren Richtigkeit nicht bewiesen werden müsse.

In ihrem einstimmigen Urteil widerspricht die 3. Kammer der Einordnung der schweren Vorwürfe als reine Werturteile. Bei den behaupteten korrupten, eigennützigen und rechtswidrigen Vorgängen handle es sich um Fakten, die durch relevante Beweise zu belegen seien. Solche konnte der Medienschaffende nicht vorbringen. Er habe sich ohne ausreichende Abklärungen purer Spekulation hingegeben und damit die Grenzen zulässiger Medienkommentare überschritten.

Wegen des ungenügenden Schutzes der Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) verpflichtet die 3. Kammer den rumänischen Staat einstimmig zur Bezahlung eines Betrags von 4500 Euro als Ausgleich für Jalbas immateriellen Schaden.

14-39

#### Nichtbefolgen polizeilicher Anordnungen durch einen Pressefotografen

Chilling effect; Demonstration; Festnahme; Gewalttätigkeiten; Journalist; Medienfreiheit; Polizei; public watchdogs; Schuldspruch; Strafregister; Ungehorsamsstrafe

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Pentikäinen c. Finnland» vom 4. Februar 2014 (N° 11882/10)

Der beim Wochenmagazin Suomen Kuvalehti angestellte Pressefotograf und Journalist Markus Veikko Pentikäinen war im September 2006 wegen Nichtbefolgens polizeilicher Anordnungen festgenommen und während mehr als 17 Stunden in Gewahrsam gehalten worden. Anlass war eine Demonstration in Helsinki, welche die Polizei wegen zunehmender Scharmützel auflöste. Über Lautsprecher wurden die Kundgebungsteilnehmer zum Verlassen des Orts aufgefordert. Nach einer Eskalation der Gewalt beschloss die Polizei die Abriegelung des Demonstrationsgebiets. Anders als zwei seiner Berufskollegen begab sich Pentikäinen – nach telefonischer Rücksprache mit einem Redaktionskollegen – nicht in den für die Medienschaffenden vorgesehenen Sektor, sondern blieb mit einem harten Kern von etwa 20 Personen im Demonstrationsgebiet. Die Polizei kontrollierte die Ausweise der Demonstrierenden und durchsuchte ihre persönlichen Sachen. Obwohl Pentikäinen seinen Presseausweis zeigte, nahm ihn die Polizei fest und er wurde von der Staatsanwaltschaft angeklagt. Die finnische Strafjustiz fällte einen Schuldspruch wegen Nichtbefolgung polizeilicher Anordnungen. Sie nahm jedoch von einer Strafe Umgang, da sie Pentikäinens Verhalten als entschuldbar betrachtete.

Bei der Überprüfung des Falles verwirft der Gerichtshof zunächst den Einwand der finnischen Regierung, die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) des Fotografen sei gar nicht berührt, da er weder gerichtlich sanktioniert noch seine Kamera beschlagnahmt, noch die Verwendung seiner Bilder beschränkt worden sei. Der EGMR gibt zu bedenken, dass Pentikäinen wegen seines Verhaltens als Fotograf und Journalist von der Polizei festgenommen und später wegen seines Ungehorsams gegenüber der Polizei gerichtlich schuldig gesprochen wurde. Es sei daher davon auszugehen, dass die Meinungsfreiheit beschränkt wurde.

Eine Mehrheit der 4. Kammer ist der Ansicht, dass dieser Eingriff der finnischen Obrigkeit sämtlichen Anforderungen für eine Beschränkung der journalistischen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) zu genügen vermochte. Die Massnahme stütze sich auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage, sie diene mehreren legitimen Eingriffszwecken (u. a. dem Schutz der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verhütung von Straftaten), und sie war verhältnismässig (d. h. in einer demokratischen Gesellschaft notwendig).

Pentikäinen habe nie behauptet, er habe seine berufliche Aufgabe in der für die Medien reservierten Zone nur ungenügend wahrnehmen können. Durch die verweigerte Rückkehr

in die Pressezone sei er wissentlich das Risiko einer Festnahme eingegangen. Die Gerichtsmehrheit zweifelt auch daran, ob sich Pentikäinen ausreichend deutlich als Journalist zu erkennen gegeben hatte: Es sei unklar, in welchem Zeitpunkt die Polizei von diesem Umstand erfahren hatte. Sobald dies der Fall war, durfte er seinem Arbeitgeber telefonieren.

Festnahme und Schuldspruch erfolgten nicht wegen seiner journalistischen Tätigkeit, sondern einzig wegen der Nichtbefolgung einer rechtmässigen polizeilichen Anweisung. Sein Beruf gebe ihm kein besseres Recht auf Anwesenheit in der gesperrten Zone als anderen Menschen:

«47. The Court further considers that the applicant was not as such prevented from exercising his freedom of expression and reporting the event. Moreover, he was offered the alternative to follow the demonstration from the secured area reserved to the press. His arrest and conviction only related to disobeying the police as he failed to obey their orders. As the Government pointed out, the fact that the applicant was a journalist did not give him a greater right to stay at the scene than the other people.»

Der Eingriff in seine journalistische Freiheit sei von beschränktem Umfang, zumal er nach rund 18 Stunden in polizeilichem Gewahrsam als einer der ersten der 121 Festgenommenen auf freien Fuss gesetzt worden war und letztlich trotz Schuldspruch weder eine Strafe noch einen Strafregistereintrag erhielt.

In ihrer abweichenden Meinung unterstreichen die Richter aus Zypern und Malta, die Funktion der Medienschaffenden als «public watchdogs» sei bei repressiven Massnahmen der Ordnungskräfte gegen Demonstrierende besonders bedeutend. Die Allgemeinheit habe gerade in solch angespannten Situationen ein Recht auf Informationen aus nächster Nähe. Medienschaffende müssten die Möglichkeit haben, die für sie reservierte «Komfortzone» zu verlassen und – unter Inkaufnahme ernsthafter Risiken für die eigene Gesundheit – die Auseinandersetzung im Kern des Konflikts zu beobachten. Das Argument der Mehrheit, der Medienschaffende verdiene ausserhalb der für die Medien reservierten Zone das gleiche Schicksal wie die ungehorsamen Demonstrationsteilnehmer, gelte höchstens für die Unterdrückung des gewaltsamen Zusammenrottes – nicht aber für die spätere Festnahme, den Gewahrsam, die Verfolgung und den Schuldspruch. Die Notwendigkeit dieser anschliessenden Massnahmen habe die finnische Justiz nicht wirklich analysiert. Gerade in Fällen des Schutzes journalistischer Informationsquellen (z. B. dem EGMR-Urteil «Voskuil c. Niederlande» vom 22. 11. 2007) habe der Gerichtshof die Missachtung gerichtlicher Anordnungen zur Bekanntgabe anonymer Informanten durch als Zeugen aufgebotene Medienschaffende geschützt. Die einseitige Betrachtungsweise der finnischen Behörden sei zur Abschreckung der Medienbranche («chilling effect») geeignet.

**Anmerkungen** Die Ausführungen in Ziffer 47 dieses Urteils markieren einen Tiefpunkt der Strassburger Rechtsprechung zur Wächterrolle der Medien in einer demokratischen Gesellschaft. Zwar dürfen Journalisten so wenig wie Normalsterbliche an Kundgebungen Gewalt anwenden. Dass sie aber – einzig im Bemühen um Erfüllen ihrer vom EGMR im-

mer wieder betonten Aufgabe als «public watchdogs» – im abgesperrten Kerngebiet von Demonstrationen kein besseres Anwesenheitsrecht haben sollen als (gewaltbereite) Kundgebungsteilnehmer oder sonst wer, ist eine in dieser Allgemeinheit verblüffende Aussage. Wer sonst sollte allfällige Übergriffe der Demonstrierenden und/oder der Ordnungskräfte aus unmittelbarer Nähe beobachten und dokumentieren? Mit vergleichbar formalistischer Argumentation liesse sich auch vorbringen, Medienschaffende hätten kein besseres Recht als Normalsterbliche, im Zeugenstand die Identität tatverdächtiger Informanten zu verschweigen. Es ist ein Verdienst des vom zypriotischen Richter George Nicolau formulierten Minderheitsvotums, dass auf diese Zusammenhänge hingewiesen wurde.

Zu fordern ist nicht, dass Medienschaffende berechnete Anweisungen der Polizei ignorieren dürften und die Medienfreiheit absolut zu setzen wäre – wohl aber, dass die fundamentale journalistische Wachhundfunktion in der Güterabwägung zu berücksichtigen ist und überzeugende Argumente vorgebracht werden, um einen Medienschaffenden gleich zu behandeln wie die Demonstrierenden, über die er berichtet. In dieser Hinsicht vermag die Begründung der Mehrheit höchstens teilweise zu überzeugen.

Über manch anderen Aspekt dieses gerade hinsichtlich der Faktenlage umstrittenen Falles mag man sich streiten. So bleibt offen, ob die Anwesenheit in der für die Medien reservierten Zone keine gleich intensive und authentische Berichterstattung über das Demonstrationsgeschehen erlaubte wie der Aufenthalt beim verbleibenden Kern der Kundgebungsteilnehmer. Nach den Worten der Kammermehrheit behauptete dies nicht einmal der Journalist selber. Die Minderheit hingegen scheint unausgesprochen von einem anderen Sachverhalt auszugehen.

Sie differenziert auch stärker zwischen den verschiedenen Phasen des Ereignisses und seiner rechtlichen Konsequenzen. Die Gründe für die Entfernung aller in der abgesperrten Zone anwesenden Personen (neben den Demonstrierenden und dem Journalisten offenbar auch ein ehemaliger Parlamentarier) scheinen zwar durchaus nachvollziehbar. Weit weniger einsichtig ist hingegen, wieso es auch nach bereinigter Gefahrenlage unabdingbar war, den Journalisten wie die anderen festgenommenen Kundgebungsteilnehmer mit dem Bus abzuführen, ihn beinahe einen Tag auf dem Polizeiposten zu behalten und in einem Strafprozess schuldig zu sprechen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

### Korrigenda:

Auf Seite 31 von medialex 1/14 wird im dritten Abschnitt fälschlicherweise der Begriff «Steuer» verwendet («Die Empfangsgebühr ist eine Steuer (Regalien), deren Entrichtung...»). Korrekterweise muss der Begriff «Abgabe» verwendet werden. Und auf Seite 39 wurde beim Bundesgerichtsurteil 1B\_615/2012 das falsche Datum angegeben. Das korrekte Datum des Urteils lautet 10. September 2013.

14-40

### Offener Brief mit unbegründetem Vorwurf des Drückebergertums

Anonyme Informationsquelle; Ansehensschutz; Busse; Einbürgerung; Militärdienst; offener Brief; Politiker; Spontanäusserung; Tatsachengrundlage; üble Nachrede; Werturteil

Art. 8, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «De Lesquen du Plessis-Casso c. Frankreich (No. 2)» vom 30. Januar 2014 (N° 34400/10)

In einem 2006 auf Internet publizierten offenen Brief warf Stadtrat Henry de Lesquen du Plessis-Casso dem amtierenden Bürgermeister von Versailles vor, er habe mit seinem Einbürgerungsantrag bis zum Ende des Algerienkriegs zugewartet. Den Vorwurf des Drückebergertums stützte de Lesquen auf eine anonyme Quelle, deren Identität er auch im anschliessenden Ehrverletzungsverfahren nicht enthüllte. Die französische Justiz verurteilte ihn wegen übler Nachrede zu einer Busse von 1500 Euro sowie zur Bezahlung einer Genugtuung von 2000 Euro. Der unbegründete Vorwurf beruhe auf einer ausgeprägten persönlichen Animosität.

Die 5. Kammer des EGMR hält mehrheitlich fest, das im offenen Brief geäusserte Werturteil entbehre angesichts der Chronologie der Ereignisse nicht jeglicher Faktenbasis. Um die Glaubwürdigkeit seiner Behauptung zu erhöhen habe der Stadtrat aber auf eine Quelle verwiesen («une éminente personnalité versaillaise»), deren angebliche Vorwürfe er in Anführungszeichen zitierte – was dem Beweis zugänglich sei. Seine recht gravierenden Vorwürfe habe er nicht seriös recherchiert. Es habe sich auch nicht um mündliche Spontanäusserungen im Rahmen eines hitzigen Wortgefechts gehandelt. Die Verurteilung respektiere daher die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Der belgische Richter wählte eine andere Begründungslinie als die Kammermehrheit, da er Lesquens vagem Hinweis auf die Informationsquelle keine grosse Bedeutung zumisst. In ihrer abweichenden Meinung kritisiert die irische Richterin u. a., dass die Mehrheit das wörtliche Zitieren der unbekanntenen Informationsquelle so stark gewichte und betone, dass die Vorwürfe nicht im Rahmen einer leidenschaftlichen Polemik erhoben wurden. Inakzeptabel und unverhältnismässig sei es jedenfalls, dass der Politiker nicht nur zur Bezahlung einer Genugtuungssumme verurteilt, sondern auch mit einer strafrechtlichen Sanktion belegt worden sei.

**Anmerkungen** Die Begründung der Gerichtsmehrheit in diesem Ehrverletzungsstreit wirkt in der Tat etwas eigenartig. Der Sachverhalt ist aber derart speziell gelagert, dass sich die Tragweite des Urteils in Grenzen halte dürfte. Die Ausgangslage würde sich beispielsweise anders präsentieren, wenn der gleiche Vorwurf gegen den Bürgermeister durch einen Medienschaffenden erhoben würde. Diesfalls wäre der journalistische Quellenschutz zu beachten: Anders

als dem politischen Opponenten könnte einem zum Verschweigen seiner Informationsquellen berechtigten Medienschaffenden kaum vorgeworfen werden, er habe zur Untermauerung seiner Vorwürfe die Existenz eines anonymen Informanten behauptet, aber nicht belegt.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-41

### Unlautere Methoden radikaler Tierschützer als Argument für ein Publikationsverbot

Ansehensschutz; Download; einstweiliger Rechtsschutz; Fernsehen; Film; Gewaltbefürwortung; Internet-Meinungsfreiheit; Meinungskampf; Persönlichkeitsrecht; Publikationsverbot; Tierschutz; Verbreitung illegal erlangten Bildmaterials; verdeckte Recherche; versteckte Kamera; vorsorgliche Massnahme; Website

Art. 10, 14 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Tierbefreier e. V. c. Deutschland» vom 16. Januar 2014 (N° 45192/09)

Im März 2003 liess sich ein deutscher Bildjournalist beim Unternehmen Covance anstellen, das wegen seines Umgangs mit Versuchstieren (Affen) wiederholt Ziel von Aktionen der Tierschutzbewegung war. Mit versteckter Kamera erstellte Journalist M. insgesamt rund 40 Stunden Filmmaterial. Verschiedene Fernsehsender (ZDF, Pro 7) strahlten Auszüge aus dem Rohmaterial aus und kritisierten die Haltungsbedingungen sowie den Umgang des Personals mit den Versuchstieren.

In Zusammenarbeit mit einer britischen Tierschutzorganisation liess der Journalist aus den heimlich gefilmten Szenen den Film «Poisoning for profit» zusammenstellen. Dieser wurde u. a. durch den Verein «Tierbefreier e. V.» über seine Website zur Ansicht und zum Download angeboten. Auf Antrag von Covance erliess das Landgericht Münster im Januar 2004 eine einstweilige Verfügung. Sie verbot dem Verein, vom Journalisten M. auf dem Covance-Betriebsgelände aufgezeichnetes Filmmaterial in der Öffentlichkeit Dritten zu zeigen oder auf andere Art und Weise Dritten zugänglich zu machen.

Das Begehren des Vereins um Aufhebung der einstweiligen Verfügung bezeichnete das Oberlandesgericht (OLG) Hamm im Urteil 3 U 116/04 vom 21. 7. 2004 als unbegründet. Zwar könne sich der Verein trotz der rechtswidrigen Beschaffung des Materials durch den Journalisten M. für die Verbreitung des Films auf die Meinungsfreiheit berufen, welche durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Tierschutzes verstärkt werde. In der Abwägung habe das Persönlichkeitsrecht (welches die Covance als juristische Person des Privatrechts ebenfalls schütze) aber grösseres Gewicht. Der Verein habe «in der Vergangenheit nachhaltig gezeigt, dass er die Regeln des geistigen Meinungskampfes nicht gewährleistet.» Das OLG untermauerte diese Aussage durch zahlreiche aktenkundige Beispiele: Auf seiner Internetseite fördere der Verein die

Gefahr von Straftaten und billige sie, diffamiere mit haltlosen Bezeichnungen («Folter und Mord») und fördere Beeinträchtigungen der Privatsphäre von Covance-Mitarbeitern. Hinzu komme technischer Missbrauch des Internets, denn der Verein habe die Covance-Webseite mit technischen Hilfsmitteln zeitweise übernommen. Die dem Verein – und nicht nur einzelnen seiner Mitglieder – zuzurechnenden unlauteren Mittel dienten dazu, die Schliessung von Covance «unter Befürwortung oder jedenfalls Inkaufnahme auch von Gewalt zu erzwingen». Zusammen mit den erwähnten Strategien sei die Verbreitung der Filmsequenzen ein «Puzzleteil» der Kampagne des Vereins gegen Covance. Dem Unternehmen sei es vor diesem Hintergrund «nicht zuzumuten, dass ein solcher Gegner es zusätzlich noch mit illegal gefertigtem Filmmaterial bekämpft».

In ihrem einstimmigen Urteil akzeptiert die 5. EGMR-Kammer das Vorgehen der deutschen Ziviljustiz. Es verstosse weder gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) noch gegen das konventionsrechtliche Verbot der Diskriminierung (Art. 14 EMRK). Die Beschränkung beruhe auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage im deutschen Recht (u. a. § 1004 BGB), diene dem berechtigten Ziel des Schutzes des Ansehens von Covance und sei in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. Die deutsche Justiz habe die auf dem Spiel stehenden Interessen sorgfältig abgewogen.

So habe das OLG zwar festgestellt, dass die Zustände im kritisierten Unternehmen von öffentlichem Interesse seien. Der Verein sei aber den Nachweis schuldig geblieben, dass die fraglichen Vorgänge das deutsche Tierschutzgesetz verletzen. Die Staatsanwaltschaft Münster hatte ein wegen Verdachts der Tierquälerei (§ 17 TierSchG) geführtes Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Es fehle damit an Beweisen für den im Film aufgestellten Vorwurf systematischer Rechtsverletzungen.

Nach den Feststellungen des OLG käme die weitere Verbreitung der heimlichen Filmaufnahmen einem ernsthaften Verstoss gegen die Rechte von Covance gleich, zumal die Aufnahmen von einem ehemaligen Angestellten des Unternehmens C. gemacht worden waren, der seine Position als vermeintlich loyaler Mitarbeiter des Arbeitgebers zum Auspionieren des Unternehmens missbraucht und dadurch seine Verschwiegenheitspflicht verletzt hatte.

Als naheliegend empfindet der EGMR die Einschätzung des OLG, der Verein greife nachhaltig zu Praktiken ausserhalb des geistigen Meinungskampfs. Die entsprechende Interpretation der Website durch die deutsche Justiz berge keinerlei Anzeichen von Willkür.

Das fragliche Publikationsverbot sei auch nicht exzessiv formuliert gewesen. Das OLG habe deutlich gemacht, dass einstweilige Verfügungen wegen veränderter Umstände aufgehoben werden können. Zudem habe sich die Unterlassungsverfügung nur auf die Verbreitung illegal erlangten Filmmaterials bezogen und sei auch einseitige Kritik an Tierversuchen weiterhin zulässig.

Der Gerichtshof verneint auch den Einwand, der Verein werde gegenüber anderen Tierschutzorganisationen – und auch gegenüber dem Journalisten M. – diskriminiert (Art. 14 EMRK), denen die Justiz eine weitere Verbreitung der heimlichen Aufnahmen gestattet hatte. Das OLG Hamm habe sachliche

Gründe für die besondere Behandlung des Vereins angeführt, welcher das Unternehmen mit unlauteren Mitteln angegriffen habe.

---

**Anmerkungen** Der vorliegende deutsche Fall hat auch einen Bezug zur Schweiz. Das Bezirksgericht Münchwilen lehnte am 24. Mai 2004 das von Covance begehrte vorsorgliche Publikationsverbot gegen zwei schweizerische Tierschutzvereinigungen und zwei Internet-Provider mit Hinweis auf die Meinungsfreiheit ab. Es hob damit eine vorläufige Verfügung vom 8. April 2004 auf, die es verboten hatte, auf dem Covance-Betriebsgelände aufgenommene Fotografien, Videosequenzen und Filmmaterial auf verschiedenen Websites zur Ansicht oder zum Herunterladen anzubieten (zur Prozessgeschichte vgl. das Bundesgerichtsurteil 5P.314/2004).

Die deutsche Ziviljustiz hatte die Verwertung der heimlichen Aufnahmen differenziert beurteilt und sie einzelnen Tierschutzorganisationen erlaubt, dem radikalen Verein «Tierbefreier e. V.» aber untersagt. Der EGMR hat dieses Vorgehen einstimmig abgesegnet. Die Begründung des Gerichtshofs wirkt nachvollziehbar. Im Zeitalter von Internet-Suchmaschinen kann man allerdings am praktischen Nutzen eines Publikationsverbots zweifeln, welches lediglich die Website einer bestimmten Organisation trifft, den Zugriff und Download über andere Onlineangebote aber nicht unterbindet.

Erwähnung verdient übrigens der Umstand, dass das Oberlandesgericht Hamm ein Argument des Landgerichts Münster ausdrücklich verworfen hat. Das Landgericht war der Auffassung gewesen, die Veröffentlichung des Bildmaterials sei im öffentlichen Interesse nicht «unbedingt erforderlich»; es genüge, das Material den Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden zu unterbreiten und deren Ermittlungsergebnis abzuwarten. Dazu hielt das OLG trocken fest: «Presse- und Meinungsfreiheit sind nicht nachrangig gegenüber staatlichen Behörden».

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

---

14-42

### Prominentenpaar muss Paparazzibilder seiner Open-Air-Hochzeit hinnehmen

---

Beurteilungsspielraum; Medienfreiheit; Paparazzibilder; Prominentenhochzeit; public figures; Recht am eigenen Bild; versteckte Kamera

Art. 8, 10 EMRK

---

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Lillo-Stenberg and Saether c. Norwegen» vom 16. Januar 2014 (N° 13258/09)

Der populäre Musiker Lars Lillo-Stenberg und die Schauspielerin Andrine Saether heirateten im August 2005 unter freiem Himmel auf einer kleinen Insel im Oslofjord. Mitarbeiter einer Wochenzeitschrift beobachteten die Zeremonie heimlich und erstellten mithilfe eines Teleobjektivs aus rund 250 Me-

tern Distanz Fotos, welche die Zeitschrift zur Illustration eines zwei Seiten umfassenden Berichts publizierte.

Auf Strafklage des betroffenen Prominentenpaares sprachen die unterinstanzlichen norwegischen Gerichte die verantwortlichen Medienschaffenden schuldig. Auch der Verlag wurde ins Recht gefasst und zur Bezahlung von je 50000 norwegischen Kronen Genugtuung verurteilt.

Das oberste norwegische Gericht urteilte jedoch 2008 mit 3:2 Stimmen gegen das Ehepaar. Die Gerichtsmehrheit argumentierte u. a., es seien keine Bilder des eigentlichen Trauungsaktes publiziert worden, sondern lediglich Aufnahmen der Ankunft des Paares und seiner Rückkehr auf das Festland. Die spektakuläre Trauungszeremonie habe an einem öffentlich zugänglichen und gut sichtbaren Ferienort stattgefunden. Anders als in einem abgeschirmten Gebiet habe die Hochzeitsgesellschaft keinen Grund gehabt, sich unbeobachtet zu fühlen. Zudem waren die Formulierung und Aufmachung der umstrittenen Publikation weder beleidigend noch negativ.

Die Minderheit des norwegischen Höchstgerichts hielt fest, das Arrangement der Trauung belege den Willen des Paares, den Anlass auf seine Gäste zu begrenzen. Eine Hochzeit sei ein emotionales Schlüsselerlebnis. Der Einbruch in die Privatsphäre sei aus dem einzigen Zweck der Unterhaltung der Leserschaft erfolgt und von keinem öffentlichen Interesse begleitet gewesen. Der Einsatz des Zooms aus grosser Distanz sei dem Gebrauch einer versteckten Kamera ähnlich und spreche gegen die Zeitschrift.

In seinem einstimmigen Urteil hält der EGMR fest, sowohl die Mehrheit als auch die Minderheit des obersten Gerichts Norwegens habe die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) sorgfältig gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) abgewogen. In der Sache genüge dies auch dem seither entwickelten Kriterienkatalog der neueren Strassburger Praxis (v. a. den am 7. 2. 2012 von der Grossen Kammer beurteilten Fällen «von Hannover (No. 2)» und «Axel Springer»). Über das Resultat des norwegischen Urteils könne man streiten, doch bewege sich dieses im Rahmen des staatlichen Beurteilungsspielraums. Der EGMR ersetze die Ansicht der nationalen Justiz nur durch seine eigene, wenn überzeugende Gründe («strong reasons») vorliegen. Da dies nicht der Fall war, verneint der EGMR einen Verstoß gegen die staatliche Pflicht zum Schutz von Art. 8 EMRK vor privaten Übergriffen.

**Anmerkungen** Das in Finnland prominente Paar thematisierte in seiner Beschwerde eine Reihe über seinen Einzelfall hinaus interessierender Aspekte. Dies galt etwa für seine grundsätzliche Kritik am Einsatz des Teleobjektivs, welches Nahaufnahmen des Brautpaares ermöglichte und den Eindruck vermittelte, die Medienschaffenden hätten am Anlass teilgenommen. Es galt auch für die Frage, wie der finnische Fall im Spannungsfeld der beiden im Ergebnis unterschiedlichen EGMR-Leiterteile zu Fotos der Regenbogenpresse aus dem Privatleben von Prinzessin Caroline (Fälle «von Hannover 1» vom 24. 6. 2004 und «von Hannover 2» von 2012) einzuordnen ist. Zu diesen Aspekten gibt die Begründung des einstimmig gefällten Urteils der 1. Kammer wenig her. Sie lässt vermuten, dass der Gerichtshof Massnahmen der norwegischen Justiz gegen das Vorgehen der Zeitschrift genauso akzeptiert hätte wie den Verzicht darauf.

Position bezieht die Kammer nur in wenigen Passagen. Erwähnt sei immerhin ihr Argument, eine Hochzeit habe als öffentliches Bekenntnis einen öffentlichen Aspekt und die Berichterstattung darüber diene nicht bloss dazu, die Neugier der Leserschaft zu befriedigen. Es gebe daher ein Element allgemeinen Interesses im umstrittenen Bericht der Zeitschrift. Diese Sichtweise könnte auch in künftigen Streitigkeiten um das Privatleben von Prominenten eine Rolle spielen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-43

### Unbegründete Kritik an einer Staatsanwältin ist zu sanktionieren

Ansehensschutz; audiatur et altera pars; fehlende Distanzierung; Medienfreiheit; Korruptionsvorwürfe; Sorgfaltspflicht; Staatsanwältin; Tageszeitung; Tatsachenbehauptung; Übertreibung; Verifizierung; Werturteil; Wiedergabe von Vorwürfen

Art. 8, 10, 41 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Lavric c. Rumänien» vom 14. Januar 2014 (N° 22231/05)

Ein Journalist der rumänischen Tageszeitung «Romania Libera» übte 2002 Kritik am Verhalten einer Staatsanwältin, der er Korruption und die skandalöse Fälschung von zwei Anklageschriften vorwarf, was zur Verurteilung des unschuldigen A. B. geführt habe. Die Staatsanwältin reichte gegen den Journalisten Strafklage wegen Ehrverletzung ein. Die rumänische Strafjustiz kam letztlich zum Schluss, der Medienschaffende habe mit seinen scharf formulierten Werturteilen zu einer allgemein interessierenden Thematik (korrektes Funktionieren der Justiz) die Grenzen zulässiger Übertreibung und Provokation respektiert.

Der EGMR hält einstimmig fest, die rumänische Justiz habe ihre Pflicht zum Schutz der Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) der scharf kritisierten Staatsanwältin missachtet. Er ist nicht überzeugt, dass die Vorwürfe des Amtsmissbrauchs und der Fälschung reine Werturteile darstellten. In den Akten fänden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese gravierenden Behauptungen zutreffen. Der Medienschaffende habe zwar primär die Vorwürfe von A. B. wiedergegeben, die dieser in einem Gesuch um Disziplinar massnahmen gegen die Staatsanwältin erhoben hatte. Diese präsentierte er aber nicht als Behauptungen einer Prozesspartei, sondern als objektive Wahrheit. Er hatte weder die Berechtigung dieser Behauptung verifiziert noch der angegriffenen Anklägerin eine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Den Nachweis einer Erfüllung seiner journalistischen Sorgfaltspflicht sei er schuldig geblieben.

Gestützt auf Art. 41 EMRK verurteilt die 3. Kammer den rumänischen Staat einstimmig zur Bezahlung eines Betrags von 4500 Euro als Ausgleich für den immateriellen Schaden, den die Staatsanwältin erlitten hatte.

14-44

### Allzu indiskrete Autobiografie der Exfreundin eines Toppolitikers

Autobiografie; Buch; Geldstrafen; Intimleben; Medienfreiheit; Meinungsfreiheit; Privatsphäre; Sexualität

Art. 8, 10 EMRK

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (4. Kammer) «Ruusunen c. Finnland» vom 14. Januar 2014 (N° 73579/10) und «Ojala + Etuenko c. Finnland» vom 14. Januar 2014 (N° 69939/10)

Verleger Kari Markus Ojala veröffentlichte 2007 das autobiografische Buch «Pääministerin morsian (Die Braut des Premierministers)» von Susan Ruusunen. Gestützt auf Einträge in ihrem Tagebuch und auf ausgetauschte Textnachrichten enthüllte die allein erziehende Mutter verschiedene intime Details ihrer neun Monate dauernden Beziehung mit dem damals frisch geschiedenen finnischen Premierminister, welcher von 2003 bis 2010 im Amt war. Das Buch wurde als Finnlands erste «Kiss and tell»-Publikation bezeichnet und löste rechtliche Schritte aus.

Die Exfreundin und der Verleger wurden wegen Publikation von Tatsachen aus dem Privatleben vor Strafgericht gestellt und zu Geldstrafen von 20 Tagessätzen (insgesamt 300 Euro) bzw. 60 Tagessätzen (insgesamt 840 Euro) verurteilt. Die finnische Strafjustiz listete insgesamt 7 Passagen auf, welche u. a. Beschreibungen intimer Vorgänge (Massagen, Geschlechtsverkehr) enthielten.

In einstimmigen Urteilen bezeichnet der EGMR die Schuldsprüche gegen die ehemalige Freundin und den Verleger als konventionskonform. Sie beruhten auf einer ausreichend präzisen gesetzlichen Grundlage (im finnischen Strafgesetzbuch), verfolgten das legitime Ziel des Schutzes des guten Rufes und seien in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. Die finnische Justiz habe einen fairen Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen gefunden und ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Selbst Personen des öffentlichen Interesses («public figures»), die sich wissentlich umfassender öffentlicher Kritik aussetzen, hätten Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre. Informationen über sein Sexualleben (und auch über die Emotionen seiner Kinder) hatte der sonst nicht publizitätsscheue Spitzenpolitiker nie an die Öffentlichkeit getragen. Das autobiografische Buch seiner Exfreundin enthalte zwar keine Unwahrheiten und sei weder provozierend noch übertrieben formuliert. Vielmehr wurden die Vorgänge mitfühlend («in a compassionate manner») geschildert. Auch seien verschiedene Angaben im Buch (z. B. über den Beginn und die Entwicklung der Affäre, den unterschiedlichen Lebensstandard und den Schutz hoher Politiker) von berechtigtem Interesse für die Allgemeinheit.

Die von der finnischen Justiz erwähnten problematischen Passagen über das Sexleben und intime Vorgänge tangierten aber den Kernbereich der Privatsphäre. Deren unautorisierte Veröffentlichung war nach Auffassung der finnischen Gerichte

geeignet, Leid und Verachtung zu verursachen. Diese Überlegungen bezeichnet der Gerichtshof als akzeptabel.

Auch die Schwere der verhängten Sanktionen sei vernünftig, mit Ausnahme der dem Verleger auferlegten Pflicht zur Bezahlung der Auslagen des – an der Seite der Staatsanwaltschaft am Strafprozess beteiligten – Premierministers (insgesamt 10500 Euro). Dieser Umstand allein genügt dem Gerichtshof aber nicht für ein anderes Gesamtergebnis.

**Anmerkungen** Der österreichische EMRK-Kenner Hanspeter Lehofer umschreibt das Urteil zu dieser in Finnland schlagzeilenträchtigen Angelegenheit in seinem Blog (<http://blog.lehofer.at/2014/01/OjalaRuusunen.html> [20. 5. 2014]) so prägnant wie unverblümt: «Kurz zusammengefasst: «kiss and tell» im engeren Wortsinn kann zulässig sein, «f\*\*k and tell» aber nicht.» Diese Kürzestformel gilt zumindest in Fällen, in denen die Details aus dem Sexualleben nicht zuvor durch die andere Hälfte der Intimpartnerschaft öffentlich ausgebreitet worden sind.

Lehofer verweist auch darauf, jedes einzelne der vom EGMR angeführten Argumente scheine in sich stimmig, der Gerichtshof lasse in der Güterabwägung aber eine saubere Prüfung seines eigenen Kriterienkatalogs vermissen. Die von ihm aufgestellten – und auch hier wieder aufgelisteten – Kriterien für Beschränkungen der freien Kommunikation zum Schutz der Privatsphäre und des guten Rufes prüft der Gerichtshof in der Tat so nachlässig, dass seine Begründung «merkwürdig unsystematisch wirkt» – und vereinzelt auch schreibfaul. Dies gilt namentlich für den aus dem Nichts auftauchenden Halbsatz, die Pflicht zur Bezahlung der Parteikosten des als Privatkläger aufgetretenen Spitzenpolitikers sei unvernünftig. So lapidar wie diese Feststellung ist die daran geknüpfte Schlussfolgerung, dies allein vermöge das Ergebnis der Rechtsstreits nicht zu verändern. Hier hätten sich wohl die finnische Justiz wie auch Verleger Ojala nähere Ausführungen gewünscht. Immerhin belastete der fünfstellige Betrag für die Auslagen des Premiers den verurteilten Verleger deutlich schwerer als die ihm auferlegte dreistellige Geldstrafe.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-45

**Dubioser Teilnehmer an TV-Quiz wegen Betrugsverdacht als public figure**

Ansehensschutz; Betrugsverdacht; Bildpublikation; Entschuldigung; Fernsehquiz; gerechte Entschädigung; guter Glaube; Namensnennung; Persönlichkeitsschutz; public figure; Tageszeitung

Art. 8, 10, 41 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Ringier Axel Springer Slovakia A. S. c. Slo-wakei (No. 3)» vom 7. Januar 2014 (N° 37986/09)

In mehreren Artikeln berichtete die slowakische Tageszeitung «Novy Cas» im Mai 2004 über einen Kandidaten an der im kommerziellen Fernsehen ausgestrahlten Quizshow «Wer wird Millionär?», der sich beim Sender gegen die seines Empfindens missverständliche Formulierung der von ihm falsch beantworteten 14. Frage gewehrt hatte. Diese Vorwürfe konterte der Fernsehveranstalter umgehend: Wegen des unüblichen Verhaltens des in Mobilfunktechnologie bewanderten Quizteilnehmers äusserte der Veranstalter den Verdacht des Betrugs, der in den Medien (auch im Internet) breit diskutiert wurde.

Der Kandidat wehrte sich mit einer Zivilklage gegen die Berichterstattung der Zeitung, die ohne seine Zustimmung seinen vollen Namen und sein Bild publiziert und den falschen Eindruck erweckt habe, er sei wegen eines kriminellen Verhaltens angeklagt worden. Die Berichterstattung enthalte falsche Behauptungen und ziehe irreführende Schlussfolgerungen. Die slowakische Ziviljustiz hiess die Klage gut und verurteilte den Zeitungsverlag zur Veröffentlichung einer Entschuldigung und zur Bezahlung von 1450 Euro Entschädigung. Da sich die polemisch formulierten Werturteile der Zeitung auf Unwahrheiten stützen, seien die Persönlichkeitsrechte des Kandidaten selbst dann verletzt, wenn ihm als Person der Öffentlichkeit (public figure) ein bloss reduzierter Schutz zugebilligt werde.

Die 3. Kammer des EGMR kommt einstimmig zum Schluss, die slowakische Ziviljustiz habe im Konflikt zwischen Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und Ansehensschutz (Art. 8 EMRK) die konventionsrechtlich geforderte Abwägung versäumt. Das Argument der Zeitung, sie habe in gutem Glauben über ein allgemein interessierendes Thema berichtet, sei nicht wirklich geprüft worden. Dies verstosse gegen die Meinungsfreiheit.

Die Kammermehrheit spricht dem Zeitungsverlag für immaterielle Schäden gestützt auf Art. 41 EMRK (Gerechte Entschädigung) einen Betrag von 9750 Euro zu. Diesen Betrag bezeichnen zwei Richter in ihrem teilweise abweichenden Sondervotum als deutlich überrissen.

14-46

**Namensnennung eines Staatsanwalts nach Unfalltod seines Sohns**

Ansehensschutz; Entschuldigung; gerechte Entschädigung; Haftüberprüfung; Namensnennung; Persönlichkeitsschutz; public figures; Staatsanwalt; Tageszeitung; Untersuchungshaft; Verkehrsunfall

Art. 8, 10, 41 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Ringier Axel Springer Slovakia A. S. c. Slo-wakei (No. 2)» vom 7. Januar 2014 (N° 21666/09)

Die slowakische Tageszeitung «Novy Cas» berichtete im Oktober 2001 über die Untersuchungshaft gegen einen Automobilisten, der den Sohn eines Staatsanwalts tödlich verletzt hatte. Sie bezeichnete die überlange Dauer für die Behandlung eines vom Anwalt des Automobilisten eingereichten Haftentlassungsgesuchs als menschenrechtswidrig. Auf Zivilklage des im Artikel namentlich genannten Staatsanwalts verpflichtete die slowakische Justiz die Zeitung zur Veröffentlichung einer Entschuldigung und zur Bezahlung einer Entschädigung von rund 2600 Euro. Der Staatsanwalt habe als öffentlich Bediensteter zwar verstärkte Eingriffe in seine Privatsphäre zu dulden. Der fragliche Verkehrsunfall habe aber keinen Bezug zur Wahrnehmung seines öffentlichen Amtes. Es handle sich um eine persönliche Tragödie, deren langsam heilende Wunden der Zeitungsartikel wieder aufgerissen habe.

Der Gerichtshof bejaht einstimmig einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), denn die slowakische Justiz habe wesentliche Abwägungsfragen nicht behandelt. Sie habe sich nicht mit der detaillierten Argumentation der Zeitung befasst, wonach die Enthüllung der Identität des Staatsanwalts zu einer öffentlichen Debatte über die menschenrechtskonforme Abwicklung des Strafverfahrens gegen den Unfall beitrug. Gestützt auf Art. 41 EMRK (Gerechte Entschädigung) spricht sie dem in Strassburg obsiegenden Zeitungsverlag einstimmig einen Betrag von 5850 Euro zu.

## 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information

14-47

### ETHZ muss Dokumente im Zusammenhang mit entgeltlichen Zuwendungen und Interessenbindungen zugänglich machen

Freiwillige Mitteilung unter Zusicherung der Geheimhaltung; Geschäftsgeheimnisse; Schutz der Privatsphäre; Zugangsgesuch

Art. 7 Abs. 1 Bst. g, h, Abs. 2 BGÖ

Entscheid des EDÖB vom 26. Februar 2014  
(ETHZ/Finanzierung von Lehrstühlen, Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Vertrag mit Syngenta)

Die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ) verweigert einem Journalisten den Zugang zu Dokumenten, die im Zusammenhang mit entgeltlichen Zuwendungen und Interessenbindungen der ETHZ stehen. Der EDÖB kommt in seinem Schlichtungsvorschlag zum Schluss, dass die ETHZ den Zugang zu sämtlichen Dokumenten zu Unrecht verweigert hat.

Ein Journalist ersuchte die ETHZ um Zugang zu mehreren Dokumenten: Einerseits verlangte er die Liste aller Stiftungslehrstühle mit Nennung des Stifters und des Geldbetrags (Begehren A). Andererseits ersuchte er um ein Register der Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber (Begehren B). Schliesslich beantragte er die Zugänglichmachung eines Vertrags zwischen der ETHZ und Syngenta (Begehren C). Da die ETHZ den Begehren nicht oder nicht vollständig nachkommen wollte, gelangte der Journalist an den EDÖB.

Der EDÖB prüft die Begehren der Reihe nach. Den Zugang zu Begehren A hat die ETHZ unter Hinweis auf die darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ verweigert. Der EDÖB führt aus, als Geschäftsgeheimnisse würden Informationen eines Unternehmens gelten, die relativ unbekannt seien, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und ein Geheimniswille bestehe. Das erste Kriterium der relativen Unbekanntheit sei vorliegend zu verneinen, da die ETHZ selber dem antragstellenden Journalisten zusammengefasste Informationen herausgegeben und damit bereits einen Grossteil der im Dokument verlangten Informationen bekanntgegeben habe. Weiter argumentiert die ETHZ mit dem Schutz der Privatsphäre i.S.v. Art. 7 Abs. 2 BGÖ, da die verlangten Informationen das berufliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Ansehen der betroffenen Lehrstuhlinhaber tangieren können. Den EDÖB kann auch dieses Argument nicht überzeugen, da die Namen der entsprechenden Lehrstuhlinhaber ohne Weiteres für jedermann zugänglich seien. Zudem ist er der Ansicht, dass die Nennung des Namens eines Lehrstuhlinhabers einer staatlichen Bildungseinrichtung in Kombination mit der Bezeichnung des Lehrstuhls, eines allfälligen Donators und des konkreten Donationsbeitrags die Privat-

sphäre der betroffenen Personen nicht tangiere. Der EDÖB kommt deshalb zum Schluss, dass die ETHZ die Liste aller Stiftungslehrstühle mit Nennung des Stifters und des Geldbetrags zugänglich machen muss.

Bezüglich Begehren B verweigert die ETHZ den Zugang unter Verweis auf den Schutz der Privatsphäre i.S.v. Art. 7 Abs. 2 BGÖ der betroffenen Professoren und der jeweiligen Unternehmen. Der EDÖB ist diesbezüglich der Ansicht, die Verwaltungsratsmandate bzw. Geschäftsleitungsfunktionen seien im Handelsregister eingetragen und die angeforderte Liste damit nicht geeignet, die Privatsphäre der betroffenen Personen zu beeinträchtigen. Zudem besteht nach Ansicht des EDÖB auch bezüglich der anderen Nebenbeschäftigungen ein öffentliches Interesse, da es sich um Lehrstuhlinhaber einer staatlichen Bildungseinrichtung handelt. Der EDÖB kommt deshalb zum Ergebnis, dass die ETHZ das Register Nebenbeschäftigungen der Lehrstuhlinhaber zugänglich machen muss.

Schliesslich nimmt sich der EDÖB dem Begehren C an. Die ETHZ will ihre Zugangsverweigerung auf eine Geheimhaltungsvereinbarung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ stützen. Der EDÖB führt dazu aus, die Annahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ verlange drei kumulative Tatbestandsvoraussetzungen. Die Information müsse einerseits von einer (Privat-)Person und nicht von einer Behörde stammen. Vorliegend sei dies zweifelhaft, da sie nicht alleine von einer (Privat-)Person stamme, sondern einem Vertragsverhältnis entspringe. Die entsprechenden Informationen würden aus einer Zusammenarbeit von Privaten und einer Verwaltungseinheit herrühren. Auch das zweite Tatbestandsmerkmal, dass die Information freiwillig mitgeteilt werden muss, liegt nach Meinung des EDÖB nicht vor. Zwischen der Syngenta und der ETHZ bestehe eine vertragliche Verpflichtung zur Mitteilung der im Vertrag enthaltenen Informationen. Schliesslich bezweifelt der EDÖB auch das Vorliegen des dritten Tatbestandsmerkmals, nämlich dass sich die Behörde verpflichtet hat, die Vertraulichkeit der betreffenden Informationen zu wahren. Die von der ETHZ angeführte Klausel beurteilt er lediglich als «Kommunikationsklausel», aus der nicht geschlossen werden könne, dass alle dort nicht genannten Informationen als vertraulich zu gelten haben, wie dies die ETHZ behauptet. Deshalb sind seiner Ansicht nach die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht erfüllt. Weiter habe es die ETHZ versäumt, im Einzelnen glaubhaft und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die im Vertrag enthaltenen Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen. Der EDÖB wendet deshalb auch Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht an. Schliesslich schliesst der EDÖB auch die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ aus, da der Vertrag bereits einer oder mehreren Personen zugänglich gemacht wurden. Gesamthaft betrachtet kommt der EDÖB auch bezüglich des in Begehren C ersuchten Vertrages zum Schluss, dass die ETHZ ihn zugänglich machen muss.

14-48

### Recht einer NGO auf Zustellung anonymisierter Kommissionsentscheide

Anonymisierung; Gerichtsöffentlichkeit; Informationszugang; Kommissionsentscheide; NGO; Öffentlichkeitsgesetz; public watchdog; Ressourcen

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c. Österreich» vom 28. November 2013 (N° 39534/07)

2005 verlangte eine österreichische Nichtregierungsorganisation (NGO) die Zustellung von Entscheidungen einer Tiroler Kommission, welche land- und forstwirtschaftliche Grundstücksübertragungen genehmigt. Die Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes (OVESSG) befasst sich mit den Auswirkungen von Immobilienverkäufen und der Zersiedelung auf die österreichische Gesellschaft und schaltet sich mit ihren Stellungnahmen zu diesen Fragen auch in den Gesetzgebungsprozess ein. Sie wünschte wie in anderen Bundesländern Einblick in die seit dem Jahr 2000 ergangenen Entscheide der Tiroler Genehmigungsbehörde (der damaligen Landes-Grundverkehrskommission). Dabei räumte die OVESSG ein, die Entscheide könnten auch in anonymisierter Form zugestellt werden.

Obwohl die OVESSG ihre Bereitschaft zur Übernahme der Kosten bekundete, wurde ihr Begehren abgelehnt. Selbst wenn es in den Geltungsbereich des Tiroler Gesetzes über den Zugang zu Informationen fallen würde – was zu verneinen sei –, wäre die Behörde nicht zur Bereitstellung der verlangten Entscheide verpflichtet. Dies würde so viele Ressourcen erfordern, dass die Funktion der Kommission beeinträchtigt und die Erfüllung ihrer sonstigen Aufgaben gefährdet wäre. Der österreichische Verfassungsgerichtshof bestätigte die Informationsverweigerung u. a. mit dem Argument, aus Art. 10 EMRK fliesse keine Verpflichtung des Staates, den Zugang zu Informationen zu gewährleisten.

Mit 6 : 1 Stimmen hat die 1. Kammer des EGMR jedoch einen konventionsrechtlichen Anspruch auf Informationszugang bejaht. Der Gerichtshof habe im Zusammenhang mit der Presse festgehalten, das Sammeln von Informationen sei ein zentraler Vorbereitungsschritt journalistischer Publikation und damit ein durch Art. 10 EMRK geschützter Aspekt der Pressefreiheit. Eine der Presse vergleichbare Forumsfunktion und «public watchdog»-Rolle komme auch Nichtregierungsorganisationen zu:

«34. Furthermore, the Court has held that the gathering of information is an essential preparatory step in journalism and an inherent, protected part of press freedom (see «*Damman v. Switzerland*», N° 77551/01, § 52, 25 April 2006). However, the function of creating forums for public debate is not limited to the press. That function may also be exercised by

non-governmental organisations, the activities of which are an essential element of informed public debate. The Court has therefore accepted that non-governmental organisations, like the press, may be characterised as social «watchdogs». In that connection their activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press (see «*Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*», N° 37374/05, § 27, and «*Animal Defenders International v. the United Kingdom*» [GC], N° 48876/08, § 103, 22 April 2013).»

Der EGMR verwirft den Einwand der österreichischen Regierung, die Informationsverweigerung tangiere Art. 10 EMRK gar nicht (weil diese Vorschrift keine positive Pflicht des Staates beinhalte, selber Informationen zu sammeln und zu verbreiten, sondern lediglich die Beschaffung allgemein zugänglicher – nicht aber vertraulicher – Informationen erfasse). Auch die OVESSG ist laut Gerichtshof in das legitime Sammeln öffentlich interessierender Informationen involviert. Die Weigerung der österreichischen Behörden tangiere daher Art. 10:

«36. The applicant association was therefore involved in the legitimate gathering of information of public interest. Its aim was to carry out research and to submit comments on draft laws, thereby contributing to public debate. Consequently, there has been an interference with the applicant association's right to receive and to impart information as enshrined in Article 10 § 1 of the Convention (see «*Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*», cited above, § 28; see also «*Kenedi v. Hungary*», N° 31475/05, § 43, 26 May 2009).»

Der Gerichtshof beharrt daher darauf, dass die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 EMRK) respektiert werden. Dabei verneint die Mehrheit der 1. Kammer, dass die Informationsverweigerung notwendig ist, um den Schutz der Rechte anderer (d. h. der in die Kommissionsentscheide involvierten Privaten) zu sichern. Zwar verneint der Gerichtshof eine Pflicht der Kommission, alle ihre Entscheide in einer Datenbank zu publizieren oder auf Anfrage in anonymisierter Form abzugeben.

Eine generelle und bedingungslose Ablehnung des Zugangs zu jeglicher Entscheidung sei aber unverhältnismässig. An der Spruchpraxis der Kommission, welche als hoheitliches Organ mit Rechtsprechungsfunktion im Sinne von Art. 6 EMRK über zivilrechtliche Streitigkeiten zu befinden hat, bestehe ein nennenswertes öffentliches Interesse. Es sei daher verblüffend, dass die Kommission keinerlei Entscheide publiziere. Diese Haltung sei die Ursache vieler der von ihr behaupteten Ressourcenprobleme im Fall einer Pflicht zur Zustellung zahlreicher (anonymisierter) Entscheide.

«46. Given that the Commission is a public authority deciding disputes over «civil rights» within the meaning of Article 6 of the Convention (see «*Eisenstecken v. Austria*», N° 29477/95, § 20, ECHR 2000-X, with further references), which are, moreover, of considerable public interest, the Court finds it striking that none of the Commission's decisions was published, whether in an electronic database or in any other form. Consequently, much of the anticipated difficulty referred to by the Commission as a reason for its refusal to provide the applicant association with copies of numerous decisions given over a lengthy period was generated by its own choice not to publish any of its decisions. In this context the Court notes the applicant association's submission – which has not been dis-

puted by the Government – that it receives anonymised copies of decisions from all other Regional Real Property Commissions without any particular difficulties.»

Die Kommission habe sich im Gegensatz zu ähnlichen Behörden aus eigenem Antrieb ein Informationsmonopol verschafft, welches die OVESSG in einem von neun Bundesländern an ihren Recherchen hinderte. Dies verunmöglichte ihr auch eine zielführende Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren in Tirol.

In seiner Minderheitsmeinung hielt der norwegische Richter fest, die Kommission habe im massgebenden Zeitraum (2000–2005) jährlich zwischen 65 und 109 Entscheide gefällt. Das Argument, die für die Zustellung Hunderter Entscheide benötigten Ressourcen behinderten die Kommission in der Erfüllung ihrer Aufgaben, sei daher nicht willkürlich. Darüber hinaus sei die Kommission keine letztinstanzliche Behörde und könnte OVESSG zumindest die beim Verfassungsgerichtshof angefochtenen Fälle auf der dortigen Datenbank konsultieren.

---

**Anmerkungen** Anhand dieser Beschwerde einer österreichischen Nichtregierungsorganisation hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den konventionsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Dokumenten präzisiert und ausgebaut. Es lag nicht auf der Hand, dass der Gerichtshof in einem solchen Fall überhaupt eine Beschränkung von Art. 10 EMRK bejahen würde – zumal die Informationsbeschränkung nicht auf einer staatlichen Handlung beruht und auch nicht die verweigerte Herausgabe eines einzelnen Dokuments betrifft, sondern eine unterlassene staatliche Leistung grösseren Umfangs. Er hat dies mit eher kurzer Begründung getan. Wie der norwegische Richter in seiner teilweise abweichenden Meinung ausführlich darlegt, lässt sich ein solches (Zwischen-)Ergebnis nicht einfach aus der bisherigen Strassburger Rechtsprechung ableiten (zur Entwicklung der EGMR-Praxis vgl. auch Voorhoof/Ó Fathaigh, <http://strasbourgobservers.com/2013/12/03/the-press-and-ngos-right-of-access-to-official-documents-under-strict-scrutiny-of-the-european-court-of-human-rights-2/> [20. 5. 2014]).

Nicht selbstverständlich ist auch, dass die Kammermehrheit den österreichischen Einwand einer übermässigen Belastung der um eine grosse Zahl von Dokumenten angefragten Kommission verworfen hat. Der norwegische Richter war bereit, das Ressourcenargument zu akzeptieren. Für ihn konnte es nicht den Ausschlag geben, dass die Kommissionen aller anderen Bundesländer einen viel transparenteren Umgang mit ihren Entscheiden pflegten. Die Begründung der Kammermehrheit ist bemerkenswert, denn sie stellt letztlich den Zusammenhang her zwischen einer ausreichenden Orientierung von Amtes wegen und der Pflicht zur Orientierung auf individuelle Anfrage. Die Kernüberlegung: Orientiert eine (richterliche oder gerichtsähnliche) Behörde die Öffentlichkeit von sich aus in grosszügiger – und angesichts des Grundsatzes öffentlicher Verkündung gerichtlicher Entscheide wohl auch gebotener – Weise über ihre Tätigkeit, so wird sie weniger Ressourcen für die Behandlung individueller Anfragen benötigen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

---

14-49

### La classification «confidentiel» d'un document par une autorité ne peut restreindre le droit d'accès garanti par la loi

---

Accès à des documents officiels; applicabilité de la LTrans; documents classifiés

Art. 2, 4, 7, 8 LTrans; art. 1, 2, 4, 12 LOGA; art. 47 LParl; art. 3, 7, 11 OTrans

---

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 février 2014 (A-4500/2013)

Un journaliste s'est vu refuser, par le DFF, l'accès à un rapport ayant conduit à la publication d'un communiqué de presse du CF relatif notamment à l'assistance administrative internationale en matière fiscale, au motif qu'il s'agissait d'un document purement interne et classé «confidentiel»; il a saisi le TAF après que le DFF a rejeté la recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence d'accorder cet accès. Le TAF a pour sa part jugé que rien ne s'opposait à la communication du document litigieux, qui devait simplement être caviardé.

La LTrans s'applique en première ligne à l'administration fédérale (art. 2 al. 1 let. a LTrans); on distingue le gouvernement, en tant qu'autorité collégiale, de l'administration avec ses sept départements (cf. art. 1 et 2 LOGA). Les conseillers fédéraux étant à la fois chefs d'une entité administrative et membres du gouvernement, leurs actes sont soumis à la LTrans ou non, selon les circonstances. Les actes relevant de leur activité gouvernementale sont ceux qu'ils effectuent dans le cadre des activités dudit collège (art. 4 LOGA); ainsi, la procédure de co-rapport, servant à préparer la décision du Conseil fédéral, est soustraite à la LTrans, afin de préserver le principe de collégialité régissant le gouvernement fédéral (art. 12 LOGA) et de protéger la libre formation de son opinion et de sa volonté. Le secret protégeant ces documents est maintenu, même après la décision du Conseil fédéral, et indépendamment de l'existence d'un intérêt particulier au maintien du secret.

En l'espèce, le rapport litigieux a été établi à la demande de la cheffe du DFF agissant en tant que telle. Il ne suffit pas qu'un acte concerne une décision du Conseil fédéral ou ait été discuté par un conseiller fédéral avec ses collègues pour qu'il devienne ipso facto un acte du Conseil fédéral. En l'espèce, le rapport provient d'une activité de l'administration et non du gouvernement, et est donc soumis à la LTrans. Le TAF ajoute que le rapport litigieux ne constitue pas un élément de la procédure de co-rapport, qui vise les actes concernant directement la procédure décisionnelle et non tout ce qui sert de base pour ce faire. De plus, les informations se trouvant dans le rapport sont essentiellement de nature générale et déjà publiques; les conditions des art. 7 et 8 LTrans – instituant des exceptions au principe de la transparence – ne sont dès lors pas réalisées.

L'éventuelle classification «secret», «confidentiel» ou «interne» d'un document selon l'ordonnance concernant la protection des informations (OPrI) n'a pas d'effet préjudiciel: l'autorité à l'origine du classement doit pouvoir se déterminer

sur une éventuelle demande d'accès (art. 11 al. 5 OTrans); mais, dans la mesure où elle est applicable, la LTrans détermine seule si et à quelles conditions l'accès à un document officiel peut être octroyé, sous réserve de dispositions spéciales d'autres lois fédérales (art. 4 let. a et b LTrans).

Le fait que le rapport litigieux ait été classé «confidentiel» sur la base de l'OPrl ne fait en l'espèce pas obstacle à sa remise au recourant.

Cependant, les délibérations des commissions parlementaires étant confidentielles (art. 47 LParl), il se justifie de ca- viarder le rapport litigieux.

En vertu de l'art 3 OTrans, l'autorité renseigne le deman- deur sur les documents officiels accessibles et l'assiste dans ses démarches (al. 1). L'administration devra donc transmettre au recourant une liste des annexes au rapport, et lui impartir un délai pour préciser sa demande au sens de l'art. 7 al. 3 et 4 OTrans.

---

**Annotations** Ce jugement vient à point nommé pour rappe- ler à l'ordre certaines autorités fédérales, irritées par des journalistes d'investigation qui ont fait de la transparence ad- ministrative un instrument de recherche privilégié. Sans vou- loir remettre directement en question le renversement de pa- radigme – à la veille de son dixième anniversaire, ce serait malvenu –, les services mécontents développent des pra- tiques déviantes pour dissuader les «gêneurs» et les empê- cher d'accéder à des documents embarrassants. Le présent cas met en lumière deux de ces pratiques.

D'abord, l'interprétation extensive des clauses d'exception à la publicité; en l'espèce le fameux art. 8 al. 1 LTrans, qui in- terdit l'accès aux documents afférents à la procédure de co- rapport du Conseil fédéral. Rédigée en des termes (trop) larges, cette disposition, a en fait un but précis et limité, comme l'a souligné à juste titre le TAF: «préserver le prin- cipe de collégialité régissant le gouvernement fédéral et pro- téger la libre formation de son opinion et de sa volonté» (consid. 3.5.2.2). Exception au principe de publicité, l'art. 8 al. 1 doit être appliqué restrictivement et conformément à son objectif. Ni plus, ni moins. Partant tout document porté à la connaissance du gouvernement n'échappe pas à la publicité. Ce serait trop facile...

Autre pratique déviante, le refus automatique d'accès à tout document classifié. Là aussi, on saura gré au juge adminis- tratif d'avoir répété que les mentions «secret» ou «confiden- tiel» sont des mesures d'organisation, internes à l'adminis- tration, qui n'ont aucune valeur préjudicielle (consid. 3.6.4). Autrement dit leur seule présence ne saurait dispenser l'au- torité requise d'examiner, au regard des conditions posées par la LTrans, le statut secret ou public du document requis. C'est d'autant plus important que les exceptions à la transpa- rence sont d'application relative: un document peut être se- cret aujourd'hui, mais public demain. La classification, quant à elle, fait fi de l'évolution des circonstances. Une fois apposé, le sceau secret acquiert à tout jamais un caractère impératif. L'ordonnance fédérale concernant la protection des informa- tions ne prévoit en effet aucune réévaluation périodique de la classification; tout au plus son art. 9 dispose-t-il que «la classification doit être limitée dans le temps s'il est probable que l'intérêt à maintenir la protection vienne à disparaître». Une précaution encore bien méconnue de l'administration.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

---

14-50

## Zugang zu Abrechnungen des Jahres 2010 muss nicht gewährt werden

---

Amtliches Dokument; Zugangsgesuch

Art. 5 Abs. 2, 20 Abs. 2 AVEG; Art. 5 BGÖ

---

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom  
9. Dezember 2013 (A-2064/2013)

Dokumente, die nicht im Besitz der angefragten Behörde sind, sind keine amtlichen Dokumente i.S.v. Art. 5 BGÖ. Des- halb heisst das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gut, die von der Zentralen Paritätischen Kommission gegen eine Verfügung des SECO erhoben wurde, die sie zur Herausgabe von Abrechnungen aus dem Jahr 2010 verpflichtete.

Die Weltwoche Verlags AG ersuchte beim Staatssekreta- riat für Wirtschaft (SECO) um Einsicht in sämtliche Abrech- nungen der paritätischen Kommissionen aus dem Jahr 2010. Nachdem das SECO keinen Zugang zu den verlangten Abrech- nungen gewähren wollte, gelangte die Weltwoche an den EDÖB. Dieser erliess die Empfehlung, der Zugang zu den ver- langten Dokumenten sei mehrheitlich zu gewähren. Einzig be- treffend die Zentrale Paritätische Kommission für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen BL/BS/SO (Zentrale Pa- ritätische Kommission) sei das Zugangsgesuch abzuweisen. Jene Allgemeinverbindlicherklärung des GAV sei erst auf den 1. Oktober 2010 in Kraft getreten, weshalb das SECO über keine Abrechnung für das Jahr 2010 verfüge. Auf die Empfehlung des EDÖB hin teilten verschiedene Kommissionen, darunter auch die Zentrale Paritätische Kommission, dem SECO mit, dass sie mit der Herausgabe der Abrechnungen nicht einver- standen seien und deshalb den Antrag stellen, es sei eine Ver- fügung zu erlassen. In der Folge eröffnete das SECO der Zen- tralen Paritätischen Kommission folgende Verfügung: «Der Zugang zu den von der Gesuchstellerin verlangten Abrech- nungen (...) aus dem Jahr 2010 der Zentralen Paritätischen Kom- mission (...) wird entsprechend der Empfehlung des EDÖB ge- währt (...).» Die Zentrale Paritätische Kommission gelangte mittels Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und ver- langte die Aufhebung dieser Verfügung. Als Begründung führte sie aus, das SECO habe offensichtlich übersehen, dass der EDÖB in ihrem Falle gerade eine Abweisung des Zugangsgesuchs empfohlen habe. Die angefochtene Verfügung leide daher an einem inneren Widerspruch und sei deshalb aufzuheben.

In Art. 5 Abs. 1 BGÖ wird der Begriff des amtlichen Do- kuments definiert. Es handelt sich hierbei um jede Informa- tion, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeich- net ist, sich im Besitze einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und welche die Er- füllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Gemäss dieser Be- stimmung, so das Bundesverwaltungsgericht, müsse das ge- wünschte Dokument, in welchem die Information enthalten ist, sich tatsächlich im Besitz der angefragten Behörde befin- den. Im vorliegenden Fall sei die Allgemeinverbindlicherklä- rung des GAV für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kan- tonen BL/BS/SO erst auf den 1. Oktober 2010 in Kraft getreten.

Folglich sei die Zentrale Paritätische Kommission für das vom Zugangsgesuch betroffene Jahr 2010 noch nicht verpflichtet gewesen, dem SECO ihre Abrechnungen zur aufsichtsrechtlichen Kontrolle einzureichen (vgl. Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 AVEG). Da die Abrechnungen des Jahres 2010 somit unbestrittenermassen nie im Besitz des SECO waren, liege kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ vor. Der Weltwoche Verlags AG sei deshalb kein Zugang zu den Abrechnungen der Zentralen Paritätischen Kommission aus dem Jahr 2010 zu gewähren. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde somit gut und hebt die Verfügung des SECO auf.

14-51

### Zugangsgesuch: BVGer weist Beschwerde von paritätischen Kommissionen überwiegend ab

Amtliche Dokumente; Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse; private Informationen von Dritten; Privatsphäre von Dritten; Zugangsgesuch

Art. 5, 7 Abs. 1 Bst. g, h, 7 Abs. 2, 9 Abs. 2 BGÖ

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom  
9. Dezember 2013 (A-2434/2013)

Aufgrund einer Empfehlung des EDÖB erliess das SECO eine Verfügung, die der Weltwoche Zugang zu den Abrechnungen der paritätischen Kommissionen aus dem Jahr 2010 gewährt. Eine Vielzahl von paritätischen Kommissionen erhob gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und verlangte ihre Aufhebung. Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde überwiegend ab und bestätigt die Zugangsgewährung. Es heisst die Beschwerde nur insofern gut, als die Namen und Adressen von Drittpersonen, die in gewissen Abrechnungen erwähnt werden, geschwärzt werden müssen.

Die Weltwoche Verlags AG ersuchte beim SECO um Einsicht in sämtliche Abrechnungen der paritätischen Kommissionen aus dem Jahr 2010. Weil das SECO mitteilte, es werde keine Einsicht gewährt, reichte die Weltwoche beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein. Der EDÖB erliess gegenüber dem SECO die Empfehlung, der Weltwoche den Zugang zu den verlangten Dokumenten mehrheitlich zu gewähren. Da verschiedene paritätische Kommissionen damit nicht einverstanden waren, erliess das SECO eine Verfügung, mit der es der Weltwoche Zugang zu den verlangten Dokumenten entsprechend der Empfehlung des EDÖB gewährte. Gegen diese Verfügung erhoben 21 paritätische Kommissionen Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie verlangten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Sperrung ihrer Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht beschäftigt sich zuerst mit der Frage, ob die Abrechnungen der beschwerdeführenden paritätischen Kommissionen als amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 BGÖ zu qualifizieren sind. Art. 5 Abs. 1 BGÖ definiert als amtliche Dokumente jede Information, die auf einem

beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt worden ist, und welche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betrifft. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt eine umfassende Auslegung dieses Artikels vor, um zu klären, ob auch private Informationen, die Dritte einer Behörde einreichen, als amtliche Dokumente i. S. v. Art. 5 BGÖ gelten. Die Auslegung führt zum Resultat, dass auch Informationen von Privaten, die die Voraussetzungen von Art. 5 BGÖ erfüllen, als amtliche Dokumente zu qualifizieren sind und damit dem Geltungsbereich des BGÖ unterliegen. Folglich findet das BGÖ auch auf die eingereichten Abrechnungen des Jahres 2010 Anwendung.

Weiter befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage, ob der Weltwoche Zugang zu diesen Abrechnungen zu gewähren ist. Zuerst prüft es, ob die von den paritätischen Kommissionen angerufenen Ausnahmebestimmungen dem Zugang entgegenstehen. Dabei ist einerseits Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zu prüfen, wonach der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden könnten. Diese Ausnahmebestimmung kommt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts allerdings im konkreten Fall nicht zur Anwendung, weil die paritätischen Kommissionen aufgrund der jeweiligen Allgemeinverbindlicherklärung des GAV keinem Wettbewerbsverhältnis ausgesetzt sind und deshalb eine Wettbewerbsverzerrung ausgeschlossen werden kann. Andererseits prüft das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ. Nach diesem Artikel kann der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn Informationen vermittelt werden könnten, die der Behörde von Dritten freiwillig mitgeteilt worden sind und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat. Da die paritätischen Kommissionen die Abrechnungen aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Rechenschaftspflicht an das SECO einreichen müssen und dies damit nicht freiwillig erfolgt, wendet das Bundesverwaltungsgericht auch diese Ausnahmebestimmung nicht an.

Das Bundesverwaltungsgericht untersucht in einem nächsten Schritt, ob durch den Zugang zu den Abrechnungen die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann und deshalb der Zugang gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ eingeschränkt, aufgehoben oder verweigert werden darf. In seiner Empfehlung hält der EDÖB fest, die in den Dokumenten enthaltenen Bank- und Kontonummern könnten eingeschwärzt werden. Dies beanstandet auch das Bundesverwaltungsgericht nicht. Zusätzlich ist es der Ansicht, dass in den Abrechnungen von zwei paritätischen Kommissionen Personendaten von Drittpersonen zu finden sind, die am Verfahren nicht beteiligt sind. Diese Namen und Adressen seien deshalb auch zu schwärzen, da damit die inhaltliche Aussagekraft der Dokumente nicht beeinflusst werde. In diesem Punkt heisst das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde deshalb gut. Eine weiter gehende Anonymisierung lehnt es allerdings ab. Es hält auch an diesem Entschluss fest, nachdem es das Zugangsgesuch nach den materiellen Vorschriften des DSG (Art. 9 Abs. 2 BGÖ) geprüft hat. Insgesamt sei das öffentliche Interesse an der Offenlegung der Abrechnungen höher zu gewichten als die vorliegend nicht sehr bedeutenden Geheimhaltungsinteressen der paritätischen Kommissionen.

Somit kommt das Bundesverwaltungsgericht zum abschliessenden Ergebnis, dass die Beschwerde in der Hauptsache abzuweisen ist. Das SECO habe der Weltwoche Zugang zu den eingereichten Abrechnungen des Jahres 2010 zu gewähren, wobei sämtliche Bank- und Postkontonummern einzu-schwärzen seien. Die Beschwerde von zwei paritätischen Kommissionen heisst es teilweise gut, sodass bei ihnen neben sämtlichen Bank- und Kontonummern auch noch die Namen und Adressen derjenigen Drittpersonen, die in den Abrechnungen aufgeführt sind, zu schwärzen sind.

14-52

### **ENSI muss Prüfungsprotokoll und Prüfungsbericht zugänglich machen**

---

Amtliches Dokument; Geschäftsgeheimnis; Zugangsgesuch

Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ

---

Entscheid des EDÖB vom 18. März 2014 (ENSI/Prüfbericht zu den Untersuchungen am Reaktordruckbehälter Mühleberg)

Der EDÖB entscheidet, dass das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) den Zugang zum Prüfprotokoll und Prüfbericht der BKW gewähren muss. Es sei dem ENSI nicht gelungen, darzulegen, welche konkreten Geschäftsgeheimnisse gegen eine Zugänglichmachung sprächen.

Ein Journalist ersuchte beim ENSI um Zugang zum «Prüfbericht der BKW». Das ENSI teilte dem Journalisten mit, dass das «Prüfprotokoll» Geschäftsgeheimnisse enthalte, weshalb der Zugang nicht gewährt werden könne (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). Der Journalist reichte beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein.

Der EDÖB führt aus, der antragstellende Journalist habe um Zugang zum Prüfbericht ersucht, das ENSI habe das Zugangsgesuch aber dahin gehend interpretiert, dass er einzig am zusammenfassenden Prüfprotokoll interessiert sei. Der EDÖB prüft deshalb zuerst die Zugänglichkeit des Prüfprotokolls und anschliessend die Zugänglichkeit des Prüfberichts.

Das ENSI verweigert den Zugang zum Prüfprotokoll unter dem Hinweis auf darin enthaltene Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ. Es verweist darauf, dass die Beschreibung des Prüfverfahrens Geschäftsgeheimnisse der Prüffirma tangiere. Das ENSI zeigt aber nicht im Einzelnen auf, wo genau im Prüfprotokoll die Informationen enthalten sind, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, und inwiefern solche Informationen im Falle der Offenlegung ein Schandensrisiko mit sich bringen. Der EDÖB führt dazu aus, gemäss dem Öffentlichkeitsprinzip obliege der Behörde die Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten, welche dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind. Das ENSI habe diesen Beweis nicht erbracht, weshalb es das Prüfprotokoll ohne Einschränkung zugänglich zu machen habe.

In Bezug auf den Prüfungsbericht vertritt der EDÖB die Ansicht, dass dieser als amtliches Dokument zu qualifizieren ist, welches im Rahmen einer vom ENSI an einen verwaltungs-externen Dritten ausgelagerten Aufsichtstätigkeit erstellt und geprüft wurde. Der Prüfungsbericht unterliege deshalb grundsätzlich dem Öffentlichkeitsgesetz. Das ENSI habe deshalb den Bericht zu beschaffen und ihn dem antragstellenden Journalisten unter Berücksichtigung allfälliger Ausnahmebestimmungen zugänglich zu machen.

14-53

### **EPFL muss Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Verträge mit Nestlé offenlegen**

---

Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse; freiwillige Mitteilung unter Zusicherung der Geheimhaltung; Schutz der Privatsphäre; Zugangsgesuch

Art. 7 Abs. 1 Bst. g, h, 7 Abs. 2, 23 BGÖ

---

Entscheid des EDÖB vom 27. Februar 2014 (EPFL/Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber und Verträge mit Nestlé)

Der EDÖB entscheidet, dass die Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) einem Journalisten Zugang zu Verträgen mit Nestlé und zu einem Register der Interessenbindungen ihrer Lehrstuhlinhaber gewähren muss. Die von der EPFL vorgebrachten Argumente, die Dokumente würden Geschäftsgeheimnisse und Informationen der Privatsphäre enthalten und seien ausserdem auch wegen der Zusicherung der Geheimhaltung nicht zugänglich zu machen, vermögen den EDÖB nicht zu überzeugen.

Ein Journalist ersuchte bei der EPFL um Zugang zu einem Register der Interessenbindungen der Lehrstuhlinhaber (Begehren A). Zudem verlangte er Zugang zu mehreren Verträgen zwischen EPFL und Nestlé (Begehren B und C). Da sich die EPFL weigerte, den Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren, gelangte der Journalist mittels Schlichtungsantrag an den EDÖB.

Den Zugang gemäss Begehren A verweigerte die EPFL mit dem Verweis auf den Schutz der Privatsphäre i. S. v. Art. 7 Abs. 2 BGÖ der betroffenen Professoren und der jeweiligen Unternehmen. Dazu führt der EDÖB aus, die Verwaltungsratsmandate bzw. Geschäftsleitungsfunktionen seien im Handelsregister eingetragen und damit nicht geeignet, die Privatsphäre der betroffenen Personen zu beeinträchtigen. Im Übrigen besteht nach Ansicht des EDÖB auch bezüglich der anderen Nebenbeschäftigungen ein öffentliches Interesse, da es sich um Lehrstuhlinhaber einer staatlichen Bildungseinrichtung handelt. Der EDÖB vertritt deshalb die Meinung, dass die EPFL das Register Nebenbeschäftigungen der Lehrstuhlinhaber zugänglich machen muss.

Bezüglich Begehren B verneint der EDÖB ein Recht auf Zugang, da das Öffentlichkeitsgesetz nur auf Dokumente An-

wendung findet, die nach seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2006 erstellt oder empfangen wurden (Art. 23 BGÖ). Der Vertrag, auf den sich das Zugangsgesuch bezieht, stammt aus dem Jahr 2003, weshalb er nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fällt.

Schliesslich verweigerte die EPFL den Zugang gemäss Begehren C mit der Begründung, es handle sich dabei um eine freiwillige Mitteilung von Nestlé unter Zusicherung der Geheimhaltung (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ). Zudem stünden der Zugänglichmachung Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g) und der Schutz der Privatsphäre (Art. 7 Abs. 2 BGÖ) entgegen. Der EDÖB führt dazu aus, für die Annahme von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ müssten drei Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Die Information muss erstens von einer (Privat-)Person, nicht von einer Behörde stammen. Der EDÖB zweifelt am Vorliegen dieses Kriteriums, da die Informationen nicht alleine von einer (Privat-)Person stammen, sondern ein Vertragsverhältnis zwischen einer privaten Aktiengesellschaft und einer Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung dokumentieren. Als zweites Kriterium muss die Information freiwillig mitgeteilt worden sein. Auch dieses Kriterium liegt nach Meinung des EDÖB nicht vor, da eine vertragliche Verpflichtung zur Mitteilung der im Vertrag enthaltenen Informationen bestehe. Auch das dritte Tatbestandsmerkmal, dass sich die Behörde verpflichtet hat, die Vertraulichkeit der betreffenden Information zu wahren, zieht der EDÖB ernsthaft in Zweifel. Seiner Ansicht nach äussert sich die Vertragsklausel einzig zur aktiven Information der Vertragsparteien gegenüber der Öffentlichkeit, nicht aber zur Vertraulichkeit der im Vertrag enthaltenen Informationen. Deshalb sind seiner Ansicht nach die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ nicht erfüllt. Weiter habe es die EPFL versäumt, im Einzelnen glaubhaft und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die im Vertrag enthaltenen Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen. Der EDÖB wendet deshalb auch Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ nicht an. Zum gleichen Resultat kommt er bezüglich der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 BGÖ. Für den EDÖB ist kein gewichtiges Interesse am Schutz der in den zu beurteilenden Verträgen enthaltenen Personendaten ersichtlich. Hingegen erachtet er das öffentliche Interesse am Zugang als erheblich, weshalb eine Interessenabwägung klar zum Ergebnis eines überwiegenden öffentlichen Interesses am Zugang führt. Die EPFL hat somit auch die in Begehren C genannten Verträge zugänglich zu machen.

**Annotations** La présente recommandation fera date: pour la première fois, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a été appelé à se prononcer sur la validité de clauses contractuelles de confidentialité, conclues entre l'administration publique et un tiers. Et la réponse est tombée sans ambiguïté: «Es gilt zu beachten, dass es bei Vertragsverhältnissen zwischen Behörden und Privaten weder alleine im Machtbereich der einen noch der anderen Vertragspartei liegen darf und auch nicht in gegenseitigen Einvernehmen möglich sein soll, den Inhalt des jeweiligen Vertrages vollständig dem Öffentlichkeitsgesetz zu entziehen. Damit stünde es den Vertragsparteien nämlich völlig frei, den Geltungsbereich des Gesetzes weitgehend zu beschnei-

den, was nach Ansicht des Beauftragten nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann» (consid. 24).

Un langage aussi ferme est heureux. A défaut, la voie était ouverte aux velléités de contourner la transparence par le biais de conventions de confidentialité. Donner aux parties à un contrat la possibilité d'influencer, à leur guise, sur le caractère public ou privé d'un document serait revenu à nier que la LTrans a non seulement renversé le paradigme du secret, mais encore consacré un véritable statut de l'information publique. Le secret ou la publicité relève désormais de la loi seule, et non plus de la volonté des parties.

Ce raisonnement n'est pas nouveau: il avait déjà été tenu en matière de promesses unilatérales de confidentialité par le Tribunal fédéral (TF, 28.10.2010, 1C-284/2010, résumé in medialex 2011, 38 s avec un commentaire de A. Flückiger) et en matière de classification de documents secrets par le Tribunal administratif fédéral (TF, 27.2.2014, A-4500/2013, résumé et commenté ci-dessus). Cette logique imparable, le Préposé l'a simplement étendue aux clauses contractuelles de confidentialité.

Cela dit, ces clauses ne sont pas nulles pour autant. Si elles ne déploient aucun effet juridique sur l'information passive (communication sur demande), elles conservent leur pleine valeur en matière d'information active (communication à l'initiative des autorités publiques). Autrement dit, l'administration (et son cocontractant) s'engage à ne pas faire spontanément état des informations protégées, par exemple lors d'une conférence de presse ou d'une interview.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

14-54

## BLW hätte über Beilagen zu Bericht informieren müssen

Gebühren; Personendaten; Zugang zu Beilagen

Art. 12, 13 Abs. 1 Bst. a, 16, 17 Abs. 2 BGÖ; Art. 3 Abs. 1, 10 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 10. Februar 2014 (BLW/Bericht Selbsthilfemassnahmen der Branchenorganisation Milch)

Eine Journalistin erhielt auf Gesuch hin vom Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) Zugang zum Bericht «Selbsthilfemassnahmen BO Milch», aber nicht zu den dazugehörigen Beilagen. In einem Schlichtungsverfahren entscheidet der EDÖB, dass das BLW die Journalistin von Anfang an über seine Absicht, nur Zugang zum Bericht, aber nicht zu den Beilagen zu gewähren, hätte informieren müssen. Weiter bestimmt der EDÖB, dass es sich um ein Gesuch mit geringem Aufwand handelt, weshalb keine Gebühr erhoben werden darf.

Eine freischaffende Journalistin ersuchte um Zugang zum Bericht «Selbsthilfemassnahmen BO Milch» beim BLW. Das BLW antwortete, dass Personendaten einerseits anonymisiert werden müssten, andererseits auch nicht anonymisierbare Personendaten enthalten seien, die eine Anhörung erforderlich

machen würden. Nach durchgeführter Anhörung gewährte das BLW der Journalistin teilweise Zugang zum Bericht «Selbsthilfemassnahmen BO Milch». Die Journalistin bemerkte, dass sämtliche Beilagen fehlten und verlangte Einsicht auch in diese Beilagen. Das BLW teilte wiederum mit, dass dafür Anhörungen erforderlich wären. Zudem stellte es eine Gebühr in der Höhe von Fr. 2100.– zuzüglich Materialkosten und Porti in Aussicht. Die Journalistin reichte daraufhin einen Schlichtungsantrag ein. Sie wollte vom EDÖB wissen, ob das BLW nicht von Anfang an hätte informieren müssen, dass es zwar den Bericht, nicht jedoch die Beilagen aushändigen werde. Zudem wollte sie in Erfahrung bringen, ob die in Aussicht gestellte Gebühr verhältnismässig sei.

In einem ersten Schritt prüft der EDÖB, ob das BLW verpflichtet gewesen wäre, die gesuchstellende Journalistin von Anfang an darauf aufmerksam zu machen, dass es ihr zwar den Bericht, nicht aber die enthaltenen Beilagen aushändigen will. Dazu vertritt er die Ansicht, dass das Gesuch präzise formuliert gewesen sei. Im konkreten Fall habe nur das BLW gewusst, dass der fragliche Bericht sich auf weitere Dokumente stützt. Diese Information war der gesuchstellenden Journalistin nicht zugänglich. Sie habe somit nicht entscheiden können, ob sie nur Zugang zum Bericht und zu den Beilagen oder lediglich den Zugang zu allen oder einzelnen Beilagen wünscht. Deshalb hätte das BLW nach Ansicht des EDÖB die Journalistin bei der Bearbeitung des Zugangsgesuchs über alle vorhandenen Dokumente informieren sollen, insbesondere weil der konkret verlangte Bericht und die darin aufgelisteten Beilagen eine Einheit bilden (Art. 10 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 VBGÖ). Da die Journalistin schliesslich die notwendigen Informationen erhielt und sie aufgrund dessen ein neues Zugangsgesuch stellen konnte, resultierten für sie kein unwiederbringlicher Nachteil und keine wesentliche Beeinträchtigung ihres Zugangsrechts. Deshalb liegt nach Meinung des EDÖB keine Zugangsverweigerung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ vor.

In einem zweiten Schritt prüft der EDÖB die Angemessenheit der vom BLW in Aussicht gestellten Gebühr in der Höhe von Fr. 2100.– zuzüglich Materialkosten und Porti. Er führt aus, dass im vorliegenden Fall grundsätzlich kein Schlichtungsantrag gestellt werden könne, da sich das Verfahren noch im Stadium der Gebührenankündigung befinde (Art. 16 Abs. 2 BGÖ). Ausnahmsweise könne jedoch ein Schlichtungsantrag gestellt werden, wenn ein exzessiver Gebührenbetrag angekündigt wurde. Vorliegend kann nach Ansicht des EDÖB von einer exzessiven Gebührenvorinformation ausgegangen werden. Der EDÖB prüft deshalb die Angemessenheit der Gebühr und kommt zum Schluss, dass hier von einem Gesuch mit geringem Aufwand nach Art. 17 Abs. 2 BGÖ ausgegangen werden kann. Deshalb dürfe das BLW hierfür keine Gebühr, keine Materialkosten und keine Versandkosten in Rechnung stellen. Der EDÖB entscheidet deshalb, dass das BLW das entsprechende Zugangsgesuchsverfahren zum Schlussbericht der Ombudsstelle weiterführt und das Verfahren mit einer Stellungnahme nach Art. 12 BGÖ beendet.

Schliesslich weist der EDÖB noch auf eine unzulässige Praxis hin, die sich beim BLW etabliert hat. Es entspreche nicht der Öffentlichkeitsgesetzgebung, von den gesuchstellenden Personen eine explizite Bestätigung der Kostenübernahme betreffend die anfallenden Gebühren zu verlangen. Die einzige

Rechtsfolge der Bestätigung nach Art. 16 Abs. 2 BGÖ sei das Einverständnis des Gesuchstellenden dafür, dass das Zugangsgesuch weiterbearbeitet werde. Der Antragsteller habe auch im Falle eines Einverständnisses weiterhin das Recht, die Höhe der Gebühren zu bestreiten. Um Missverständnisse und eine abschreckende Wirkung zu vermeiden, empfiehlt der EDÖB dem BLW, bei der Information über die voraussichtlichen Kosten nach Art. 16 Abs. 1 BGÖ die Gesuchstellenden betreffend die Rechtswirkung der Gesuchsbestätigung zu informieren und das Zugangsgesuch materiell gemäss Art. 12 BGÖ abzuschliessen.

14-55

### NDB hat Mitwirkungspflichten verletzt

Aussenpolitische Interessen bzw. internationale Beziehungen der Schweiz; Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz; Mitwirkungspflicht; Zugangsverweigerung

Art. 5 Abs. 2, 7 Abs. 1 Bst. c, d BGÖ; Art. 12 Abs. 1, 12b Abs. 1 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Februar 2014 (NDB/Statistische Angaben aus Rechenschaftsberichten und aktuelle Zahlen zur ISIS-Datenbank)

Indem der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) seine Stellungnahme nicht ausreichend begründete und die zu beurteilenden Dokumente dem EDÖB nicht zustellte, hat er seine Mitwirkungspflicht verletzt. Da der NDB zudem die Vermutung des freien Zugangs nicht widerlegen konnte, kommt der EDÖB zum Schluss, dass die verlangten Dokumente zugänglich gemacht werden müssen.

Ein Journalist ersuchte beim NDB um folgenden Zugang: einerseits um Einsicht in Rechenschaftsberichte/Statistiken seit dem Zusammenschluss von Inland- und Auslandnachrichtendienst (Begehren A); andererseits um Zugang zu den aktuellsten Daten zur «Fichenaffäre» (Begehren B). Er machte in seinem Zugangsgesuch klar, dass er nur an qualitativen Angaben interessiert ist. Hinsichtlich des Begehrens A lehnte der NDB den Zugang mit dem Hinweis vollumfänglich ab, dass die verlangten Dokumente geeignet seien, die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz zu gefährden (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ) oder die aussenpolitischen Interessen bzw. die internationalen Beziehungen der Schweiz zu beeinträchtigen (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ). Hinsichtlich des Begehrens B beschränkte sich der NDB auf die Wiedergabe von mündlichen Ausführungen des Chefs VBS. Infolgedessen reichte der Journalist beim EDÖB ein Schlichtungsgesuch ein.

Der EDÖB führt zu Beginn seiner Erwägungen aus, der NDB habe es trotz mehrmaliger Aufforderung unterlassen, ihm die amtlichen Dokumente zu Begehren A zukommen zu lassen. Die Behörde treffe nach Art. 12b Abs. 1 VBGÖ eine Pflicht zur Mitwirkung am Schlichtungsverfahren. Diese Mitwirkungs-

pflicht beinhalte sowohl die Einreichung einer rechtsgenügend begründeten Stellungnahme wie auch die Zustellung der zu beurteilenden Dokumente an den Beauftragten (Art. 12b Abs. 1 Bst. a und b VBGÖ). Der NDB habe einerseits eine nicht ausreichend begründete Stellungnahme zu Begehren A eingereicht und sich mehrfach einer Aushändigung der verlangten Dokumente an den EDÖB widersetzt, womit er seine Mitwirkungspflicht verletzt habe. Hinsichtlich des Begehrens B ist der EDÖB der Ansicht, dass die Ausführungen des NDB eine vollständige Zugangsverweigerung keinesfalls zu rechtfertigen vermögen. Daran ändere auch die Behauptung des NDB nichts, wonach das Dokument im Auftrag der Geschäftsprüfungsdelegation erstellt worden sei. Der Beweis dafür obliege dem NDB, werde aber von diesem nicht erbracht. Zudem sei davon auszugehen, dass der NDB die entsprechenden Informationen mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs gemäss Art. 5 Abs. 2 BGÖ direkt aus der ISIS-Datenbank exportieren und dem antragstellenden Journalisten zugänglich machen könnte. Auch der Verweis auf den Jahresbericht 2012 vermag nach Meinung des EDÖB nicht zu überzeugen, da es nicht Sache des NDB sei, zu beurteilen, ob eine veröffentlichte Publikation ein Zugangsgesuch umfassend beantwortet.

Der EDÖB führt aus, er könne ohne Kenntnis der betroffenen amtlichen Dokumente und ohne eine rechtsgenügend begründete Stellungnahme seiner Pflicht nach Art. 12 Abs. 1 VBGÖ nicht nachkommen, weshalb eine Schlichtung von vornherein ausser Betracht falle. Er könne sich materiell nicht zu den betroffenen Dokumenten hinsichtlich des Begehrens A äussern, weist aber darauf hin, dass entsprechende Informationen in den Vorjahren bereits veröffentlicht worden seien. In Bezug auf das Begehren B erachtet er die Zugangsverweigerung ebenfalls als nicht nachvollziehbar. Gesamthaft betrachtet sei der Beweis zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten durch den NDB nicht erbracht worden. Entsprechend dem Grundprinzip des Öffentlichkeitsgesetzes, wonach im Zweifel die Transparenz obsiegt, sei der Zugang zu den verlangten Dokumenten zu gewähren.

14-56

### **EDÖB zweifelt am Nichtvorhandensein einer verlangten Liste**

Amtliches Dokument; Personendaten; Privatsphäre Dritter; überwiegendes öffentliches Interesse

Art. 5 Abs. 1, 7, 9 Abs. 2 BGÖ; Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 4. Februar 2014 (BSV/Gesamtschweizerische Liste mit Ärztinnen und Ärzten der regionalen ärztlichen Dienste RAD)

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) macht geltend, nicht über eine Liste aller Ärztinnen und Ärzte des regionalen ärztlichen Dienstes zu verfügen. Der EDÖB zweifelt daran, dass das BSV tatsächlich nicht über eine solche

Liste verfügt. Er prüft deshalb, ob eine solche Liste zugänglich gemacht werden müsste, wenn sie vorhanden wäre, und kommt dabei zum Schluss, dass der Zugang gewährt werden müsste.

Ein Rechtsanwalt ersuchte beim BSV um Einsicht in eine Liste aller Ärztinnen und Ärzte der regionalen ärztlichen Dienste RAD. Das BSV teilte ihm mit, dass man aktuell weder eine Liste der Ärztinnen und Ärzte aller RAD der Schweiz führe noch im Besitz einer solchen Liste sei. Darauf reichte der Rechtsanwalt beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein.

Der EDÖB führt aus, das BSV vertrete die Haltung, dass kein amtliches Dokument i. S. v. Art. 5 Abs. 1 BGÖ vorliege. Den tatsächlichen Wahrheitsgehalt der Versicherung des BSV über das Nichtvorhandensein der verlangten Liste könne er nicht abschliessend feststellen. Allerdings äussere der antragstellende Rechtsanwalt ernsthafte Zweifel an der Aussage des BSV und belege diese Zweifel mit umfangreicher Korrespondenz, die er während langer Zeit mit dem BSV und weiteren im Bereich des Sozialversicherungsrechts tätigen Einrichtungen und Personen geführt habe. Diese Korrespondenz lässt nach Ansicht des EDÖB den Schluss zu, dass das BSV über eine gesamtschweizerische RAD-Liste oder zumindest über die entsprechenden Informationen verfügt. Zudem sei es nicht nachvollziehbar, so der EDÖB weiter, dass das BSV als gesetzliche Aufsichtsbehörde über die RAD mit umfassenden Aufsichtspflichten nicht über eine Liste mit allen eingesetzten Ärztinnen und Ärzten verfügen soll.

Da der EDÖB die Möglichkeit in Betracht zieht, dass die verlangte Liste oder zumindest die entsprechenden Informationen beim BSV vorhanden sind, geht er kurz darauf ein, ob ein solches Dokument nach den Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich wäre. Nach der Prüfung des Ausnahmekataloges von Art. 7 Abs. 1 BGÖ liegen für den EDÖB keine Umstände vor, die eine Ausnahme vom Recht auf Zugang ohne Weiteres zu rechtfertigen vermöchten. Allenfalls könnte sich die Frage stellen, ob die verlangte Liste die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). In diesem Fall komme ein Zugang nur in Frage, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stünden und an der Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse bestünde (Art. 7 Abs. 2 i. V. m. Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSG). Diese beiden Kriterien dürften nach Ansicht des EDÖB zu bejahen sein. Zudem würde eine Bekanntgabe der Namen der RAD-Ärztinnen und -Ärzte deren Privatsphäre nicht beeinträchtigen, und konkrete nachteilige Folgen wären für sie durch eine Zugangsgewährung ebenfalls nicht zu erwarten. Der EDÖB gelangt deshalb zusammengefasst zum Ergebnis, dass die Versicherung des BSV über das Nichtvorhandensein der verlangten Liste nicht überzeugt und vom antragstellenden Rechtsanwalt zu Recht in Zweifel gezogen wird. Würde diese Liste existieren bzw. wäre sie erstellbar, so würde sie unter das Recht auf Zugang fallen, und der Zugang wäre mangels Anwendbarkeit von Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes zu gewähren.

14-57

**Keine Gebührenerhebung wegen geringen Aufwands**

Anhörung betreffend die Personendaten Dritter; Anhörung von Verwaltungsbehörden; Gebührenerhebung

Art. 10 Abs. 1, 11, 12, 17 Abs. 2 Bst. a BGÖ; Art. 11 Abs. 4, 15 Abs. 2 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 30. Januar 2014 (BLW/Stellungnahmen Ämterkonsultation, Gebühren und Versandkosten)

Verursacht ein Zugangsgesuch bloss geringen Aufwand, dürfen nach Art. 17 Abs. 2 Bst. a BGÖ keine Gebühren erhoben werden. Deshalb empfiehlt der EDÖB dem Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), die ersuchten Dokumente zugänglich zu machen und auf die Erhebung einer Gebühr zu verzichten.

Eine freischaffende Journalistin reichte beim BLW verschiedene Zugangsgesuche ein. Das BLW war bereit, den Zugang zu zwei Dokumenten zu gewähren. Bei einem dritten Dokument wollte es zuerst die betroffene Behörde gemäss Art. 11 Abs. 4 VBGÖ anhören. Für die Bearbeitung dieser Gesuche stellte das BLW eine Gebühr von insgesamt Fr 1700.– zuzüglich Material- und Portokosten in Aussicht. Die Journalistin war mit dieser Gebührenerhebung nicht einverstanden, weshalb sie einen Schlichtungsantrag beim EDÖB einreichte.

Der EDÖB hat zuerst zu klären, ob einzig die Gebührenfrage Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens sein kann. Er führt aus, ein Schlichtungsantrag, der sich nur auf die Gebührenfrage reduziere, sei grundsätzlich nicht möglich. Allerdings liege bezüglich eines Dokuments noch kein materieller Entscheid vor, sondern dieses Verfahren befinde sich noch im Stadium der Gesuchsbeurteilung. Zu diesem Zeitpunkt sei die Einreichung eines Schlichtungsantrags ausnahmsweise zulässig, wenn der angekündigte Gebührenbetrag derart exzessiv erscheine, dass er in seiner Wirkung einer Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung gleichkomme. Da das BLW Gebühren von insgesamt Fr. 1700.– zuzüglich Materialkosten und Porti angekündigt hat, tritt der EDÖB auf den Schlichtungsantrag ein.

Danach prüft der EDÖB, ob bezüglich des dritten Dokuments eine Anhörung notwendig ist. Er kommt dabei zum Schluss, dass Art. 11 Abs. 4 VBGÖ auf Zugangsgesuche, die sich auf Stellungnahmen der Verwaltungsbehörden in Ämterkonsultationen beziehen, nicht anwendbar ist. Zudem sei die zuständige Behörde für die Gesuchseinreichung und -bearbeitung für diese fünf Dokumente nicht das BLW, sondern die jeweilige zur Ämterkonsultation eingeladene Behörde (Art. 12 i. V. m. Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Dies habe zur Folge, dass diese Behörden als Urheber der erstellten Dokumente über die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips und allenfalls über die Gebührenerhebung entscheiden könnten. Das BLW hätte das fälschlicherweise bei ihm eingereichte Gesuch daher an die entsprechenden fünf Verwaltungsbehörden weiterleiten müssen. Allerdings ist der EDÖB der Ansicht, aufgrund des materiell unerheblichen Inhalts der Stellungnahmen der fünf Ver-

waltungsbehörden (eine bzw. zwei Zeilen) könne im konkreten Fall mit einer informellen Rücksprache mit den Verwaltungsbehörden das Gesuch für alle Beteiligten zielführend, aufwandsparend und im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes beurteilt und der Zugang gewährt werden. Weiter prüft der EDÖB, ob eine Anhörung betreffend die Personendaten Dritter nach Art. 11 BGÖ durchzuführen ist. Dabei kommt er zum Schluss, die Personendaten des Parlamentarierers seien bereits veröffentlicht worden und es seien keine nachteiligen Folgen zu erwarten. Demzufolge bestehe keine Anonymisierungspflicht, weshalb keine Anhörung nötig sei. Der Zugang zu den Personendaten des Parlamentarierers sei zu gewähren.

Schliesslich hat der EDÖB noch die Gebührenerhebung zu prüfen. Er führt dabei aus, auch Medienschaffende hätten keinen gesetzlichen Anspruch auf einen kostenlosen Zugang zu amtlichen Dokumenten. Das BLW könne daher nach Art. 17 BGÖ grundsätzlich eine Gebühr erheben. Keine Gebühr dürfe dann erhoben werden, wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen geringen Aufwand erfordere. Der EDÖB vertritt bezüglich aller drei Dokumente, um welche die Journalistin ersucht hat, die Ansicht, dass diese nur einen geringen Aufwand verursachten. Deshalb dürfe das BLW nach Art. 17 Abs. 2 Bst. a BGÖ keine Gebühren erheben. Auch Versandkosten dürften mangels gesetzlicher Grundlage keine in Rechnung gestellt werden. Da die Kosten der Auslagenerhebung die Materialkosten übersteigen, seien nach Art. 15 Abs. 2 VBGÖ auch die Materialkosten nicht in Rechnung zu stellen. Der EDÖB kommt deshalb zum Schluss, dass der Zugang zu den drei Dokumenten gewährt werden muss, wobei auf die Erhebung von Gebühren, Versandkosten und Materialkosten zu verzichten sei.

14-58

**KTI muss Zugang zu Listen über bewilligte und abgelehnte Innovationsförderungsprojekte gewähren**

Geschäftsgeheimnis; öffentliches Interesse; Privatsphäre Dritter

Art. 7 Abs. 1 Bst. g, Abs. 2, 9 Abs. 1 BGÖ; Art. 19 DSG; Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 29. Januar 2014 (KTI/Innovationsförderung 2011)

Die Kommission für Technologie und Innovation (KTI) muss zwei Listen zugänglich machen, die Auskunft über die bewilligten und abgelehnten Projekte zur Innovationsförderung 2011 geben. Zu dieser Entscheidung kommt der EDÖB, weil einerseits keine Geschäftsgeheimnisse verletzt werden und andererseits an der Zugänglichmachung ein öffentliches Interesse besteht, dass allfällige Geheimhaltungsinteressen überwiegt.

Ein Journalist verlangte bei der KTI Einsicht in die folgenden Unterlagen: einerseits in eine Liste sämtlicher bewilligter Projekte im Rahmen des Sonderprogramms zur Innovations-

förderung 2011, inklusive Angaben der zuständigen Forschungsstelle sowie der beteiligten Projektpartner (Liste A). Andererseits in eine Liste sämtlicher eingereicherter Projekte/Gesuche im Rahmen des Sonderprogramms zur Innovationsförderung 2011, inklusive Angaben der zuständigen Forschungsstelle sowie der beteiligten Projektpartner (Liste B). Das KTI führte aus, der Zugang zu den gewünschten Dokumenten könne nicht gewährt werden. Die Liste A falle unter Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ (Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen), da durch die Nennung eines Unternehmens in Verbindung mit einem konkreten Projekttitel Rückschlüsse auf geplante oder laufende Forschungsprojekte dieses Unternehmens möglich seien. Bei der Liste B bestehe kein überwiegendes öffentliches Interesse, weil es sich um nicht bewilligte Projekte handle. Deshalb stehe dort der Schutz der Privatsphäre der betroffenen Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ im Vordergrund. Der Journalist reichte in der Folge einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein.

Der EDÖB behandelt die beiden Listen gesondert. Zuerst prüft er, ob mit der Zugänglichmachung von Liste A Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ offenbart würden. Der EDÖB zählt zuerst die kumulativen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Geheimnisses auf, die das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung definiert hat: Eine fragliche Tatsache muss relativ unbekannt sein, der Geheimnisherr muss einen Geheimniswillen haben, und es muss ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bestehen. Weil die Tatsache, dass ein Unternehmen an einem von der KTI geförderten Projekt beteiligt ist, sowohl innerhalb des betroffenen Unternehmens als auch beim am jeweiligen Projekt beteiligten Forschungsinstitut bekannt ist, hat der EDÖB Zweifel daran, ob noch von relativer Unbekanntheit gesprochen werden kann. Auch die Frage, ob bei den betroffenen Unternehmen ein Geheimhaltungswille besteht, kann der EDÖB nicht beantworten. Er ist allerdings der Ansicht, dem KTI sei es nicht gelungen, nachvollziehbar darzulegen, dass die Bekanntgabe von Firmennamen in Kombination mit konkreten Projekttiteln tatsächlich zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und damit zu einem Wettbewerbsnachteil für die betroffenen Unternehmen führen könnte. Zudem seien die Projekttitel ohnehin bereits veröffentlicht worden. Deshalb stelle die kombinierte Bekanntgabe von Firmennamen und konkreten Projekttiteln im vorliegenden Fall keine Information dar, welche nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ als schützenswert zu gelten habe. Der EDÖB prüft weiter, ob der Zugang zur Liste A die Privatsphäre Dritter beeinträchtigen würde (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Da im Zugangsgesuch gerade um die Offenlegung der Namen von Unternehmen ersucht wird, falle eine Anonymisierung nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ ausser Betracht. Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, seien nach Art. 19 DSGVO zu beurteilen. Nach Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> DSGVO dürfen Bundesorgane Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Ein solches überwiegendes Interesse sei namentlich denkbar, wenn es um Dokumente gehe, die im Zusammenhang mit der Gewährung namhafter wirtschaftlicher Vorteile an Einzelne stünden (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Eine solche Sonderbeziehung liegt nach Ansicht

des EDÖB zwischen den staatlich geförderten Unternehmen und der KTI ohne Zweifel vor. Vorliegend spreche die Notwendigkeit, nachvollziehen zu können, wie die genaue Verwendung und Aufteilung von Steuergeldern in der Höhe von 100 Millionen Franken durch die KTI erfolgte, klar für ein überaus wichtiges öffentliches Interesse. Dieses könne keinesfalls durch allfällige Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Unternehmen aufgewogen werden. Aus diesen Gründen kommt der EDÖB zum Schluss, dass das KTI dem antragstellenden Journalisten die Liste A zugänglich machen muss.

Auch bezüglich der Liste B ist der EDÖB der Ansicht, dass ein öffentliches Interesse an der Zugänglichmachung besteht. Es liege nämlich sehr wohl im öffentlichen Interesse, die gesamte Innovationsförderpraxis der KTI nachvollziehen zu können. Die Herstellung von Transparenz bzw. die Verhinderung von Missbräuchen sei auch mithilfe der Zugänglichmachung der Liste B denkbar. Eine ungebührliche Ungleichbehandlung könne nämlich auch durch eine unberechtigte Ablehnung bzw. Nichtberücksichtigung eines Gesuches eines bestimmten Unternehmens erfolgen. Zudem beurteilt der EDÖB die Listen mit Blick auf ihre datenschutzrechtliche Qualität als eher unproblematisch. Deshalb kommt er zusammenfassend zum Schluss, dass das KTI auch die Liste B zugänglich machen muss.

14-59

### EDÖB klärt Zuständigkeit für Zugangsgesuch

Amtliche Dokumente; Hauptadressatin; Überweisungspflicht; Zugangsgesuch; Zuständigkeit

Art. 2, 5, 7 Abs. 1 Bst. d, f, 10 Abs. 1, 12 BGÖ; Art. 11 VBGÖ

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 18. Dezember 2013 (BJ und SIF/Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches)

Ein Journalist hat beim Bundesamt für Justiz (BJ) ein Zugangsgesuch eingereicht. Das BJ einigte sich in der Folge mit dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) darauf, dass dieses die Beantwortung des Zugangsgesuchs übernimmt. Damit war der Journalist nicht einverstanden und gelangte an den EDÖB. Dieser kommt nach umfangreichen allgemeinen Ausführungen zur Zuständigkeit bei Zugangsgesuchen zum Schluss, dass das zu beurteilende Gesuch vom BJ beantwortet werden soll.

Ein Journalist hat beim BJ ein Zugangsgesuch gestellt. Er begründete es damit, dass das Schweizer Fernsehen einen umfangreichen Dokumentarfilm zum Steuerkonflikt mit den USA plane und ein Aspekt davon die im Dezember 2011 schliesslich nicht durchgeführte Lieferung von Unterlagen an die US-Behörden sei. Deshalb bat er um Einsicht in die Korrespondenz in dieser Sache von und mit dem Direktor und dem Vizedirektor des BJ vom 16. Dezember bis und mit 18. Januar 2012. Das BJ teilte dem Journalisten zunächst mit, dass es das Gesuch grundsätzlich positiv beantworten könne, da es aber gewisse

Dokumente anderer Behörden betreffe, würden momentan noch diesbezügliche Konsultationen laufen. Später schrieb das BJ dem Journalisten, das BJ und das SIF hätten sich gestützt auf Art. 11 VBGÖ darauf geeinigt, dass das SIF die Beantwortung des Gesuchs übernimmt. Das SIF teilte daraufhin dem Journalisten mit, dass eine Einsicht in die fraglichen Dokumente verweigert werde, weil mit deren Offenlegung die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ) und die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ) beeinträchtigt würden. Der Journalist reichte in der Folge einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein und machte sinngemäss geltend, das BJ sei zuständig und dem Zugangsgesuch sei zu entsprechen.

Der EDÖB hat in formeller Hinsicht zunächst zu klären, ob das BJ nach Öffentlichkeitsgesetz für die Bearbeitung des eingereichten Zugangsgesuchs zuständig ist oder nicht. Er führt dazu aus, die Gesetzgebung enthalte mehrere Normen, die im Zusammenhang mit der Behördenzuständigkeit stehen. Keine regle diese Frage allerdings eindeutig. Der EDÖB ist der Meinung, dass die effektive Durchsetzung des Anspruchs auf amtliche Dokumente wesentlich vom Verfahrensrecht abhängt. Daher müsse in Kompetenzkonflikten auch ein Schlichtungsantrag möglich sein.

In materieller Hinsicht äussert sich der EDÖB zuerst zu der Empfängerbehörde eines Zugangsgesuchs und deren Überweisungspflicht. Nach Art. 10 Abs. 1 BGÖ habe sich ein Zugangsgesuch an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat. Ein Zugangsgesuch erfasse nach Art. 5 BGÖ alle amtlichen Dokumente, die die ersuchte Behörde selbst verfasst hat, also auch jene, die sie von Dritten, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, erhalten hat. Für die Bearbeitung eines Zugangsgesuchs, das sich an das BJ richte und sich auf Dokumente beziehe, die im Dokumentenbestand des BJ vorhanden sind, sei in der Regel auch das BJ zuständig (Art. 5 i. V. m. Art. 10 BGÖ). Demzufolge seien nicht nur die vom BJ im Rahmen des Amts- und Rechtshilfegesuchs erstellten Dokumente vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst, sondern alle Dokumente, die das BJ in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe von Dritten erhalten hat (Art. 5 BGÖ).

Der EDÖB äussert sich weiter zur Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten der FINMA. Das BJ und das SIF hatten in ihrer Stellungnahme erklärt, dass die Dokumente, welche die FINMA verfasst oder versandt hat, nicht in der zugestellten Liste aufgeführt seien, da die FINMA nicht dem BGÖ unterstehe. Der EDÖB führt dazu aus, es treffe zwar zu, dass die FINMA nicht dem BGÖ unterstehe (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Dessen ungeachtet seien allerdings auch ihre Dokumente nach Öffentlichkeitsgesetz grundsätzlich zugänglich, nämlich dann, wenn diese in den Dokumentenbestand einer Behörde nach Art. 2 Abs. 1 BGÖ Eingang gefunden haben und zur Ausübung einer öffentlichen Aufgabe verwendet werden (Art. 5 Abs. 1 BGÖ). In diesen Fällen sei diejenige Behörde für die Gesuchseinreichung zuständig, welche die Hauptadressatin des betreffenden Dokuments ist (Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Dies habe zur Folge, dass die lediglich mit einer Kopie bediente Amtsstelle nicht über ein Gesuch um Einsichtnahme entscheiden dürfe, sondern ein fälschlicherweise eingereichtes Gesuch an die Hauptadressatin weiterlei-

ten müsse. Für den konkreten Fall hat dies nach Ansicht des EDÖB die Folge, dass der Journalist mit seinem Zugangsgesuch beim BJ ein Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz ausgelöst hat. Da dieses über die fraglichen Dokumente verfügt habe, habe kein irrtümlich eingereichtes Gesuch und damit keine Überweisungspflicht bestanden. Damit sei das BJ grundsätzlich zur anspruchspflichtigen Behörde geworden.

Der EDÖB kommt nun auf die Zuständigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 VBGÖ zu sprechen. Er stellte sich die Frage, ob die Vereinbarung, die das BJ mit dem SIF getroffen hat, gesetzeskonform ist. Nach der Bestimmung von Art. 11 Abs. 2 VBGÖ werde die Stellungnahme durch die federführende Behörde abgegeben, wenn sich das Zugangsgesuch auf mehrere Dokumente bezieht, die das gleiche Geschäft betreffen und durch verschiedene dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörden erstellt oder empfangen wurden. Diese Verfahrensvorschrift dient gemäss den Ausführungen des EDÖB dazu, dem Gesuchsteller den Zugang zu amtlichen Dokumenten zu erleichtern. Im vorliegenden Fall habe sich die Koordinationsvereinbarung, dass sämtliche Zugangsgesuche betreffend alle vergangenen oder zukünftigen mit diesem Dossier im Zusammenhang stehenden amtlichen Dokumente jeder Behörde einzig durch das SIF zu bearbeiten sind, allerdings zulasten des gesuchstellenden Journalisten ausgewirkt. Zudem lasse sich aus Art. 11 Abs. 2 VBGÖ nicht ableiten, dass zwei oder mehrere Behörden verschiedener Departemente die Zuständigkeit zu ihren Gunsten selbstständig festlegen können. Eine derartige behördliche Konzentration der Zugangsgesuchsbearbeitung würde zudem dem Konzept des Öffentlichkeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1, Art. 5, Art. 10, Art. 12 BGÖ) widersprechen und sei daher nicht gesetzeskonform.

Zusammenfassend kommt der EDÖB somit zu folgenden Schlussfolgerungen: Für Zugangsgesuche betreffend die eigenen Dokumente ist das BJ zuständig. Betreffend die Dokumente Dritter, die das BJ für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe im fraglichen Zeitraum benötigt hat, entspricht es Art. 5 Abs. 1 BGÖ, dass es verfahrensrechtlich für Dokumente zuständig ist, die sich in seinem Dokumentenbestand befinden und deren Urheber nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt ist. Für Dokumente der Behörden, die dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellt sind, und die sich im Dokumentenbestand des BJ befinden, sind deren Urheber zuständig. Es besteht diesbezüglich eine Überweisungspflicht des BJ an die Behörde, die das Dokument erstellt hat. Auf den konkreten Fall bezogen heisst dies Folgendes: Der Journalist hat das Zugangsgesuch beim BJ eingereicht. Für das BJ bestand keine Überweisungspflicht. Das BJ ist im vorliegenden Fall die zuständige Behörde für die Dokumente, die es im Rahmen des Amts- und Rechtshilfeverfahrens selber erstellt oder von Dritten empfangen hat. Der EDÖB empfiehlt deshalb, dass das BJ das von ihm begonnene Zugangsgesuch weiter behandelt und die Behandlung mit einer abschliessenden Stellungnahme beendet. Auf das SIF sei Art. 11 Abs. 2 VBGÖ vorliegend nicht anwendbar. Es sei einerseits im fraglichen Zeitraum nicht die federführende Behörde im Dossier Amts- und Rechtshilfe betreffend die Übermittlung von Bankdokumenten gewesen. Andererseits könne die Zuständigkeitsregel nicht zulasten des antragstellenden Journalisten ausgelegt werden. Auf die FINMA sei Art. 11 Abs. 1, 2 und 3 VBGÖ nicht anwendbar, da sie nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unter-

stellt sei (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Amtliche Dokumente der FINMA, die sie dem BJ zur Erfüllung der fraglichen öffentlichen Aufgabe übermittelt hat, seien unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 7 f. BGÖ zugänglich (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ i. V.m. Art. 5 BGÖ).

---

**Annotations** La procédure d'accès aux documents administratifs est gouvernée par un principe cardinal: celui de célérité. Ce principe se concrétise par l'imposition de délais brefs aux traitements des requêtes d'accès (20 jours, renouvelables une fois; art. 12 LTrans). Pour la plupart des requérants (à commencer par les journalistes, qui sont tributaires de l'actualité), recevoir les documents souhaités des mois plus tard est sans intérêt.

Dans une même perspective de rapidité, il eût été opportun d'habiliter l'autorité qui détient le document requis, en original ou en copie, à statuer sur le champ sur son accessibilité; tout renvoi de la décision à une autre autorité (celle qui a créé le document, celle qui en est le destinataire ou encore celle qui traite du dossier dont il relève) ne peut que ralentir la procédure.

Le législateur fédéral a préféré à cette solution simple, un système qui privilégie la parfaite connaissance des tenants et des aboutissants des informations demandées: il appartient à l'autorité qui a produit le document requis de se prononcer (art. 10 al. 1 LTrans), à moins que plusieurs autorités n'aient été impliquées dans l'élaboration du document requis ou dans le traitement du dossier (art. 11 OTrans). On l'aura compris, pareille complexité est propice aux manœuvres dilatoires en présence de demandes d'accès embarrassantes. Comme dans le cas d'espèce.

On saura gré au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence d'avoir su démêler cet écheveau de compétences savamment entremêlées et d'avoir mis le holà aux abus. Provisoirement du moins, car l'origine du mal est dans la loi, qui doit être modifiée pour donner à l'autorité qui possède le document requis le pouvoir de se prononcer. A l'instar des pays pionniers de la transparence que sont la Suède ou les Etats-Unis.

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

---

14-60

### Les données non encore existantes au moment de la demande d'accès ne sont pas des «documents officiels»

---

Accès à des «documents officiels»; caractère restrictif des exceptions

Art. 3, 12, 15, 48 LIPDA

---

Arrêt du Tribunal cantonal du Valais du 7 février 2014  
(A1 13 333)

Le DTEE ayant accordé à la RTS un droit d'accès à des résultats de mesures de qualité auprès d'une de ses raffineries, Tamoil SA a recouru au Tribunal cantonal valaisan contre cette décision en invoquant le risque d'entrave à l'exécution des mesures concrètes de l'article 15 al. 2 lit. d LIPDA; elle a d'autre part observé que cet accès avait été accordé sans limite de temps. Bien que relevant qu'une demande d'accès ne pouvait effectivement porter sur des documents futurs, le TCV a rejeté le recours, soulignant qu'il suffirait à la RTS de faire une nouvelle demande pour que l'accès lui soit automatiquement accordé, à circonstances identiques; en outre, la recourante n'avait pas rendu vraisemblable le risque invoqué.

Tamoil SA s'est opposée à l'accès aux résultats des mesures d'assainissement relatives aux cheminées de sa raffinerie de Collombey-Muraz, accordé à la RTS par le DTEE.

Le Conseil d'Etat a rejeté le recours de Tamoil SA, soulignant qu'aussi bien lesdites mesures d'assainissement que la décision lui fixant des échéances d'exécution ne faisaient plus l'objet de procédures pendantes, contrairement à ce qu'elle prétendait.

En l'état, rien ne s'opposait à ce que le public soit informé sur les émissions polluantes des cheminées. Le caractère scientifique ou difficile à vulgariser de ces données ne justifiait pas de déroger au principe de transparence.

Les documents officiels auxquels l'accès peut être demandé sont ceux «détenus par une autorité» (art. 3 al. 2 LIPDA). Les données futures (non encore créées lors de la demande) ne peuvent être considérées comme étant en possession de l'autorité; une nouvelle demande est nécessaire pour y obtenir accès.

Aussi l'accès accordé à la RTS ne saurait-il automatiquement s'étendre aux données entrées en possession du SPE depuis la requête et à recueillir dans le futur. Toutefois, le Tribunal a estimé que la décision du DTEE pouvait être interprétée en ce sens, sans qu'il faille annuler les prononcés successifs précédents.

De plus, ces relevés, une fois en possession de l'autorité, sont par principe accessibles (art. 12 al. 1 LIPDA). Ainsi, si la RTS réitère une demande d'accès (art. 48 LIPDA), le DTEE devra, en des circonstances semblables, lui communiquer les données.

Le risque d'entrave à l'exécution des mesures concrètes de l'art. 15 al. 2 lit. d LIPDA doit être interprété de manière restrictive, sous peine de vider de sa substance le principe de transparence de la LIPDA. Un tel risque n'a pas été reconnu en l'espèce.

### 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-61

#### **Art. 6 MWSTG: keine Anwendbarkeit bei öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnissen**

Mehrwertsteuer; Zuständigkeit

Art. 6 MWSTG

Urteil des Bundesgerichts vom 31. Januar 2014  
(2C\_936/2013; 2C\_942/2013; 2C\_947/2013)

Vor Bundesgericht war umstritten, welche Instanz darüber zu befinden hat, wenn eine gebührenpflichtige Person die Zahlung von Mehrwertsteuern auf dieser Gebühr verweigert. Das Bundesgericht kommt in seiner Auslegung zum Schluss, dass Art. 6 MWSTG für privatrechtliche Verhältnisse gelte, nicht aber für öffentlich-rechtliche Verhältnisse. Dort müsse die Mehrwertsteuerfrage im öffentlich-rechtlichen Verfahren entschieden werden. Bei den Radio- und Fernsehempfangsgebühren liege daher die Zuständigkeit bei der Billag AG.

Die Billag AG stellte X. Fr. 462.40 inkl. 2,5 Prozent MWST in Rechnung. X. weigerte sich, die Mehrwertsteuer zu bezahlen, da es sich bei den Empfangskonzessionsgebühren um hoheitliche Abgaben handle, für die keine Mehrwertsteuerpflicht bestehe. Er verlangte eine anfechtbare Verfügung und erhob dagegen Beschwerde ans BAKOM. Das BAKOM überwies die Eingabe als Sprungbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Dieses erwog, die Verfügung der Billag AG, sei nichtig, da gemäss Art. 6 Abs. 2 MWSTG nicht die Billag AG sondern das Zivilgericht dafür zuständig sei, über die streitige Mehrwertsteuerforderung zu befinden. Gegen diesen Entscheid erhob X. Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht führt aus, gemäss Art. 6 Abs. 2 MWSTG seien zur Beurteilung von Streitigkeiten über die Steuerüberwälzungen die Zivilgerichte zuständig. Die Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach auch bei der Beurteilung von Mehrwertsteuerforderungen auf den Empfangsgebühren der Billag AG der Zivilrichter zuständig sei, entspreche zwar dem Wortlaut. Sie werde jedoch dem «wahren Sinn» von Art. 6 Abs. 2 MWSTG nicht gerecht. Die Billag AG sei ein zivilrechtliches Rechtssubjekt, das von der Eidgenossenschaft mit der Erhebung von Radio- und Fernsehgebühren betraut worden sei. Die Erhebung dieser Gebühren sei öffentlich-rechtlicher Natur. Würde man der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts folgen, so das Bundesgericht weiter, so müsste die Billag AG eine Verfügung über die Empfangsgebühren erlassen, zur Frage der akzessorisch mit der Hauptleistung verbundenen Mehrwertsteuer aber klageweise die Ziviljustiz anrufen. Damit müsste die Ziviljustiz über eine Frage ohne jeden Bezug zum Zivilrecht entscheiden. Zudem würde für zwei Teilkomponenten ein und desselben Rechtsverhältnisses (zwischen der Billag AG und den Gebührenpflichtigen) auf zwei unterschiedlichen Rechtswegen (Verfügungsverfahren und Klageverfahren) entschieden. Eine solche Verfahrensgabelung könne vom Gesetzgeber vernünftigerweise nicht gewollt sein.

Richtigerweise soll mit Art. 6 MWSTG rein deklaratorisch festgehalten werden, dass bei mehrwertsteuerlich relevanten Leistungsverhältnissen nicht die Eidgenössische Steuerverwaltung zuständig ist, um sich zur Frage der Überwälzung zu äussern. Das Bundesgericht kommt bei seiner Auslegung zum Schluss, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 6 MWSTG die typische Situation (Privatautonomie) vor Augen hatte und wohl nicht bedachte, dass das Leistungsverhältnis zwischen den beiden Parteien ebenso öffentlich-rechtlicher Natur sein kann. In diesem Fall muss vernünftigerweise auch über die damit verbundenen Mehrwertsteuerfragen im dafür vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Verfahren entschieden werden. Vorliegend sei dies das Verwaltungsverfahren vor der Billag AG mit den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rechtsmitteln. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde von X. folglich gut.

14-62

#### **Une entreprise individuelle peut constituer un sujet distinct de son exploitant en termes d'assujettissement à la redevance**

Cumul des redevances de réception à titre privé et à titre commercial; notion de «ménage» au sens de l'ORTV

Art. 68 LRTV; art. 58 ORTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2014  
(A-2489/2013)

Le TAF a admis qu'un entrepreneur en raison individuelle puisse être soumis à la redevance pour réception à titre privé cumulativement à celle due à titre commercial, dans la mesure où les appareils utilisés sur le lieu de travail l'étaient au profit de sa clientèle.

B. a requis de Billag une exonération de la redevance de réception à titre privé du fait qu'il s'acquittait depuis le 1<sup>er</sup> avril 2010 d'une redevance à titre commercial, sous raison individuelle. Il lui a en outre annoncé qu'il n'utiliserait plus aucun récepteur de radio-télédiffusion à partir du 31 août 2011.

B. a recouru contre la décision de Billag l'acquittant de la redevance à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011, en tant qu'elle n'ordonnait pas le remboursement des sommes versées pour la période d'avril 2010 à août 2011.

Il n'est perçu qu'une seule redevance de réception par ménage ou entreprise, quel que soit le nombre d'appareils (art. 68 al. 2 LRTV). Néanmoins, le seul fait que son entreprise ne fasse qu'un avec le recourant ne signifie pas nécessairement que l'on se trouve en présence d'une unique entité assujettie à la redevance de réception.

Selon l'art. 58 al. 1 ORTV, l'élément cardinal de l'assujettissement à la redevance à titre privé est le «ménage». La réception à titre privé englobe par conséquent tous les appareils de réception faisant partie du ménage de la personne concernée, soit ses proches (vivant dans le même ménage) et ses hôtes (pendant leur séjour dans ce ménage). En outre, sont compris

dans la réception à titre privé les appareils utilisés sur le lieu de travail, dans la mesure où la réception des programmes ne sert pas à informer ou à divertir des collaborateurs ou des clients.

En l'espèce, il ressort des déclarations du recourant qu'on ne se trouve pas dans l'hypothèse particulière où l'appareil est utilisé sur le lieu de travail exclusivement au profit de l'entrepreneur. Celui-ci est donc bien assujéti au paiement d'une redevance de réception à titre commercial, cumulativement à celle due à titre privé (pour son ménage).

Le TAF a rejeté le recours.

14-63

### Werbespot mit Annina Campell verletzt Werbetrennungsgebot

Ständige Programmmitarbeiterin; Werbentrennungsgebot

Art. 9 Abs. 2 RTVG

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom  
3. April 2014

Annina Campell, die als (Co-)Moderatorin in verschiedenen auf SRF ausgestrahlten Sendungen tätig ist, spielt in einem Werbespot mit, der ebenfalls auf SRF gezeigt wird. Das BAKOM verurteilt die SRG SSR dafür, weil es sich bei Annina Campell um eine ständige Programmmitarbeiterin handelt und sie deshalb nicht in einem Werbespot mitwirken darf.

Das BAKOM eröffnet ein Aufsichtsverfahren gegen die SRG SSR. Gegenstand des Verfahrens bildet die Vermutung, dass die SRG SSR durch die Ausstrahlung eines SportXX-Werbespots mit der Moderatorin Annina Campell in ihren Programmen Art. 9 Abs. 2 RTVG verletzt hat, wonach ständige Programmmitarbeitende des Veranstalters nicht in seinen Werbesendungen mitwirken dürfen.

Zuerst hält das BAKOM fest, dass es im Lichte der Verhältnismässigkeit und mit Blick auf die faktischen Gegebenheiten zu weit ginge, wenn das Werbeverbot für ständige Programmmitarbeiter der SRG SSR auf alle ihre Programme Anwendung fände. Nach Ansicht des BAKOM scheint eine Beschränkung des Werbeverbots auf die Programme der jeweiligen Unternehmenseinheit (SRF, RTS, RSI) ausreichend. Daher beanstandet das BAKOM die Ausstrahlung des betreffenden Werbespots von SportXX auf RTS und RSI nicht, sondern beschränkt sich auf die Frage der Zulässigkeit der Ausstrahlung der Werbespots in den Fernsehprogrammen von SRF.

Weiter klärt das BAKOM in seinen Erwägungen, ob es sich bei Annina Campell um eine ständige Programmmitarbeiterin der SRG SSR im rundfunkrechtlichen Sinne handelt. Dazu legt das BAKOM zuerst den unbestimmten Rechtsbegriff der ständigen Programmmitarbeiterin aus. Es kommt dabei zum Ergebnis, dass dieser Begriff weit zu verstehen ist. Sinn und Zweck der Bestimmung ist die bestmögliche Wahrung des Werbentrennungsgebots und damit die Gewährleistung der unverfälschten Meinungsbildung des Publikums. Grundsätzlich

sollen deshalb Mitarbeitende eines Veranstalters, die in redaktionellen Sendungen auftreten, nicht in seinen Werbesendungen mitwirken dürfen. Eine Ausnahme soll für jene Programmmitarbeitenden gelten, die aufgrund ihrer aktiven Vergangenheit in einem Bereich (z. B. Sport, Kultur) als Fachkommentatoren in entsprechenden redaktionellen Sendungen eingesetzt und vom Publikum auch als solche wahrgenommen werden. Der Begriff der ständigen Programmmitarbeiterin bemisst sich demzufolge in erster Linie nach einem fachlich-objektiven Kriterium. Entscheidend sind also der Beweggrund für die Sendetätigkeit der Person sowie ihre Assoziation und Identifikation mit dem Publikum. Dieses Auslegungsergebnis zeigt, dass die Beurteilung der «Ständigkeit» von der allgemeinen öffentlichen Wahrnehmung des Publikums (qualitativer Ansatz) und weniger von arithmetisch definierbaren Kriterien wie der Häufigkeit der Programmpräsenz oder der Dauer des Anstellungsverhältnisses (quantitativer Ansatz) abhängt.

Das BAKOM prüft weiter, ob Annina Campell als ständige Programmmitarbeiterin von SRF zu betrachten ist. Annina Campell war im Jahr 2013 (Co-)Moderatorin der Sendungen «SRF bi de Lüt – Live» (7 Sendungen), «Das Experiment – wo ist Dein Limit?» (16 Sendungen) und der SRF-10-Stunden-Livereportage «Zürich-West by Night». Nach einer ausführlichen Prüfung kommt das BAKOM zum Schluss, dass Annina Campell aufgrund ihrer Wahrnehmung in der Öffentlichkeit und nach Würdigung der Beweggründe für ihre redaktionelle Programmtätigkeit (keine Fachexpertin) als ständige Programmmitarbeiterin von SRF zu qualifizieren ist. Die SRG SSR hat daher Art. 9 Abs. 2 RTVG verletzt, indem sie den Werbespot von SportXX mit Annina Campell im Programm von SRF ausstrahlte. Die SRG wird vom BAKOM deshalb aufgefordert, den beanstandeten Punkt zu korrigieren und das BAKOM über die getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung zukünftiger gleicher oder ähnlicher Rechtsverletzungen zu unterrichten.

14-64

### «The Voice»: SRG verletzt Werbe- und Sponsoringbestimmungen

Deklaration des Sponsors; Produktplatzierung; unzulässiger Werbeeffect

Art. 12 RTVG; Art. 21 Abs. 1, 3 RTVV; Ziff. 4.3 der Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM

Verfügung des Bundesamtes für Kommunikation vom  
12. Dezember 2013

Die SRG hat in der Sendung «The Voice» die Werbe- und Sponsoringrichtlinien verletzt. Einerseits hat sie die Deklaration des Sponsors Seat nicht korrekt vorgenommen. Andererseits wurde ein unzulässiger Werbeeffect für den Sponsor Bear Inc. erzielt.

Das BAKOM eröffnete ein Aufsichtsverfahren gegen die SRG, weil es vermutete, mit der Sendung «The Voice of Switzer-

land» seien die Werbe- und Sponsoringbestimmungen des RTVG und der RTVV verletzt worden.

Zuerst prüft das BAKOM, ob die Produktplatzierung eines Seat als Wettbewerbshauptpreis die rechtlichen Anforderungen erfüllte. Gemäss Art. 12 RTVG i. V. m. Art. 21 Abs. 1 RTVV dürfen Waren und Dienstleistungen, die ein Sponsor zur Verfügung stellt, in der Sendung integriert werden. Auf solche Produktplatzierungen muss am Anfang und am Ende der Sendung sowie nach jeder Werbeunterbrechung eindeutig hingewiesen werden (Art. 21 Abs. 3 RTVV). Nach den Ausführungen des BAKOM ist in der Praxis unbestritten, dass die genannten zeitlichen Vorgaben bedeuten, dass die Sponsorennennung in den Billboards vor bzw. nach dem eigentlichen Sendungsbeginn zu positionieren ist oder allenfalls in den ersten Sekunden nach Beginn bzw. in den letzten vor Ende der gesponserten Sendung. Dies müsse umso mehr für Sponsoren mit Produktplatzierungen gelten, weil hier strengere Regeln bezüglich Deklaration bestehen. Das BAKOM kommt zum Schluss, dass Sponsoreinblendungen, welche erst rund eineinhalb Minuten nach Sendebeginn bzw. Werbeunterbrechung und im entsprechenden Zeitraum vor Ende der Sendung erfolgen, den Anforderungen an eine Deklaration gemäss Art. 21 Abs. 3 RTVV nicht zu genügen vermögen. Deshalb ist das BAKOM der Ansicht, dass die Sendungen vom 26. und 30. Januar sowie 2. Februar 2013 Art. 12 RTVG i. V. m. Art. 21 Abs. 3 RTVV verletzt haben, weil die Deklaration des Sponsors Seat nicht am Anfang, am Ende und nach der Werbeunterbrechung, sondern ca. 90 Sekunden nach Beginn bzw. Ende der gesponserten Sendung erfolgt ist. In den Sendungen ab dem 9. Februar 2013 erfolgten die Hinweise innerhalb von circa zehn Sekunden nach Sendebeginn resp. nach der Werbeunterbrechung und vor Schluss der Sendung. Dies bewegt sich nach Sicht des BAKOM noch im Rahmen des Tolerierbaren.

Weiter prüft das BAKOM, ob die Produktplatzierung von Bear Inc. zulässig war. SRF hat einen Sponsoringvertrag abgeschlossen, wonach die Firma Bear Inc. dem Jurymitglied Stress, der Teilhaber an Bear Inc. ist, für die Sendung «The Voice» Kleider im Wert von Fr. 1000.– zur Verfügung stellt. Stress trug in den Sendungen jeweils eine schwarze College-Jacke mit einem grossen Aufdruck «Bear Inc.», der jederzeit gut erkennbar war. Nach Meinung des BAKOM ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Sponsor Bear Inc. trotz dem vertraglich festgelegten Vorliegen einer Produktplatzierung nicht als «Sponsor mit Produktplatzierung» deklariert wurde. Gemäss Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM kann bei Produktplatzierungen unter Fr. 5000.– auf eine spezifische Deklaration verzichtet werden. Das BAKOM führt weiter aus, dass unabhängig von der spezifischen Deklarationspflicht eine Produktplatzierung im Sinne von Art. 21 RTVV vorliege. Für diese gelten gemäss Art. 21 Abs. 1 RTVG grundsätzlich die Bestimmungen über das Sponsoring, so unter anderem Art. 12 Abs. 3 RTVG, der werbliche Aussagen über Waren und Dienstleistungen des Sponsors untersagt. Gemäss Ziff. 4.3 der Werbe- und Sponsoringrichtlinien des BAKOM wird dies für die Produktplatzierung wie folgt konkretisiert: Eine Produktplatzierung muss sich dem dramaturgischen Ablauf der Sendung anpassen, darf keine werblichen Hervorhebungen des Produkts und keine quantitative Anhäufung von an sich zulässigen Produktplatzierungen enthalten. Entscheidend ist der Gesamteindruck.

In Bezug auf die konkreten Sendungen von «The Voice» kommt das BAKOM zum Ergebnis, dass im Gesamteindruck klar eine werbliche Wirkung für die Firma Bear Inc. und ihr Produkt erzeugt wurde, welche sich nicht mehr im Rahmen einer zulässigen Produktplatzierung bewegt. Immer wenn der Coach Stress seine Auftritte hatte, sei auch die Kleidung seiner Firma Bear Inc. prominent sichtbar gewesen. Zwar habe sich die Platzierung in den dramaturgischen Ablauf eingefügt, doch durch die Grösse des Logos und die quantitative Anhäufung der Platzierungen sei der Rahmen des Zulässigen gesprengt worden. Bei der Beurteilung der Werbewirkung ins Gewicht fällt gemäss dem BAKOM auch der Imagetransfer vom prominenten Coach und Hip-Hop-Musiker Stress zu seinem eigenen Modelabel. Durch die Dauerpräsenz in der Sendung «The Voice» habe er eine exklusive Plattform erhalten, um Produkt und Logo von Bear Inc. immer wieder zu präsentieren, obschon das Sendegefäss hierzu keinen direkten thematischen/redaktionellen Bezug herstellte. Folglich stellte das BAKOM aufgrund des Gesamteindrucks der Sendung fest, dass durch die massive Präsenz der Firma Bear Inc. ein unzulässiger Werbeeffect für den Sponsor erzielt und dadurch Art. 12 Abs. 3 RTVG i. V. m. Art. 21 Abs. 1 RTVV verletzt wurde. Aufgrund dieser Verletzungen verpflichtet das BAKOM die SRG, mitzuteilen, welche Massnahmen getroffen werden, damit sich die Rechtsverletzung nicht wiederholt. Zudem verfügt es die Einziehung der unrechtmässigen Einnahmen in der Höhe von Fr. 850.–, welche durch den Vertrag mit Bear Inc. erzielt wurden.

14-65

### «Rundschau»-Beitrag über Bischof Huonder verletzt Sachgerechtigkeitsgebot nicht

---

Anwaltschaftlicher Fokus; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

---

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Dezember 2013 (b. 671)

Die UBI weist eine Beschwerde gegen einen Beitrag der «Rundschau» über den Churer Bischof Vitus Huonder ab. Sie ist der Ansicht, dass sich das Publikum trotz einer einzelnen unvollständigen Information eine eigene Meinung zum Thema bilden konnte.

Die «Rundschau» strahlte einen kritischen Beitrag über Bischof Huonder aus. Im Zentrum stand seine Art, das Bistum Chur zu leiten, die kritisch beleuchtet wurde. Gegen den Beitrag erhob der Generalvikar des Bistums Chur im Namen von Huonder Beschwerde an die UBI und machte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) geltend, da im Beitrag zentrale Fakten verschwiegen worden seien.

Die UBI vertritt in ihren Erwägungen die Ansicht, dass die Information gegen Ende des Filmberichts, wonach Bischof Huonder in den Vatikan zitiert worden sei, unvollständig sei, da diese Aufforderung des Vatikans auch zwei andere Bischöfe betraf. Der Gesamteindruck des Beitrags hätte sich nach An-

sicht der UBI jedoch nicht signifikant verändert, wenn die «Rundschau» über diesen Sachverhalt vollständig berichtet hätte, da dieser Aspekt eine untergeordnete Rolle spielte. Die UBI vertritt deshalb die Meinung, dass sich das Publikum trotz dem erwähnten Mangel insgesamt frei eine eigene Meinung zum Thema des Beitrags bilden konnte. Die zentralen Fakten wie das Verhalten von Bischof Huonder gegenüber den Unterzeichnern der Pfarrei-Initiative oder im Fall eines umstrittenen Priesters seien im Wesentlichen korrekt dargestellt worden. Der weitgehend anwaltschaftliche Fokus des Beitrags sei klar erkennbar gewesen. Dem Publikum sei es ebenfalls möglich gewesen, zwischen Fakten und persönlichen Ansichten zu unterscheiden. Bischof Huonder und sein Stellvertreter hätten Gelegenheit erhalten, ihren Standpunkt zu wichtigen Beitragsaspekten darzulegen. Zudem würde bei Fragen von allgemeinem Interesse, wie sie der Beitrag behandle, besonders strenge Anforderungen an eine allfällige Beschränkung der Medienfreiheit gelten. Zusammenfassend kommt die UBI deshalb zum Schluss, dass der Beitrag nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen hat und die Beschwerde abzuweisen ist.

14-66

### Beiträge von «Rundschau» und «10 vor 10» über Professor Mörgeli waren sachgerecht

---

Menschenwürde; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 RTVG

---

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Dezember 2013 (b. 676/677/678)

Die UBI weist Beschwerden gegen Beiträge von «Rundschau» und «10 vor 10» ab, die sich kritisch mit der Betreuung von Dissertationen durch Christoph Mörgeli auseinandergesetzt haben. Sie kommt in ihrer Prüfung zum Schluss, dass keiner dieser Beiträge das Sachgerechtigkeitsgebot oder die Menschenwürde von Christoph Mörgeli verletzt hat.

Die «Rundschau» strahlte am 27. März 2013 auf SRF den Beitrag «Professor in der Kritik» aus. Dieser Beitrag befasste sich kritisch mit Dissertationen, die Prof. Christoph Mörgeli am Medizinhistorischen Institut der Universität Zürich betreut hatte. Bei über einem Dutzend dieser Dissertationen würden Zweifel hinsichtlich des erforderlichen wissenschaftlichen Gehalts bestehen, da diese Dissertationen zum überwiegenden Teil aus Transkriptionen und der Übersetzung von alten Texten bestehen. Im Beitrag bestätigen dies zwei als ehemalige Doktoranden bezeichnete Personen anonym. Im anschliessenden Interview konfrontiert der Moderator Christoph Mörgeli mit der erhobenen Kritik. «10 vor 10» nahm am folgenden Tag in einem Beitrag das Thema der «fragwürdigen Doktorarbeiten» auf. Am 3. April 2013 strahlte die «Rundschau» einen weiteren Beitrag zum «Dokortitel-Streit» aus. Gegen diese drei Beiträge erhob Christoph Mörgeli Beschwerde bei der UBI und machte im Wesentlichen eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 4 Abs. 1 RTVG) bezüglich des ersten «Rundschau»-Bei-

trags und eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) bei allen drei Beiträgen geltend.

In Bezug auf den ersten Beitrag der «Rundschau» stellt die UBI fest, dass sich das Publikum eine eigene Meinung zu den thematisierten Dissertationen sowie zur damit verbundenen Kritik gegenüber Mörgeli bilden konnte. Die wesentlichen Fakten zu den Dissertationen seien korrekt wiedergegeben worden. Die Darstellung der von der Redaktion bemängelten Wissenschaftlichkeit sei in nachvollziehbarer Weise erfolgt. Dabei sei auch die Gegenposition von Mörgeli zum Ausdruck gekommen, der diesen Vorwurf zurückweist und politische Motive vermutet. Zudem habe der Beitrag dem Publikum erlaubt, zwischen Tatsachen und persönlichen Ansichten zu unterscheiden. Es sei erkennbar gewesen, dass die Glaubwürdigkeit der Aussagen der anonymen «Zeugen» umstritten ist. Die Bedeutung der Stellungnahmen dieser «Zeugen», die Mörgeli hauptsächlich beanstandet, muss nach Ansicht der UBI erheblich relativiert werden. Die Kritik an den Dissertationen hätte selbst bei Weglassen dieser Sequenzen bestanden. Der reisserische Charakter dieser Szenen sowie einzelne möglicherweise missverständliche Aussagen seien nicht geeignet gewesen, das Publikum zu manipulieren. Der medienerfahrene Mörgeli habe zudem ausreichend Gelegenheit erhalten, seinen Standpunkt zu allen relevanten Aspekten darzulegen. Einzelne nicht präzise Formulierungen seien nicht geeignet gewesen, den Gesamteindruck des Beitrags zu beeinflussen, dabei handle es sich um Fehler in Nebenpunkten bzw. redaktionelle Unvollkommenheiten. Bei Fragen von allgemeinem Interesse würden besonders hohe Anforderungen an eine allfällige Beschränkung der Medien- bzw. Rundfunkfreiheit gelten. Die kritische Auseinandersetzung mit der hauptberuflichen Tätigkeit bilde Bestandteil der Medien- bzw. Rundfunkfreiheit. Der mit dem kritischen Ansatz des Beitrags verbundene, teilweise tendenziöse Charakter war nach Ansicht der UBI für das Publikum als solcher erkennbar. Deshalb kommt sie zum Schluss, dass der Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt hat. Zum gleichen Ergebnis kommt die UBI bei der Prüfung der Frage, ob mit dem Beitrag gegen die Menschenwürde von Christoph Mörgeli verstossen wurde. Mörgeli sei im Beitrag weder blossgestellt oder lächerlich gemacht noch sei seine Würde als Mensch in anderer Weise missachtet worden. Daran ändere auch die Frage des Moderators, ob er nun als Nationalrat zurücktrete, nichts. Eine provokative und allenfalls sachlich deplatzierte Frage an eine medienerfahrene Persönlichkeit steht nach Meinung der UBI nicht im Widerspruch zum rundfunkrechtlich gebotenen Schutz der Menschenwürde.

Betreffend den «10 vor 10»-Beitrag «Fragwürdige Doktorarbeiten» hält die UBI ebenfalls fest, dass die Fakten sachgerecht dargestellt wurden. Dies betreffe namentlich den Umfang der kritisierten Dissertationen, die Art der Vorwürfe sowie die teilweise unterschiedlichen Rahmenbedingungen für medizinhistorische Doktorarbeiten an den Universitäten Bern und Zürich. Die zentralen Inhalte des «Rundschau»-Beitrags seien ebenfalls korrekt zusammengefasst worden. Auch der Standpunkt von Mörgeli, der auf eine Stellungnahme gegenüber «10 vor 10» verzichtete, sei zum Ausdruck gekommen. Die Gestaltung des Beitrags habe dem Publikum ermöglicht, zwischen Fakten und persönlichen Ansichten zu unterscheiden. Zudem habe die Redaktion indirekt darauf hingewiesen, dass es noch keine definitive Antwort zu den thematisierten Aspekten gebe.

Die UBI kommt somit zum Schluss, dass auch dieser Beitrag das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt hat.

Was den zweiten Beitrag der «Rundschau» betrifft, vertritt die UBI die Meinung, dass dieser auch anders oder allenfalls besser hätte gestaltet werden können. Die rundfunkrechtlich relevanten Mängel würden jedoch Nebenpunkte betreffen oder redaktionelle Unvollkommenheiten darstellen. Im Filmbericht wurden die bekannten Vorwürfe im Zusammenhang mit den rund zwölf von Mörgeli betreuten Dissertationen wiederholt und durch zusätzliche Stellungnahmen von Wissenschaftlern, eines Arztes und eines Politikers ergänzt. Der Grund für die Kritik an den Dissertationen und die Rolle von Mörgeli wurden nach Ansicht der UBI faktengerecht dargestellt. Der Standpunkt von Christoph Mörgeli zu den zentralen Kritikpunkten sei in angemessener Weise aus dem Filmbericht hervorgegangen. Die verschiedenen Meinungsäusserungen seien für das Publikum als persönliche Kommentare erkennbar gewesen. Zudem seien die erhobenen Vorwürfe sowie die teilweise drastisch dargestellten Auswirkungen durch das nachfolgende Studiogespräch relativiert worden. Die Einschätzungen und die Vermittlung von Grundlagen- und Hintergrundwissen durch Peter Suter, den Vizepräsidenten der Medizinischen Wissenschaften, hätten dem Publikum geholfen, sich auch eine eigene Meinung über die Relevanz und Tragweite der Kritik an den medizinhistorischen Dissertationen zu bilden. Die UBI ist somit auch in Bezug auf diesen Beitrag der Meinung, dass das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt wurde.

14-67

### **Mängel in Nebenpunkten: Beschwerde gegen Beitrag über Laserpointer abgewiesen**

---

Mängel in Nebenpunkten; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

---

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 24. Oktober 2013 (b. 674)

Gegen einen Beitrag über Laserpointer in der Sendung «Schweiz Aktuell» wurde eine Beschwerde wegen Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots erhoben. Die UBI räumt zwar ein, dass ein im Beitrag erwähntes Strafverfahren unvollständig dargestellt wurde. Allerdings sei dieses Strafverfahren nicht das eigentliche Thema der Sendung gewesen, weshalb es sich um Mängel in Nebenpunkten handle, die keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots darstellen.

Das Fernsehen SRF strahlte in der Sendung «Schweiz Aktuell» einen Beitrag über Laserpointer aus. Darin wurde einerseits auf eine Präventionskampagne der Zürcher Kantonspolizei hingewiesen. Andererseits wurde über einen Fall einer Laserattacke berichtet, welcher in einer Einstellung des Strafverfahrens endete. Gegen diesen Beitrag erhob der im Strafverfahren Beschuldigte X. Beschwerde bei der UBI und machte geltend, im Zusammenhang mit dem thematisierten Fall seien wichtige Fakten unterschlagen worden. Beim Publikum sei da-

durch der Eindruck entstanden, es habe sich um eine gefährliche Laserattacke gehandelt und die Staatsanwaltschaft habe das Verfahren zu Unrecht eingestellt. Der Beitrag habe deshalb das Sachgerechtigkeitsgebot verletzt.

Die UBI gibt X. recht, dass der betreffende Vorfall im Beitrag unvollständig wiedergegeben wurde. Im Beitrag sei unerwähnt geblieben, dass der von ihm verwendete Laserpointer mit einer falsche Etikette beschriftet war, weshalb X. fälschlicherweise davon ausgegangen sei, er benutze keinen gefährlichen Laserpointer. Zudem habe der Staatsanwalt festgestellt, dass die Art, wie der Laserpointer benutzt wurde, gegen ein vorsätzliches Handeln spreche. Bei Kenntnis dieser Sachverhaltelemente wäre es nach Meinung der UBI für das Publikum besser nachvollziehbar gewesen, warum das Strafverfahren eingestellt wurde. Ebenso sei die Sichtweise von X. im beanstandeten Beitrag nicht zum Ausdruck gekommen. Die UBI führt deshalb aus, es möge für X. stossend sein, dass die Umstände des Laserpointerangriffs im Beitrag nicht vollständig wiedergegeben worden seien und dass sein Widersacher im Nachbarschaftsstreit Gelegenheit erhalten habe, seine Version unwidersprochen darzulegen. Dieser Konflikt und die damit verbundene Strahlungsattacke hätten allerdings nicht das eigentliche Thema der Sendung gebildet, in welcher es vielmehr um grundsätzliche Aspekte im Zusammenhang mit der zunehmenden Verwendung von gefährlichen Laserpointern ging. Die UBI ist der Ansicht, dass die für die Illustrierung des Beitragsthemas relevanten Fakten in sachgerechter Weise erfolgten. Weil die grundsätzlichen Aspekte zu Laserpointerangriffen im Beitrag im Vordergrund standen, sei es nicht zwingend erforderlich gewesen, den Standpunkt von X. zum konkreten Fall darzulegen. Die unvollständige Darstellung der Laserpointerattacke, welche zulasten von X. ging und beim Publikum Zweifel darüber erwecken konnte, ob die Einstellung zu Recht erfolgte, stelle im Rahmen des Beitragsthemas ein Nebenpunkt dar, der nicht geeignet sei, den Gesamteindruck wesentlich zu beeinflussen. Zu den eigentlichen Themen des Beitrags, der Gefährlichkeit von gewissen Laserpointern und den strafrechtlichen Konsequenzen von Angriffen mit entsprechenden Geräten, konnte sich das Publikum aufgrund der vermittelten Fakten eine eigene Meinung bilden. Die UBI kommt deshalb zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG nicht verletzt wurde, und weist die Beschwerde ab.

14-68

### Sendungen über Karl Marx – Beschwerde abgewiesen

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot

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

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (b. 675) vom 24. Oktober 2014

Radio SRF 2 strahlte zwei Sendungen über Karl Marx aus. X. erhob gegen diese Sendungen Beschwerde und machte eine Verletzung des Vielfalts- und Sachgerechtigkeitsgebots geltend. Die UBI weist die Beschwerde mit der Begründung ab, die Themenwahl sei für die Hörer transparent gewesen und diese hätten sich eine eigene Meinung zu den behandelten Themen bilden können.

Radio SRF 2 Kultur widmete Karl Marx anlässlich seines 130. Todestags zwei Sendungen. Im Rahmen der Sendung «Kontext» befragte die Redaktorin den amerikanischen Historiker Jonathan Sperber zu seiner Biografie über Karl Marx. In der Kultursendung «Reflexe» wurde das Thema «Marx und die Vampire» beleuchtet. Dabei sprach die verantwortliche Redaktorin mit dem Sozial- und Kulturphilosophen Christoph Henning über die von Marx verwendeten Metaphern des Vampirs. X. erhob gegen die erwähnten Sendungen Beschwerde bei der UBI. Er machte geltend, Karl Marx sei der ideelle Vordenker für totalitäre Regimes und Diktatoren gewesen, wobei ihm diese Vorbildfunktion auch heute noch in etlichen Staaten zukomme. Auf diese grundlegende Problematik werde in den Sendungen nicht eingegangen, sondern es werde eine einseitige, falsche und ideologisch gefärbte Sicht dargestellt. Damit seien das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) und das Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) verletzt worden.

Die UBI bemerkt zu Beginn ihrer Erwägungen, dass sich die Beschwerde nicht gegen das ganze Programm von Radio SRF, sondern explizit gegen zwei einzelne Sendungen richte, weshalb das Vielfaltsgebot von Art. 4 Abs. 4 RTVG nicht anwendbar sei.

Die beiden beanstandeten Sendungen prüft die UBI daraufhin getrennt auf Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot. Bezüglich der Sendung «Kontext» verkenne X., dass das Thema die neue Marx-Biografie von Jonathan Sperber gewesen sei. Der amerikanische Historiker stelle dabei eine neue These auf, die sich von denjenigen in den bisherigen Biografien unterscheiden und die überraschen möge. Aufgrund der im Gespräch mit dem Autor vermittelten Informationen habe sich das Publikum eine eigene Meinung zu den Ansichten und der These von Sperber über Karl Marx bilden können. Im Rahmen des Sendethemas sei es nicht erforderlich gewesen, auf die von X. betonte Problematik näher einzugehen. Der Umstand, dass Regierungen, die sich auf Karl Marx berufen, teilweise noch heute schlimme Menschenrechtsverletzungen begehen würden, gehöre überdies zum Vorwissen der «Kontext»-Hörerschaft. Die UBI pflichtet X. zwar bei, dass das Gespräch mit Jonathan Sperber allenfalls anders und vor allem kritischer

hätte geführt werden können. In der beanstandeten Sendung habe sich die Redaktion jedoch darauf beschränkt, die neue Biografie über Karl Marx im Gespräch mit dem Autor zusammenzufassen und dabei dessen neue Thesen in den Mittelpunkt zu stellen. Ein entsprechender Fokus ist nach Ansicht der UBI durch die Programmautonomie (Art. 6 Abs. 2 RTVG) gedeckt und verletzt das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) nicht.

Die Rügen betreffend die Kultursendung «Reflexe» beurteilt die UBI ebenfalls als unbegründet. Spezielles Thema dieser vor allem kulturphilosophisch geprägten Sendung sei «Marx und die Vampire» gewesen. Dies sei für die Zuhörerschaft ebenso transparent gewesen wie der Umstand, dass in der Sendung primär die Ansichten von Christoph Henning, einem an der Universität St. Gallen lehrenden Kenner von Marx, vermittelt wurden (Art. 4 Abs. 2 2. Satz RTVG). Die UBI bemerkt zudem, dass die negative Wirkung, welche die Ideen von Marx im real existierenden Sozialismus vielfach gezeitigt habe, bei der Zuhörerschaft von Radio SRF 2 als bekannt vorausgesetzt werden könnten. Das Publikum habe sich überdies aufgrund der transparenten Gestaltung eine eigene Meinung zum in der Sendung behandelten Thema «Marx und die Vampire» bilden können. Das Sachgerechtigkeitsgebot sei deshalb nicht verletzt worden.

Zusammenfassend kommt die UBI deshalb zum Schluss, dass die Wahl der Themen bei den beanstandeten Sendungen erstaunen möge. Die Redaktorin hätte allenfalls eine kritischere Haltung einnehmen können. Dies sei aber aufgrund der besonderen – vor allem kulturell bzw. philosophisch ausgerichteten – Sendehalte sowie des Vorwissens der Zuhörerschaft zur Gewährleistung der freien Meinungsbildung nicht zwingend erforderlich gewesen. Infolgedessen weist die UBI die Beschwerde ab.

14-69

### Beschwerde gegen «Treffpunkt»-Sendung über Tierversuche abgewiesen

Programmautonomie; Sachgerechtigkeitsgebot

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

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 24. Oktober 2013 (b.679)

Die UBI weist eine Beschwerde gegen einen «Treffpunkt»-Beitrag, in dem über Tierversuche in der Schweiz diskutiert wurde, ab. Sie begründet diesen Entscheid damit, dass sich das Publikum eine eigene Meinung zum behandelten Thema bilden konnte. Verschiedene Aspekte zu Tierversuchen seien teilweise kontrovers erörtert worden, und aus der Sendung sei hervorgegangen, dass Tierversuche umstritten sind. Dass gewisse Aspekte anders oder vertiefter hätten behandelt werden können, begründe keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, sondern sei durch die Programmautonomie gedeckt.

In der Sendung «Treffpunkt» vom 25. April 2013, die auf Radio SRF 1 ausgestrahlt wurde, war das Thema eine Bestandaufnahme über Tierversuche in der Schweiz. Ein Moderator diskutierte mit einem Vertreter des Bundesamtes für Veterinärwesen, einer Vertreterin der Pharmaindustrie sowie einem Vertreter der «Ärztinnen und Ärzte für Tierschutz in der Medizin». K. erhob bei der UBI Beschwerde gegen die erwähnte Sendung. Er rügt, über die zentrale Frage der wissenschaftlichen Aussagekraft von Tierversuchen und insbesondere über die Übertragbarkeit auf Menschen sei nicht diskutiert worden. Ebenso sei nicht erwähnt worden, dass in breiten Fachkreisen der Nutzen von Tierversuchen ernsthaft infrage gestellt werde. Zudem sei die Zusammenstellung der Diskussionsteilnehmer einseitig gewesen, und der Moderator habe Tierversuche als unverzichtbar dargestellt. Durch die Irreführung der Zuhörenden sei das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt worden.

Die UBI stellt zunächst fest, das Sachgerechtigkeitsgebot sei aufgrund der zahlreich vermittelten Informationen über Tierversuche in der Schweiz auf die beanstandete Sendung anwendbar. Weiter führt die UBI aus, K. verkenne, dass es in der beanstandeten Sendung nicht primär darum ging, den Nutzen von Tierversuchen für die Humanmedizin wissenschaftlich zu erörtern. Vielmehr habe die Sendung bezweckt, eine Bestandaufnahme der Tierversuchspraxis in der Schweiz vorzunehmen. Dabei seien verschiedenste relevante Aspekte thematisiert worden. Dieser thematische Ansatz sei für die Hörerschaft erkennbar gewesen. Zudem sei der Veranstalter bei der Wahl des Themas und der inhaltlichen Gestaltung aufgrund der Programmautonomie grundsätzlich frei (Art. 6 Abs. 2 RTVG).

Soweit K. die Zusammensetzung der Diskussionsrunde moniert, hält ihm die UBI mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegen, dass Radio SRF 1 bei der Auswahl der Diskussionsteilnehmer frei war. Im Übrigen erscheine die Auswahl der Gäste nachvollziehbar und keineswegs tendenziös. Beim Vertreter der Tierschutzorganisation handle es sich zwar nicht um einen grundsätzlichen Gegner von Tierversuchen. Trotzdem sei er aufgrund seiner vielfältigen Erfahrungen durchaus geeignet gewesen, die Tierschutzoptik glaubwürdig zu vertreten und damit ein Gegengewicht zur Vertreterin der Pharmabranche zu setzen. Zudem seien die Voten der drei Diskussionsteilnehmer als persönliche Ansichten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 2. Satz RTVG erkennbar gewesen. Ebenfalls treffe es nicht zu, dass nicht über den Nutzen von Tierversuchen für die Humanmedizin gesprochen worden sei.

Entgegen der Behauptung von K. ist die UBI der Meinung, dass das Thema der Sendung nicht unkritisch bzw. einseitig im Sinne der Pharmaindustrie abgehandelt wurde. Gewisse Aussagen des Moderators erweckten zwar den Eindruck, dass er Tierversuche für den medizinischen Fortschritt als absolut unverzichtbar erachte. Diese Ausführungen des Moderators seien allerdings im Zusammenhang mit den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zulassung von Medikamenten und im Kontext der ganzen Diskussion zu sehen. In der Sendung seien überdies auch für Gegner von Tierversuchen wichtige Informationen vermittelt worden. Zusammenfassend kommt die UBI deshalb zum Schluss, dass sich die Hörerschaft zum deklarierten Thema der Sendung eine eigene Meinung bilden konnte, und weist die Beschwerde als unbegründet ab.

## 1.4 Filmrecht – Droit du cinéma

14-70

### **L'OFC n'est pas habilité à ordonner aux acteurs du marché de la distribution et de la projection de films d'adopter des modalités de programmation**

Compétences de l'Office fédéral de la culture (OFC); diversité de l'offre; notion de région cinématographique

Art. 71 al. 2 Cst; art. 1, 17, 18, 20 LCin; art. 2, 3 OCin

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 mars 2014 (C-698/2013)

Suite au rejet par l'OFC de reconnaître une «moyenne région» de l'Ouest lausannois et d'adresser une lettre aux distributeurs de films manifestant son opposition aux discriminations dont elle serait la victime en matière de distribution de films, A. SA, propriétaire du multiplexe Cinétoile de Prilly, interjette recours auprès du TAF; celui-ci la déboute intégralement, rappelant notamment que la LCin ne régit pas le cadre économique de la distribution cinématographique et ne prévoit aucune disposition tendant à restreindre la concurrence.

Selon son art. 1<sup>er</sup>, la LCin a pour but de promouvoir la création, le développement, la diversité et la qualité de l'offre cinématographique. La compétence de la Confédération dans ce domaine est potestative et subsidiaire. Elle intervient si les mesures de politique culturelle des cantons et des communes, ou les appuis des autres acteurs culturels se révèlent insuffisants.

Aux termes de l'art. 17 al. 1 LCin, les entreprises de distribution et de projection doivent contribuer à la diversité de l'offre par leur politique commerciale et des mesures concertées au sein de la branche cinématographique. Selon l'art. 18 LCin, la diversité de l'offre est assurée dans une région donnée si, compte tenu du nombre des salles et de la taille de la région, les films projetés proviennent en nombre suffisant de pays différents et s'ils représentent des genres et des styles divers. La diversité s'apprécie temporellement, géographiquement, concrètement et doit être économiquement viable pour les acteurs de la branche cinématographique. L'art. 2 OCin qualifie la région cinématographique de groupe d'écrans de cinéma en concurrence pour un public provenant d'une même aire géographique. Ainsi l'OFC avec le concours de l'OFS a déterminé 96 régions dominées par cinq grandes régions, soit Bâle, Berne, Lucerne, Zurich, Genève et Lausanne.

La subdivision d'une région en entités distinctes n'aurait pas d'effet sur le marché au sens commercial de la distribution de films. Les régions sont laissées aux règles de la concurrence du marché, seule une correction serait théoriquement possible s'il devait y avoir lieu de préserver des intérêts culturels nationaux en application de l'art. 71 al. 2 Cst., et sans que le marché de la distribution des films soit en soi affecté.

Ainsi, c'est à juste titre que l'OFC a rejeté de reconnaître l'Ouest lausannois en tant que région cinématographique dis-

tincte de celle de Lausanne faute de motifs concrets le justifiant et faute pour la recourante d'un intérêt concret.

Selon l'art. 20 LCin, l'OFC évalue périodiquement (soit une fois par année en principe, art. 3 OCin) la diversité de l'offre de films projetés dans les cinémas. S'il est constaté que l'offre n'est pas diversifiée dans une région, l'OFC invite les entreprises de distribution et de projection concernées à prendre dans un délai raisonnable des mesures correctives. Il s'agit d'une invitation, sujette à recours seulement si une taxe d'incitation est prononcée, prenant alors la forme d'une décision selon l'art. 5 PA.

La dernière évaluation complète de l'offre cinématographique dans la région lausannoise remontait à 2009. C'est ainsi à juste titre que l'OFC se propose d'y procéder comme étape préalable à toute invitation des distributeurs et exploitants de salles à rétablir la diversité de l'offre; toutefois, une offre cinématographique diversifiée insuffisante ne ressort en l'espèce pas du rapport d'enquête préalable de la ComCo.

---

## 1.5 Kunstrecht – Droit de l'art

14-71

### Künstlerische Freiheit in Roman über real existierende Personen

Buch; Durchschnittsleser; Erkennbarkeit; Fiktion; Kunstfreiheit; Meinungsfreiheit; Nachkommen; Persönlichkeitsrecht; Roman; Übertreibung; Zivilklage

Art. 8, 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Jelsevar u. a. c. Slowenien» vom 11. März 2014 (N° 47318/07)

Wegen eines 1998 erschienenen Romans über die Lebensgeschichte einer in die USA ausgewanderten slowenischen Dorfbewohnerin ergriffen vier Schwestern zivilrechtliche Schritte. In der Hauptfigur «Rozina» erkannten sie ihre Mutter, und in der «Minka» genannten Tochter erkannte sich eine der Schwestern. Ihre auf das Persönlichkeitsrecht gestützten Genugtuungs- und Entschuldigungsforderungen drangen bei den unteren Gerichtsstufen durch, doch wehrte sich die Romanautorin erfolgreich beim slowenischen Verfassungsgericht. Es bejahte zwar die Erkennbarkeit der Mutter und einer der Schwestern. Der zeitgenössische Durchschnittsleser nehme die Schilderungen im Roman aber nicht als Tatsachenbehauptungen wahr. Weder der Text selber noch die Intentionen der Verfasserin zielten auf eine Beleidigung ab: Die kontroversen Romanpassagen über das Sexleben und die illegale Alkoholherstellung empfinde die Leserschaft nicht als rufschädigend. Vielmehr erscheine die Hauptfigur als willensstarke Person in einem positiven Licht. Allfällige Überempfindlichkeiten der Betroffenen schütze das Recht nicht.

Die Schwestern kritisierten dies als ungenügenden staatlichen Schutz ihres menschenrechtlichen Anspruchs auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Die 5. Kammer des Gerichtshofs erinnert jedoch daran, dass das Genre des Romans oft durch Übertreibungen und blühende Fantasie geprägt ist. Wie die vermittelten Informationen selber geniessen auch solche stilistischen Elemente den Schutz künstlerischer Freiheit (Art. 10 EMRK). Der einstimmige Entscheid stützt die Güterabwägung des slowenischen Verfassungsgerichts. Sie entspreche den Vorgaben der Strassburger Rechtsprechung, wie sie der EGMR etwa im Urteil der Grossen Kammer N° 21279/02 & 36448/02 «Lindon, Otchakovsky-Laurens & July c. Frankreich», Ziff. 48–60 (medialex 2007, 205 f.), festgehalten habe. Die Auffassung des Verfassungsgerichts, die fraglichen Romanpassagen seien objektiv nicht beleidigend, scheint dem EGMR nicht unvernünftig.

Wichtig ist dem Gerichtshof der Umstand, dass es sich beim umstrittenen Buch nicht um ein biografisches, sondern um ein fiktives Werk handelt. Selbst die Mehrzahl der als Zeuginnen und Zeugen befragten Personen aus dem Umfeld der Familie habe ausgeschlossen, dass das Buch die betroffenen Personen wahrheitsgetreu darstelle. Nach dem einstimmigen Entscheid der 5. Kammer ist die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 8 EMRK offensichtlich unbegründet.

---

## 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen – Autres questions constitutionnelles ou administratives

14-72

### Gezielte Kritik einer Ministerin an einem Journalisten respektierte EMRK

Behördenäusserung; chilling effect; Einschüchterung; Grundrechtsbeschränkung; Justizkritik; Medienfreiheit; Tageszeitung; Unschuldvermutung

Art. 6 Abs. 2, 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Rosca Stanescu c. Rumänien» vom 28. Januar 2014 (N° 49357/08)

Die rumänische Justizministerin griff den justizkritischen Journalisten Stefan Rosca Stanescu (Direktor der rumänischen Tageszeitung «Ziua») immer wieder öffentlich an. Im Dezember 2006 warf sie ihm im Rahmen einer Fernsehsendung vor, er habe möglicherweise ein persönliches Problem mit der Justiz. Der Journalist musste vor laufender Kamera einräumen, seit 2004 laufe gegen ihn ein Strafverfahren wegen des Verdachts auf Insiderdelikte (Verstösse gegen das Börsengesetz). Vorher und nachher schaltete sich die Ministerin zweimal in Sendungen ein, in denen Stanescu Kritik am Justizapparat geäussert hatte. Darüber hinaus sagte sie im Januar 2007 an ei-

ner Medienkonferenz, Stanescu werde vor Gericht gestellt («est renvoyé en jugement») und sei für eine objektive Diskussion über die Justiz vielleicht nicht die geeignete Person.

Anschliessend reichte Stanescu eine Strafklage gegen die Ministerin wegen Amtsmissbrauchs ein und warf ihr eine öffentliche Vorverurteilung vor. Die Staatsanwaltschaft gab der Klage keine Folge, denn die Ministerin habe die Öffentlichkeit über die Existenz des Strafverfahrens orientiert, ohne sich zu Stanescus Schuld zu äussern.

In Dreierbesetzung bezeichnet die 3. Kammer des EGMR Stanescus Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Die Ministerin habe die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) respektiert. Sie habe sich zu einem Zeitpunkt geäussert, als Stanescus Fall bereits der Justiz zur Beurteilung überwiesen und damit öffentlich war. Ihre Wortwahl enthielt keine unzulässige Vorverurteilung.

Stanescu brachte darüber hinaus vor, die öffentlichen Erklärungen der Ministerin hätten eine abschreckende Wirkung («chilling effect») auf seine Funktion als Journalist entfaltet. Nach der wiederholten Kritik habe er sich weiterer journalistischer Kritik an der rumänischen Justiz enthalten. Der Gerichtshof verneint jedoch, dass das Verhalten der Justizministerin die Meinungsfreiheit überhaupt tangiert hatte. Er verwirft das Argument der abschreckenden Wirkung der behördlichen Äusserungen:

«46. La Cour rappelle qu'elle a déjà eu l'occasion d'examiner la question de «l'effet dissuasif» découlant d'une sanction imposée à la personne intéressée. Par exemple, elle a estimé qu'avait un effet dissuasif pour l'exercice de la liberté d'expression la condamnation à des peines de prison d'un avocat pour contempt of court («Kyprianou c. Chypre» [GC], N° 73797/01, §§ 175 et 181, CEDH 2005-XIII), de deux journalistes pour diffamation («Cumpana et Mazare c. Roumanie» [GC], N° 33348/96, §§ 114–116, CEDH 2004-XI) ou d'un homme politique pour injure grave au roi («Otegi Mondragon c. Espagne», N° 2034/07, § 60, CEDH 2011). La Cour est arrivée à la même conclusion en ce qui concerne la décision de ne plus nommer le requérant à aucune fonction publique en raison des opinions qu'il avait exprimées lors d'une conférence publique («Wille c. Liechtenstein» [GC], N° 28396/95, § 50, CEDH 1999-VII), la révocation du requérant pour avoir divulgué à la presse des informations confidentielles («Guja c. Moldova» [GC], N° 14277/04, § 95, CEDH 2008) ou le licenciement de la requérante pour avoir déposé plainte pénale contre son employeur («Heinisch c. Allemagne», N° 28274/08, § 91, CEDH 2011 (extraits)).

47. En l'absence d'une procédure à l'encontre du requérant ou d'une ou d'une quelconque sanction, ces conclusions ne sont pas transposables en l'espèce.»

Selbst wenn die Ministerin eine Beschränkung der Meinungsfreiheit beabsichtigt hätte, wäre sie von beschränkter Tragweite gewesen. Der Journalist sei zudem jeden Beleg dafür schuldig geblieben, dass ihn die öffentlichen Erklärungen der Ministerin tatsächlich beeinträchtigten.

48. «Même à accepter que la ministre de la Justice ait entendu restreindre la liberté d'expression du requérant, la Cour estime que ses propos n'ont eu qu'une portée limitée puisqu'ils étaient dépourvus de force obligatoire (a contrario, «Hashman et Harrup c. Royaume-Uni» [GC], N° 25594/94, §§ 27–28, CEDH

1999-VIII et «Axel Springer AG c. Allemagne» [GC], N° 39954/08, § 75, 7 février 2012). Qui plus est, le requérant n'a soumis aucun élément factuel de nature à établir que les déclarations de la ministre l'auraient empêché de continuer d'exercer son activité de directeur de quotidien ou auraient modifié d'une quelconque manière son comportement. En effet, son grief, plutôt hypothétique, est tiré des risques que les déclarations de la ministre pourraient avoir sur son activité ultérieure plutôt que des conséquences concrètes que ces déclarations ont pu avoir.»

**Anmerkungen** Dieser Zulässigkeitsentscheid betrifft die dogmatisch anspruchsvolle Frage, wann ein staatliches Verhalten überhaupt als Beschränkung der Medienfreiheit einzustufen ist – was zur Folge hat, dass die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK (gesetzliche Grundlage, legitimer Eingriffszweck, Verhältnismässigkeit) zu beachten sind. Die Begründung des in Dreierbesetzung gefällten Entscheids vermag höchstens ansatzweise zu überzeugen.

1. Fragwürdig ist das Argument, die bisherige Strassburger Rechtsprechung zum «chilling effect» lasse sich nicht auf öffentliche Äusserungen der Behörden übertragen. Bedauerlicherweise wird in Ziff. 46 das wohl einschlägigste Beispiel aus der bisherigen EGMR-Praxis unpräzise zusammengefasst. Der EGMR beurteilte 1999 im Fall Wille nicht einen Entscheid («décision») der Liechtensteiner Obrigkeit, Richter Wille nach unerwünschten Äusserungen die Nominierung für öffentliche Ämter zu verweigern. Den «chilling effect» bejahte die Grosse Kammer bereits für die im Brief an den Richter angekündigte Absicht des Fürsten, dies künftig zu tun («announcement by the Prince of his intention not to reappoint the applicant»). Nicht anders als im Fall Stanescu fehlte es also auch im Leiterteil Wille an einem Verfahren oder einer eigentlichen Sanktion.

2. Nachvollziehbar ist das Bestreben des Gerichtshofs, nicht jegliche amtliche Medienschelte als Grundrechtsbeschränkung einzustufen. Öffentliche Unmutsäusserungen von Amtsträgern über die Arbeit von Medienhäusern oder einzelnen Medienschaffenden gehören in einer demokratischen Gesellschaft zum gebräuchlichen Meinungskampf, der hüten wie drüben nicht mit übertriebener Empfindlichkeit geführt werden sollte. Es gibt allerdings Konstellationen, in denen behördlichen Äusserungen durchaus ein Einschüchterungspotenzial zukommt. Denkbar wäre etwa, dass ein Behördenmitglied seine Medienschelte mit der realistischen Androhung in seinem Einflussbereich liegender, erheblicher Nachteile verknüpft. Ein Beispiel ist die Androhung der künftigen Kürzung staatlicher Unterstützung für ein bestimmtes Medienhaus oder der Anprangerung eines Mediums in einem amtlichen Bericht – was gravierende Effekte auf dem Inserate- oder Lesermarkt haben könnte (vgl. etwa das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Erwähnung einer Wochenzeitung wegen des Verdachts verfassungsfeindlicher Bestrebungen in einem offiziellen Bericht, was das Medium mittelbar belastete; BVerfG, 1 BvR 1072/01 [«Junge Freiheit»], 24. 5. 2005, Ziff. 55 f.).

3. Dass es im vorliegenden Fall an einer den Medienschaffenden mittelbar belastenden und ihn einschüchternden Wirkung fehlte, versteht sich nicht von selbst. Vielmehr drängt sich die Frage auf, ob die rumänische Obrigkeit einen unbequemen Kritiker unter unablässigem und in aller Öffentlichkeit geäussertem Hinweis auf gegen ihn laufende Verfahren (deren Bezug zu seiner allgemeinen institutionellen Kritik

eher weit hergeholt scheint) zurückbinden wollte. Die Lektüre der Strassburger Entscheidungsbegründung erlaubt keine verlässliche Einschätzung. Die wiederholten und sachlich nicht wirklich zwingend erscheinenden öffentlichen Interventionen der Justizministerin wecken jedenfalls zumindest ein ungutes Gefühl.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-73

### L'objectif de l'aide à la presse est notamment d'encourager les échanges d'idées et la diversité des opinions et de la presse

Aide à la presse; volume minimal de la publication

Art. 16 al. 5 LPO; art. 36 al. 3 lit. 1 OPO

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2013 (A-546/2013)

X., association à but non lucratif, a vu sa demande d'aide à la presse refusée par l'OFKOM, sa publication n'atteignant pas le volume minimal prévu à l'art. 36 al. 3 lit. 1 OPO pour l'octroi d'une telle aide. L'article précité ne laissant pas place à l'interprétation, le TAF a débouté X.

X. est une association suisse à but non lucratif; elle publie un périodique d'information.

L'Office fédéral de la communication (OFKOM) a rejeté sa demande d'aide à la presse sous forme d'un rabais de distribution, au motif que l'exigence de l'art. 36 al. 3 lit. 1 OPO, qui considère que relèvent de la presse associative (...) les journaux et périodiques qui comptent au moins six pages A4, n'était pas remplie.

Le sens de l'art. 36 al. 3 lit. 1 OPO est clair et ne prête pas à confusion, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y déroger par voie d'interprétation. En fixant ce critère du nombre de pages, dans le cadre des compétences qui lui étaient déléguées par l'art. 16 al. 5 LPO, le Conseil fédéral (CF) a voulu éviter que des périodiques ou des journaux qui n'offrent qu'un apport marginal aux échanges d'idées et à la diversité des opinions et de la presse ne bénéficient d'une aide financière.

Le TAF relève accessoirement, en réponse aux arguments de X., que la disposition contestée fixe non un format, mais un volume minimal. Ainsi, le journal ou le périodique peut se présenter sous plusieurs formats, tant que la publication respecte un certain volume, à savoir au moins 3742,2 cm<sup>2</sup>; qu'en outre, le fait que la publication de X. soit composée à 100% de contenus journalistiques, alors que seul un minimum de 50% est exigé à l'art. 36 al. 3 lit. 1 OPO n'est pas pertinent, puisqu'il s'agit de deux conditions totalement indépendantes.

## 3. Strafrecht – Droit pénal

### 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) – Atteintes à l'honneur (CP/LCD)

14-74

#### Il peut y avoir diffamation même si le destinataire de l'allégation litigieuse connaissait déjà le fait allégué

Diffamation; identification de la personne en cause

Art. 173 ss CP

Arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 2014 (6B\_491/2013)

X., avocat, a déposé plainte pour diffamation contre un quotidien ayant publié un article à son sujet. Aussi bien le Ministère public que la Chambre pénale de recours (GE) ont estimé qu'il n'était pas reconnaissable, de sorte qu'une des conditions objectives de punissabilité faisait défaut. Néanmoins, le TF a considéré qu'au vu des éléments de l'article, des tiers pouvaient l'identifier, notamment des personnes dans son entourage, et que le seul fait que ces derniers aient déjà connaissance des procédures à son encontre n'excluait pas la diffamation.

Le quotidien D. a publié et mis en ligne un article intitulé «huis clos pour un avocat accusé de maltraitance». Le nom de l'avocat n'apparaissait pas. En revanche, le sous-titre indiquait qu'il appartenait à l'une des grandes études de la place. Le texte de l'article précisait qu'il était père de deux garçons et une fille et mentionnait l'identité du conseil de son épouse, à laquelle l'avocat était opposé. L'article indiquait encore que cette dernière avait déposé plusieurs plaintes pénales; elle y parlait «d'agressivité, d'injures, de menaces, de dommages à la propriété». La fille du couple décrivait «des maltraitances subies de la part de son père».

Après le refus du Ministère public du canton de Genève d'entrer en matière sur sa plainte et le rejet de son recours par la Chambre pénale de recours de la Cour de justice, X. a formé un recours en matière pénale auprès du TF, partiellement admis.

Aux termes de l'art. 173 ch. 1 CP, se rend coupable de diffamation celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération ou celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon.

La personne dont l'honneur est visé n'a pas à être désignée, il suffit qu'elle soit reconnaissable, fût-ce par un seul destinataire de la déclaration (un «tiers»).

Exception faite du régime particulier découlant de l'art. 28 al. 4 CP, le journaliste ne bénéficie d'aucun privilège en cas d'atteinte à l'honneur par voie de presse. L'interprétation des éléments constitutifs de l'infraction réprimée par l'art. 173 CP doit être la même à l'endroit de quiconque, qu'il ait agi par la voie de la presse ou non.

En l'occurrence, l'article fournissait de nombreux éléments sur le recourant; son nom figurait également sur la liste

des causes à juger affichée à côté des salles d'audience. Un rapprochement entre ce nom et l'avocat objet de l'article du lendemain était aisé. De plus, on ne saurait retirer au recourant la protection offerte par les art. 173 ss CP au seul motif qu'il aurait parlé à son entourage des «tourments que ses procédures lui causaient». La jurisprudence admet en effet l'existence d'une diffamation même si le destinataire connaissait déjà le fait allégué.

14-75

### **Toute atteinte légère à la réputation ne justifie pas une réparation, a fortiori dans le cas d'une personne morale**

Atteinte à l'honneur d'une association; ordonnance de non-entrée en matière; plainte pénale et prétentions civiles

Art. 173, 174 CP; art. 60 CC; art. 49 CO

Arrêt du Tribunal fédéral du 12 décembre 2013 (6B\_873/2013)

Une association de protection des animaux s'est opposée au classement de sa plainte pénale contre un journal l'accusant de mensonges. Si son droit à l'honneur n'est pas nié, elle n'a en revanche pas suffisamment expliqué en quoi le classement pénal péjorerait ses prétentions civiles ni établi que la gravité de l'atteinte justifie l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Le TF a déclaré son recours irrecevable, faute de qualité pour recourir.

X., association de défense des droits de l'animal, a déposé plainte pénale contre le journal A. pour diffamation (art. 173 CP) et calomnie (art. 174 CP), A. ayant publié que X. avait proféré des «mensonges» et placardé des «contrevérités».

Le Ministère public du Canton de Genève a décidé de ne pas entrer en matière sur la plainte, la Chambre pénale de recours du Canton de Genève a rejeté le recours de X. contre l'ordonnance précitée.

X. forme un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral.

La protection de la personnalité peut être invoquée tant par une personne physique que par une personne morale, dans le cadre des intérêts qu'elle défend; partant, X. en sa qualité d'association au sens de l'art. 60 CC est titulaire du droit à l'honneur.

Lorsque le recours est dirigé contre une décision de non-entrée en matière ou de classement de l'action pénale, le plaignant doit expliquer quelles sont ses prétentions civiles et en quoi la décision attaquée influencerait négativement leur jugement.

L'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose une atteinte d'une certaine gravité objective, ressentie subjectivement par la victime comme suffisamment forte pour qu'un recours à la justice apparaisse légitime; cette exigence est encore accrue lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

En l'espèce, X. n'a pas établi à satisfaction de droit les points qui précèdent. Le TF déclare son recours irrecevable, faute de qualité pour recourir sur le fond de la cause.

## **3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel**

14-76

### **Le tribunal des mesures de contrainte est seul compétent pour lever une mise sous scellés, sauf exception**

Perquisition et saisie d'objets; levée des scellés; compétence

Art. 248, 393 CPP

Arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 2014 (1B\_360/2013)

Considérant que la voie de recours de l'art. 393 CPP ne serait entrée en ligne de compte que si les griefs soulevés ne concernaient aucun intérêt juridiquement protégé au maintien du secret protégé par les scellés ou si la perquisition n'avait abouti à aucune saisie, le TF a estimé que le Tribunal des mesures de contrainte des Montagnes et du Val-de-Ruz (Tmc), et non l'Autorité de recours en matière pénale du Tribunal cantonal de Neuchâtel (ARMP), était compétent, en vertu de l'art. 248 CPP, pour examiner les griefs du recourant quant à la saisie d'objets lui appartenant lors d'une perquisition.

Sur mandat d'investigation du Procureur neuchâtelois, la police a procédé à la perquisition du domicile de A., journaliste visé par une plainte notamment pour calomnie, et séquestré différents objets; suite à la demande d'entraide du Ministère public (MP) de Neuchâtel, la police tessinoise a perquisitionné la chambre d'hôtel où logeait A. Celui-ci a immédiatement demandé la mise sous scellés de son ordinateur et des objets saisis à son domicile. Le magistrat pénal a requis du Tmc la levée des scellés.

L'ARMP a admis le recours déposé par A. contre le mandat d'investigation et la demande d'entraide, annulé les deux décisions et ordonné la restitution – immédiate et sans levée des scellés – des objets saisis.

Le MP forme un recours en matière pénale contre ce jugement, concluant à son annulation. Le Tmc a suspendu la procédure de levée des scellés.

Lorsque les autorités pénales ont séquestré des objets pouvant être utilisés comme moyen de preuve, ceux-ci peuvent être placés sous scellés à la demande de la personne concernée (art. 248 al. 1 CPP). Il appartient alors à l'autorité pénale d'en requérir la levée (art. 248 al. 2 CPP). Cette procédure a lieu devant le Tmc (art. 248 al. 3 let. a CPP) et non l'autorité de recours au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP.

En l'espèce, l'intimé invoque des violations de dispositions relatives à la liberté de la presse, et des normes définissant l'applicabilité de mesures de contrainte, questions relevant du droit de refuser de déposer ou de témoigner selon l'art. 248 al. 1 CPP.

Il en découle que le Tmc, et non l'ARMP, était compétent pour examiner ces griefs; le recours est donc admis et l'arrêt cantonal entrepris annulé. Le recours cantonal de l'intimé contre le mandat d'investigation et la demande d'entraide est déclaré irrecevable. Le Tmc pourra dès lors reprendre la procédure de levée des scellés.

### 3.5 Weitere strafrechtliche Fragen – Autres questions de droit pénal

14-77

#### **Kostenauflage trotz Einstellung des Strafverfahrens versties gegen Unschuldsvermutung**

Amtsgeheimnisverletzung; Einstellung des Strafverfahrens; Verfahrenskosten

Art. 22 BPG; Art. 320 StGB; Art. 426 Abs. 2 StPO; Art. 94 BPV

Urteil des Bundesstrafgerichts vom 19. November 2013  
(BB.2013.94)

Ein gegen A. eingeleitetes Strafverfahren wegen Amtsgeheimnisverletzung wurde eingestellt, ihm wurden aber die Verfahrenskosten auferlegt. Gegen diesen Kostenentscheid erhob A. Beschwerde beim Bundesstrafgericht. Dieses heisst die Beschwerde gut, weil A. in der Begründung des Kostenentscheids implizit vorgeworfen werde, er habe doch eine Amtsgeheimnisverletzung begangen.

A., der Verteidigungsattaché der Schweiz in Kairo, hielt sich während der Festhaltung von zwei Schweizer Geiseln in Libyen zeitweilig in der Botschaft in Tripolis auf. Später hielt er vor Mitgliedern der Loge «B.» einen Vortrag mit dem Titel «Die Libyenkrise, Beobachtungen und Einsichten eines Direktbeteiligten». In verschiedenen Schweizer Zeitungen erschienen Artikel betreffend diesen Vortrag. Das VBS erstattete Anzeige, worauf die Bundesanwaltschaft eine Strafuntersuchung wegen Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB) gegen A. eröffnete. Das Strafverfahren endete mit einer Einstellungsverfügung, wobei A. die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 2127.– auferlegt wurden. Gegen diese Verfügung erhob A. Beschwerde und beantragte, die Verfahrenskosten seien vom Staat zu tragen.

Das Bundesstrafgericht führt zuerst aus, die Bundesanwaltschaft habe die Einstellung des Strafverfahrens folgendermassen begründet: «Die Bewegungen des schweizerischen Vertreters nach Libyen waren an öffentlichen Orten wie Flugplätzen und in der libyschen Öffentlichkeit ohne Weiteres von unbeteiligten Dritten wahrzunehmen. Es sei deshalb nicht auszuschliessen, dass (...) die beschuldigte Person, wäre sie nicht Direktbeteiligte gewesen, diese Begegnung als Privatperson hätte wahrnehmen können. Bei dieser Ausgangslage lässt sich nicht rechtsgenügend beweisen, ob es sich bei der Bekanntgabe der Treffen zwischen den Geiseln in Libyen und dem Militärattaché um ein geschütztes Geheimnis handelt.» Weiter

erläutert das Bundesstrafgericht, dass der beschuldigten Person bei Einstellung des Verfahrens oder Freispruch die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden können, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Dabei handle es sich nicht um eine Haftung für strafrechtliches Verschulden, sondern um eine an zivilrechtliche Grundsätze angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten. Eine Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung verstosse allerdings gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung, wenn dem Beschuldigten zur Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden. Die Bundesanwaltschaft begründete die Kostenaufgabe folgendermassen: «(...) der ehemalige Militärattaché hat mit seinem (...) Vortrag in der schweizerischen Öffentlichkeit Ausführungen über seine dienstlich bedingten Aufenthalte und Treffen mit den Geiseln in Libyen gemacht, die er hätte unterlassen sollen. (...) Vorliegend hat die beschuldigte Person klarerweise seine Verpflichtungen zur Verschwiegenheit aus dem Arbeitsvertrag mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft verletzt und durch dieses vorwerfbare Verhalten die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst.» Das Bundesstrafgericht führt dazu an, aus Art. 22 BPG und Art. 94 BPV gehe hervor, dass sich eine arbeitsrechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit auf Geheimnisse bezieht. Die Bundesanwaltschaft stufe das Treffen zwischen den Geiseln in Libyen und dem Militärattaché nicht als Amtsgeheimnis i. S. v. Art. 320 StGB ein, sinngemäss aber als bundespersonalrechtlich geschützte Information, weswegen sie A. auch die Verfahrenskosten auferlegte. Der Begriff «Amtsgeheimnis» könne jedoch in Art. 320 StGB kein anderer sein als derjenige von Art. 22 BPG und Art. 94 BPV. Folglich verstosse die Kostenaufgabe gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung, da A. zur Begründung des Kostenentscheids implizit vorgeworfen werde, er habe den Tatbestand von Art. 320 StGB doch erfüllt.

## 4. Privatrecht – Droit privé

### 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

14-78

#### JUSO-Bildmontage von nacktem Vasella ist zulässig

Interessenabwägung; Persönlichkeit; Satire

Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 14. April 2014 (5A\_553/2012)

Das Bundesgericht weist eine Beschwerde des Wirtschaftsführers Daniel Vasella gegen eine Bildmontage, die seinen Kopf auf einem nackten Körper zeigt, ab. Die Persönlichkeit von Vasella werde durch die im Abstimmungskampf zur «1:12-Initiative» von der JUSO veröffentlichte Bildmontage zwar verletzt. Allerdings falle diese unter den Begriff der Satire und sei deshalb im Rahmen der politischen Auseinandersetzung gerade noch als zulässig zu betrachten.

Die JUSO veröffentlichte im Zusammenhang mit der «1:12-Initiative» auf ihrer Homepage eine Bildmontage. Darauf ist Daniel Vasella zwischen Brady Dougan und Oswald Grübel zu sehen, wobei die Köpfe der drei Personen auf die Körper unbekleideter Männer mit bedeckter Scham gesetzt sind. Darunter steht der Schriftzug «ABZOCKER, ZIEHT EUCH WARM AN!». Die Bildmontage erschien in verschiedenen Presseerzeugnissen. Auf Klage von Vasella untersagte das Bezirksgericht Baden der JUSO, die Bildmontage im Internet oder anderswo zu zeigen, und stellte zudem fest, dass sie die Persönlichkeit von Vasella verletzt hat. Das Obergericht des Kantons Aarau hob diesen Entscheid auf, weshalb Vasella ans Bundesgericht gelangte.

Das Obergericht hat das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB) bejaht, was in der Beschwerde nicht bestritten wird. Das Bundesgericht hat somit die Frage zu klären, ob es sich bei der Darstellung um Satire handelt und ob dies im vorliegenden Kontext einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Dabei führt es zuerst aus, dass Satire vorliegt, wenn kumulativ drei Merkmale erfüllt sind, nämlich ein aggressives, ein soziales und ein ästhetisches. Es treffe zwar zu, wie dies Vasella behauptete, dass die Nacktheit der abgebildeten Personen ziemlich beliebig erscheine und primär dem Blickfang diene. Es sei aber ein klarer Bezug zwischen der Nacktheit und dem Text («zieht euch warm an») erkennbar, woraus sich das Vorliegen des ästhetischen Elements ergebe. Auch die anderen beiden Begriffsmerkmale der Satire sind nach Ansicht des Bundesgerichts gegeben. Zum einen sei die nötige Aggression im Sinn einer engagierten Darstellung erkennbar, die sich nicht gegen Vasella als Individuum, sondern als Repräsentanten einer Managerklasse richtet, welche in den Augen der Initianten abzockt. Zum anderen verfolge die Darstellung insofern einen

sozialen Zweck, als sie der Meinungsbildung im Zusammenhang mit einer Volksinitiative diene.

Das Vorliegen von Satire stelle aber keinen absoluten Rechtfertigungsgrund dar, führt das Bundesgericht weiter aus. Vielmehr sei auch hier das öffentliche Interesse an der betreffenden Darstellung gegen die privaten Interessen von Daniel Vasella abzuwägen, wobei insbesondere zu beurteilen sei, ob die Satire die ihrem Wesen eigenen Grenzen in unerträglichem Mass überschreitet. Vasella macht in seiner Beschwerde in erster Linie geltend, er werde durch die Bildmontage unnötig ins Lächerliche gezogen. Zur Komponente des «Unnötigen» führt das Bundesgericht aus, dass Satire letztlich immer durch sachliche Argumentation ersetzt werden könne und daher zur Transportierung einer Botschaft nie nötig sei. Zu fordern, dass die überzeichnende Verfremdung für die Verbreitung der Botschaft unabdingbar sein müsste, würde die Satire in ihrem Wesenskern treffen. Zur Komponente der «Lächerlichkeit» führt das Bundesgericht aus, diese sei immer dort in einem gewissen Grad verwirklicht, wo die Satire mit dem Mittel des Spotts an Personen arbeite. Bei der Interessenabwägung sei zu beachten, dass es sich vorliegend um eine politisch motivierte Äusserung handle, die nach einem etwas milderen Massstab zu beurteilen sei. Zudem sei der vorliegend interessierende politische Diskurs heftig geführt worden und stehe im Brennpunkt des öffentlichen Interesses. Bei Daniel Vasella als betroffener Person handle es sich zwar nicht um eine Person aus dem Showbusiness, die bewusst ein Stück ihrer geschützten Sphäre publik mache. Allerdings habe sich Vasella verschiedentlich im Zusammenhang mit der Thematik der Spitzenlöhne geäußert und sich bis zu einem gewissen Grad selbst ins Blickfeld der Diskussion gerückt. Er sei in der politischen Diskussion zum Symbol einer sich schamlos bereichernden Managerklasse geworden, gegen welche die Initiative gerichtet war. Infolgedessen kommt das Bundesgericht zum folgenden Schluss: «Wenn er gemeinsam mit zwei weiteren Exponenten (...) auf die eingangs beschriebene Weise dargestellt worden ist, so wurde der Spielraum ausgereizt, ist aber die Grenze des in der politischen Auseinandersetzung Zulässigen noch nicht überschritten, zumal für jedermann offensichtlich ist, dass die Nacktheit (...) als Fotomontage keine Aussage zum tatsächlichen Körper und auch nicht in einem übertragenen Sinn eine Aussage zur sexuellen Orientierung oder anderen eng mit dem Individuum zusammenhängenden Aspekten der Persönlichkeitsentfaltung macht, sondern dass einzig und allein die Botschaft eingekleidet werden soll, wonach sich eine durch drei prominente Wirtschaftsführer symbolisierte Managerklasse lohnmassig in anstössiger Weise bereichere (...) und es dieser an den Kragen gehen könnte (...). Dieser Aussagekern – und nichts anders – ist aus der Darstellung ersichtlich.»

**Anmerkungen** Es ist erfreulich, dass sich das Bundesgericht hier systematisch mit der Meinungsäusserungs- und Kunstform der Satire auseinandersetzt (Art. 16 f und 21 BV). Das Gericht folgt der Dissertation von Mischa Senn (Satire und Persönlichkeitsschutz, Bern 1998) und dem – nicht publizierten – Leitartikel Kopp c. «Tages-Anzeiger» (BGer, 17. 5. 1994, 5C\_26/2003, abgebildet in Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 2011, 188).

In seinem früheren Urteil schrieb das Bundesgericht, die Satire zeichne sich durch das Spöttische und Polemische aus und könne nur «unter ganz erschwerten Voraussetzungen» eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung sein – nämlich dann, wenn sie die ihrem Wesen eigenen Grenzen «in unerträglichem Masse überschreite». Diesmal erinnerte das Gericht daran, dass ein aggressives Merkmal erfüllt sei (die erkennbar nicht von einem realen Aktbild Vasellas bezogene Entblössung, verbunden mit der Legende «Abzocker, zieht Euch warm an»), ferner ein soziales (Angriff auf das unverächtliche Lohngebaren gewisser Manager) und ein ästhetisches (der anonyme Männerkörper, auf den Vasellas Kopf montiert sei, wirke «keineswegs unansehnlich» und sei überdies auch gemäss Legende zu verstehen). Zwar handle es sich um eine Persönlichkeitsverletzung, zumal der Vasella unterschobene Männerkörper mit zusammengepressten Knien ein «Scham- oder Angstgefühl suggeriere». Vasellas Recht am eigenen Bild sei durch die ganze Konstruktion verletzt, sein berufliches und persönliches Ansehen «vom Standpunkt des Durchschnittslesers aus» herabgesetzt. Können die Jungsozialisten Rechtfertigungsgründe geltend machen, die diese Widerrechtlichkeit aufheben? Ja, denn «Satire ist eine Form der Berichterstattung, die in einem weiteren Sinne der Information des Publikums dient». Der «Rahmen» der satirischen Äusserung spiele eine Rolle, hier insbesondere die politische Auseinandersetzung über exzessive Managerlöhne. Seit jeher hat das Bundesgericht (wie auch Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 12/97) Ehrverletzungen im politischen Konflikt «nach einem etwas milderem Massstab» beurteilt. Zwei Argumente des Bundesgerichts sind kreativ: Wenn Vasella reklamierte, es sei «unnötig» gewesen, ihn abgesehen von der negativen Meinungsäusserung derart ins Lächerliche zu ziehen, sagte das Bundesgericht trocken, Satire könne man immer durch sachliche Aussagen ersetzen – aber eine satirisch eingekleidete Botschaft weise wesensgemäss eben Spott und Hohn auf. Meines Wissens zum ersten Mal hat das Bundesgericht sodann die UNESCO-Konvention über Schutz des immateriellen Kulturerbes 2003 beigezogen: Die Karikatur als Satirevariante ist zwar auf der Liste der «Lebendigen Traditionen der Schweiz» nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber die Basler Fasnacht mit ihrer Trommlerei, die verulkende Bilder und Verse präsentiert.

Dr. iur. Peter Studer, Rüschlikon

14-79

## Bundesgericht weist Beschwerde von Dignitas gegen «Tages-Anzeiger» ab

Öffentliches Interesse; Persönlichkeitsverletzung

Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 2014 (5A\_456/2013)

Der «Tages-Anzeiger» berichtete darüber, dass die Staatsanwaltschaft vom Verein Dignitas Aufschluss über einen angeblichen «Sondermitgliedschaftsbeitrag» verlange, den zwei

Suizidenten vor ihrem begleiteten Suizid geleistet haben sollen. Gegen diese Berichterstattung gelangte Dignitas bis vor Bundesgericht und machte eine Verletzung der Persönlichkeit geltend. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, da sich die Berichterstattung auf Tatsachendarstellungen beschränke, welche weder unwahr noch verzerrt seien und das Ansehen des Vereins auch nicht in unnötiger Weise herabsetzen würden.

Im Jahr 2010 begleitete der Verein Dignitas die Suizide einer Mutter und ihrer Tochter. Bei der anschliessenden Routineuntersuchung stiess die Zürcher Staatsanwaltschaft auf Hinweise, wonach die Verstorbenen Dignitas vor ihrem Freitod einen «Sondermitgliedschaftsbeitrag» entrichtet hatten. Mittels Editionsverfügung verlangte die Staatsanwaltschaft von Dignitas Aufschluss über diese Zahlungen. Dignitas setzte sich gegen diese Verfügung zur Wehr, unterlag dabei aber sowohl vor dem Obergericht als auch vor Bundesgericht. Thomas Hasler berichtete im «Tages-Anzeiger» vom 22. Februar 2011 über die Angelegenheit. Im Bericht hiess es unter anderem: «Dignitas wird verdächtigt, aus selbstsüchtigen Beweggründen Beihilfe zu einem Doppelsuizid geleistet zu haben. Die Staatsanwaltschaft See/Oberland hat ein Strafverfahren eröffnet und den Verein aufgefordert, entsprechende Belege herauszugeben.» Der Verein Dignitas erhob Klage am Bezirksgericht Uster und verlangte, es sei festzustellen, dass er durch den Artikel im «Tages-Anzeiger» in seinen persönlichen Verhältnissen (Art. 28 ZGB) verletzt worden sei. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht ebenfalls abgewiesen. Dignitas gelangt deshalb ans Bundesgericht und macht geltend, das Obergericht habe verschiedene Aspekte verkannt oder nicht gewürdigt.

Das Bundesgericht setzt sich zuerst mit der Rüge auseinander, das Obergericht habe die besondere Schwere des Verdachts auf ein Tötungsdelikt nicht beachtet. Eine solche Betrachtungsweise würde nach Ansicht des Bundesgerichts darauf hinauslaufen, dass über gravierende Delikte nicht berichtet werden dürfte, obwohl gerade diesbezüglich ein öffentliches Interesse bestehe.

Dignitas macht weiter geltend, es bestehe kein genügender Anfangsverdacht und damit kein öffentliches Interesse an diesen fehlgeleiteten Informationen. Das Bundesgericht führt dazu aus, es sei über nichts anderes als die effektiven Tatsachen berichtet worden, nämlich dass die Staatsanwaltschaft bei Dignitas Belege einverlangt habe und dass ein Anfangsverdacht bestehe, dass aus selbstsüchtigen Beweggründen Beihilfe zu Suizid geleistet worden sein könnte. Über den Verdacht auf eine Straftat und diesbezügliche Ermittlungen dürfe berichtet werden, und zwar bei Personen des öffentlichen Lebens je nach der konkreten Interessenlage auch unter Namensnennung. Entscheidend sei dabei, dass damit keine Vorverurteilung verbunden sei, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es sich bloss um einen Verdacht handelt.

Dignitas warf dem Obergericht weiter eine «Verletzung des gebotenen Gesamtbetrachtungsprinzips» vor. Im Artikel sei behauptet worden, dass die Suizidbegleitung von Dignitas nicht uneigennützig erfolge, was nach dem Verständnis des Durchschnittslesers bedeute, dass sie selbstsüchtig motiviert sei. Dieser Vorwurf sei schwer ehrenrührig und stelle einen schweren Angriff auf die Vertrauenswürdigkeit des Vereins dar. Das Bundesgericht ist hingegen der Ansicht, dass die ober-

gerichtliche Gesamtwürdigung in keiner Hinsicht zu beanstanden ist. Das Obergericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass das Thema im Brennpunkt des öffentlichen Interesses und der politischen Agenda steht. In der öffentlichen Diskussion stehe auch immer wieder der Verein Dignitas bzw. ihr Generalsekretär Ludwig Minelli im Fokus, wobei vonseiten des Vereins bzw. seines Generalsekretärs die Öffentlichkeit auch aktiv und in kämpferischer Weise angegangen werde. Wenn vor diesem Hintergrund, so das Bundesgericht, «(...) in einer Tageszeitung darüber berichtet wird, dass die Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit dem von Dignitas begleiteten Doppelsuizid von zwei deutschen Frauen Belege über ›Sondermitgliedschaftsbeiträge‹ einverlangt habe und der Verdacht auf Beihilfe zum Suizid aus selbstsüchtigen Gründen im Raum stehe, so besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an Transparenz im Bereich des gesellschaftlich brisanten und hochpolitischen Feldes der Sterbehilfe ganz allgemein, aber auch ein allgemeines Bedürfnis auf Information spezifisch zur Frage, wie Behörden mit der Thematik umgehen und auf Verdachtsmomente für mögliche Straftatbestände reagieren. Diesem gewichtigen Informationsbedürfnis können keine vom Verein so deklarierte ›Geheimhaltungsinteressen‹ entgegengehalten werden.» Weiter führt das Bundesgericht aus, die Berichterstattung sei in ausgewogener Weise erfolgt, indem verschiedene Meinungen und Sichtweisen dargestellt wurden. Die Berichterstattung enthalte zudem kein Werturteil, sondern beschränke sich auf Tatsachendarstellungen, welche weder unwahr noch verzerrt seien und das Ansehen des Vereins auch nicht in unnötiger Weise herabsetzten. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung kann das Bundesgericht daher nicht ausmachen. Es weist die Beschwerde deshalb ab.

**Anmerkungen** Das Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung bestätigt auf beruhigende Weise den Anspruch der Medien, innerhalb gewisser Grenzen die Verdachtsberichterstattung aktiv wahrzunehmen. Der Bericht des erfahrenen TA-Gerichtskorrespondenten Thomas Hasler sei weder unwahr noch verzerrt gewesen und habe das Ansehen des kämpferischen Sterbehilfevereins Dignitas nicht unnötig herabgesetzt. Deutlich wies das Bundesgericht mehrere Rügen von Dignitas zurück, die in Persönlichkeitsschutzprozessen regelmässig auftauchen: Die kantonalen Instanzen hätten die «Schwere des Verdachts auf ein Tötungsdelikt» nicht beachtet – dann dürfte ja laut Bundesgericht über den Anfangsverdacht auf gravierende Delikte gar nicht berichtet werden; gerade da bestehe aber öffentliches Interesse; verboten seien die unverhältnismässige Berichterstattung und die Verwechslung von Verdacht mit Beweis. – Die Staatsanwaltschaft habe erst über ihr nicht öffentliches Tun informiert, nämlich über ein Auskunftersuchen an Dignitas: Da habe kein Berichtsbedarf bestanden, argumentierte Dignitas – falsch, fand das Bundesgericht. Der «Sterbetourismus» sei ein Thema von hoher rechtspolitischer Brisanz, das Regierungen und Parlamente von Bund und Kanton seit Jahren beschäftige; schon erste Verdachtsabklärungen der Staatsanwaltschaft stiessen zu Recht auf öffentliches Interesse. Einschliesslich des Verdachts, Sterbebeihilfe sei aus «selbstsüchtigen Motiven» geleistet worden. – Wenn schon, dann ohne Namensnennung, wandte Dignitas ein. Auch hier verwies das Bundesgericht auf seine Praxis: Bei Vereinigun-

gen und Personen des öffentlichen Lebens sei Namensnennung gestattet, schon um Verwechslungen auszuschliessen. Gerade auch, wenn auf einem heiklen Gebiet bloss zwei bekannte Organisationen – Dignitas und Exit – tätig seien. «Verquer» sei der Einwand, als Person im öffentlichen Leben dürfe der Verein Dignitas «erhöhten Persönlichkeitsschutz» beanspruchen: «Es verhält sich gerade umgekehrt.» Ein von Dignitas deklariertes «Geheimhaltungsinteresse» bestehe nicht. Schon vor zwölf Jahren hatte es das Bundesgericht dem Dignitas-Initianten Minelli zu erklären versucht (BGE 127 III 488). Damals hatte es von der schematischen bundesdeutschen Einteilung in «relative» und «absolute» Personen der Zeitgeschichte Abstand genommen und das flexible Kriterium einer «Person des öffentlichen Lebens» eingeführt. Der kämpferische Minelli und die aktivistische, für freie Todeswahl missionierende Dignitas qualifizieren sich hierfür eindeutig.

Nicht ganz einzuleuchten vermögen lediglich zwei Details dieser soliden Urteilsbegründung: Hasler habe «ausgewogen» berichtet und «kein Werturteil» eingeflochten. «Ausgewogenheit», ein ödes Tropfenzählerkriterium, ist bei Printmedien nicht verlangt (bei elektronischen Medien lediglich im Vorfeld von Volksabstimmungen und Wahlen). Gemeint hat das Gericht hier offenbar «Fairness», das heisst: Einbezug von Argumenten der Klägerin Dignitas, sodass die Leserschaft eine Kontroverse wahrnimmt. Auch ein Werturteil hätte Hasler abgeben dürfen, solange er zwischen Fakten und Meinung unterscheidet und sich zu keiner «Vorverurteilung» von Dignitas im allenfalls anlaufenden Strafverfahren versteigt.

Dr. iur. Peter Studer, Rüschiikon

14-80

### Swisscom gegen NZZ: Gesuch um vorsorgliches Publikationsverbot abgewiesen

Herabsetzende Äusserungen; öffentliches Interesse an der Berichterstattung; superprovisorische vorsorgliche Massnahme

Art. 3 Abs. 1 Bst. a, 9 Abs. 1 UWG; Art. 266 Bst. b ZPO

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 12. Februar 2014 (HG 13 150 KAI)

Die Swisscom wollte verhindern, dass die Neue Zürcher Zeitung (NZZ) weiterhin über Datenbänder berichtet, die ihr abhandengekommen sind. Sie reichte gegen diese Berichterstattung ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ein. In einer Verfügung verbot das Handelsgericht des Kantons Bern der NZZ superprovisorisch weitere Veröffentlichungen zu diesen Datenbändern. Im anschliessenden Entscheid hebt es diese Verfügung wieder auf und weist das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab. Es begründet den Entscheid damit, dass keine Anspruchsgrundlage aus UWG besteht und auch ein Rechtfertigungsgrund nicht offensichtlich fehlt.

Die NZZ veröffentlichte am 18., 19. und 21. September 2013 von Andreas Schmid verfasste Berichte über Datenbän-

der, die der Swisscom abhandengekommen sind. Am 20. Dezember 2013 erschien ein weiterer Artikel in der NZZ, in welchem berichtet wurde, dass die abhandengekommenen Datenträger unter anderem eine Liste mit 979 Namen, einschliesslich Prominenten aus allen Sparten, enthalte, mit Wohn- und Mail-Adressen, Handy- und Festnetznummern sowie Geburtsdaten. Dabei werden einzelne prominente Betroffene namentlich angeführt. Die Swisscom reichte am gleichen Tag ein Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen beim Handelsgericht des Kantons Bern ein. Sie beantragte, der NZZ sei zu verbieten, die auf den Datenbändern enthaltenen Informationen «(...) zu veröffentlichen oder sonstwie zu verbreiten oder Dritten zugänglich zu machen». Das Gericht hiess das Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen gut. In ihrer Gesuchantwort beantragte die NZZ die Aufhebung dieser Verfügung und die vollumfängliche Abweisung der vorsorglichen Massnahmen.

Die Swisscom macht einen Unterlassungsanspruch aufgrund von Art. 3 Abs. 1 Bst. a i. V. m. Art. 9 Abs. 1 UWG geltend. Sie begründet diesen Anspruch damit, die NZZ setze sie mit der Veröffentlichung vom 20. Dezember 2013 und durch weitere geplante Veröffentlichungen insbesondere in ihren Geschäftsverhältnissen herab. Der einzige Zweck dieser Veröffentlichungen sei es, sie «schlecht zu machen», weshalb die erfolgten und geplanten Äusserungen aus der Perspektive des Durchschnittsadressaten als unnötig verletzend zu qualifizieren seien. Zudem werde durch die sequenziellen Veröffentlichungen der falsche Eindruck erweckt, es gebe neue Erkenntnisse über den Datenverlust, weshalb die gemachten und geplanten Äusserungen auch als irreführend zu qualifizieren seien. Durch die erfolgte und geplante Berichterstattung werde sie massiv in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt und drohe weiterhin verletzt zu werden, insbesondere in ihrer Kundenschaft, ihrem Kredit sowie ihrem beruflichen Ansehen.

Das Handelsgericht ist der Ansicht, die Swisscom habe ein Rechtsschutzinteresse glaubhaft gemacht, da die NZZ von weiteren Artikeln gesprochen habe, die veröffentlicht werden sollen. Weiter kommt das Gericht zum Schluss, allein der Umstand, dass erneut Informationen ab den Datenbändern veröffentlicht werden, dürfte beim durchschnittlichen NZZ-Leser wohl kaum als eigentliches Verächtlich-, Herunter-, oder Schlechtmachen oder Anschwärzen empfunden werden. Die Veröffentlichung ab den Datenbändern könne nicht generell und unabhängig von konkreten Äusserungen als herabsetzend im Sinne von Art. 3 Bst. a UWG qualifiziert werden. Zwar würden die Daten aus Geschäftsbeziehungen der Swisscom zu Dritten stammen und deren Veröffentlichung könne durchaus einen Einfluss auf diese Geschäftsbeziehungen haben, womit aber noch keine herabsetzende Äusserung zu einer Geschäftsbeziehung vorliege. Darüber hinaus kommt das Gericht zum Schluss, dass auch die zusätzlich erforderlichen qualifizierenden Elemente fehlen. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, dass bei einem fortlaufenden und grundlosen Zurückkommen auf ein bereits länger zurückliegendes Ereignis oder bei einem häppchenweisen Publizieren neuer Erkenntnisse ohne Bezug zu weiteren Entwicklungen im Sinne eines künstlichen Publikationsrhythmus eine Irreführung im Sinne des UWG denkbar ist. Eine solche sei allerdings, entgegen der Ansicht der Swisscom, vorliegend nicht ersichtlich. Soweit neue Erkenntnisse vorliegen

würden, so das Gericht weiter, erfahre die Veröffentlichung von Informationen von den Datenbändern eine gewisse Rechtfertigung, aufgrund welcher nicht anzunehmen sei, dass beim durchschnittlichen Leser der Eindruck erweckt werde, dass mit der erneuten Publikation einzig der Zweck verfolgt wird, die Swisscom schlechtzumachen oder ihr zu schaden, zumal es sich um wahre Äusserungen handle. Entsprechend kommt das Gericht zum Schluss, dass es sich auch nicht um unnötig verletzende Äusserungen handelt. Es verneint daher eine Anspruchsgrundlage aus UWG.

Damit eine vorsorgliche Massnahme angeordnet werden kann, darf gemäss Art. 266 Bst. b ZPO offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Das Gericht verneint, dass im Dezember 2013 wegen des langen Zeitablaufs bereits kein Interesse mehr an der Berichterstattung zum besagten Thema bestehen soll, zumal die NZZ einen gewissen Auswertungsfortschritt und ein neues bedeutendes Ereignis (Sistierung des Strafverfahrens) als Anlass für die neue Publikation nachvollziehbar dargelegt habe. Zudem handle es sich bei der Swisscom um ein bedeutendes und allseits bekanntes Unternehmen mit sehr zahlreichen Kunden, weshalb ein erhebliches öffentliches Informationsinteresse bestehe. Schliesslich habe die NZZ bis anhin keine eindeutig falschen Tatsachendarstellungen veröffentlicht. Folglich kommt das Handelsgericht zum Schluss, dass vorliegend ein Rechtfertigungsgrund (öffentliches Interesse an der Berichterstattung) nicht offensichtlich fehlt. Damit seien die Voraussetzung nach Art. 266 Bst. b ZPO nicht gegeben, weshalb sich die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme auch deshalb als unzulässig erweise. Da es sowohl an den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 Bst. a UWG als auch an denjenigen von Art. 266 ZPO fehlt, weist das Gericht das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen der Swisscom ab.

---

**Anmerkungen** Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern ist deshalb bemerkenswert, weil es in diesem Rechtsstreit nicht (wie sonst meistens in Massnahmeverfahren gegen Medien) um das vorsorgliche Verbot der Veröffentlichung unrichtiger Angaben ging. Die Frage des Wahrheitsgehalts der künftigen Berichterstattung stand nicht zur Debatte. Vielmehr hatte die Swisscom in erster Linie geltend gemacht, die von der NZZ geplanten weiteren Artikel stellten eine unnötig verletzende Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG dar, weil ihr einziger Zweck darin bestehe, die Swisscom «schlecht zu machen» und die Aufmerksamkeit für die Story der NZZ zu erhöhen.

Tatsächlich wird in der Literatur zum Lauterkeitsrecht die Auffassung vertreten, dass eine unnötig verletzende Herabsetzung auch mittels einer wahren Äusserung erfolgen kann, wenn damit «kein anderer Zweck verfolgt wird, als einem Wettbewerber zu schaden», oder wenn sie «vorwiegend mit dem Zweck erfolgt, den Betroffenen schlecht zu machen» (BaslerKomm/Berger, Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, N 52 f. mit Hinweisen).

Die in diesem Zusammenhang genannten Beispiele und Entscheide betreffen aber hauptsächlich Äusserungen von Wettbewerbern über andere Wettbewerber – jedenfalls nicht redaktionelle Äusserungen in den Medien. Mit der Frage, ob wahre Darstellungen in den Medien unnötig verletzend im Sinne des UWG sein können, hat sich das Bundesgericht – soweit überblickbar – noch nie näher befasst. Hingegen hat

es zum Persönlichkeitsschutz in ständiger Rechtsprechung den folgenden Grundsatz geprägt: «Die Verbreitung wahrer Tatsachen ist grundsätzlich durch den Informationsauftrag der Presse gedeckt, es sei denn, es handle sich um solche aus dem Geheim- oder Privatbereich oder die betroffene Person werde in unzulässiger Weise herabgesetzt, weil die Form der Darstellung unnötig verletzt (...). Eine Rechtfertigung dürfte regelmässig gegeben sein, wenn die berichtete wahre Tatsache einen Zusammenhang mit der öffentlichen Tätigkeit oder Funktion der betreffenden Person hat» (BGer, 7. 3. 2014, 5A\_456/2013, E. 2, mit Hinweisen). Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Grundsatz nicht auch im UWG gelten soll, zumal wahre Angaben in der Regel die Transparenz und den Wettbewerb fördern (BaslerKomm/Berger, a. a. O.). Die Swisscom hat offenbar nicht geltend gemacht, die NZZ werde sich einer unnötig verletzenden Form bedienen oder es drohe eine Verletzung ihrer Geheim- oder Privatsphäre. Sie führte vor allem den Zweck des Schlechtmachens ins Feld. Dennoch hat das Berner Handelsgericht nicht geprüft, ob der vom Bundesgericht im Persönlichkeitsschutz geprägte Grundsatz auch auf das UWG anwendbar ist und das Massnahmebegehren mit der Begründung abgewiesen werden könnte, die beabsichtigte Verbreitung wahrer Tatsachen sei durch den Informationsauftrag der Presse gedeckt und könne deshalb keine unnötig verletzende Herabsetzung darstellen. Stattdessen ging das Gericht der rein hypothetischen Frage nach, ob bei der (fiktiven und deshalb problematischen) Rechtsfigur des durchschnittlichen Lesers der Eindruck entstehen könnte, die Veröffentlichung diene dem einzigen Zweck, die Swisscom schlechtzumachen. Zwar verneinte das Handelsgericht diese Frage zu Recht – den Informationsauftrag der Presse hat es dabei aber ausgeblendet.

Dr. Christoph Born, Zürich

### 4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen – Autres questions de droit privé

14-81

#### Nichteintreten mangels tauglicher Rügen

Rechtskraft von vorsorglichen Massnahmen; Rügeprinzip

Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 75 Abs. 1, 98, 106 Abs. 2 BGG; Art. 315 Abs. 4 ZPO

Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 2013  
(5A\_219/2013)

X. erwirkte einen vorsorglichen Massnahmeentscheid. Das Gericht setzte ihr eine Frist zur Einreichung der ordentlichen Klage an. Da das Gericht auf ein Gesuch von X. um Fristverlängerung nicht eintrat, weil das Fristerstreckungsgesuch verspätet erfolgt sei, gelangte sie ans Bundesgericht. Dieses kommt zum Schluss, dass ihre Rügen mangelhaft sind, und tritt deshalb auf die Beschwerde nicht ein.

Das Bezirksgericht Willisau verbot mit vorsorglichem Massnahmeentscheid dem Y., Berichte im Zusammenhang mit

X. und ihrer Hundezucht in der Fernsehsendung «Kassensturz» und der Radiosendung «Espresso» auszustrahlen. Es setzte X. eine Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids, um Klage wegen Persönlichkeitsverletzung einzureichen. X. ersuchte mit Schreiben vom 31. Oktober 2012 um Fristerstreckung für die Einreichung der Klage bis zum 20. November 2012. Das Bezirksgericht trat auf das Gesuch mit der Begründung nicht ein, die Frist habe am 29. Oktober 2012 geendet, weshalb das Fristerstreckungsgesuch verspätet sei. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Obergericht Luzern ab, weshalb X. mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht bemerkt zuerst, der Nichteintretensentscheid betreffend Fristverlängerung sei als vorsorgliche Massnahme zu charakterisieren. Deshalb könne nach Art. 98 BGG nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden, wobei hierfür das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gelte. Es führt weiter aus, X. mache eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV durch das erstinstanzliche Gericht geltend. Dieser Entscheid sei aber ausführlich begründet und könne zudem gar nicht Anfechtungsobjekt sein (Art. 75 Abs. 1 BGG). Weil X. nicht den obergerichtlichen Entscheid anfechte, könne diesbezüglich nicht auf die Beschwerde eingetreten werden.

Das Bundesgericht führt aus, X. mache weiter geltend, die unrichtige Rechtsbelehrung könne keine Rechtswirkung entfalten. Ob die Rechtsmittelbelehrung allerdings unrichtig sei, ergebe sich aus einer Auslegung von Art. 315 Abs. 4 ZPO. Konkret gehe es um die Frage, ob die Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen die formelle Rechtskraft aufschiebt oder nicht. Dabei äussere sich X. ausführlich zu dieser Frage, allerdings zeige sie nicht auf, dass das Obergericht Art. 315 Abs. 4 ZPO willkürlich oder in Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte angewandt habe. Das Bundesgericht kommt deshalb zum Schluss, auf die Beschwerde könne mangels tauglicher Rügen nicht eingetreten werden.

## 5. Urheberrecht – Droit d'auteur

### 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

14-82

#### Genehmigung GT S [2011–2013] nicht bundesrechtswidrig

Angemessenheit des Tarifs; Leistungsschutzrecht; Urheberrecht; 10:3-Relation

Art. 15 Abs. 1 WPPT; Art. 190 BV; Art. 60 Abs. 2 URG

Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2014  
(2C\_783/2013)

Die ESchK hat den von den Verwertungsgesellschaften beantragten GT S [2011–2013] genehmigt, mit Ausnahme von Ziffer 7.2. Dagegen erhob Swissperform Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und schliesslich ans Bundesgericht. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts sei nicht bundesrechtswidrig, und weist deshalb die Beschwerde von Swissperform ab.

Die beiden Verwertungsgesellschaften Swissperform und Suisa beantragten bei der ESchK die Genehmigung eines neuen «Gemeinsamen Tarifs (GT) S Sender» (GT S [2011–2013]). Der neue GT S [2011–2013] erfasst neben der Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken auch die Nutzung der Leistungsschutzrechte. Swissperform beantragt die Genehmigung von Ziffer 7.2 mit folgendem Inhalt:

«Die gemäss Ziffer 13.2 sowie Ziffer 16 in Verbindung mit Ziffer 7.1 auf Basis der massgeblichen Werbeeinnahmen gemäss Ziffer 8.1, Lemma 1 in Verbindung mit Ziffer 8.2 und 9 berechneten Vergütungen für die verwandten Schutzrechte erhöhen sich für das Jahr 2011 um 10%, für das Jahr 2012 um 20% und ab dem Jahr 2013 um 30%.»

Die ESchK genehmigte den GT S [2011–2013] mit Ausnahme der vorgeschlagenen Ziffer 7.2. Dagegen gelangte die Swissperform ans Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Ziffer 7.2 sei in der von ihr vorgeschlagenen Fassung in den Tarif aufzunehmen, was das Bundesverwaltungsgericht allerdings ablehnte. Es begründete seinen Entscheid damit, die Swissperform habe nicht glaubhaft gemacht, dass der genehmigte Wortlaut des strittigen Tarifs unangemessen wäre.

Die Swissperform rügt zuerst in verschiedener Hinsicht eine Gehörsverletzung und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass das Bundesverwaltungsgericht keine derartigen formellen Fehler begangen hat.

In rechtlicher Hinsicht macht die Swissperform geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe den Begriff des «angemessenen Entgelts» (Art. 60 Abs. 2 URG) bundesrechtswidrig verstanden: Entgegen dieser Auffassung beurteile sich die Angemessenheit nicht primär nach der Wettbewerbssimulationsmethode, sondern nach den in nicht regulierten Märkten er-

zielten Preisen sowie hilfsweise nach demjenigen Ertrag, den andere an der Schaffung des gleichen Produkts Beteiligte für ihren Beitrag erzielen. Daraus ergebe sich, dass die Vergütung für die verwandten Schutzrechte gegenüber jenen für Urheberrechte erhöht werden müsse.

Das Bundesgericht führt dazu aus, dem Gesetzgeber könne es nicht verwehrt sein, den Begriff der Angemessenheit aufgrund einer politischen Wertung gesetzlich zu konkretisieren und dabei auch den Leistungsschutzrechten einen anderen Wert beizumessen als den Urheberrechten. Die gesetzliche 10:3-Relation bewege sich im Rahmen der grossen Bandbreite der völkerrechtlichen Vorgaben und sei für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Das Gesetz selber sehe zwar ausdrücklich die Möglichkeit einer Abweichung von den Regelhöchstsätzen vor, ebenso könne im Einzelfall die Relation von 10:3 durchbrochen werden, wenn besondere Gründe hierfür sprechen. Eine Auslegung, die zur Folge hat, dass generell von dieser Relation abgewichen wird, wäre indessen nicht mehr gesetzeskonform, ohne mit Blick auf den grossen Beurteilungsspielraum in Art. 15 Abs. 1 WPPT völkerrechtlich geboten zu sein. Vor diesem Hintergrund, so das Bundesgericht weiter, erweise sich die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der geforderten Ergänzung des GT S [2011–2013] als nicht bundesrechtswidrig. Unbegründet sei namentlich die Rüge, das Bundesverwaltungsgericht habe die Intensität des Zusammenhangs zwischen Einnahmegerenerierung und Nutzung der tariflichen Leistungen nicht hinreichend gewürdigt. Die Swissperform beanstandet damit im Wesentlichen, dass der Tarif einen Werbeakquisitionskostenabzug vorsieht. Gemäss Bundesgericht läuft dieser Antrag darauf hinaus, für die hier umstrittenen Nutzungen diese Relation generell infrage zu stellen, weshalb er mit den gesetzlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei. Weiter berufe sich die Swissperform auf nicht regulierte Märkte, namentlich auf den Onlinemarkt und die Situation vor der Unterstellung des Vervielfältigungsrechts unter die kollektive Verwertung. In Bezug auf den Onlinemarkt sei nicht dargetan, dass es sich tatsächlich um einen vergleichbaren Markt handelt. Bezüglich der Situation vor der Unterstellung des Vervielfältigungsrechts unter die kollektive Verwertung habe die Swissperform nicht genügend dargelegt, ob und in welchem Umfang für die hier strittigen Nutzungen höhere Preise resultiert haben. Eine Unangemessenheit des Tarifs S in der genehmigten Fassung sei damit nicht rechtsgenügend dargetan. Schliesslich beanstandet die Swissperform, der Vergleich mit dem Ausland sei zu wenig berücksichtigt worden. Das Bundesgericht führt zwar an, dass der Vergleich mit ausländischen Tarifen eines der wenigen greifbaren Kriterien darstelle, wenn er in einer Weise durchgeführt wird, der den massgebenden Umständen Rechnung trägt. Allerdings habe das Bundesverwaltungsgericht die Daten zum Auslandsvergleich eingehend gewürdigt. Es habe dabei festgehalten, dass es aufgrund der vielen Parameter schwierig erscheine, festzustellen, ob und inwiefern die Zahlen untereinander verglichen werden können. Diese Einschätzung sei nicht offensichtlich unrichtig und für das Bundesgericht daher verbindlich. Aufgrund der gemachten Erwägungen kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

14-83

**Beschwerde gegen Tarif A Radio 2013–2016  
abgewiesen**Geschütztes Repertoire; Prüfung von Vorfragen durch die  
ESchK; Meldewesen; Tarifgenehmigung

Art. 51 URG; Ziff. 8, 10, 24 Tarifentwurf A Radio 2013–2016

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom  
28. November 2013 (B-2429/2013)

Die ESchK hat den von A. beantragten Tarifentwurf A Radio 2013–2016 zwar genehmigt, aber verschiedene Ziffern rausgestrichen. Mittels Beschwerde gelangte A. ans Bundesverwaltungsgericht und setzte sich gegen die Streichungen zur Wehr. Das Bundesverwaltungsgericht kommt nun zum Schluss, dass die Streichung der Ziff. 8, 10, und 24 nicht zu beanstanden ist, und weist die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Die Gültigkeitsdauer des Tarifs A Radio, der die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die B. zu Sendezwecken im Radio regelt, lief am 31. Dezember 2012 ab. Er bildete den Ausgangspunkt der Verhandlungen über den aktuellen Tarif A Radio 2013–2016. Über den Hauptteil der Regelung des aktuellen Tarifs gab es keine Divergenzen, insbesondere blieb der Vergütungssatz von 3,33% pro rata temporis des verwendeten geschützten Repertoires zwischen den Tarifparteien unbestritten. Allerdings waren bei den Verhandlungen zum aktuellen Tarif Rechtsfragen betreffend das geschützte Repertoire und das Meldewesen umstritten. A. legte der ESchK den Tarifentwurf A Radio vor. Die ESchK genehmigte den Tarif A Radio 2013–2016, strich allerdings die Ziff. 8, 10 und 24. Daraufhin reichte A. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und beantragte, ihr Tarifentwurf A Radio 2013–2016 sei ohne Änderungen zu genehmigen. B. beantragte in ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde.

Die Parteien sind sich über den Umfang der Prüfungspflicht der ESchK uneinig. Während A. die vorfrageweise Prüfung von ausserhalb der Tarifpflicht liegenden materiellrechtlichen Fragen verlangt, sind die ESchK und B. der Auffassung, für solche Fragen sei alleine der Zivilrichter zuständig. Deshalb prüft das Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt, wie weit die Prüfung von materiellrechtlichen Vorfragen durch die ESchK gehen muss. Es führt dabei aus, die Parteien seien sich zwar insofern einig, als die ESchK vorfrageweise Rechtsfragen prüfen muss, wenn sich diese auf die Angemessenheit des Tarifs auswirken können. Hinsichtlich der Frage, ob die Vorinstanz darüber hinaus noch weitere Rechtsfragen vorfrageweise prüfen muss, gingen die Auffassungen dagegen auseinander. Nach der Praxis der ESchK, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, sei bei Sendetarifen mit einem linearen Prozenttarif die Rechtsfrage, inwieweit die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken vergütungspflichtig ist, keine zur Angemessenheitsprüfung notwendige Vorfrage. Deshalb prüfe die ESchK solche Vorfragen im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren grundsätzlich nicht. Das Bundesverwaltungsge-

richt führt weiter aus, es könne zwar für die ESchK im Einzelfall angezeigt sein, gewisse strittige Fragen zu prüfen, welche nicht unmittelbar mit der Prüfung der Angemessenheit zusammenhängen. Die Tarifparteien könnten sich jedoch auf eine solche Beurteilung nicht ohne Weiteres verlassen, weil der Zivilrichter an solche verwaltungsrechtlichen Beurteilungen nicht gebunden sei. Daher erachtet das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der ESchK grundsätzlich als zulässig. Es stehe der ESchK aber frei, sich zu materiell-rechtlichen Fragen zu äussern.

Gestützt auf ihre Praxis bezüglich Vorfragen strich die ESchK Ziff. 8 und 10 des beantragten Tarifs. In Ziff. 8 des beantragten Tarifs waren drei Kriterien aufgeführt, nach welchen eine Aufnahme als geschützt gilt. Die ersten beiden Kriterien (Lemma 1 und 2) sind inhaltlich unbestritten. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers A. könne eine Bestimmung durchaus inhaltlich unbestritten sein, obwohl Uneinigkeit darüber herrschen kann, diese Bestimmung tariflich zu vereinbaren. Ferner wies es darauf hin, dass, wenn es bei Ziff. 8 des beantragten Tarifs tatsächlich um die Umschreibung der diesem Tarif unterworfenen Handlungen ginge, diese Bestimmung wohl eher unter dem Titel «A. Gegenstand des Tarifs» als im Zusammenhang mit der Regelung der Vergütung stehen müsste. Ausserdem wäre auch die explizite Regelung des Schutzzumfanges im Tarif zivilrechtlich nicht bindend. Daher ist die ESchK nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts nicht verpflichtet, solche Bestimmungen zu genehmigen. Im Gegensatz zu Lemma 1 und 2 von Ziff. 8 ist Lemma 3 inhaltlich umstritten. Nach der ESchK soll mit Lemma 3 eine Vorfrage geregelt werden, welche sie nach ihrer Praxis nicht überprüfen müsse. Wie bereits erläutert ist das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass die Praxis der ESchK hinsichtlich der Prüfung von Vorfragen grundsätzlich zulässig ist. Daher erscheint dem Bundesverwaltungsgericht auch die Streichung von Ziff. 8 Lemma 3 des beanstandeten Tarifs durch die ESchK als zulässig.

Ziff. 10 des beantragten Tarifs lautet folgendermassen: «Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieses Verbreitungsvektors zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt». Bezüglich dieser Ziffer ist das Bundesverwaltungsgericht der Meinung, es sei mit der ESchK davon auszugehen, dass bei mehreren Verbreitungsvektoren auch eine Berechnung aufgrund der Ziff. 7 des Tarifs möglich wäre. Deshalb sei die Ziff. 10 des beantragten Tarifs zum aktuellen Zeitpunkt der unsicheren Rechtslage insbesondere in Bezug auf das sogenannte US-Repertoire entbehrlich. Daher erscheint dem Bundesverwaltungsgericht die Streichung dieser Bestimmung durch die ESchK als zulässig.

Im Bereich des Meldewesens sind im Wesentlichen die Modalitäten der Einführung des ISRC strittig. Während A. schnellstmöglich sämtliche Meldungen über den ISRC abwickeln will, gibt B. technische, wirtschaftliche und rechtliche Probleme zu bedenken. Gestrichen wurde von der ESchK die Ziff. 24 des beantragten Tarifs, wonach A. den ISRC bei Meldedefehlern auf Kosten von B. recherchieren lassen könnte. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt sich zuerst der Frage an, ob eine gesetzliche Pflicht zur Meldung des ISRC besteht. Dabei

lässt es offen, ob die Meldung des ISRC aufgrund von Art. 51 URG grundsätzlich erforderlich ist. Denn auch wenn eine solche Meldepflicht angenommen würde, müsste diese zumutbar sein. Das Bundesverwaltungsgericht ist allerdings der Ansicht, dass die Meldepflicht nach Ziff. 24 des beantragten Tarifs als unzumutbar zu qualifizieren ist. Mit dieser Schlussfolgerung werde auch dem in gleicher Ziffer vorgesehenen Sanktionsmechanismus die Grundlage entzogen. Deshalb beurteilt das Bundesverwaltungsgericht die Streichung von Ziff. 24 als folgerichtig.

Zusammenfassend kommt das Bundesverwaltungsgericht deshalb zum Schluss, dass die Streichung der Ziff. 8, 10 und 24 des von A. beantragten Tarifs nicht zu beanstanden ist. Es weist dessen Beschwerde deshalb ab.

---

## Neuerscheinungen

Propriété intellectuelle, Commentaire romand  
Helbing Lichtenhahn, Basel 2013, 2384 p.

Le Commentaire romand de Propriété intellectuelle compte quelque 2400 pages de texte serré. Il n'en fallait probablement pas moins pour traiter cette matière complexe. Pour la faire tenir dans le format de la série, certains choix ont dû être effectués, comme de ne pas traiter d'histoire et de droit comparé. La propriété intellectuelle implique nécessairement une dimension internationale, avec la mondialisation du commerce des biens auxquels se rattachent les protections qu'il octroie. Les accords internationaux et le droit européen sont donc présentés lorsque cela a paru nécessaire, par exemple en ce qui concerne les indications de provenances protégées ou les brevets européens. Des chapitres spéciaux sont consacrés au droit international privé de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'une reproduction des passages topiques du commentaire romand de LDIP et de la convention de Lugano, mais ils ont été actualisés et revus par les auteurs en vue de leur insertion dans ce nouvel opus. Ils sont un complément fort utile, et on apprécie l'approche tant théorique que pratique des règles de compétence et de reconnaissance des jugements. Cette adjonction aux règles de droit matériel semble essentielle, notamment pour saisir les rapports entre le droit suisse et communautaire.

Certains auteurs mentionnent les textes internationaux pour être exhaustifs, alors que d'autres se réfèrent aux conventions ou au droit des pays voisins pour souligner les particularités ou l'importance des règles suisses qu'ils exposent, ce qui rend la lecture de ces passages à la fois pédagogique et captivante.

Malgré l'ampleur de la matière, les auteurs ont pris le temps de la commenter en détail, abordant par exemple l'enregistrement des marques particulières comme la marque olfactive. Ils traitent de questions difficiles ou techniques, comme les particularités des protections conférées aux nouvelles technologies, et font le lien entre diverses dispositions légales, comme par exemple la LCD ou le Code civil. Pour être complet, un passage a été consacré aux dispositions pertinentes du droit cartellaire.

La protection des topographies des circuits intégrés n'est pas abordée, ni la protection des obtentions végétales. L'avant-propos explique que la première édition de cet ouvrage se concentre sur les plus importantes lois de propriété intellectuelle. On comprend que ces outils de protection sont moins utilisés que d'autres. Il serait toutefois intéressant qu'il soit brièvement expliqué pourquoi tel est le cas dans la prochaine édition.

En matière de brevet, certaines questions techniques de procédure d'enregistrement ne sont pas abordées en détail, ce qui est fort compréhensible si le commentaire s'adresse uniquement aux avocats au barreau. Des agents de brevets ont émis le souhait que ces aspects soient traités dans la prochaine édition si possible, car pour eux il existe peu de textes sur les détails et les difficultés des procédures d'enregistrement.

Sur le plan formel, on apprécie l'insertion dans le texte de tableaux récapitulatifs ou comparatifs, ou encore de listes exemplatives, notamment en ce qui concerne les marques ap-

partenant au domaine public ou celles présentant un risque de confusion.

La seule véritable difficulté que rencontrera le praticien à la recherche d'un renseignement est liée à l'index. Aux difficultés liées au format de présentation des entrées trop denses, s'ajoutent des références croisées au sein de l'index qui obligent l'utilisateur à consulter plusieurs entrées pour trouver le texte voulu. Certaines entrées ne renvoient pas à tous les passages de l'ouvrage qui traitent du sujet en question. Celui qui connaît déjà la matière ne sera pas embarrassé, mais tel pourrait ne pas être le cas pour qui ouvre ce livre pour chercher une réponse dans un domaine qu'il ne maîtrise pas. Cependant, le fait que ce qui précède est la seule critique qu'on puisse formuler à l'encontre de cette publication est un bel indice de sa qualité.

**D<sup>r</sup> iur. Peter Studer, Rüschnikon**

---

## Bücher/Livres

**De Werra Jacques**, La protection des secrets d'affaires: actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013, Genf 2013.

**Volz Stephanie**, Trennungsgebot und Internet: ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, Zürich 2014.

---

## Aufsätze/Etudes

**Weber Rolf/Heinrich Ulrike**, Existiert ein Recht auf Anonymität im Internet?, in: Dutoit Bernhard et al., Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 5/2013, S. 477–495.

---

## Zeitschriften/Revues

**Balthasar Alexander**, Datenschutz im Internet: Faktische und damit rechtliche Grenzen auch für den demokratischen Gesetzgeber?, Jusletter, 20. 2. 2014.

**Leitner Peter/Salimi Farsam/Löschl Leopold**, Social Media Crime: Kriminalitätsphänomene in sozialen Medien und rechtliche Aspekte, Jusletter, 20. 2. 2014.

**Wolfeil Egmar**, Datenschutz: Ist ein Recht auf Vergessenwerden realistisch?, Jusletter, 20. 2. 2014.

**Herausgeber/Directeurs de la publication:**

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

**Redaktion/Rédaction:**

Oliver Sidler (verantw./resp.), Dominique Strebel, Alexandre Curchod  
 Baarerstrasse 10, Postfach 4545, CH-6304 Zug  
 Tel. 041 508 07 80, Fax 041 508 07 88  
 redaktion@medialex.ch

**Ressortleiter/Responsables de ressorts:**

*Grund- und Verfassungsrecht/Droits fondamental et constitutionnel:*

Prof. Markus Schefer (lstschefer-ius@unibas.ch)

*Informationsrecht/Droit de l'information:*

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

*Zivilrecht/Droit civil:*

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

*Strafrecht/Droit pénal:*

Prof. Stéphane Werly (stephane.werly@unine.ch)

*Urheberrecht/Droit d'auteur:*

Dr. Willi Egloff (info@advocomplex.ch)

*Recht der neuen Technologien/Droit des nouvelles technologies:*

Sébastien Fanti, Avocat, Sion (sebastien.fanti@sebastienfanti.ch)

*Radio- und Fernsehrecht/Droit de la radiodiffusion:*

Dr. Thomas Steiner (tsteiner@vischer.com)

*Medienethik, Selbstregulierung/Ethique des médias, autorégulation:*

Dr. Denis Masméjan (denis.masméjan@letemps.ch)

**Druck/Impression:**

Stämpfli Publikationen AG, Bern

**Verlag/Editeur:**

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern,  
 verlag@staempfli.com

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlages.

**Zitierweise:**

medialex Jahr, Seite; z. B. medialex 2013, 52

**Abréviation suggérée:**

medialex année, page; ex.: medialex 2013, 52

**Abonnementspreis jährlich/Prix d'abonnement annuel:**

Abo-plus Schweiz (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 151.– inkl. MWST

Abo-plus Ausland (Zeitschrift und Onlinezugang)

CHF 161.–/€ 140.–, inkl. Versandkosten

Onlinezugang CHF 117.–

**Abonnements/Abonnements:**

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach 5662, CH-3001 Bern,

Tel. 031 300 63 25, periodika@staempfli.com

**Inserate/Annonces:**

Stämpfli Publikationen AG, Inseratenabteilung, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 84, Fax 031 300 63 90

**medialex**

medialex ist die Zeitschrift der Stiftung medialex, mit Sitz in Freiburg. 1995 gegründet, hat die Stiftung die Herausgabe einer Zeitschrift zum Medienrecht zum Hauptziel. Verlag ist die Stämpfli Verlag AG, Bern. In Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Kommunikation, dem Institut für Journalismus und Kommunikation der Universität Neuenburg und dem Fachbereich Medien- und Kommunikationswissenschaft der Universität Freiburg.

www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014

ISSN 1420-3723

**Gliederung für Entscheide**

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

**Index des décisions**

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

