

medialex

Zeitschrift für Medienrecht
Revue de droit des médias



Droit pénal

Entre secrets d'Etat et intérêt public

Kartellrecht

Die Meinungs- und Angebotsvielfalt und das Kartellgesetz am Beispiel der Erteilung von Rundfunkkonzessionen

Droit civil

L'obligation d'un fournisseur d'hébergement sur Internet de réparer le préjudice et la diligence dont il doit faire preuve

Medienethik

Der Presserat wird nicht gehört



Stämpfli Verlag

19. Jahrgang
19^e 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	171
Entre secrets d’Etat et intérêt public	171
ENRICO MORRESI	
Der Presserat wird nicht gehört	173
MARKUS PRAZELLER, DAVID HUG	
<hr/>	
untersuchungen études	175
La diligence d’un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice	175
CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, JULIEN FRANCEY	
Die Meinungs- und Angebotsvielfalt und das Kartellgesetz am Beispiel der Erteilung von Rundfunkkonzessionen	184
PHILIPP ZURKINDEN	
<hr/>	
entscheidungen décisions	191
Inhaltsverzeichnis Sommaire	191
Die Entscheidung La décision	194
Weitere Entscheidungen Autres décisions	197
1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht	197
1.1 Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit	197
1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit	199
1.3 Radio- und Fernsehrecht	205
2. Recht der Onlinemedien	209
3. Strafrecht	211
3.4 Redaktionsgeheimnis	211
4. Privatrecht	212
4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz	212
5. Urheberrecht	214
5.2 Verwertungsrecht	214
8. Ethik/Selbstregulierung	215
8.1 Ethik des Journalismus	215
<hr/>	
bücher, zeitschriften livres, revues	220



Enrico Morresi, MAE (Zurich), journaliste, ancien président de la Fondation du Conseil suisse de la presse.

enrico.morresi@sunrise.ch

Entre secrets d'Etat et intérêt public

Zusammenfassung Das öffentliche Interesse (Art. 36 BV) ist ein zentraler juristischer Begriff, der stets zu grossen Diskussionen Anlass gegeben hat. Seine Anwendung im Bereich der Massenmedien hingegen wurde nur im Zusammenhang mit der Privatsphäre diskutiert. Die kürzlich bekannt gewordenen Affären um Assange und Snowden haben der Diskussion eine neue Richtung verliehen: der Schutz der Staatsgeheimnisse. Selbst wenn das Internet es heutzutage erlaubt, sämtliche Verbote zu umgehen, ist es nicht zweckmässig, das Recht seiner Stellung zu berauben. Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Art. 293 StGB und der prekäre Status der Whistleblower in unserem Land haben unsere gesamte Aufmerksamkeit verdient.

Le monde de l'information et de la communication a été bouleversé par l'avènement du Web. Les nouvelles technologies ont offert au journalisme d'enquête et de recherche un espace de liberté que personne n'est en mesure de restreindre. A tel point qu'aujourd'hui une information peut faire le tour du monde sans que la loi ne parvienne à s'y opposer, pas même au sein d'Etats totalitaires et non démocratiques (*Power shift*, Journalists increasingly control decisions about what's public interest, Columbia Journalism Review, July-August 2014, 4).

Trois cas ont démontré, ces dernières années, la forte puissance de la communication politique en ligne.

Le premier de ces cas emblématiques est l'affaire «Assange», du nom du journaliste et informaticien australien qui a diffusé, en 2001, depuis le site *wikileaks*, des informations confidentielles sur les opérations militaires en Irak que lui avait transmises le soldat américain Bradley Manning. Ces informations, qui révélaient les abus commis par les forces armées US à l'encontre de la population civile, furent publiées par cinq journaux («Le Monde», «Der Spiegel», «The New York Times», «The Guardian», «El País»).

Le deuxième cas est celui d'Edgar Snowden, l'ancien fonctionnaire de la National Security Agency américaine; il avait remis à deux journalistes du «Guardian» et du «Washington Post» un grand nombre de documents qui ont mis en lumière

les opérations de surveillance secrète qu'a menées la NSA, ce qui a gravement compromis le gouvernement américain (Glenn Greenwald, *No Place to Hide*, New York, 2014). Une publication courageuse qui a valu au «Guardian» le Prix Pulitzer.

Le troisième cas de publication de documents secrets compromettants concernait les activités douteuses de quelques banques (dont l'une était suisse); par le biais d'une société domiciliée aux Iles Vierges britanniques, elles avaient tenté de faire sortir clandestinement de la Chine de considérables sommes d'argent. Ce scandale avait été dénoncé par François Pilet et Titus Plattner, deux journalistes du «Le Matin dimanche» et de la «SonntagsZeitung»; leur article fut ensuite repris par «Le Monde» et de nombreux autres journaux internationaux.

Il y a lieu de se demander comment le Conseil suisse de la presse, la conscience éthico-juridique de la profession, aurait réagi à de telles situations. A ce jour, cette instance n'a pratiquement jamais eu à se prononcer sur les notions de secrets d'Etat ou de sécurité de la population, ni même sur la politique des grandes banques. Seule exception: la prise de position 1/1997 qui concernait un rapport de l'ambassadeur de Suisse aux USA, Carlo Jagmetti; destiné au Département fédéral des affaires étrangères, ce document confidentiel, qui traitait des fonds juifs détenus par les banques suisses, avait été publié par le journaliste Martin Stoll de la «SonntagsZeitung». Le Conseil suisse de la presse avait jugé qu'en tant que telle la publication devait être considérée comme «légitime» («La confidentialité des rapports diplomatiques internes est justifiée, mais elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix. La fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également au domaine de la politique étrangère.»). Reste que le journal incriminé a été blâmé: il avait omis d'importants éléments et avait avant tout cherché le scandale. Le journaliste fut en outre sanctionné pénalement, malgré un vain recours à la Cour européenne des droits de l'homme (medialex 2008, 34-43).

L'affaire «Assange» avait, en son temps, suscité une prise de position tranchée de Suzette Sandoz, professeure honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne et ancienne conseillère nationale libérale. Rappelant que, dans un système

Enrico Morresi Entre secrets d'Etat et intérêt public

démocratique, tout pouvoir procède d'une élection, M^{me} Sandoz constate que les médias n'ont pas été élus, ni directement par le peuple, ni indirectement par une autorité étatique, qu'elle soit législative, exécutive ou judiciaire. Les médias ne sont autres que des groupes d'intérêt au même titre que les partis politiques: «Ils sont nécessaires, mais nullement élus. Partant, il ne leur appartient pas de décider, en lieu et place des élus, quand certains faits peuvent être rendus publics. Qui diffuse des informations secrètes ou confidentielles trahit la démocratie et ouvre la voie à un régime totalitaire fondé sur la délation» (Suzette Sandoz, *Wer Geheimnisse preisgibt, verrät die Demokratie*, in: «NZZ am Sonntag», 12 décembre 2010, 2).

Sans aller jusqu'à la trahison, les dispositions légales qui peuvent entrer en ligne de compte ne manquent pas dans notre pays. A commencer par l'article 293 du Code pénal qui sanctionne la publication d'informations secrètes.

Selon George Brock, qui fut journaliste au «Times» et qui enseigna à la City University de Londres, «le journalisme se trouve au carrefour de deux droits qui s'opposent: le droit de l'Etat d'occulter des informations dans le but de protéger les citoyens et le droit de la presse de divulguer des faits qui peuvent alimenter le débat public. Les journalistes doivent bénéficier d'un traitement de faveur parce qu'ils ont le devoir de porter à la connaissance du grand public des faits qu'il ne peut pas ignorer» («The Guardian», 9 août 2013).

L'idée de protéger le journaliste dans l'exercice de cette fonction sociétale n'est pas nouvelle; de nombreux ordres juridiques en tiennent, partiellement, déjà compte. L'exemple le plus significatif demeure encore le premier amendement de la Constitution américaine. En application de cette disposition, la Cour Suprême a blanchi, en 1971, le «New York Times», lequel avait publié les «Pentagon Papers», des documents qui révélaient les agissements répréhensibles du gouvernement américain durant la guerre du Vietnam («New York Times» c. United States, 403 US 713,714 [1971]). En outre, de nombreux pays, la Suisse incluse, consacrent désormais la protection des sources journalistiques.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur la question des secrets d'Etat. Cela dit, on relèvera qu'elle a toujours insisté sur le rôle décisif de la presse dans un système démocratique, notamment dans la deuxième affaire *Hanovre c./Allemagne* (7 février 2012): «La Cour a par ailleurs souligné à de nombreuses reprises le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, concernant notamment la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. A sa fonction qui consiste à diffuser des informations et des idées sur de telles questions s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de «chien de garde.»

De même, le philosophe Jürgen Habermas a, dans son ouvrage sur l'éthique de la discussion, relevé que les médias œuvrent dans la sphère de la société civile, une sphère d'action indépendante de celle de la politique ou de celle de l'économie. Leur mission est claire: «Sie sollen unparteilich die Anliegen und Anregungen des Publikums annehmen und (...) den poli-

tischen Prozess im Lichte dieser Themen und Beiträge einem Legitimationsszwang und verstärkter Kritik aussetzen» (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992, 457).

C'est dans ce sens que le principe constitutionnel suisse de «l'intérêt public» trouvera non sa justification – elle va de soi – mais de nouvelles perspectives de mise en application (cet article est la synthèse d'une étude publiée dans la revue «Dialoghi di riflessione cristiana», n° 232 [juin 2014], Dadò Editore, Locarno).

Résumé L'intérêt public (art. 36 Cst.) est une notion juridique centrale qui a toujours fait grand débat. Son application dans le domaine des médias de masse n'a cependant été traitée qu'en rapport avec la sphère privée. Les récentes affaires Assange et Snowden ont dirigé la discussion dans une autre direction: la protection des secrets d'Etats. Même si le Web permet aujourd'hui de contourner tous les interdits, il n'est pas opportun que le droit soit mis sur la touche. Dans notre pays, les problèmes posés par l'art. 293 CP et le statut précaire des lanceurs d'alerte méritent toute notre attention.



Markus Prazeller, MLaw, Advokat, praktiziert als Medienanwalt in Basel und Zürich. Zuvor war er als Journalist tätig, zuletzt als Bundeshausredaktor der «Basler Zeitung».

markus.prazeller@bdwlaw.ch

David Hug, MLaw, juristischer Mitarbeiter in einer auf Medienrecht spezialisierten Kanzlei. Er studierte Publizistik und Rechtswissenschaften in Zürich.

david.hug@bdwlaw.ch

Der Presserat wird nicht gehört

Die Selbstregulierungsinstanz der Medienbranche genügt den Anforderungen eines schnellen und interaktiven Medioumfelds nicht mehr – es besteht Handlungsbedarf

Résumé En sa qualité d'organe d'autorégulation, le Conseil de la presse évalue l'admissibilité de textes journalistiques sous l'angle de l'éthique des médias. Bien qu'il serait, selon les dispositions du Règlement du Conseil de la presse, légitimé à se prononcer de sa propre initiative sur des questions actuelles, l'organe se limite de manière générale aux prises de position sur plainte. Cette retenue auto-imposée ainsi que l'absence de relations publiques et la longue durée des procédures sont la cause d'une perception insuffisante de l'activité du Conseil de la presse par le grand public. A cela s'ajoutent des failles dans la Déclaration du Conseil de la presse telles que le devoir de rechercher la vérité des journalistes, dont le respect ne peut être contrôlé par le Conseil. Une professionnalisation et une réforme de la Déclaration du Conseil de la presse seraient indiquées pour redonner davantage de poids à cet organe.

Der Fall Geri Müller und das Schweigen des Presserats

August 2014, die ganze Schweiz diskutiert über den Fall Geri Müller. Der Badener Stadtammann und Nationalrat der Grünen hat mit einer Bekanntschaft intime Bilder ausgetauscht – die Zeitung «Schweiz am Sonntag» macht die Story publik. In den sozialen Medien wird die Geschichte kommentiert, Journalisten, Politiker und Juristen sind schnell mit Ihrem Urteil. Während Geri Müller zunächst mit Häme eingedeckt wird, dreht die Stimmung bald. Die Fragen lauten nun: Dürfen die Medien eine solche Geschichte publik machen? Wo liegen die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes? Ab wann besteht ein öffentliches Interesse? Wieder wird diskutiert, debattiert, gestritten. Ein Gremium jedoch bleibt stumm: der Schweizerische Presserat. Keine Verlautbarung des Präsidenten, keine Stellungnahme, kein Kommentar.

Der Fall Geri Müller ist auch ein Fall Presserat. 1977 gegründet, hat sich das Gremium als brancheneigenes Selbstregulierungsorgan zum Ziel gesetzt, «zur Reflexion über grund-

sätzliche medienethische Probleme» beizutragen und «damit medienethische Diskussionen in den Redaktionen» anzuregen (Art. 1 Abs. 1 des Geschäftsreglements des Presserats). Das Problem nur: Dem Gremium fehlen die Ressourcen und offenbar auch der Mut, sich in medienpolitische Debatten einzumischen. Und das, obwohl die reglementarischen und statutarischen Voraussetzungen dafür bestehen würden. Zwar wird der Presserat in der Regel aufgrund einer konkreten Beschwerde tätig. Das Geschäftsreglement sieht jedoch in Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass das Gremium auch von sich aus Stellung nehmen darf zu Fragen der Berufsethik der Journalistinnen und Journalisten. Immerhin geht es um nichts weniger als um die «Verteidigung der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit», wie im Reglement des Presserats festgehalten wird. Doch nur allzu oft bleibt der Presserat trotz der reglementarischen Möglichkeit der Einmischung stumm.

Das letzte Mal Gebrauch gemacht von dieser Kompetenz hat der Rat im November 2013: Anlässlich der Ermordung einer Genfer Sozialtherapeutin äusserte sich das Gremium in einer Stellungnahme zur Veröffentlichung von identifizierenden Bildern. Die kurze Ermahnung ist gleichzeitig auch der letzte Eintrag in der Rubrik «Neuigkeiten» auf der Website des Presserats, womit eine weitere Schwäche in der öffentlichen Wahrnehmung deutlich wird: Die Öffentlichkeitsarbeit des Presserats ist praktisch inexistent. Die Kommunikation des Gremiums beschränkt sich darauf, die aktuellen Stellungnahmen im Internet zu publizieren und einmal im Jahr eine Jahresmedienkonferenz abzuhalten. Medienmitteilungen werden nur in Ausnahmefällen verschickt, die Website erinnert an die Pionierzeit des Webdesigns, auf eine Kommunikation über soziale Medien wird verzichtet. So lassen sich selbst interessierte Kreise nur schwerlich für die eigentlich verdienstvolle Arbeit des Gremiums gewinnen. Die fehlende Öffentlichkeitsarbeit dürfte denn mit ein Grund sein, dass Stellungnahmen des Presserats in der Regel keine öffentlichkeitsrelevante Wirkung haben. Auf den Redaktionen werden sie zur Kenntnis genommen, ein öffentlicher Diskurs bleibt hingegen regelmässig aus (vgl. auch das Editorial von Presseratspräsident Dominique von Burg im Jahrheft 2013 des Presserats, in welchem er die teilweise ab-

Markus Prazeller, David Hug Der Presserat wird nicht gehört

lehrende Haltung gegenüber dem Presserat beklagt; http://presserat.ch/Documents/Jahrheft_2013.pdf). Was bleibt, ist ein kleiner Kreis von Medieninteressierten, die auf die gerügten Medienberichte eingehen. Dabei tritt die medienethische Auseinandersetzung im Vergleich zum medienpolitischen Diskurs jedoch oft in den Hintergrund.

Der öffentlichen Wahrnehmung nicht gerade förderlich ist auch die lange Dauer eines durchschnittlichen Presseratsverfahrens. Das eigene, etwas vollmundige Versprechen des Presserats, das Verfahren innert sechs Monaten abzuschliessen (Was leistet der Presserat?: So arbeiten Journalisten fair, abrufbar unter http://ratgeber.presserat.ch/index.php?de_was_leistet-der-presserat-1), kann kaum je eingehalten werden. In der Regel dauert das Presseratsverfahren zwischen acht und zwölf Monaten (beispielhaft dazu Verfahren Nr. 17/2014, bei dem zwischen Beschwerdedatum und Stellungnahme knapp zwölf Monate vergingen). In der schnelllebigen Medienwelt darf dies guten Gewissens als halbe Ewigkeit bezeichnet werden.

Natürlich, der fehlende Einfluss des Presserates ist nicht nur selbstverschuldet. Presseratspräsident Dominique von Burg beklagte kürzlich, viele Redaktionen würden sich um die Einschätzung des Presserats frotzeln und die Publikation von Stellungnahmen verweigern, obwohl sie gemäss Erklärung dazu verpflichtet wären («Editorial» von Presseratspräsident Dominique von Burg im Jahrheft 2013 des Presserats; http://presserat.ch/Documents/Jahrheft_2013.pdf). Umgekehrt könnte man etwas ketzerisch fragen: Wen interessiert die Einschätzung eines Gremiums, das in der öffentlichen Wahrnehmung so gut wie inexistent ist? Die Meinung des Presserats hat nur dann ein Gewicht, wenn das Gremium von der breiten Öffentlichkeit als kritisches Selbstregulierungsorgan wahrgenommen wird, das schnell und fundiert beurteilt.

Problempunkt Wahrheitspflicht

Eine weitere Schwäche des Presserates ist programmatischer Natur und findet sich in der «Verfassung» des Presserats, der sog. Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten (abrufbar unter www.presserat.ch). Erlassen wurde die Erklärung 1972, seit 1977 dient sie dem Presserat als Grundlage für die medienethische Beurteilung der journalistischen Arbeit (zur Geschichte und Organisation des Presserates: Studer/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, 4. Auflage, 16). Pflicht 1 der Erklärung sieht vor: «Sie [die Journalistinnen und Journalisten; Anm. d. Autoren] halten sich an die Wahrheit ohne Rücksicht auf die sich daraus für sie ergebenden Folgen und lassen sich vom Recht der Öffentlichkeit leiten, die Wahrheit zu erfahren.» Von den Journalisten wird verlangt, dass ihre Artikel der Wahrheit entsprechen. Um dieser Regel Nachdruck zu verschaffen, müsste der Presserat jedoch in der Lage sein, den Wahrheitsgehalt einer beanstandeten Berichterstattung zu überprüfen. Dafür müsste er allerdings ein eigentliches Beweisverfahren durchführen, um schliesslich im Rahmen der Beweiswürdigung gestützt auf die vorliegenden Beweise einen Entscheid zu fällen. Dazu fehlen ihm zum einen die Ressourcen, zum anderen ist er nicht mit der notwendigen Autorität ausgestattet. Drittens widerspräche dies wohl auch dem Stiftungszweck des Presserates, wonach das Gremium dem Publikum

und den Medienschaffenden nur als Beschwerdeinstanz für medienethische Fragen zur Verfügung stehen soll. Eine Beurteilung unter zivil- oder gar strafrechtlichen Gesichtspunkten gehört explizit nicht zur Aufgabe des Presserates (zur Kritik an der Wahrheitspflicht vgl. Nobel/Weber, Medienrecht, 344, welche eine Beweislastumkehr für denkbar halten).

Trotz dieser Unzulänglichkeit wird in vielen Beschwerden eine Verletzung der Wahrheitspflicht beanstandet. Die Medienunternehmen haben sich dann oftmals mit der Bestreitung dieser Behauptung zu begnügen, da es ihnen aus Gründen des Quellenschutzes nicht möglich ist, den Wahrheitsgehalt liquid zu belegen. Dem Presserat bleibt in solchen Fällen nichts anderes übrig, als in seiner Stellungnahme festzuhalten, dass es «nicht zu seinen Aufgaben gehört, (...) ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen» (exemplarisch: Stellungnahme Nr. 6/2014, Ziff. 2). Oder anders ausgedrückt: Der Presserat ist bezüglich der Beurteilung von Verletzungen von Ziff. 1 der Erklärung handlungsunfähig, will er sich nicht dem Vorwurf aussetzen, seine Beweiswürdigung sei einseitig oder willkürlich. Diese Situation ist für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner gleichermaßen unbefriedigend: dem einen wird eine Beanstandung verwehrt, der andere ist der Verdächtigung ausgesetzt, seine Recherche sei nicht zweifelsfrei belegbar.

Professionalisierung und Reform des Verfahrens

Es sind genannte Schwächen, welche in den vergangenen Jahren dazu geführt haben, dass die Stimme des Presserats in der breiten Öffentlichkeit und auch in den Redaktionsbüros an Gewicht verloren hat. Eine Professionalisierung der Strukturen ist deshalb angezeigt, ebenso wie eine Reform des Verfahrens. Dies ist unseres Erachtens nur möglich, wenn man bereit ist, sich grundsätzliche Gedanken zu einer Revision der Erklärung zu machen. Selbstverständlich, mehr Ressourcen kosten mehr Geld. Gerade in einer Zeit, in der sich Medienunternehmen einen wachsenden Wettbewerb um die schnellste Information liefern, ist ein starker und auffälliger Presserat jedoch dringend nötig. Ein Selbstkontrollorgan, das sich darauf beschränkt, alle zwei Monate ein paar Stellungnahmen im Internet zu publizieren, genügt den Anforderungen der Medienrealität auf jeden Fall nicht.

Zusammenfassung Der Presserat beurteilt als Selbstkontrollorgan die medienethische Zulässigkeit von journalistischen Texten. Das Gremium beschränkt sich in der Regel auf die Beurteilung von Beschwerden, obwohl die regulatorischen Voraussetzungen bestünden, selbständige Stellung zu aktuellen Fragen zu nehmen. Diese selbstauferlegte Zurückhaltung, die fehlende Öffentlichkeitsarbeit und die lange Verfahrensdauer führen dazu, dass die Beurteilungen des Presserats in der breiten Öffentlichkeit nicht hinreichend wahrgenommen werden. Hinzu kommen Unzulänglichkeiten der massgeblichen Erklärung des Presserates, wie etwa die durch den Presserat nicht überprüfbare Wahrheitspflicht von Journalisten. Will man dem Presserat wieder mehr Gewicht verleihen, sind eine Professionalisierung und eine Reform der Erklärung angezeigt.

Christiana Fountoulakis, professeure ordinaire, Chaire de droit civil I, Université de Fribourg.
christiana.fountoulakis@unifr.ch

Julien Francey, BLaw, assistant à la Chaire de droit civil I, Université de Fribourg.
julien.francey@unifr.ch

La diligence d'un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice

Zusammenfassung Die Haftung von Host-Providern im Internet nach Schweizer Recht ist nach wie vor ungewiss; es besteht Klärungsbedarf. Die Autoren dieses Beitrags gehen der Frage nach, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Host-Provider für die von Internetnutzern begangenen Persönlichkeitsverletzungen haften muss. Zwar entschied das Bundesgericht vor Kurzem, dass der Host-Provider eines Internetblogs an einer Verletzung im Sinne vom Art. 28 Abs. 1 ZGB mitwirke und den rechtswidrigen Inhalt entsprechend löschen müsse. Interessanter ist aber die dem Bundesgericht bisher noch nicht vorgelegte Frage, ob der Host-Provider auch einen durch eine Persönlichkeitsverletzung entstandenen Schaden bzw. eine darauf zurückzuführende seelische Unbill ausgleichen muss. Diese Frage war kürzlich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in dem Fall *Delfi* gegen Estland zu entscheiden. Der vorliegende Beitrag kommt auf diese Entscheidung zurück, um sich anschliessend der Rechtslage in der Schweiz zu widmen. Im Zentrum steht die Sorgfaltspflicht, welcher der Host-Provider nachkommen muss, um einer Haftung auf Schadenersatz bzw. Genugtuung zu entgehen.

I. Introduction

La facilité et l'instantanéité de la publication de contenus illicites sur Internet augmentent considérablement le nombre d'atteintes aux droits de la personnalité. En raison de la multitude des acteurs qui interagissent sur Internet, le lésé peut se demander contre qui agir pour assurer le respect de ses droits. Le droit européen, conscient de l'importance de cette question, dispose depuis presque 15 ans d'une Directive sur le commerce électronique¹ prévoyant des conditions spécifiques pour la responsabilité des différents prestataires sur Internet (ci-dessous, II.3). De son côté, le Conseil fédéral, encouragé depuis plusieurs années par la doc-

trine², a admis récemment la nécessité d'examiner le besoin d'une éventuelle législation sur la responsabilité des fournisseurs de services sur Internet³. En l'absence actuelle d'une législation, la Swiss Internet Industry Association («simsa»), qui regroupe de nombreux fournisseurs de services⁴, a élaboré un code de conduite à l'intention de ses membres, le CCH⁵. Ce dernier détaille principalement les mesures à prendre lorsque l'hébergeur est averti de la présence d'un contenu illicite sur ses serveurs (procédure de *notice and take down*, voir ci-dessous, III.3.A.a) ainsi que certains délais à respecter.

Cet acte d'autoréglementation volontaire ne déploie cependant pas d'effet normatif⁶. En l'absence de loi spéciale, ce sont donc les règles générales de protection de la personnalité (art. 28 ss CC) ainsi que celles contenues dans les lois spécifiques, à l'instar de la LPD, de la LDA ou encore de la LCD, qui s'appliquent⁷. Lors d'une atteinte, l'art. 28 al. 1 CC permet de

1 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («Directive e-commerce»).

2 Pour la responsabilité civile, voir Auf der Maur/Steiner, Technologierechte Haftungsstandards für Online-Dienstanbieter, in: Sethe et al. (édit.), *Kommunikation*, Festschrift für Rolf H. Weber, Berne 2011, 413 ss, 426; Briner, *Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter*, sic! 2006, 383 ss, 398 s.; Gilliéron, *La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, RDS 2002, 387 ss, 441; Rosenthal, *Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?*, in: Jung (édit.), *Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht*, Berne/Zürich/Bâle/Genève 2007, 147 ss; Werro/Sonney, *Les services Internet et la responsabilité civile*, *medialex* 2008, 119 ss, 131 s.

3 Conseil fédéral, *Cadre juridique pour les médias sociaux, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011*, Berne 2013. Voir aussi le communiqué du Conseil fédéral disponible sur: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=53259> (9.9.2014) affirmant sa volonté de moderniser le droit d'auteur suite aux recommandations du groupe de travail «AGUR12» en modifiant notamment le régime de responsabilité applicable.

4 Par exemple: Google Switzerland, «Neue Zürcher Zeitung», SWITCH, Swisscom, RapidShare, Infomaniak Network. Pour la liste complète: <http://www.simsa.ch/mitglieder/mitglieder/> (9.9.2014).

5 Acronyme de *Code de conduite Hébergement*, disponible sur: <http://www.simsa.ch/start-seite/engagements/code-of-conduct-hosting> (9.9.2014).

6 Voir l'art. 1 CCH.

7 Frech, *Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen, des amerikanischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Urheber- und Markenrechts, thèse St-Gall, Zurich/Bâle/Genève 2009, 271; Gilliéron (note 2), 430; Werro/Sonney (note 2), 130.

rechercher «toute personne qui y participe». Le Tribunal fédéral a récemment confirmé dans l'arrêt *Tribune de Genève* que l'interprétation de cet article permet au lésé d'agir «contre quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte»⁸. La victime peut ainsi tenter les actions défensives (notamment l'action en cessation de l'atteinte) de l'art. 28a al. 1 CC contre l'hébergeur d'un site Internet⁹. Si, en revanche, la victime exige la réparation de son préjudice à travers les actions réparatrices (action en dommages-intérêts ou réparation du tort moral notamment), elle doit prouver les conditions d'application de l'art. 41 ss CO par le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC. Il ne suffit plus uniquement de démontrer la participation de l'hébergeur à l'atteinte au sens de l'art. 28 al. 1 CC: le comportement de l'hébergeur doit en plus être reprochable, c'est-à-dire que l'auteur de l'atteinte doit avoir manqué à la diligence requise (voir en détail ci-dessous, III.3)¹⁰.

En l'état actuel, le Tribunal fédéral n'a pas encore rendu de jurisprudence qui détaille le comportement diligent qu'un hébergeur devrait adopter en exploitant son activité. En revanche, le 10 octobre 2013, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour) s'est exprimée pour la première fois sur la responsabilité des fournisseurs de services sur Internet en relation avec des informations diffusées par des tiers¹¹. Cette décision, pourtant prise à l'unanimité par la Cour, a déclenché un tollé dans le monde numérique¹² et fait actuellement

l'objet d'un recours à la Grande Chambre¹³. La raison de cette indignation est le devoir de diligence élevé qui a été imposé aux fournisseurs d'hébergement sur Internet ainsi que l'obligation correspondante de réparer le tort moral lors de sa violation.

II. L'arrêt *Delfi c. Estonia*

1. Les faits

Les faits dans l'affaire *Delfi c. Estonia* se résument comme suit: Delfi, l'un des plus grands portails estoniens de news, a rédigé et publié un article sur la destruction planifiée de routes de glaces (*ice roads*) par une entreprise de transport. Cet article, mis en ligne le 24 janvier 2006, n'était pas lui-même litigieux. En revanche, dans les deux jours qui ont suivi sa publication, 185 commentaires d'internautes ont été ajoutés à la suite de l'article. Parmi ces commentaires, vingt s'en prenaient personnellement à un membre du conseil de surveillance de la société de transport. Ils l'accusaient de manière clairement diffamatoire et injurieuse de détruire les routes de glace afin de pouvoir offrir ses propres services de transport maritime pour se rendre sur les îles éloignées du continent. Le lésé a contacté le portail de news le 9 mars 2006 afin qu'il supprime au plus vite les vingt commentaires illicites. De surcroît, il exigeait un montant de 32000 € pour la réparation de son préjudice moral. Delfi a procédé à la suppression des commentaires illicites le jour où il a reçu l'avertissement. Il a en revanche refusé la prétention en réparation du tort moral. Le lésé a alors ouvert action devant les tribunaux estoniens en alléguant que Delfi a violé son obligation de prévenir le préjudice moral causé à autrui par son activité. Les tribunaux estoniens ont accepté sa demande mais ont réduit le montant de la réparation morale à 320 €. Ils ont admis que les droits du lésé ont été violés et que celui-ci a subi un tort moral en raison du manque de diligence du portail de news. Selon la Cour suprême, Delfi aurait dû supprimer de son propre chef les commentaires illicites sans attendre un avertissement de la part du lésé ou d'un tiers.

2. La question soumise à la Cour européenne des droits de l'homme

Suite à ce jugement, Delfi a déposé un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le portail de news n'a pas remis en cause l'illicéité des commentaires, mais a invoqué sa liberté d'expression qui garantit le droit de «communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques»¹⁴. Selon Delfi, l'obligation imposée par les tribunaux estoniens qui consiste à supprimer les commentaires d'internautes même sans en avoir connaissance équivaldrait à une obligation de censure préventive, incompatible avec l'art. 10 CEDH.

8 TF, 14. 1. 2013, 5A_792/2011, consid. 6.2. Sur Internet, la victime peut, en premier lieu, rechercher l'auteur du contenu litigieux: il s'agit notamment de l'internaute qui crée un site dont le contenu est illicite, du blogueur qui écrit un article, de la personne qui publie une photo compromettante sur un réseau social, des personnes qui montent une arnaque sur Internet, du vendeur qui propose une contrefaçon sur un site de vente en ligne, etc. Cependant, l'énoncé légal est large et permet également de rechercher l'instigateur ou le complice de l'atteinte (BaslerKomm/Meili, art. 28 ZGB, n. 37; Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, n. 550a; SchweizerKomm/Aebi-Müller, art. 28a CC, n. 3). Ainsi, dans le domaine de la presse, la victime peut s'adresser non seulement à l'auteur de l'article litigieux, mais aussi au rédacteur responsable, à l'éditeur, à l'imprimeur ou encore à toute personne qui participe à la diffusion du journal (ATF 131 III 26 consid. 12.1; 126 III 161 consid. 5a/aa, JdT 2000 I 292; 113 II 213 consid. 2b, JdT 1988 I 142). Comme le Tribunal fédéral l'a confirmé, dans l'arrêt *Tribune de Genève*, la légitimation passive s'étend à «toute personne dont la collaboration cause, permet ou favorise [l'atteinte] [...]». La seule collaboration porte (objectivement) atteinte, même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même pas le savoir [...]. En d'autres termes, peut ainsi être concerné celui qui, sans être l'auteur des propos litigieux ou même en connaître le contenu ou l'auteur, contribue à leur transmission.» (TF, 14. 1. 2013, 5A_792/2011, consid. 6.2 et les références citées. Mis en italique par les auteurs).

9 TF, 14. 1. 2013, 5A_792/2011, consid. 6.2; Steinauer/Fountoulakis (note 8), n. 622c.

10 SchweizerKomm/Aebi-Müller, art. 28a CC, n. 14; Steinauer/Fountoulakis (note 8), n. 601.

11 CourEDH, 10. 10. 2013, *Delfi AS c. Estonia* (n° 64569/09) (ci-après *Delfi c. Estonia*).

12 Voir notamment: <http://inform.wordpress.com/2013/10/17/who-will-sort-out-the-delfi-mess-graham-smith/#more-22984>; <http://www.article19.org/resources.php/resource/37287/en/european-court-strikes-serious-blow-to-free-speech-online>; <http://strasbourgobservers.com/category/cases/delfi-v-estonia/> (9. 9. 2014).

13 L'audience devant la Grande Chambre a eu lieu le 18 juillet 2014.

L'arrêt définitif est attendu l'année prochaine seulement.

14 Art. 10 al. 1 CEDH.

La Cour approche la question de manière habituelle¹⁵, en admettant que Delfi, en tant que portail Web, jouit en principe de la protection de sa liberté d'expression garantie à l'art. 10 al. 1 CEDH, mais que cette liberté peut être restreinte par le droit à la vie privée d'un tiers (art. 8 CEDH), qui englobe notamment le respect de sa réputation¹⁶. La Cour développe *in casu* une série de quatre critères qui permettent de pondérer les intérêts en présence: le contexte des commentaires, les mesures prises par l'hébergeur pour parer la publication de commentaires illicites, la possibilité de rechercher les véritables auteurs des commentaires et, finalement, les conséquences du devoir de diligence imposé à Delfi¹⁷.

La Cour ne nie pas que Delfi ait mis en œuvre plusieurs moyens proactifs pour empêcher la violation des droits de tiers. Ainsi, le portail de news était équipé d'un logiciel informatique qui analysait les articles pour déceler certains propos diffamatoires et les effacer, le cas échéant. Les internautes, y compris la victime, avaient en outre la possibilité de dénoncer et faire enlever un article ou un commentaire qu'ils estimaient illicites. Parallèlement à ce procédé de *notice and take down*, les employés de Delfi procédaient à des suppressions occasionnelles lorsqu'ils identifiaient des propos illicites. Cependant, la Cour a jugé ces mesures de précaution insuffisantes pour sauvegarder le droit au respect de la réputation de tiers¹⁸. Delfi aurait en effet dû *prédire*, grâce à son expérience et au sujet controversé, que l'article, même licite en soit, allait engendrer des critiques qui pouvaient dépasser les limites légales.

En l'espèce, Delfi exerçait une activité professionnelle de fournisseur d'information; il bénéficiait de manière naturelle de l'audience générée par les commentaires postés sur son site Internet. C'est l'argument essentiel avec lequel la Cour explique le caractère proportionné du degré de diligence requis en l'espèce. Il n'est pas certain que la Cour eût également admis la proportionnalité si Delfi n'avait pas été un professionnel mais une personne postant des articles à titre exclusivement privé (un blogueur occasionnel) après lesquels des commentaires seraient postés. De plus, Delfi n'avait pas mis en place un moyen d'identification pour les internautes qui les responsabiliserait lorsqu'ils postent des commentaires¹⁹. Le fait que le portail de news avait, pour le surplus, exclu sa responsabilité par le biais d'une clause respective (*disclaimer*) ne lui était d'aucun secours: la Cour ne s'est même pas penchée sur l'efficacité de cette clause.

En résumé, l'habitude de Delfi de supprimer ici et là un article et d'attendre, pour le reste, d'être averti avant de retirer un commentaire illicite ne suffisait pas pour respecter l'art. 8

CEDH. Il fallait *in casu* d'autres mesures, allant plus loin, pour que le comportement de Delfi soit considéré conforme au devoir de diligence d'un hébergeur professionnel. A cet effet, le portail de news aurait pu notamment instaurer un contrôle préalable ou passer en revue l'ensemble des commentaires rapidement après leur publication²⁰.

N'ignorant pas l'impact financier qu'une telle décision pourrait avoir sur le fonctionnement des prestataires de services sur Internet, la Cour a toutefois estimé que le montant de 320 € exigé par la victime n'était pas disproportionné²¹. Elle affirme de plus que si le devoir de diligence des fournisseurs de services n'était pas aussi accru, les charges financières seraient encore plus élevées pour la victime potentielle, qui devrait continuellement surveiller Internet et agir en cas d'atteinte²². Mettre à charge de l'hébergeur une obligation d'intervenir en l'absence d'un avertissement permet ainsi de soulager la victime potentielle et d'assurer le respect de sa vie privée.

3. Excursus sur le droit européen

Dans ce contexte, il s'agit de poser un regard sur le droit de l'Union européenne, brièvement abordé également dans l'arrêt en question. Bien que les conditions de responsabilité des hébergeurs ressortent de la compétence des Etats membres, ceux-ci sont obligés de tenir compte des différentes exonérations de responsabilité prévues par la Directive 2000/31/EC (Directive «e-commerce», ci-dessus I)²³. A ce titre, l'art. 14 de la Directive «e-commerce» dispose que les hébergeurs ne sont pas responsables lorsqu'ils n'avaient pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente (art. 14 al. 1 lit. a), ou lorsqu'ils ont agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible (art. 14 al. 1 lit. b). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a toutefois pas interprété de manière détaillée cet article. Pour l'instant, deux affaires lui ont été soumises en lien avec la responsabilité du fournisseur d'hébergement. Le premier cas concernait une affaire jointe de 2010 (*Google France, Google Inc. et al.*) dans laquelle la CJUE s'est limitée à définir le terme «hébergeur» au sens de l'art. 14 de la Directive²⁴. Selon la CJUE, pour se prévaloir des privilèges de responsabilité de la Directive, l'hébergeur doit adopter un comportement «purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire [...] n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées»²⁵. C'est pour cette raison d'ailleurs que la Cour suprême estonienne a estimé

15 Lorsque des médias portent atteinte à la personnalité d'autrui, la Cour procède à une pesée des intérêts en cause, voir, par exemple, CourEDH, 18.5.2004, *Editions Plon c. France* (n° 58148/00); 24.6.2004, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 59320/00); 4.9.2009, *Standard Verlag c. Autriche* (n° 21277/05); 7.2.2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) (n°s 40660/08 et 60641/08); 18.1.2011, *MGN limited c. Royaume-Uni* (n° 39401/04); 19.9.2013, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 3) (n° 8772/10).

16 *Delfi c. Estonia*, par. 80 et réf. citées.

17 *Idem*, par. 85.

18 *Idem*, par. 87 ss.

19 Voir, dans ce sens, Fanti, La fin des commentaires anonymes en ligne?, *medialex* 2012, 186.

20 *Delfi c. Estonia*, par. 90.

21 *Idem*, par. 93.

22 *Idem*, par. 92.

23 CJUE, 12.7.2011, *L'Oréal et autres c. Ebay. et autres*, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011, par. 107.

24 CJUE, 23.3.2010, C-236/08, C-238/08, *Google France SARL, Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL c. Viaticum SA, Luteciel SARL* (C-237/08) et *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/08), Rec. 2010 I-02417, par. 112 ss.

25 *Idem*, par. 112 ss. Voir aussi le considérant 42 de la Directive «e-commerce».

que la Directive n'était pas applicable à Delfi car celui-ci n'était pas resté passif: en rédigeant l'article, le portail de news avait bien plus incité les internautes à laisser des commentaires, ce qui a permis l'augmentation des visiteurs sur son site Internet grâce à la polémique engendrée. De plus, Delfi acquérait seul la maîtrise des commentaires postés dès leur mise en ligne: les internautes ne pouvaient plus les modifier ni les supprimer. Le portail de news ne pouvait donc pas se prévaloir de la Directive sur le commerce électronique du fait du contrôle exercé sur le contenu.

La définition de l'hébergeur au sens de la Directive a été confirmée dans l'arrêt *L'Oréal c. eBay* de 2011, où la CJUE devait juger si le site d'enchères en ligne eBay pouvait être responsable de la vente de contrefaçons de plusieurs marques de parfums détenues par L'Oréal. Dans cet arrêt, la CJUE s'est en plus penchée brièvement sur la diligence que les hébergeurs doivent observer. A ce sujet, la CJUE a admis qu'il «suffit [qu'un hébergeur] ait eu connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité en cause» pour qu'il ne puisse plus se prévaloir de l'exonération de responsabilité²⁶. Il revient aux juridictions internes d'examiner cette question. Les parties ayant transigé à la suite de cet arrêt, il n'existe malheureusement pas plus de précision sur la concrétisation de la diligence requise.

III. La responsabilité du fournisseur d'hébergement en droit suisse

1. L'état actuel

Sous l'angle du droit suisse, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur la question du devoir de diligence d'un hébergeur sur Internet. L'arrêt *Tribune de Genève* de 2013²⁷ a certes clarifié que l'action en cessation de l'art. 28a al. 2 CC est ouverte contre un fournisseur d'hébergement sur Internet. Ce jugement est cependant basé uniquement sur l'art. 28 CC, dont la seule condition est la participation à l'atteinte illicite (au sens de «non justifiée», art. 28 al. 2) à la personnalité. En d'autres termes, un hébergeur, en fournissant de l'espace pour le contenu portant atteinte à la personnalité d'autrui, «participe» à cette dernière et doit la faire cesser²⁸. Pour le reste, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence constante²⁹ selon laquelle l'atteinte n'a pas à être reprochable au défendeur afin de le tenir responsable dans le cadre d'une action défensive. Ainsi, dans l'arrêt *Tribune de Genève*, le Tribunal fédéral n'avait pas à soulever la question du degré de diligence qu'un fournisseur d'hébergement doit observer pour échapper à sa responsabilité.

Il en va différemment dans le cas où le lésé poursuit non pas la cessation de l'atteinte, mais plutôt la réparation matérielle de cette dernière, c'est-à-dire lorsqu'il réclame des dommages-intérêts ou la réparation du tort moral subis à cause de l'atteinte à sa personnalité: les art. 41 ss, 49 CO, auxquels renvoie l'art. 28a al. 3 CC, exigent, en plus d'une atteinte non justifiée à la personnalité d'autrui, que le comportement de l'auteur du préjudice lui soit reprochable. Lorsque la victime veut faire valoir une réparation pécuniaire de son préjudice, il faut donc qu'elle apporte la preuve du fait que l'auteur de l'atteinte ait manqué à la diligence requise³⁰. Pour l'instant, il n'a cependant pas encore été précisé quelle diligence incombe au fournisseur d'hébergement sur Internet.

En l'absence d'une réglementation spéciale en droit suisse, l'arrêt *Delfi c. Estonia* donne des «pistes» bienvenues qui permettent de concrétiser le devoir de diligence dont doivent faire preuve les hébergeurs sur Internet. Même si les tribunaux suisses ne sont pas directement liés par cet arrêt (cf. l'art. 46 CEDH), il a un impact médiat en ce sens qu'une personne atteinte dans sa personnalité lors d'une constellation semblable peut désormais saisir la Cour, qui ne s'écartera pas sans motif valable de son argumentation développée dans l'arrêt *Delfi c. Estonia*³¹.

2. La diligence requise: les deux faces d'une même pièce

En relation avec des atteintes à la personnalité, la diligence est discutée sous l'aspect de la «faute», celle-ci étant définie comme «le manquement à la diligence qu'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur dans les circonstances de temps et de lieu où il s'est trouvé»³². La raison en est que la personnalité, telle qu'elle est protégée à l'art. 28 CC, est considérée comme un droit absolu, et que, partant, la seule transgression de l'art. 28 CC est illicite, sans qu'il soit nécessaire qu'un manquement de diligence soit prouvé (ce qu'on appelle en allemand *Erfolgsunrechtstheorie*³³). Cependant, lorsque l'atteinte

26 CJUE, 12.7.2011, *L'Oréal et autres c. Ebay. et autres*, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011, par. 120.

27 TF, 14.1.2013, 5A_792/2011.

28 Idem, consid. 6.2. Voir aussi Steinauer/Fountoulakis (note 8), n. 550.

29 ATF 134 III 193 consid. 4.5; 131 III 26 consid. 12.1; 126 III 161 consid. 5a/aa, JdT 2000 I 292; 106 II 92 consid. 3c, JdT 1981 I 518.

30 SchweizerKomm/Aebi-Müller, art. 28a CC, n. 14; Steinauer/Fountoulakis (note 8), n. 601; BaslerKomm/Heierli/Schnyder, art. 41 OR, n. 37; Werro, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011, n. 259; Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012, n. 1873; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6^e éd., Berne 2012, n. 22.14.

31 Cf., à ce sujet, CourEDH, 19.4.2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* (n° 63235/00), par. 56. De plus, le Tribunal fédéral tient compte des arrêts de la Cour qui concernent d'autres Etats parties, voir ATF 130 II 113 consid. 6.4; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, n. 98; Seiler, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 308. Voir aussi Fanti, Décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Delfi AS c. Estonie* (Grande Chambre) du 10 octobre 2013 (n° 64569/09), *medialex* 2014, 23 ss, 24.

32 CommRomand/Werro, art. 41 CO, n. 61. Voir aussi BernerKomm/Brehm, art. 41 OR, n. 170.

33 Voir, par ex., BernerKomm/Brehm (note 32), art. 41 OR, n. 35; Schwenzer (note 30), n. 50.28.

à la personnalité repose non pas sur un acte mais plutôt sur une omission, la diligence entre en jeu déjà sous l'aspect de l'illicéité (et non seulement en relation avec la faute): selon le Tribunal fédéral, même lorsqu'un droit absolu comme la personnalité est enfreint, l'omission n'est illicite que si l'auteur a violé son devoir de diligence³⁴. Dans un tel cas, la jurisprudence utilise notamment le principe de l'état de fait dangereux (*Gefahrensatz*) pour fonder l'illicéité de l'omission: celui qui crée ou laisse subsister un état de choses dangereux pour autrui doit prendre toutes les mesures commandées par les circonstances afin d'empêcher qu'un préjudice se produise³⁵.

A cause de cette distinction, il conviendrait de s'interroger si l'hébergeur de contenu en ligne commet une action ou une omission en portant atteinte à autrui³⁶. Faut-il admettre que l'hébergeur met à disposition une infrastructure qui aide les violations des droits de tiers, auquel cas il commet une action? Ou faut-il plutôt considérer que le fournisseur d'hébergement ne prend pas les mesures nécessaires pour empêcher la survenance d'un préjudice, ce qui serait alors constitutif d'une omission? Dans le premier cas, l'illicéité serait admise du simple fait qu'il y ait eu atteinte; dans le second cas, il faudrait, en plus, démontrer que le fournisseur viole son devoir d'empêcher que le préjudice se produise (illicéité à l'aide de la théorie de l'état de fait dangereux). Le manque de diligence devrait alors être examiné sous l'angle de l'illicéité déjà (faute de quoi le fournisseur ne pourrait être saisi ni pour faire cesser l'atteinte ni pour réparer le préjudice qui s'est produit).

La question ne doit cependant pas être approfondie ici. Pour le point de savoir si le fournisseur d'hébergement peut être tenu de réparer le préjudice causé par un contenu qui viole la personnalité d'autrui, il n'y a aucune importance si la diligence requise de l'hébergeur est examinée sous l'aspect de l'illicéité déjà ou sous l'angle de la faute seulement. Etant donné que la faute se définit comme «le manque de diligence» et qu'elle est nécessaire pour fonder l'action en dommages-intérêts sous l'art. 41 CO ou l'action en réparation du tort moral (art. 49 CO), *la diligence de l'hébergeur doit en tout cas ne pas faire*

*défaut*³⁷. Le contenu de ce devoir de diligence est analysé par la suite.

3. Le devoir de diligence: une analyse

A. Lors d'un avertissement du contenu illicite ou d'une «découverte» par le fournisseur lui-même

a) Le moment de la connaissance

A défaut d'arrêts du Tribunal fédéral, la doctrine unanime estime que l'hébergeur manque à la diligence requise (commet une «faute», selon la terminologie du Tribunal fédéral) lorsqu'il a été averti d'une violation mais qu'il est resté inactif³⁸. C'est la doctrine du *notice and take down* empreintée au droit américain³⁹ et qui est reprise dans le Code de conduite de la «simsa»⁴⁰. Tout l'enjeu est cependant de déterminer *quand* l'hébergeur a été suffisamment averti pour qu'il doive agir.

L'avertissement peut provenir de la victime⁴¹ ou d'un tribunal qui prendrait des mesures provisionnelles, voire super-provisionnelles au sens de l'art. 261 ss CPC⁴². La notification ne devrait pas être soumise à une forme particulière: si l'hébergeur a connaissance d'un éventuel contenu illicite hébergé sur ses serveurs, il devrait en vérifier l'exactitude, peu importe si l'avertissement provient d'un e-mail, d'une lettre ou d'un système d'alertes mis à disposition par l'hébergeur même. En revanche, le devoir d'intervention de l'hébergeur varie en fonction de la qualité et de l'origine de l'avertissement⁴³. L'hébergeur qui reçoit un renseignement anonyme ne devrait pas être obligé d'intervenir car de tels avertissements ne démontrent pas que la personne concernée ait intérêt à voir supprimer le contenu en question⁴⁴. C'est dire qu'une authentification est nécessaire si l'hébergeur doit s'adresser à la personne pour un complément d'informations ou pour l'avertir des suites à donner à l'affaire.

Concernant la qualité de l'information, la personne qui signale un contenu litigieux doit motiver son point de vue⁴⁵. Il

34 Le Tribunal fédéral utilise à ce propos la notion de la «position de garant»: ATF 139 V 176 consid. 8.2; 126 III 113 consid. 2a; 121 III 358 consid. 4a, JdT 1996 I 66; 112 II 138 consid. 3a; TF, 3.8.2012, 4A_104/2012, consid. 2.1; 31.8.2008, 4A_520/2007, consid. 2.1. Voir aussi: BernerKomm/Brehm, art. 41 OR, n. 56b s.; BaslerKomm/Heierli/Schnyder, art. 41 n. 37; Schwenzler (note 30), n. 50.29; Werro (note 30), n. 302. Il n'existe pas d'obligation générale d'agir dans l'intérêt d'un tiers, et seule la violation d'une norme protectrice (*Schutznorm*) peut fonder le caractère illicite d'une omission, voir TF, 3.8.2012, 4A_104/2012, consid. 2.1; 31.8.2008, 4A_520/2007, consid. 2.1. De telles *Schutznormen* n'ont pas été établies par le législateur et peuvent également découler de principes non-écrits (ATF 133 III 323 consid. 5.1; 116 Ia 162 consid. 2c, JdT 1992 IV 52).

35 ATF 130 III 193 consid. 2.2, JdT 2004 I 214; 126 III 113 consid. 2a/aa; TF, 3.8.2012, 4A_104/2012, consid. 2.1; 31.8.2008, 4A_520/2007, consid. 2.1.

36 Voir Rosenthal, *Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter, Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner*, sic! 2006, 511 ss, 512, qui estime qu'il s'agit d'une action. *Contra*: Briner (note 2), 391, qui se prononce en faveur d'une omission.

37 Frech (note 7), 326 s.; Rohn, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 2004, 82; Rosenthal (note 2), n. 19; Weber, *E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2010, 516.

38 Auf der Maur/Steiner (note 2), 424; Gilliéron (note 2), 435; Lavanchy, *La responsabilité délictuelle sur Internet*, thèse Neuchâtel 2002, 70; Rosenthal (note 2), n. 96; Werro/Sonney (note 2), 131; Weber (note 37), 509, 517.

39 Voir l'art. 512 (c) Digital Millennium Copyright Act (DMCA); pour plus de détails, voir Werro/Sonney (note 2), 124.

40 Voir l'art. 7 CCH.

41 Lavanchy (note 38), 71; Rosenthal (note 2), n. 96; Weber (note 39), 509.

42 Voir: Lavanchy (note 38), 71; Rosenthal (note 2), n. 96.

43 Auf der Maur/Steiner (note 2), 424; Rosenthal (note 36), 514; Weber (note 37), 517. Voir aussi CJUE, 12.7.2011, *L'Oréal et autres c. Ebay. et autres*, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011, par. 122.

44 Rosenthal (note 2), n. 98. Voir aussi Rohn (note 37), 251 qui s'exprime concernant les fournisseurs d'accès. *Contra*: Gilliéron (note 2), 436.

45 Gilliéron (note 2), 436; Rosenthal (note 2), n. 98; Weber (note 37), 509, 517.

ne s'agit pas nécessairement de recourir à une argumentation juridique⁴⁶, mais la prétendue victime doit indiquer le contenu litigieux de manière précise⁴⁷. Elle signalera, par exemple, le passage d'un article, le moment d'une vidéo, la photo ou encore l'annonce qui viole ses droits, et transmettra l'URL de la page litigieuse⁴⁸. Elle pourra aussi être amenée à se légitimer ou à prouver qu'elle est titulaire des droits de la propriété immatérielle qu'elle invoque⁴⁹. Ces obligations permettent à l'hébergeur de cibler le contenu litigieux et de pouvoir l'analyser rapidement. Il en ressort que si l'avertissement ne contient aucune information sur le contenu litigieux, le fournisseur pourra simplement l'ignorer sans violer son devoir de diligence⁵⁰.

Une partie de la doctrine estime que le devoir d'intervention de l'hébergeur impose la présence d'une violation qui risque d'engendrer un préjudice *important* à la victime (*erhebliches Schädigungspotenzial*)⁵¹. A notre avis, une telle condition n'est pas nécessaire. Toute violation des droits de la personnalité sans motif justificatif est illicite; le devoir d'intervention de l'hébergeur ne devrait donc pas varier en fonction de l'intensité de l'atteinte. Le contraire reviendrait à classer les atteintes aux droits de la personnalité, ce qui supposerait un jugement de valeur difficile. De plus, ce résultat reviendrait *de facto* à rendre quasiment licites les «petites atteintes» aux droits de la personnalité sur Internet puisqu'elles n'auraient pas de conséquence.

Il est également possible que l'hébergeur contrôle, de manière spontanée ou systématique, le contenu des sites qu'il héberge. Il le fera en dehors de toute obligation, puisqu'il n'est pas astreint à une obligation générale de surveiller l'ensemble des données hébergées sur son site en raison du manque de proportionnalité⁵². Cependant, lorsqu'il découvre, à cette occasion, des contenus illicites, il acquiert alors la connaissance de leur existence même s'il n'a pas été averti par un tiers⁵³ et doit prendre les mesures qui s'imposent, à savoir les supprimer.

b) Le devoir d'agir

Lorsque l'hébergeur a connaissance d'une atteinte, il est, selon la doctrine, obligé de supprimer le contenu, mais seulement quand l'atteinte est manifestement illicite (*offenkundig*

widerrechtlich)⁵⁴. Le caractère manifestement illicite de l'atteinte doit ressortir aussi pour l'hébergeur sans connaissances juridiques approfondies⁵⁵. S'il considère que l'atteinte est manifestement illicite, l'hébergeur doit la supprimer sans plus attendre. S'il ne procède pas à la suppression, il s'expose à la réparation d'un éventuel préjudice.

Si l'atteinte n'est pas manifestement illicite, une partie de la doctrine affirme que l'hébergeur peut simplement rester inactif⁵⁶. Or, les cas où les atteintes sont manifestement illicites sont rares⁵⁷. Comment un hébergeur peut-il estimer que l'atteinte est manifestement illicite alors qu'il ne possède pas de connaissances juridiques et n'est pas au courant d'éventuels motifs justificatifs? Il suffirait d'avoir un doute sur l'illicéité du contenu pour qu'il ne supprime pas le contenu litigieux. Cette solution diminuerait donc considérablement l'effectivité des droits de la victime. En effet, si le contenu est réellement illicite, l'atteinte continuera de produire ses effets jusqu'à ce que la victime soit en possession d'un jugement qui condamne l'atteinte. La victime serait ainsi dans l'obligation de passer par la voie contentieuse alors que la situation presse: si la victime s'adresse de manière extrajudiciaire à l'hébergeur pour demander la suppression⁵⁸, celui-ci pourrait ignorer l'avis sans encourir de risque puisqu'il suffirait d'invoquer que l'atteinte n'était pas manifestement illicite, et seule une action judiciaire pourrait le contraindre à la suppression de contenus se trouvant sur le site.

A notre avis, rester inactif alors que des doutes persistent sur l'illicéité de l'atteinte n'est pas le comportement qu'adopterait un hébergeur raisonnable. Il s'agit bien plus de les dissiper pour éviter qu'une personne subisse une atteinte à ses droits⁵⁹. L'hébergeur devrait ainsi bloquer l'accès provisoirement au contenu litigieux pour laisser la possibilité aux différentes parties de se justifier et le cas échéant d'ouvrir action devant un tribunal⁶⁰. Ce procédé permet ainsi à l'auteur du contenu de soulever des motifs justificatifs qui rendraient l'atteinte licite. Il peut ainsi, par exemple, apporter la preuve du consentement de la personne dont la photo a été publiée sur Internet ou pro-

46 Rosenthal (note 2), n. 98.

47 Auf der Maur/Steiner (note 2), 424; Gilliéron (note 2), 436; Rosenthal (note 2), n. 98; Weber (note 37), 509, 517. Cette condition est aussi exigée dans le procédé de *notice and take down* des USA: Werro/Sonney (note 2), 124. Voir aussi en droit français l'art. 6-I-5 Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

48 Voir, dans ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 4^e chambre du 6 mai 2009 – confirmé par la Cour de Cassation 1^{re} chambre civile du 17 février 2011 – qui a estimé que sans l'indication de l'URL de la page litigieuse, la victime n'avait pas localisé précisément le contenu selon l'art. 6-I-5 LCEN. Par conséquent, l'hébergeur n'avait pas connaissance de l'atteinte.

49 Rosenthal (note 2), n. 98.

50 Idem, n. 98.

51 Idem, n. 100; Weber (note 37), 509, 517.

52 Voir ci-dessous III.3.B et surtout note 72.

53 Rosenthal (note 2), n. 99. Voir CJUE, 12.7.2011, *L'Oréal et autres c. Ebay. et autres*, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011, par. 122.

54 Lavanchy (note 38), 75 s.; Rohn (note 37), 202; Rosenthal (note 2), n. 98; Weber (note 37), 509, 517. Voir aussi, en droit allemand, BGH, MMR 2012 178 ss, 181 – *Stiftparfüm*; BGH, MMR 2007 507 ss, 510 – *Internet-Versteigerung II*; BGH, MMR 2004 668 ss, 671 s. – *Internet-Versteigerung I*; Sesing, *Die Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers für Schutzrechtsverletzungen Dritter*, in: Borges (édit.), *Rechtsfragen der Internet-Auktion*, 2^e éd., Baden-Baden 2014, 314 ss, 335; Schapiro, *Unterlassungsanprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen*, thèse Berlin, Tübingen 2011, 246.

55 Rohn (note 37), 208; Rosenthal (note 2), n. 98.

56 Rohn (note 39), 202; Rosenthal (note 2), n. 98. Voir aussi Weber (note 37), 509, 517.

57 Gilliéron (note 2), 436.

58 Voir TF, 14.1.2013, 5A_792/2011.

59 Dans ce sens aussi: art. 6.3 CCH. Voir en droit allemand BGH, MMR 2012 178 ss – *Stiftparfüm*.

60 Gilliéron (note 2), 437. Voir aussi Werro/Sonney (note 2), 132, qui estiment que la solution des Etats-Unis, y compris le blocage suite à l'avertissement, devrait être reprise en droit suisse. Voir aussi Rohn (note 37), 211, qui précise qu'en cas de doute sur l'illicéité, l'hébergeur devrait bloquer le contenu litigieux pour éviter tout risque de condamnation ultérieure.

duire un contrat qui prouve le droit d'utiliser une œuvre protégée au sens de la LDA. Après cette phase extrajudiciaire de conciliation, la prétendue victime qui n'est pas satisfaite de la justification de l'atteinte peut saisir les tribunaux pour faire valoir ses droits⁶¹. Durant ce laps de temps, le contenu litigieux est bloqué, ce qui assure une protection adéquate des droits de la victime. Ce sont, dans un deuxième temps, les tribunaux qui estimeront l'illicéité respectivement la licéité de l'atteinte et ordonneront à l'hébergeur de supprimer définitivement le contenu ou, au contraire, de le rendre à nouveau accessible. Si la victime n'ouvre pas action, alors l'hébergeur peut raisonnablement conclure qu'elle renonce à se prévaloir de ses droits et il doit rendre à nouveau le contenu disponible.

B. Lors de l'absence de connaissance

La doctrine du *notice and take down*, à savoir le devoir d'enlever le contenu illicite une fois averti, est bien acceptée. Elle a l'avantage d'être claire et «documentable». Toutefois, selon les tribunaux estoniens et la Cour européenne des droits de l'homme, la diligence requise du fournisseur d'hébergement peut aller au-delà d'un simple devoir d'agir lors d'un avertissement: «Le système de filtrage automatique et la procédure de *notice and take down* utilisés par la compagnie demanderesse n'assurent pas suffisamment la protection des droits de tiers»⁶². Le Tribunal fédéral a jugé de manière similaire le cas d'un imprimeur: ce dernier est tenu de prêter une attention spéciale et même de contrôler minutieusement le contenu des articles dans certains cas particuliers, afin de respecter la diligence imposée par les circonstances⁶³. Ainsi, dans une situation particulière requérant une attention accrue, l'imprimeur respectivement l'hébergeur ne peut pas se contenter d'attendre un avertissement.

Il en va de même dans l'arrêt *Delfi c. Estonia*. Un devoir de diligence a été imposé même en l'absence de connaissance des atteintes, en raisonnant que le portail de news aurait dû savoir, grâce à son expérience, que des commentaires illicites seraient publiés. Le jugement repose sur des faits particuliers: c'est Delfi lui-même qui a rédigé l'article. Il connaissait donc son existence et le sujet particulièrement actuel et polémique des routes de glace. C'est également le portail qui bénéficiait de l'audience générée par les commentaires. De plus, seul Delfi

avait la maîtrise des commentaires postés, à l'exclusion de leur véritable auteur. Finalement, il n'existait pas de système d'authentification, ce qui augmentait le risque que certaines personnes postassent des commentaires illicites. C'est donc, selon nous, à juste titre que la Cour a jugé qu'en n'entretenant rien alors qu'il aurait dû connaître l'existence des commentaires, Delfi avait enfreint les devoirs de la prudence et s'exposait donc à une réparation du tort moral engendré⁶⁴. En revanche, si l'article n'avait pas été écrit par un portail de news professionnel ou ne concernait pas un sujet polémique, Delfi n'aurait pas pu prédire les commentaires illicites et n'aurait pas été responsable. Nous voyons l'importance du cas concret qui détermine l'étendue du devoir de diligence.

Une autre circonstance particulière qui peut fonder l'obligation de prendre des mesures sans avertissement préalable est le comportement antérieur de l'auteur principal du contenu illicite. C'est, par exemple, le cas lorsqu'il est devenu notoire qu'une association s'en prend à des personnalités juridiques et politiques (comme l'«Appel au peuple»⁶⁵). L'hébergeur qui, dans une telle situation, n'effectue aucun contrôle du contenu dudit site – en vérifiant, au moins, les titres des articles qui y sont postés –⁶⁶, risque d'engager sa responsabilité même sans avoir connaissance du contenu litigieux. La même obligation reviendrait à un forum qui serait réputé pour héberger des informations à la limite de la légalité⁶⁷. En effet, dans ce cas, le responsable du forum sait ou doit savoir que des débordements peuvent se manifester rapidement. Il doit donc faire preuve de la diligence nécessaire afin d'en empêcher leur survenance. Un autre exemple concerne un site d'enchères en ligne qui sait qu'un internaute offre systématiquement des contrefaçons. Dans ce cas, un prestataire raisonnable bloquerait le compte de l'utilisateur ou prendrait des mesures pour empêcher que de nouvelles imitations soient vendues à travers son site Internet⁶⁸.

En revanche, ce devoir de surveillance ou d'intervention ne devrait pas être généralisé: une telle obligation ne se justifie que lors de circonstances particulières. Un fournisseur de services sur Internet ne peut être tenu de contrôler l'ensemble des contenus sur son site Internet, qu'il s'agisse de commen-

61 Voir la solution en droit américain, décrite par Lavanchy (note 38), 73 et Werro/Sonney (note 2), 124. Au contraire, la doctrine suisse considère que c'est à l'auteur de saisir les tribunaux pour faire constater la licéité de son contenu: Rohn (note 37), 212; Gilliéron (note 2), 437.

62 *Delfi c. Estonia*, par. 89 (traduction libre).

63 ATF 126 III 161 consid. 5b/bb, JdT 2000 I 292. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a admis que l'imprimeur d'un quotidien qui avait publié une campagne de presse contre le président d'une fédération de caisses-maladie devait être conscient de participer à la violation des droits de la victime après la parution du premier article illicite. Le fait que d'autres articles illicites soient parus sans que l'imprimeur n'ait pris des mesures engageait donc la responsabilité de ce dernier.

64 Plus hésitant sur la prédictibilité des commentaires illicites: Fanti (note 31), 24.

65 Le site Web <http://www.appel-au-peuple.org> (9.9.2014) a été fermé intégralement en raison de propos attentatoires à l'honneur de magistrats et de personnes publiques. Depuis, son auteur ouvre de nouveaux sites pour continuer à publier ce type d'informations.

66 Voir l'ATF 126 III 161 consid. 5b/bb, JdT 2000 I 292, selon lequel «il est notamment concevable que le titre d'un article doive déjà attirer l'attention de l'imprimeur».

67 Rohn (note 37), 207. Voir aussi Weber (note 37), 518.

68 Voir en droit allemand l'obligation pour un site d'enchères en ligne de prendre des mesures pour empêcher que de nouvelles contrefaçons soient proposées: BGH, GRUR 2013, 1229 ss – *Kinderhochstühle II*; BGH, MMR 2012, 178 ss – *Stiftparfüm*; BGH, MMR 2008 531 ss – *Internet-Versteigerung III*; BGH, MMR 2007 507 ss – *Internet-Versteigerung II*; BGH, MMR 2004 668 ss – *Internet-Versteigerung I*. Voir aussi la CJUE qui impose de prendre des mesures pour éviter des violations ultérieures: CJUE, 12.7.2011, *L'Oréal et autres c. Ebay. et autres*, aff. C-324/09, Rec. 2011 I-06011, par. 144.

taires ou d'autres contenus postés⁶⁹ (voir aussi l'art. 15 de la Directive «e-commerce»). Cette obligation va au-delà de ce qui peut être raisonnablement imposé aux prestataires de services sur Internet, même s'ils en font leur activité lucrative principale. On ne peut, par exemple, imposer à YouTube de vérifier les 100 heures de vidéo mises en ligne chaque minute sur le site⁷⁰, sans compter les commentaires qui y sont ajoutés! En dehors de circonstances particulières, les hébergeurs ne peuvent anticiper le comportement illicite de certains internautes.

4. L'étendue de la responsabilité

Pour engager la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement, la violation du devoir de diligence est nécessaire mais pas suffisante. Il faut en plus que la victime ait subi un préjudice, c'est-à-dire un dommage financier ou un tort moral⁷¹. Le tort moral («la diminution du bien-être»⁷²) n'est toutefois réparé que lorsque l'atteinte revêt une certaine gravité⁷³; il ne s'agit pas de réparer n'importe quel désagrément de la vie ordinaire⁷⁴.

Si l'existence d'un préjudice est admise, celui-ci doit encore être en relation de causalité naturelle et adéquate avec la faute de l'hébergeur. Avec la doctrine majoritaire, il convient d'admettre que l'hébergeur doit s'attendre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à ce qu'un contenu illicite posté sur Internet puisse engendrer un préjudice s'il n'est pas supprimé⁷⁵. En revanche, une distinction temporelle doit être opérée en raison du moment de l'acte illicite. Il faut revenir à la distinction opérée plus haut entre une situation où l'hébergeur a été averti d'un contenu illicite et celle avec des circonstances particulières, comme dans l'affaire Delfi. Lorsqu'il faut admettre un manquement à la diligence requise en l'absence de connaissance (ci-dessus III.3.B), l'hébergeur commet son acte illicite simultanément ou dans un court instant après la mise en ligne de l'atteinte. Dans cette situation, son comportement est causal de l'ensemble du préjudice engendré et celui-ci doit, par conséquent, être entièrement réparé. Si, au contraire, le devoir de diligence est violé parce que le fournisseur ne supprime pas le contenu illicite suite à un avertissement (ci-dessus III.3.A), le comportement reprochable n'a lieu qu'à ce moment. Il ne peut donc y avoir causalité entre le comportement de l'hébergeur et le préjudice subi par la victime qu'à partir du

moment où l'hébergeur laisse subsister le contenu illicite malgré en avoir été informé. Par conséquent, l'hébergeur ne devrait pas être responsable de l'ensemble du dommage.

IV. Conclusions

La personne atteinte dans sa personnalité moyennant du contenu sur Internet peut rechercher le fournisseur d'hébergement pour réparation du préjudice subi. Elle doit démontrer à cet effet que l'hébergeur a manqué à son devoir de diligence. Le devoir de diligence n'a pas encore été délimité par la loi ou la jurisprudence en Suisse. Divers intervenants de l'hébergement ont adopté un code de conduite (le CCH) qui n'est toutefois que du *soft law*. De son côté, le Conseil fédéral a estimé qu'une révision de la LDA s'avérait nécessaire et devait englober une réflexion sur la responsabilité des fournisseurs d'hébergement. En attendant cette révision, les hébergeurs suisses se tournent, en quête de réponses, vers le jugement de la Grande Chambre, qui doit maintenant confirmer ou infirmer l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Delfi c. Estonia*⁷⁶.

En l'état, la question de la diligence requise du fournisseur peut être résumée comme suit: le devoir de diligence est violé lorsque l'hébergeur est averti du contenu illicite et qu'il reste passif. Le devoir de diligence peut cependant aller plus loin lorsque des circonstances particulières sont à l'origine du cas d'espèce. L'arrêt *Delfi c. Estonia* en est un exemple. Il tient responsable un portail de news même si ce dernier ne connaissait pas l'existence des commentaires illicites qu'il hébergeait et assujettit ainsi le fournisseur de services à un devoir de diligence élevé. Le raisonnement de la Cour est toutefois motivé par les circonstances concrètes du cas d'espèce: Delfi est un grand portail de news en ligne géré de manière professionnelle, qui possède seul la maîtrise des commentaires et qui bénéficie, aussi d'un point de vue financier, des réactions suscitées par les commentaires de tiers, ce qui entraîne une audience plus grande. De plus, ce portail de news n'avait pas mis en place un système d'authentification pour les internautes qui souhaitaient laisser des commentaires. Une telle entreprise, dont le but est de rédiger et publier à l'échelon national des articles incitant un débat public, ne peut se contenter de supprimer a posteriori les commentaires illicites. L'ensemble des circonstances du cas d'espèce pouvait conduire Delfi à savoir qu'en publiant un article sur un sujet aussi actuel et polémique, certains commentaires pourraient outrepasser les limites légales. C'est pour cette raison que Delfi doit prendre des mesures pour empêcher la violation du droit au respect à la personnalité de tiers. La règle du *notice and take down* est donc nuancée par celle d'un devoir d'attention accrue de l'hébergeur lorsque celui-ci connaît ou devrait connaître le risque d'une publication diffamatoire, dénigrante ou autrement portant atteinte à la personnalité d'un tiers sur le site qu'il met à disposition.

69 Auf der Maur/Steiner (note 2), 425; Frech (note 8), 335; Gilliéron (note 2), 435; Lavanchy (note 38), 70; Rosenthal (note 2), n. 67; Weber (note 37), 517; Werro/Sonney (note 2), 121. Voir aussi, en droit allemand, BGH, GRUR 2013 1229 ss – *Kinderhochstühle II*; BGH, MMR 2012 178 ss – *Stiftparfüm*; BGH, MMR 2004 668 ss – *Internet-Versteigerung I*.

70 <http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html> (9.9.2014).

71 CommRomand/Werro, art. 41 CO, n. 8.

72 Werro (note 30), n. 144.

73 ATF 138 III 337 consid. 6.1; BernerKomm/Brehm, art. 49 OR, n. 19; CommRomand/Werro, art. 49 CO, n. 4.

74 ATF 128 IV 53 consid. 7a; TF, 3.10.2013, 5A_170/2013, consid. 6.2.1; CommRomand/Jeandin, art. 28a CC, n. 27; BaslerKomm/Meili, art. 28a ZGB, n. 17.

75 Auf der Maur/Steiner (note 2), 423; Gilliéron (note 2), 439; Rohn (note 39), 257 s.; Rosenthal (note 2), n. 104.

76 Cet arrêt pourrait tout à fait être renversé: la Grande Chambre a déjà invalidé un jugement pourtant pris à l'unanimité par les premiers juges, voir Arrêt de la CourEDH dans la cause *Lautsi et autres c. Italie* (n° 30814/06), du 18 mars 2011.

Résumé La responsabilité des fournisseurs d'hébergement sur Internet est incertaine, alors que la nécessité d'une clarification se fait ressentir. Les auteurs de cet article examinent si et à quelles conditions un hébergeur engage sa responsabilité lors d'une atteinte à la personnalité commise par des internautes. Le Tribunal fédéral a récemment admis qu'un hébergeur d'un blog sur Internet participait à l'atteinte au sens de l'art. 28 al. 2 CC et devait, par conséquent, supprimer le contenu illicite. Encore plus intéressante est la question, jusqu'à maintenant pas soulevée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, de savoir si le fournisseur d'hébergement doit aussi répondre d'un préjudice (dommage, tort moral) engendré par la violation des droits de la personnalité de la victime. Cette question a été tranchée récemment par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Delfi c. Estonia*. Cet article revient sur cette décision et examine la situation en droit suisse en définissant le devoir de diligence dont les hébergeurs doivent faire preuve.

Summary In Swiss law, the liability of internet host providers is still uncertain. The authors discuss the question of whether a host provider can be held liable for defamatory content or other infringement of a third party's personality rights committed by its clients or by other internet users. They also examine the requirements for such liability. Although recently, the Swiss Federal Tribunal has held that the host provider of an internet blog contributes to an infringement within the meaning of article 28 para. 1 of the Civil Code and must delete the illicit content, it has hitherto not had the opportunity to decide on the question of whether the host provider must also compensate the loss or emotional distress caused by such infringement of personality rights. This question was addressed by the European Court for Human Rights in the case *Delfi v. Estonia* in 2013. The authors review this decision in the light of Swiss law and develop detailed criteria regarding the host providers' duty of care.

Philipp Zurkinder, Dr. iur., LL.M Eur, Partner Prager Dreifuss AG, Titularprofessor für Kartellrecht an der Uni Basel.
Philipp.Zurkinder@prager-dreifuss.com

Die Meinungs- und Angebotsvielfalt und das Kartellgesetz am Beispiel der Erteilung von Rundfunkkonzessionen

Résumé La COFEM constate les difficultés financières considérables auxquelles fait face la presse écrite et redoute une diminution de la diversité de l'information. Le *think tank* libéral Avenir Suisse constate le même danger et souhaite même retirer la SSR du marché concurrentiel en la transformant en un *Public Content Provider*. La LRTV contient des dispositions sur la protection de la diversité de l'opinion et de l'offre, qui renvoient à la LCart et prévoit la consultation de la Comco. Comme le démontrent les expériences passées, la LCart n'est pas adaptée pour assurer la protection de la diversité de l'information. L'article met en lumière cette incompatibilité au travers de l'exemple de l'octroi d'une concession de radiodiffusion. La condition en vertu de laquelle la diversité de l'opinion et de l'offre ne doit pas être mise en danger par l'octroi d'une concession a été biffée dans la dernière révision de la LRTV. Le problème n'est toujours pas résolu.

I. Der Bericht der EMEK vom 5. September 2014

Der Schutz der publizistischen Meinungsvielfalt wird in jüngster Zeit zunehmend diskutiert. So hat die Eidgenössische Medienkommission (EMEK)¹ gerade kürzlich darauf hingewiesen, dass die Schweizer Medien in einer Finanzierungs Krise stecken und damit die Informationsangebotsvielfalt in Gefahr gerate, was wiederum für ein demokratisches System problematisch sei. In deren über 20-seitigen Bericht «Medienförderung: Standortbestimmung und Empfehlungen für die Zukunft²» stellt die EMEK fest, dass die Digitalisierung einen fundamentalen Wandel und gerade für regionale und überregionale Tageszeitungen wirtschaftliche Probleme mit sich bringe, da diese aufgrund von Gratisangeboten und Internetanbietern weniger Abonnements verkaufen bzw. weniger Wer-

beerlöse generieren³ würden. Auch hätten die Fernseh- und Radiounternehmen mit der Verlagerung der Werbung ins Internet und ausländischen Werbefenstern zu kämpfen.⁴ Er stellt auch fest, dass die neuen Nutzungsmöglichkeiten zwar auf der einen Seite mehr Möglichkeiten eröffnen würden, dass aber auf der anderen Seite die Mediennutzung je nach Alter, Bildung und Einkommen unterschiedlich sei. Es sei zu erwarten, dass die Erlöse mit publizistischen Inhalten weiter zurückgingen, was sich mit dem Abonnements- und Einzelverkauf nicht kompensieren lasse, womit der Kostendruck auf die Redaktionen noch weiter steigen werde.⁵

Die Medienkonzentration, vor allem im Printbereich, und die ausländische Konkurrenz in den elektronischen bzw. Onlinemedien gefährdeten die publizistische Medienqualität und -vielfalt und berge «die Gefahr der übermässigen Akkumulation von Meinungsmacht⁶».

Der Bericht kommt zum Schluss, dass die bisherige Medienförderung nicht genügend sei, und schlägt neue Massnahmen vor, deren Durchführung durch eine Stiftung erfolgen soll.⁷

Die EMEK tönt kurz auch die öffentliche Finanzierung des Service public im Rundfunk an und stellt fest, dass die konzessionierten Rundfunkanbieter, d. h. in erster Linie die SRG, aber

1 Die EMEK wurde vom Bundesrat im Herbst 2012 geschaffen, deren Mitglieder aber erst am 27. März 2013 gewählt. Sie hat das Mandat, «die schweizerische Medienlandschaft zu beobachten, konkrete Problemstellungen im Auftrag des Bundesrats zu analysieren und Empfehlungen abzugeben» (vgl. Pressemitteilung BAKOM vom 27. März 2013).
2 Veröffentlicht auf der EMEK-Website: <http://www.emek.admin.ch/de/aktuelles/index.html>.

3 So hätten sich grosse Tageszeitungen in der Vergangenheit zu ca. 70 Prozent aus Werbung und zu rund 30 Prozent aus Abonnements- und Einzelverkäufen finanziert, währenddem heute die Werbefinanzierung maximal 50 Prozent und der Zeitungsverkauf den Rest ausmache (vgl. S. 8 des EMEK-Berichts).

4 Vgl. S. 7 des Berichts. «Wenn Werbegelder vermehrt ins Internet abwandern und gleichzeitig ausländische Werbefenster Gelder aus dem Schweizer Markt gewinnen und dadurch einen grossen Preisdruck (auf den sprachregionalen Fernsehwerbemarkt) ausüben, ist mittelfristig der Service public sowohl bei der SRG als auch bei den privaten Radio- und Fernsehsendern gefährdet» (S. 10).

5 «Die Branche wirkt noch wenig auf eine gesellschaftliche und kommerzielle Positionierung hin, die auf einer überlegenen Qualität publizistischer Medieninhalte baut und für einen angemessenen und kostendeckenden Kaufpreis für solche Leistungen eintritt (z. B. mittels Gattungsmarketing)» (S. 9 des Berichts). Vgl. aber hierzu die Positionierung des VR-Präsidenten der NZZ («Fokussierung auf hochwertige Publizistik», NZZ 7.9.2014).

6 Vgl. S. 12 des EMEK-Berichts.

7 Die Nachrichtenagentur SDA und die Aus- und Weiterbildung von Journalisten sowie Projekte zur Entwicklung von innovativen journalistischen Arbeitsmethoden sollen finanziell besser unterstützt und journalistische Start-ups und «herausragende redaktionelle oder journalistische Leistungen» gefördert werden (vgl. dazu S. 15 ff. des Berichts).

auch private lokale Veranstalter, durch die Radio- und Fernseh-Empfangsgebühr finanziert werden.⁸ Die Digitalisierung bewirke, dass die Erbringung der in den Konzessionen von den Veranstaltern im Rahmen des Service public verlangten publizistischen Medienleistungen auch in anderen Formen und Arten denkbar wäre. Die EMEK beschränkt sich im vorliegenden Bericht dann aber auf die Beschreibung der publizistischen Medien insgesamt und auf die heutige Presseförderung und stellt einen weiteren Bericht über den rundfunkrechtlichen Service public in Aussicht.⁹ Nachfolgend analysiert wird, inwiefern die bestehenden rundfunkrechtlichen Grundlagen die Meinungs- und Angebotsvielfalt schützen, welche Rolle das Kartellrecht in diesem Zusammenhang übernehmen kann und ob die soeben beschlossene Teilrevision des Radio- und Fernsehgesetzes diesbezüglich Lösungen bringt.

II. Das RTVG mit der Weko gegen Medienkonzentration

Art. 74 f. des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG¹⁰) sehen Massnahmen gegen die Medienkonzentration vor. Das zuständige Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) kann im Bereich Radio und Fernsehen Massnahmen ergreifen, sofern Programmveranstalter oder andere im Radio- und Fernsehbereich tätige Unternehmen durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährden (Art. 75 Abs. 1 RTVG). Zur Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht, verweist das RTVG auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)¹¹. Gemäss Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultiert nämlich das UVEK die Wettbewerbskommission (Weko), um die Frage des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung i. S. von Art. 4 Abs. 2 KG zu beurteilen. Die Massnahmen, welche das UVEK im Falle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung anordnen kann, sind streng und reichen von der Einräumung von Sendezeit zugunsten Dritter, der Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern, Massnahmen gegen Konzernjournalismus bis hin zu strukturellen Massnahmen innerhalb des betreffenden Unternehmens als ultima ratio (Art. 75 Abs. 2 RTVG).

Das Fehlen einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt war bisher eine Voraussetzung zum Erhalt einer Rundfunkkonzession (Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG). Bereits im Stadium der Konzessionsvergabe wurde also geprüft, ob eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des KG besteht. Die Berücksichtigung des Kartellrechts bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen warf in der Praxis allerdings Fragen auf.

III. Die Anwendung des Kartellrechts am Beispiel der Neubeurteilung des Konzessionsentscheids zugunsten der TVO AG

1. Beschwerde gegen die Konzessionsvergabe wegen angeblicher Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt und das Weko-Gutachten

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als instruierende Behörde des UVEK konsultierte Ende 2010 die Weko, um die Marktstellung der St. Galler Tagblatt AG zu beurteilen. Das UVEK hatte 2007 13 Veranstalterkonzessionen für die Verbreitung von Regionalfernsehprogrammen mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil erteilt. Gegen die Konzessionsvergabe im Versorgungsgebiet Ostschweiz an die TVO AG (TVO) vom 31. Oktober 2008 erhob deren Konkurrentin, die Tele Sântis AG (Sântis), Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde in Bezug auf die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt am 10. Dezember 2009 guthiess und die Sache zur Neubeurteilung an das UVEK zurückwies.¹² Das UVEK hatte demnach zu prüfen, ob eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG vorliegt, und konsultierte zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung die Weko.

Die Weko stellt in ihrem Gutachten¹³ mit Verweisung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Sache¹⁴ zunächst fest, dass Art. 74 Abs. 2 RTVG ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 2 KG Bezug nimmt und dass der Begriff der beherrschenden Stellung nach RTVG daher demjenigen des KG in Art. 4 Abs. 2 entspricht.¹⁵ Dass die Bestimmung von Marktmacht bzw. einer marktbeherrschenden Stellung aber begriffsimmanent von der Definition des sachlich und geografisch relevanten Marktes abhängt, braucht nicht näher erklärt zu werden. Gerade in diesem zentralen Punkt der Beurteilung der Marktbeherrschung stützt sich die Weko aber auf vom BAKOM vorgegebenen Marktabgrenzungen, die nicht kartellrechtlichen Gesichtspunkten entsprechen.¹⁶

Das BAKOM hatte den Verfahrensparteien vorgängig das rechtliche Gehör zu den Marktdefinitionen gewährt und eine Marktbefragung durchgeführt, welche es zusammen mit den Marktdefinitionen der Weko weiterleitete. Es behauptete gegenüber der Weko, die Verfahrensleitung innezuhaben, und betonte, dass es auch für die Würdigung des Gutachtens zuständig sei.¹⁷ Unter Verweisung auf die Richtlinien für die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission¹⁸ obliegt es gemäss BAKOM der Auftrag gebenden Behörde, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erheben sowie die Fragen zu stellen und damit auch die für die Beurteilung

8 Der Bericht stellt fest, dass zurzeit vier Prozent der Empfangsgebühren an Privatanbieter gehen würden, «was bei den Privatradios mit Gebührenanteil durchschnittlich 50 Prozent ihrer Einnahmen, bei den Privatfernsehveranstaltern mit Gebührenanteil bereits durchschnittlich 77 Prozent ausmachen» (S. 13 des EMEK-Berichts).

9 S. 13 ff. des Berichts.

10 SR 748.40.

11 SR 251.

12 BVGer, 10.12.2009, A-7762/2008.

13 RPW 2011/3, 453 ff.; es handelt sich um das erste von drei Gutachten zu Konzessionierungen (vgl. Jahresbericht, RPW 2013).

14 BVGer, 10.12.2009, A-7762/2008, E. 12.5 Heuberger/TVO AG/UVEK.

15 RPW 2011/3, Rz. 10 ff.

16 RPW 2011/3, Rz. 13.

17 UVEK, 3.11.2011, 10.

18 RPW 1997/4, 593 ff.

der Marktstellung (medien-)relevanten Märkte zu bestimmen.¹⁹

2. Die Vorgabe der relevanten Märkte durch das BAKOM an die Weko

Das BAKOM stellte zwar fest, dass die «Definition der relevanten Märkte an die kartellrechtliche Praxis der Weko gestützt auf Art. 11 Abs. 3 VKU²⁰» angelehnt sei, passte aber diese Abgrenzungspraxis «den besonderen Umständen der publizistischen Märkte» an.²¹ Gemäss Zielsetzung des RTVG, nämlich die Gewährleistung des Medienpluralismus bzw. des in der Konzession festgelegten Leistungsauftrags und damit der Sicherstellung des lokal-regionalen Service public liege der Fokus auf der Information des Versorgungsgebiets aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport.²² Die Veranstaltung von qualitativ hochstehenden Radio- oder Fernsehprogrammen bedürfe oft einer gewissen Grösse des Veranstalters, weshalb von der aus rein kartellrechtlicher Sicht gerechtfertigten Praxis der Ausscheidung von eng definierten Märkten Abstand genommen werden müsse. Das BAKOM kam zum Schluss, dass die Märkte «für die Prüfung des publizistischen Wettbewerbs (sind) deshalb in sachlicher Hinsicht medienpezifisch (Print, Radio, Fernsehen, Internet) abzugrenzen seien²³».

Die Weko übernahm folgende acht vom BAKOM als sachlich relevant bestimmte Märkte:

- Leser- und Leserinnenmarkt/Hörer- und Hörerinnenmarkt/Zuschauer- und Zuschauerinnenmarkt jeweils für lokal-regionale Informationen aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport sowie der Markt für Nutzer und Nutzerinnen von Informationsplattformen aus den gleichen Bereichen;
- Märkte für Print-, Radio-, Fernseh- bzw. Online-Werbung.²⁴

In geografischer Hinsicht unterteilte das BAKOM bzw. die Weko die Märkte nach Versorgungsgebiet, in dem die jeweilige Konzession erteilt wird. So waren nach Meinung des BAKOM die jeweiligen lokalen bzw. regionalen Medieninformationen

in erster Linie für dasjenige Gebiet interessant, auf welches diese Informationen ausgerichtet seien.²⁵

3. Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung durch die Weko

Die bei der ursprünglichen Konzessionsvergabe des UVEK obsiegende TVO AG ist ein Tochterunternehmen des «St. Galler Tagblatts», welche über die Freie Presse Holding AG zur NZZ-Gruppe gehört. Mit Verweis auf das Zusammenschlussverfahren Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia beurteilt die Weko die Marktbeherrschung für die gesamte NZZ-Gruppe und nicht bloss für die TVO AG bzw. die St. Gallen Tagblatt AG.²⁶

Zum Leser-, Hörer- und Zuschauermarkt wurden im Weko-Gutachten jeweils diejenigen Medien (Print-Titel, Radioprogramme, Fernsehprogramme) einbezogen, die mindestens wöchentlich lokal-regionale Informationen aus dem betreffenden geografischen Gebiet zu jedem der Bereiche Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport enthalten.²⁷ Die SRG, welche mit ihren Sendungen mit regionalem Schwergewicht mitberücksichtigt wurde,²⁸ erreichte gemäss Gutachten aufgrund der Anzahl Personen, welche täglich ein Programm von Schweizer Radio DRS bzw. das entsprechende Fernsehprogramm während mindestens 30 Sekunden gesehen haben, einen Anteil von 54 bis 60 Prozent auf dem Zuhörermarkt und von knapp 37 Prozent auf dem Zuschauermarkt.

Auf der Werbeseite wurden jeweils alle (Print-)Titel, (Radio- bzw. Fernseh-)Programme und Internetplattformen hinzugezählt, «die geeignet bzw. bedeutsam sind, um insbesondere das Publikum im Versorgungsgebiet Nr. 11 mit Werbung zu erreichen²⁹».

Die Weko stellte fest, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb auf dem Markt für Radiowerbung im Versorgungsgebiet Ostschweiz nicht genügend sei und die NZZ-Gruppe auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne

19 UVEK, 3. 11. 2011, 10 f.

20 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4.

21 UVEK, 3. 11. 2011, 11.

22 Entsprechend sind für das BAKOM zum ersten nur diejenigen Medien relevant, welche derartige Informationsdienstleistungen erbringen. «Angebote, welche nur gewisse oder gar nur einen der interessierenden Bereiche abdeckten («Special-Interest oder Spartenangebote»), gehörten nicht dazu». RPW 2011/3, 455, Rz. 14.

23 «Zudem garantiert wirtschaftlicher Wettbewerb alleine noch nicht publizistische Vielfalt», UVEK, 3. 11. 2011, 12 f.

24 Die Werbemärkte wurden in die Prüfung einbezogen, da mit den jeweiligen Nutzungsmärkten eine starke Wechselbeziehung besteht. Vgl. die Darstellung der sachlich relevanten Märkte in der Verfügung des UVEK vom 3. 11. 2011, 13 ff. Vorab wurden bestimmte vor- und nachgelagerte Märkte (Informationsbeschaffung, Druck, Vertrieb und Verbreitung) ausgeklammert, da in diesen gemäss BAKOM von vornherein keine marktbeherrschende Stellung möglich sei.

25 RPW 2011/3, 455, Rz. 16 mit Verweisung auf die RTVV vom 9. März 2007.

26 RPW 2011/3, 454, Rz. 10.

27 Diese Marktdefinition führte dazu, dass beispielsweise die Sonntagszeitungen und die überregionalen Zeitungen «NZZ» und der «Blick» nicht in den Lesermarkt fielen, hingegen andere Tageszeitungen, welche aufgrund einer inhaltlichen Prüfung mit Bezug auf das betroffene Gebiet als relevant angeschaut wurden, wie beispielsweise das «St. Galler Tagblatt» und der «Tages-Anzeiger». Zum relevanten Markt wurden auch «20 Minuten» und Wochenzeitungen gezählt (vgl. RPW 2011/3, Rz. 22 ff.). Interessant ist die jeweilige Berücksichtigung der SRG. Auf dem Hörermarkt wurden die Sendezeit und Programmdauer der Radiosendung «Regionaljournal» mit der Sendezeit und Dauer der relevanten Informationsblöcke der anderen Radiostationen verglichen. Aufgrund des zwar niedrigeren Ausstrahlungsrhythmus, aber jeweils längerer Sendedauer und der Feststellung, dass DRS 1 mindestens einmal pro Woche zu jedem der oben erwähnten Informationsbereiche aus dem betroffenen Gebiet berichtet, wurde DRS 1 mit dem Regionaljournal ebenfalls als aktueller Wettbewerber berücksichtigt. Auf dem Zuschauermarkt wurde lediglich die Sendung «Schweiz aktuell» der SRG berücksichtigt (RPW 2011/3, 32 ff., 47 ff.).

28 RPW 2011/3, 455, Rz. 14.

29 RPW 2011/3, Tabelle in Rz. 17.

von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge.³⁰ Die SRG konnte aufgrund ihres Werbeverbots bei Radios nicht als Wettbewerber berücksichtigt werden, womit kein der NZZ-Gruppe vergleichbares Unternehmen auf diesem Markt tätig war. Im Fernsehwerbungsmarkt war die SRG zu berücksichtigen.³¹

4. Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S. des RTVG

In seiner Verfügung vom 3. November 2011 erteilte das UVEK die Konzession im Versorgungsgebiet 11 abermals der TVO. Es stellte fest, dass der TVO kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 RTVG nachgewiesen werden könne. Anders als in der KG-Verhaltenskontrolle wurde der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dabei aber nicht anhand einer konkreten vergangenen oder noch anhaltenden Verhaltensweise geprüft, sondern anhand von vergangenen Handlungsweisen der TVO das UVEK analysierte, ob diese nach Konzessionsvergabe in den von ihr beherrschten Märkten die publizistische Vielfalt einschränken würde. Die betreffenden (alten) Handlungsweisen müssten geeignet sein, einen systematischen und zukunftsgerichteten Missbrauch aufzuzeigen.³² Aufgrund der bestehenden Struktur und der bisherigen Verhaltensweisen der TVO AG erachtete das UVEK die Gefahr, dass nach Konzessionsvergabe die TVO AG ihre Stellung im Radiowerbe- bzw. -hörermarkt der Art missbrauchen wird, dass die publizistische Vielfalt beschränkt wird, als nicht wahrscheinlich.³³ Im Unterschied zu Art. 7 KG findet bei dieser UVEK-Prüfung somit keine statische Verhaltenskontrolle statt, sondern eine prospektive Analyse basierend auf der Marktstruktur und bisheriger Verhaltensweisen.

Schliesslich stellte das UVEK fest, dass die TVO auch den Leistungsauftrag deutlich besser als Santis erfüllt, womit gemäss Art. 45 Abs. 3 RTVG nicht mehr geprüft werden müsse, welcher Bewerber «die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichere³⁴».

IV. Problematik der bisherigen Regelung und Praxis der Anwendung von Kartellrecht bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen

1. Die «Verrundfunkrechtlichung» des Kartellrechts

Der Bezug der bisher zur Erteilung von Rundfunkkonzessionen anwendbaren Vorschriften im RTVG zum KG ist evident. Die Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der

Meinungs- und Angebotsvielfalt in Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG bezog sich auf Art. 74 RTVG, wo diese Gefährdung mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG gleichgesetzt wird.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist ein Tatbestand, der nicht nur den traditionellen Kartellrechtsordnungen in Europa eigen ist. Im KG ist dieser in Art. 7 geregelt. Die oben festgestellte unterschiedliche Bedeutung des Missbrauchselements lässt sich mit der ebenso unterschiedlichen Zweckbestimmung des RTVG einerseits und des KG andererseits erklären. Gemäss UVEK bezweckt die Missbrauchskontrolle im KG (Art. 7) «die Gewährleistung einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung», während diejenige in Art. 74 RTVG die publizistische Vielfalt schützen wolle. Das UVEK spricht daher vom «publizistischen Missbrauch»³⁵. Darunter seien Massnahmen eines Medienunternehmens zu verstehen, die geeignet sind, in den von letzterem beherrschten Märkten «die freie und umfassende Meinungs- und Willensbildung der Mediennutzerinnen und -nutzer in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport einzuschränken. Dies ist namentlich der Fall, wenn den verschiedenen Meinungen und Interessen kein chancengleicher publizistischer Zugang gewährt wird, relevante Themen einseitig dargestellt oder ignoriert werden, oder wenn mittels einer einseitigen Auswahl von Meinungen und Akteuren versucht wird, demokratische Entscheidungsprozessen zu beeinflussen, ohne dass diese Absicht transparent gemacht wurde³⁶.»

Die Anwendung des Kartellrechts bei der Erteilung von Rundfunkkonzessionen wurde somit mit rundfunkrechtlichen Elementen vermischt und das Kartellrecht in den Dienst des Schutzes der Angebots- und Meinungsvielfalt gestellt. Die unterschiedliche Definition der relevanten Märkte als zentrale Elemente der jeweiligen Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung, die andersartige Zweckrichtung der Missbrauchsprüfung, aber auch die oben festgestellte unterschiedliche «technische» Vorgehensweise im Rahmen letzterer (keine klassische Verhaltenskontrolle) sind problematisch. Generell erscheint eine Verweisung auf das KG und damit die Konsultierung der Weko als wenig sinnvoll, und wir erinnern uns, dass die Ausrichtung des KG auf Medienunternehmen bereits früher einmal aufgegeben werden musste.

2. Die KG-Reform 1995, Kritik und die KG-Reform 2003

Mit der Totalrevision des schweizerischen Kartellgesetzes 1995 erfolgte punkto Beurteilung von Kartellsachverhalten ein tiefgreifender Systemwechsel. Die sog. Saldomethode, welche es erlaubte, bei der kartellrechtlichen Prüfung auch ausserwettbewerbliche, politische Aspekte zu berücksichtigen und damit uferlose Diskussionen sowie übermässig lange Verfahren verursachte, wurde aufgehoben. Künftig sollten bei der Prüfung

30 RPW 2011/3, 470, Rz. 85 ff.

31 RPW 2011/3, 476, Rz. 116. Eigenartigerweise berücksichtigte die Weko aber auch ausländische Sender, die aber auf lokaler bzw. regionaler Ebene kaum einen Einfluss haben dürften, da sie nicht Sender finanzieren, welche die hier relevanten Informationen verbreiten.

32 UVEK, 3. 11. 2011, 32 ff.

33 A. a. O., 37 ff.

34 UVEK, 3. 11. 2011, 57 f. (mit Verweisung auf die RTVG-Botschaft).

35 UVEK, 3. 11. 2011, 34.

36 Ebenso müsse ein publizistischer Missbrauch «systematisch und zukunftsgerichtet sein, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt zu gefährden», UVEK, 3. 11. 2011, 34 f.

nur noch wettbewerbliche, d. h. vorab Effizienzkriterien, zugelassen werden.³⁷

Angesichts dieses Systemwechsels traten im Rahmen der Revisionsarbeiten Fragen u. a. auch über den Schutz der Medienvielfalt auf. Nicht im bundesrätlichen Vorschlag, sondern (erst) in der parlamentarischen Beratung wurden diesbezüglich spezielle fusionskontrollrechtliche Aufgreifkriterien aufgenommen. Die von namhaften Autoren als «Medienfusionskontrolle» bezeichnete Regelung³⁸ besagte, dass für Zusammenschlüsse von Medienunternehmen um das Zwanzigfache reduzierte (Schweizer) Umsatzschwellen gelten. Mit diesen verschärften Meldekriterien sollte die lokale und regionale Pressevielfalt geschützt werden.

Diese Spezialbestimmungen für Medienezusammenschlüsse stiessen allerdings schon bald auf Kritik. Zum einen mussten die meisten Zusammenschlüsse im Medienbereich gemeldet werden, was einen erhöhten Aufwand der betroffenen Unternehmen, aber auch der Wettbewerbsbehörde zur Folge hatte. Zum anderen wurde aber auch argumentiert, dass aufgrund der Anwendung der materiellen Beurteilungsnorm in Art. 10 KG notwendige Strukturvereinbarungen im Medienbereich verhindert würden, womit der ursprünglich bezweckte Schutz der lokalen und regionalen Pressevielfalt «in sein Gegenteil umgekehrt zu werden droht(e)³⁹». Auch das BAKOM ist der Meinung, dass unter der verschärften Meldepflicht «einzelne Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich» untersagt worden seien.⁴⁰ Andere Autoren sprachen im Zusammenhang mit dem Fall Berner Zeitung/20 Minuten Schweiz AG⁴¹ von «Zweifeln» darüber, ob im betreffenden Entscheid «die Untersagung aufgrund medienpolitisch neutraler Beurteilungsmassstäbe erfolgt ist⁴²», ohne allerdings auf konkrete Entscheidungserwägungen hinzuweisen, welche solche Zweifel stützen würden.

Die Kritik richtete sich insbesondere gegen die Praxis der Weko bei der Markttabgrenzung bei Medienezusammenschlüssen. Es wurde eine Abkehr der Eingrenzung zahlreicher kleinerer Märkte hin zur Konzentrierung auf den sog. Informationsmarkt als relevantem Markt in sachlicher Hinsicht gefordert.⁴³ Begründet wurde die Praxis der engen Marktdefinition durch die Weko damit, dass sich regionale und überregionale Tageszeitungen sowie die Wochenpresse und andere Informationsträger aus Lesersicht nur schlecht substituieren liessen und zu-

dem hohe Marktzutrittsschranken bestanden. Aus Konsequenz daraus hätten Zusammenschlüsse von regionalen und lokalen Medienunternehmen zu einer Erhöhung der Marktmacht im betroffenen Medienbereich geführt, welche es erlaubt hätten, nicht nur die Leser-, sondern auch die Inseratpreise zu erhöhen.⁴⁴ Die Gegner der Weko-Praxis forderten hingegen eine weiträumigere Markttabgrenzung. Sie betonten die spezielle Bedeutung der Werbemärkte im Medienbereich und behaupteten, dass auch hohe Marktanteile in lokalen Leser- und Inseratemärkten keinen Aufschluss über die tatsächliche Marktmacht der betroffenen Medienunternehmen geben, und betonten das Primat der Werbefinanzierung.⁴⁵ Sie waren der Ansicht, dass es «keinen statistisch nachweisbaren Zusammenhang zwischen Konzentrationsgrad und Preisniveau» gebe und dass daher aus einem regionalen Zeitungsmonopol nicht automatisch auf Preiserhöhungen geschlossen werden könne.⁴⁶

Diese im Zusammenhang mit Medienezusammenschlüssen gemachten Kommentare zeigen, dass bereits vor über 15 Jahren eine rein kartellrechtliche Betrachtungsweise im Medienbereich nicht nur bei der Definition der relevanten Märkte, sondern auch bei der materiellrechtlichen Beurteilung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eine grosse Polemik entfachte.

Im Rahmen der KG-Reform 2003 wurden die speziellen Aufgreifkriterien für den Medienbereich wieder gestrichen. Die bundesrätliche Botschaft⁴⁷ hält fest, dass sich das KG für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen nur wenig eigne. «Mit den Mitteln des Kartellgesetzes sollten Zusammenschlüsse zwischen Medienunternehmen nur überprüft werden, soweit sie gesamtwirtschaftlich von Bedeutung sind. Es genügt daher, wenn auf Medienunternehmen die allgemeinen Aufgreifkriterien angewendet werden⁴⁸». Der Bundesrat nahm Bezug auf den Zusammenschlussfall Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG⁴⁹, in welchem die Weko die Wichtigkeit der Konzentration auf lokaler und regionaler Ebene feststellte und damit insofern oben

37 Botschaft KG 1995, 10 f., 84 ff.

38 Vgl. etwa Ducrey, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), 2000, V/2, 253 ff.

39 Ducrey (Fn. 38), 254 mit weiteren Verweisungen.

40 Zeller/Stämpfli, BAKOM, in: Konvergierte Märkte – konvergierte Macht? Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Strassburg, 2012, 45 f. Der vermittelte Eindruck ist aber insofern falsch, als nur ein einziger Medienezusammenschluss verboten wurde («Berner Zeitung/20 Minuten»). Die Autoren vermögen denn auch nur auf diesen Zusammenschlussfall hinzuweisen (Fn. 27).

41 RPW 2004/2, 529 ff.

42 Weber-Stecher, Medienezusammenschlüsse: Einige Gedanken zur Praxis der Wettbewerbskommission – oder: Informationsmarkt und Primat des Werbemarkts, Jusletter, 27. September 2004, 4 f. und 22 f.

43 Weber-Stecher (Fn. 42), 9 f.

44 Raass, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik, sic! 1999, 669 (674).

45 Vgl. etwa Hoffet/Hoehn, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, sic! 1999, 232 ff. und die gleichen Autoren Hoehn/Hoffet, Marktmacht im Medienbereich – Facts and Figures Replik zur «Kritik an der Kritik» von Adrian Raass, sic! 2000, 416. Siehe auch von der Crone/Groner, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, in: zik (Symposium Schluemp – Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht), 1998, 45 ff. (48 ff.) und Weber-Stecher (Fn. 42), 15 ff.

46 Hoehn/Hoffet (Fn. 45), zu Raass. Interessant ist, dass Raass als Verfechter der damaligen Beurteilungspraxis der Weko bei Medienezusammenschlüssen immerhin erwähnt, dass die Kostenverläufe bzw. die Frage der Effizienz solcher Zusammenschlüsse unter dem KG nicht berücksichtigt werden könnten: «Es ist nicht auszuschliessen, dass Kostenverläufe derart sind, dass in einigen Regionen nur eine Tageszeitung bestehen kann bzw. dass Zusammenschlüsse erst die betriebswirtschaftlich notwendige Grösse erlauben. Eine Effizienzverteidigung lässt das Kartellgesetz aber nicht zu, jedenfalls bei der aktuellen Auslegung des Begriffs des «wirksamen Wettbewerbs»» (680).

47 Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes, 7.11.2001, BBl 2001, 2042 f.

48 Botschaft (Fn. 47), 2042.

49 RPW 2000/3, 414 ff.

beschriebene Kritik berücksichtigte. Die hohen Ansprüche der Leser und der Werbebranche seien mit höheren Kosten verbunden, die «nur mittels Grössenvorteilen ausgeglichen bzw. durch Kosteneinsparungen aufgrund von Kooperationen und Zusammenschlüssen kompensiert werden könnten⁵⁰». Nur Zusammenschlüsse zwischen grossen Medienunternehmen könnten den Wettbewerb gefährden. Solche müssten aber auch unter den allgemeinen Meldekriterien gemeldet werden.⁵¹

3. Weko-Praxis unter dem KG 2003

Nach der Abschaffung der speziellen Aufgreifkriterien für Medienezusammenschlüsse beschäftigte sich die Weko vor allem im Zusammenschlussfall «Tamedia/PPSR» mit der Frage der Konzentration im Medienbereich.⁵² Sie stützte sich bei der sachlichen Marktabgrenzung auf die bisherige Praxis⁵³ und unterschied Lesermärkte (bzw. Hörer-, Zuschauer- und Nutzermärkte); Werbemärkte, Anzeigermärkte (Anzeigeraum für Firmenwerbung, Rubrik- und Ankündigungsanzeigen), den Markt für die Frühzustellung von Zeitungen, Märkte für die Werbevermittlung, den Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe und Druckereimärkte. Als Lesermärkte unterschied die Weko einen Lesermarkt für Tageszeitungen mit lokaler/regionaler und nationaler/internationaler Berichterstattung, einen Markt für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränkter redaktioneller Berichterstattung, einen Markt für Gratisanzeigen, einen für Pendlerzeitungen und einen Lesermarkt für Sonntagszeitungen.⁵⁴ Räumlich grenzte die Weko den Markt für Tageszeitungen in die folgenden vom Zusammenschluss betroffenen Gebiete ein: Grossraum Zürich, Grossraum Ostschweiz, Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland, Genf, Waadt, Neuenburg, Jura, Freiburg und Unterwallis. Die Märkte für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen, für Pendlerzeitungen und für Gratisanzeigen wurden räumlich auf die Verteilgebiete derjenigen Titel eingegrenzt, die von den Zusammenschlussparteien herausgegeben werden, währenddem die Lesermärkte für Sonntagszeitungen bzw. Special-Interest-Titel sprachregional bzw. gesamtschweizerisch abgegrenzt werden.

Gleich wie in früherer Praxis verzichtete die Weko auch in diesem Verfahren darauf, eigenständige Hörer- bzw. Zuschauermärkte abzugrenzen. In beiden Fällen begründete sie diese Haltung damit, dass auch in diesem Zusammenschlussfall aufgrund der starken Stellung der SRG auf diesen Märkten keine Gefahr der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehe und damit eine Abgrenzung dieser Märkte nicht nötig sei. Die Weko lässt sich aber dennoch auf die räumliche Eingrenzung ein und stellt fest, dass der Markt für Radiohörer und Fernsehzuschauer weitestgehend auf das Konzessions- bzw. Sendegebiet der jeweiligen Radiosender bzw. Fernsehstation einzugrenzen sei.⁵⁵ Werbemärkte werden in lokale/regionale Märkte (jeweiliges Konzessionsgebiet) einerseits und nationale Werbemärkte andererseits abgegrenzt, wobei bei letzteren die geografische Einteilung nach den Sprachräumen erfolgt. Diese Praxis der Marktdefinition wurde auch in den jüngsten Entscheiden beibehalten.⁵⁶

Die Weko grenzt somit weiterhin aufgrund der unterschiedlichen Schutzobjekte jeden Markt, der durch den Zusammenschluss betroffen ist, aus der Sicht der Marktgegenseite (Leser, Hörer, Zuschauer bzw. Nutzer von Informationsplattformen im Internet⁵⁷) ab, währenddem in RTVG-Verfahren, wie oben beschrieben, die lokal-regionale Information «aus den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Gesellschaft und Sport» im Vordergrund steht.

V. Teilrevision des RTVG und Schlussfolgerungen

Gemäss der am 26. 9. 2014 beschlossenen Teilrevision des RTVG soll in Art. 44 RTVG die Nichtgefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt als Konzessionsvoraussetzung wegfallen, und gemäss dem revidierten Art. 74 RTVG soll künftig die Weko die Märkte definieren.⁵⁸

Wie bereits ein Rückblick auf die Reform 1995 zeigt, ist das schweizerische KG nicht geeignet, medienpolitische Anliegen zu befriedigen. Die Verweisungen im RTVG zum einen auf traditionelle kartellrechtliche Begriffe wie der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder auf die kartellrechtliche Marktbeherrschungsdefinition in Art. 4 Abs. 2 KG und die Konsultierung der Weko ergibt wenig Sinn und führt aufgrund

50 Der Wettbewerb sei aber durch solche Zusammenschlüsse und Kooperationen nicht in Gefahr, da genügend andere (überregionale) Printmedien sowie potenzieller Wettbewerb, andere Informationsträger und die Werbewirtschaft die regionalen und lokalen Zeitungen disziplinieren würden (Botschaft [Fn. 47], 2043).

51 Botschaft (Fn. 47), 2043.

52 RPW 2009/3, 245 ff.

53 In Fn. 25 zählt sie zu dieser Praxis Tamedia AG/Espace Media Groupe (RPW 2007/4, 606 f., Rz. 29 ff.); Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG (RPW 2004/2, 536, Rz. 49); «NZZ/Espace/Bund» (RPW 2004/2, 491 f., Rz. 43); Edipresse/Corbaz (RPW 2003/1, 182, Rz. 33); Tamedia/Belcom (RPW 2001/4, 721 ff.) und «Mittelland Zeitung» (RPW 2001/3, 540 ff.)

54 Mit Bezug auf die Pendlerzeitungen stellt die Weko fest, dass in künftigen Verfahren vertiefter geprüft werden müsse, ob die Marktgegenseite die Pendlerzeitungen nicht doch als mit der abonnierten Tagespresse substituierbar anschau (Rz. 78). Im gleichen Verfahren stellte die Weko zudem fest, dass die sog. Special-Interest-Titel als je selbständige Märkte zu bezeichnen seien (Rz. 79).

55 Rz. 86 ff. des Entscheids.

56 In jüngeren Entscheiden wird weiter zwischen Nutzer- und Lesermärkten auf spezialisierten Marktplätzen unterschieden (vgl. Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you, RPW 2013/3, Rz. 54 ff. mit weiteren Verweisen). Auf die Interdependenz zwischen Nutzungs- und Werbemarkt wies die Weko schon in frühen Entscheiden hin (vgl. etwa BOM AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG ([RPW 2000/3, Rz. 33] mit Verweis auf frühere Entscheide).

57 Der Begriff des Nutzers wird im Gutachten der Weko, anders als beispielsweise im Zusammenschlussesentscheid i.S. «Tamedia/PPSR» vom 7. September 2009, in einem weiteren Sinne verwendet, indem er den Leser, den Hörer, den Zuschauer und den Nutzer von Informationsplattformen beinhaltet.

58 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 29. Mai 2013, BBl 4975 ff. (5028, 5033).

der rundfunkrechtlichen bzw.- medienpolitischen inhaltlichen Korrekturen zu Rechtsunsicherheiten.⁵⁹

Der eingangs erwähnte EMEK-Bericht weist darauf hin, dass der Schutz der Meinungsvielfalt in Zukunft noch erhöhter Beachtung bedarf und die medienpolitischen Voraussetzungen auch bei rundfunkrechtlichen Konzessionsvergaben möglicherweise noch zunehmen und damit die Verweise auf das KG noch weiter verwässert werden. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG und dessen Missbrauch werden noch weniger geeignete Kontrollinstrumente sein, um das eigentliche Anliegen, den Schutz der Angebots- und Meinungsvielfalt im publizistischen Bereich, zu realisieren. Fehlerrisiken und der Zeitverlust durch die Konsultierung der Weko sollten im Gegenteil vermieden werden. Mit der Streichung der Nichtgefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt als Konzessionsvoraussetzung verhindert die Teilrevision richtigerweise künftig offensichtlich in sachlicher Hinsicht ungeeignete und langwierige Prüfungsschritte mit Konsultierung der Weko. Mit der Revision von Art. 74 RTVG verstärkt sie andererseits den Einfluss des KG, indem die nach Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultierte Weko künftig die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung i. S. von Art. 4 Abs. 2 KG und auch die Definition der relevanten Märkte nach kartellrechtlichen Gesichtspunkten gestalten soll. Die oben beschriebene Kritik an genau dieser Tätigkeit der Weko im Rahmen der «Medienfusionskontrolle» im KG 1995 scheint gar unter der heute verschärften Lage im Medienbereich vergessen.⁶⁰ Die Verweise auf das KG sollten im RTVG aber vielmehr eliminiert und durch eigene Bestimmungen unter Berücksichtigung der einschlägigen medienpolitischen Kriterien ersetzt werden. Die Fragestellungen im KG und im RTVG sind insbesondere bei der Marktabgrenzung zu verschieden (Preisspielräume im KG – ausreichende Informationsquellen im RTVG). Angesichts der neuesten Entwicklungen muss die Frage gestellt werden, ob das BAKOM selber, beispielsweise im oben beschriebenen Verfahren TVO, die Märkte nicht schon zu eng abgrenzt hat. Der «Umweg» über den kartellrechtlichen Begriff des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist nicht nur unnötig und zeitaufwendig, sondern rechtsdogmatisch falsch. Auch die spezielle Position und Funktion der SRG kann damit nicht adäquat erfasst werden.

Sollte angesichts der ebenfalls unklaren parallelen Anwendung des RTVG und des KG bei Medienezusammenschlüssen⁶¹ im angekündigten EMEK-Bericht auch die Zusammenschlusskontrolle der Art wieder aktuell werden, dass bei der KG-Beurteilung medienpolitische Anliegen aufgenommen werden sollten, wären entsprechende Verweisungen (diesmal aufs

RTVG) ebenfalls nicht sinnvoll. Viel eher erschiene in einem solchen Fall eine Zuständigkeitsregelung, wie sie seit der KG-Reform 1995 in Art. 10 Abs. 3 KG für Bankenzusammenschlüsse gilt, überlegenswert oder dann eine Lösung wie in der deutschen und österreichischen Kartellrechtsordnung.

Zusammenfassung Die EMEK stellt erhebliche wirtschaftliche Probleme insbesondere der Printmedien fest und sieht die Informationsvielfalt in Gefahr. Die liberale Avenir Suisse sieht die gleiche Gefahr und will im Sinne der Medienförderung die SRG gar aus dem Medien-Wettbewerb ziehen und in einen «Public Content Provider» umwandeln. Das RTVG enthält Vorschriften zum Schutz der Angebots- und Meinungsvielfalt, wobei es auf das KG verweist und den Beizug der Weko vorsieht. Bereits Erfahrungen in der Vergangenheit zeigen, dass das KG zum Schutz der Medienvielfalt ungeeignet ist. Nachfolgend wird diese Inkompatibilität anhand des Beispiels einer Rundfunkkonzessionserteilung dargestellt. Die mit Unterstützung der Weko zu überprüfende Konzessionsvoraussetzung der fehlenden Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt wurde in der jüngsten RTVG-Revision gestrichen. Das Problem ist aber nicht gelöst.

Summary According to the Swiss federal Commission for Media, the written press is facing considerable financial difficulty and it fears that the diversity of information might be in jeopardy. Avenir Suisse – a liberal Think Tank – shares the same fears even wishes to withdraw the Swiss Broadcasting Corporation (SGR SSR) from the competitive market by transforming it in a Public Content Provider. The Federal Act on Radio and Television (RTVA) contains dispositions for the protection of the diversity of opinions and offerings. This article refer to the Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition (Cartel Act) and state that the Department must consult the Competition Commission to assess a possible dominant position. Past experiences have shown that the Cartel Act is not suitable to protect the diversity of opinions. The author examines this incompatibility through the awarding of a radio broadcasting licence. The condition under which the diversity of opinions and offerings shall not be put in jeopardy by the awarding of such a licence has been crossed out in the latest revision of the RTVA. Therefore, the problem remains unsolved.

⁵⁹ Kritik wurde bereits vor Inkrafttreten des aktuellen RTVG geäußert, vgl. Bühner/Renfer, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter 9.10.2006.

⁶⁰ Die in der Botschaft (4992) gemachte Aussage, wonach der bisherige Art. 44 lit. g dazu führen könnte, dass in kleinen Gebieten u. U. gar keine Konzession mehr hätte erteilt werden können, erscheint richtig. Aufgrund der unterschiedlichen Sichtweise und engen Marktdefinitionspraxis unter dem KG ist hingegen die Ergänzung von Art. 74 Abs. 2 RTVG nicht verständlich und inkohärent.

⁶¹ Vgl. Bühner/Renfer (Fn. 59), Rz. 20 ff.

entscheidungen décisions

Die Entscheidung | La décision

- 14-120 **L'affaire Giroud ou les récifs de la censure des médias à caractère périodique** . . . 194
 Décision du Tribunal cantonal du Valais du 21 mai 2014 (C1 14 145)

ANNOTATIONS: NICOLAS CAPT, AVOCAT, GENÈVE

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

- 14-121 **Zulässige Verdachtsberichterstattung über Exkanzler Schröder** 197
 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
 «Axel Springer AG c. Deutschland (N° 2)» vom 10. Juli 2014 (N° 48311/10)

ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN

- 14-122 **Beschlagnahmeverbot gilt auch für Unterlagen im Besitz des Beschuldigten** 197
 Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2014 (1B_424/2013, 1B_436/2013)

- 14-123 **Illicéité des perquisitions dans l'affaire Rocchi.** 198
 Ordonnance du Tribunal cantonal neuchâtelois du 22 mai 2014 (TMC.2013.149)

ANNOTATIONS: MLAW ALEXANDRE CURCHOD, LAUSANNE

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

- 14-124 **Keine Person der Zeitgeschichte, keine reduzierte Schutzfrist** 199
 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Oktober 2014 (A-127/2014)

- 14-125 **Zugang zu Agenda von Rüstungschef muss gewährt werden** 200
 Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 24. September 2014
 (armasuisse/Outlook-Agenda des Rüstungschefs)

- 14-126 **L'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique
 ou administrative dont ils constituent la base** 200
 Recommandation du 6 août 2014 du Préposé fédéral à la protection des données et à
 la transparence (Swissmedic/Rapport d'incident fourni concernant un robot chirurgical)

- 14-127 **Des éléments permettant d'identifier des sociétés ou des personnes,
 de même que le prix d'une transaction peuvent, dans certains cas,
 constituer un secret d'affaires digne de protection** 201
 Recommandation du 8 juillet 2014 du Préposé fédéral à la protection des données et
 à la transparence (SECO/Formulaire de déclaration obligatoire concernant le pétrole,
 les produits pétroliers et les produits pétrochimiques iraniens)

- 14-128 **Veröffentlichung von Verordnungsentwurf wird aufgeschoben** 202
 Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 25. Juni 2014
 (IGE/Verordnungsentwurf)

- 14-129 **Zugang zu Sitzungsprotokoll über Grundsatzentscheid zur Studiengebühren-
 erhöhung muss gewährt werden.** 203
 Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 10. Juni 2014
 (ETH-Rat/Sitzungsprotokoll Studiengebührenerhöhung)

- 14-130 **Einfacher elektronischer Vorgang: Arbeitsaufwand nicht entscheidendes
 Kriterium** 204
 Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Juni 2014
 (EPA/Liste mit Nebenbeschäftigungen aller Bundesangestellten)

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- 14-131 **Kostenverteilung: BAKOM hat Sachverhalt ungenügend festgestellt** 205
 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Oktober 2014 (A-2744/2014)

14-132	Billag hat Sachverhalt ungenügend festgestellt	206
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juni 2014 (A-1229/2014)	
14-133	«Arealregelung» mit RTVG vereinbar	206
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juni 2014 (A-4915/2013)	
14-134	Beschwerde gegen «Die Schweizer» abgewiesen	207
	Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 684)	
14-135	Nichteintretensentscheid auf Beschwerde gegen Sendung betreffend Bestrafung von Cannabiskonsum	208
	Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 688)	
14-136	Beschwerde gegen «Helvetica» abgewiesen	208
	Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 685)	

2. Recht der Onlinemedien – Droit des médias en ligne

14-137	Zugangssperre im Internet: Keine Beschwerdebefugnis für Musikkonsumenten	209
	Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Yaman Akdeniz c. Türkei» vom 11. März 2014 (N° 20877/10)	
	ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN	

3. Strafrecht – Droit pénal

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

14-138	Quellenschutz ist kein Freipass für die Vernichtung möglicher Beweise	211
	Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Colm Keena & Geraldine Kennedy c. Irland» vom 30. September 2014 (N° 29804/10)	
	ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN	

4. Privatrecht – Droit privé

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

14-139	«Tierquäler» und «Massenverbrechen an Tieren»: Persönlichkeit von Vasella nicht verletzt	212
	Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2014 (5A_354/2012)	

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

14-140	Fehlende Beschwerdelegitimation: Bundesverwaltungsgericht tritt nicht auf Beschwerde gegen GT 12 ein	214
	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juni 2014 (B-2385/2013)	

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

14-141	Nichteintreten: Freiheit des Kommentars und der Kritik offensichtlich nicht überschritten	215
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 27. August 2014 (24/2014; X. c. «Basler Zeitung»)	
14-142	Schutz der Privatsphäre trotz öffentlichem Interesse	215
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. August 2014 (23/2014; X. und Y. c. «Basler Zeitung» und «BaZonline»)	

14-143	Nichteintreten: offensichtlich unbegründete Rüge	215
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 7. August 2014 (22/2014; X. c. «Beobachter»)	
14-144	Nichteintreten: unwesentliche Ungenauigkeit bei Gerichtsberichterstattung	215
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. August 2014 (21/2014; Verein selbstbestimmung.ch c. «20 Minuten»)	
14-145	Nichteintreten: Symbolbild war als solches erkennbar	215
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. August 2014 (20/2014; Verein gegen Tierfabriken c. «Neue Zürcher Zeitung»)	
14-146	Verdeckte Recherche war ausnahmsweise zulässig	216
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. August 2014 (15/2014; Stiftung Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind c. «Die Zeit»)	
14-147	Nichteintreten: begriffliche Ungenauigkeit begründet keine Verletzung der «Erklärung»	216
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. August 2014 (19/2014; X. c. «Tagblatt der Stadt Zürich»)	
14-148	Nichteintreten: kein unzulässig überspitzender Titel	216
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. August 2014 (18/2014; Jagdgesellschaften Steckborn-Ost und Berlingen c. «Thurgauer Zeitung»)	
14-149	Artikel über verschuldeten Zahnarzt verletzt «Erklärung» nicht	216
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Juli 2014 (17/2014; K. c. «Sonntagsblick»)	
14-150	Beschwerde wegen mangelnder Unterlagen abgewiesen	216
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Juli 2014 (16/2014; X. c. «Sonntagszeitung»)	
14-151	Le choix d'un média de ne diffuser qu'une partie des éléments en sa possession relève de la liberté de l'information	217
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 29 juillet 2014 (14/2014; Geneva Business School c. RTS)	
14-152	Trennungsgebot knapp nicht verletzt	217
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 18. Juni 2014 (13/2014; Mieterinnen- und Mieterverband Basel c. «Basler Zeitung»)	
14-153	Le manquement, par la presse, du devoir d'audition d'une personne en cas de reproches graves n'est pas atténué par le compte-rendu ultérieur de son blanchiment par la justice	218
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 juin 2014 (12/2014; Bettschart c. «Le Nouvelliste»)	
14-154	Le Conseil de la presse n'a pas la compétence de vérifier la véracité des affirmations des parties	218
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 juin 2014 (11/2014; Lüscher c. «Le Temps»)	
14-155	Rendre compte d'un acte officiel dispense de devoir rappeler les antécédents de l'affaire ou de recueillir l'avis des personnes concernées	219
	Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 juin 2014 (10/2014; Cottagnoud c. «Le Nouvelliste»)	
14-156	Bild eines mutmasslichen Spanners war ausreichend anonymisiert	219
	Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 28. Mai 2014 (9/2014; X. c. «20 Minuten online»/«Blick am Abend online»)	

L'affaire Giroud ou les récifs de la censure des médias à caractère périodique

Décision du Tribunal cantonal du Valais du 21 mai 2014 (C1 14 145)

14-120

Des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées à l'encontre d'un média à caractère périodique uniquement si l'intéressé établit notamment, au stade de la quasi-certitude, que l'atteinte est propre à lui causer un préjudice particulièrement grave. Il n'y a pas de préjudice difficilement réparable lorsque les informations litigieuses ont été largement reprises par d'autres médias, puisqu'il n'est alors pas possible pour le requérant de se prémunir contre un éventuel dommage.

Provisorische Massnahmen gegen periodische Medien können nur angeordnet werden, wenn der Antragsteller den Nachweis erbringen kann, dass die Persönlichkeitsverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geeignet ist, ihm besonders schweren Schaden zuzufügen. Würde die im Streit liegende Information ohnehin bereits weitgehend verbreitet, so mangelt es an einem schwer wiedergutzumachenden Schaden, weil die Anhebung provisorischer Massnahmen den Schaden bzw. Teile des Schadens nicht mehr abzuwenden vermag.

Mots-clés Droits de la personnalité; médias à caractère périodique; mesures provisionnelles; pesée d'intérêts; interdiction de la censure

Art. 8 ch. 1 CEDH; art. 13 et 16 al. 2 Cst. féd.; art. 1, 3-7, 12, 13, 15 et 29 LPD; art. 28 et 28a CC

Faits (résumé)

En date du 8 mai 2014, Giroud Vins SA et Dominique Giroud (les requérants) avaient saisi le juge de district de Sion d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à interdire à la Radio Télévision Suisse (RTS), succursale de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), de «diffuser, publier ou communiquer à des tiers toutes informations relatives aux procédures administratives et pénales concernant Monsieur Dominique Giroud et Giroud Vins SA recueillies ou évoquées dans le cadre de la (...) procédure, ceci jusqu'à droit connu au fond des procédures administratives et pénales». Elle tendait également à interdire à la RTS la diffusion des reportages prévus pour le «19h30» et l'émission «Toutes Taxes Comprises».

Le 9 mai 2014, le juge de district avait fait droit, à titre de mesures préprovisionnelles, aux conclusions tendant à interdire la diffusion ou mise à disposition des reportages visés, avant de rejeter intégralement la requête de mesures provisionnelles, en date du 20 mai 2014.

Le 21 mai 2014, Dominique Giroud et Giroud Vins SA ont interjeté un appel contre cette décision tendant entre autres à la restitution de l'effet suspensif et à la radiation de l'article intitulé «La RTS diffuse deux reportages sur l'affaire Giroud Vins» paru le 21 mai 2014 sur le site internet www.rts.ch.

Par décision du 21 mai 2014, le Tribunal cantonal du Valais rejète la requête d'effet suspensif déposée par Giroud Vins SA et Dominique Giroud dans le litige qui les divisait avec la SSR, mettant un point final à cette affaire puisque la cause n'a pas été portée devant le Tribunal fédéral.

Considérants en droit

(...);

qu'aux termes de l'article 315 CPC, l'appel suspend la force de chose jugée (...) (al. 1); que l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles (al. 4 let. b); que l'exécution de telles mesures peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (al. 5);

qu'ainsi, lorsqu'une requête de mesures provisionnelles est rejetée par l'autorité de première instance, les mesures superprovisionnelles tombent (...); qu'un tel résultat peut être empêché par le dépôt d'une nouvelle requête de mesures préprovisionnelles ou d'une requête en restitution de l'effet suspensif (...);

que l'article 315 al. 5 CPC s'applique par analogie à la restitution de l'effet suspensif (...); que celle-ci sera accordée si la partie concernée, en cas de refus, risque de subir un préjudice difficilement réparable et s'il apparaît hautement vraisemblable que la décision attaquée ne sera pas confirmée (...);

(...);

que la notion de préjudice difficilement réparable se retrouve dans les conditions matérielles du prononcé de mesures provisionnelles (cf. art. 261 al. 1 let. b CPC) et dans celles de la suspension de l'exécution de ces mesures durant la procédure d'appel (cf. art. 315 al. 5 CPC); que (...) le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; qu'il concerne

tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès; que le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent; que, saisie d'une requête en restitution de l'effet suspensif, l'autorité d'appel doit procéder à une nouvelle pesée des intérêts entre les deux préjudices difficilement réparables: celui du demandeur à l'action, si la mesure n'était pas prononcée immédiatement, et celui qu'entraînerait pour le défendeur le prononcé de cette mesure (...);

(...);

qu'il appartient à la partie appelante (...) d'alléguer et d'établir qu'elle serait exposée à un dommage personnel ou financier sérieux en cas de refus de l'effet suspensif (...);

que, en vertu de l'article 266 CPC, l'autorité judiciaire peut ordonner des mesures provisionnelles contre un média à caractère périodique uniquement si la victime établit que l'atteinte est propre à lui causer un préjudice particulièrement grave, si sa justification ne semble manifestement pas donnée et si la mesure ne paraît pas disproportionnée; que ces trois conditions sont cumulatives (...);

que (...) les appelants font valoir que la RTS a, le matin même, publié sur son site Internet les reportages (...), les privant «*de facto* d'une voie d'appel», mais qu'ils disposent malgré tout d'un intérêt au prononcé de l'effet suspensif, puisque ces reportages vont être diffusés lors du journal télévisé de 19h30 et de l'émission «*Toutes Taxes Comprises*»; que, en pareille hypothèse, ils subiraient un préjudice matériel irréparable, car l'information incriminée porterait irrémédiablement atteinte à leur considération sociale et professionnelle et entraînerait pour eux un préjudice économique; (...);

(...);

que l'appelée peut se prévaloir (...) de son intérêt à informer le public et (...) de la liberté de la presse garantie par la Constitution;

que, s'agissant de l'intérêt des appelants, il sied de préciser que (...) l'appelée a mis en ligne (...) les reportages litigieux; que le contenu de ceux-ci a immédiatement été relayé par les sites Internet des principaux quotidiens romands, de même que par les radios ou encore via les réseaux sociaux; que le reportage initialement prévu pour le journal télévisé du soir «*19h30*» a par ailleurs été diffusé lors du téléjournal du mercredi midi «*12h45*»;

que, dans ces conditions, l'intérêt des appelants à la restitution de l'effet suspensif semble minime; qu'il consiste en effet uniquement à ce que la diffusion des reportages soit interdite; que, même si ordre était donné à l'appelée de retirer l'article lié aux reportages de son site Internet et de cesser la diffusion de ceux-ci, il ne permettrait pas de prévenir un éventuel dommage, puisque le public ainsi que les autres médias ont déjà pris connaissance des informations contenues dans les reportages litigieux; que, compte tenu de l'importante médiatisation intervenue, la nouvelle diffusion des reportages contestés ne semble dès lors plus susceptible de générer, dès ce jour, le risque de survenance d'un préjudice difficilement réparable;

que les appelants allèguent notamment (...) que la communication publique des informations contenues dans ces su-

jets risquerait de porter sérieusement atteinte à leurs intérêts commerciaux;

que, vu la diffusion intervenue à grande échelle des reportages incriminés, il est toutefois fort vraisemblable que la grande majorité de leurs clients ou cocontractants aient déjà pris connaissance des informations véhiculées par la RTS; que les sujets révélés le 21 mai 2014 ne constituent d'ailleurs qu'un «*épisode*» supplémentaire de «*l'affaire*»; (...);

qu'il n'est pas non plus établi (...) que les autorités judiciaires pourraient être influencées par l'intervention médiatique; qu[e] (...) ces autorités (...) [ne] fondent leurs décisions sur (...) des informations relatées par les médias; qu'à suivre la thèse des appelants, un organe de presse ne pourrait plus publier d'article sur un sujet susceptible de faire l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative, avec pour conséquence une forme de «*censure judiciaire*» (...);

qu'en définitive, les intérêts de l'appelée à la diffusion de l'information priment, à première vue, ceux de la partie adverse à l'interdiction de cette diffusion; que ce premier motif justifie déjà le rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif (...);

(...);

qu'une requête en restitution de l'effet suspensif doit être rejetée lorsque l'appel apparaît d'emblée manifestement infondé ou irrecevable (...); (...); qu'on rappellera que des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées à rencontre d'un média à caractère périodique uniquement si l'intéressé établit notamment, au stade de la quasi-certitude, que l'atteinte est propre à lui causer un préjudice particulièrement grave (cf. art. 266 let. a CPC; (...)); que peut constituer un tel préjudice l'atteinte *qualifiée* aux droits de la personnalité du requérant (...);

qu'il appartient aux instances d'établir (...) que la diffusion des deux reportages incriminés est susceptible de leur causer un dommage particulièrement important (cf. art. 266 let. a CPC); que cette condition ne semble (...) pas réalisée en l'espèce; (...); que (...) l'existence d'un rapport de causalité entre la diffusion des nouveaux reportages litigieux et la survenance d'un préjudice particulièrement grave n'est pas établie; (...); que la diffusion incriminée ne paraît pas propre à modifier sensiblement l'opinion que le public a déjà largement pu se forger sur cette affaire; (...); que, par ailleurs, la large communication du contenu des reportages incriminés avant le dépôt de l'appel rend vraisemblablement sans objet la procédure en prévention du trouble engagée; (...); que, dès lors, la requête en restitution de l'effet suspensif doit être rejetée pour ce motif également;

(...);

Par ces motifs, le Tribunal cantonal du Valais confirme la restitution de l'effet suspensif de la requête (...).

Annotations Cette délicate affaire pose à nouveau la question de la pertinence de telles mesures superprovisionnelles s'agissant de médias à caractère périodique tels que la RTS. On ne peut ainsi que s'étonner – et s'indigner – que, dans sa première ordonnance du 9 mai 2014, le juge ait retenu qu'«*il était sérieusement à craindre que les reportages fassent état, sans mentionner qu'il ne s'agirait en l'état que d'hypothèses ou de simple soupçons, de faits qui pourraient être contraires à la vérité, respectivement qui n'ont pas fait l'objet d'une décision judiciaire ou administrative en force*».

Cela revient en effet à dire que la presse ne serait pas légitimée à rendre compte d'une affaire en cours d'instruction, ce qui est gravement erroné.

Dans une société démocratique, il faut impérativement éviter tout ce qui ressemble de près ou de loin à de la censure, dont on rappellera qu'elle est expressément prohibée par l'art. 17 al. 2 de la Constitution fédérale.

En matière audiovisuelle, le système voulu par le législateur est celui d'un contrôle a posteriori par l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP/UBI) visant à examiner, après sa diffusion (et non avant), la conformité d'une émission au droit des programmes.

Il en est de même s'agissant des actions civiles en protection de la personnalité, lesquelles ne devraient être en général admises, s'agissant des médias à caractère périodique, qu'une fois que l'article est publié ou l'émission diffusée.

Certes, des exceptions existent, mais doivent être strictement limitées à des cas d'une gravité extrême, là où l'atteinte ne fait pour ainsi dire aucun doute, ce qui n'était à notre sens pas le cas dans cette affaire. À la lecture des considérants de la décision du 9 mai 2014, on comprend que les griefs admis par le juge reposaient majoritairement sur les allégués des requérants, ce que l'emploi massif du conditionnel accreditte. On ne peut dès lors que saluer le rejet des mesures provisionnelles qui avaient été requises à l'endroit de la SSR tout en regrettant que le premier juge ait, dans un premier temps et sur des fondements légers, fait droit à une requête préprovisionnelle pour le moins cavalière.

**Nicolas Capt, avocat aux Barreaux
de Genève et de Paris**

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

14-121

Zulässige Verdachtsberichterstattung über Exkanzler Schröder

Audiatur et altera pars; Ausgewogenheit; Bundeskanzler; Medienfreiheit; Persönlichkeitsrecht; Publikationsverbot; Verdachtsberichterstattung; Vorverurteilung; Ziviljustiz

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Axel Springer AG c. Deutschland (N° 2)» vom 10. Juli 2014 (N° 48311/10)

Die «Bild-Zeitung» berichtete am 12. Dezember 2006 über das Engagement von Exbundeskanzler Gerhard Schröder beim Konsortium Nordeuropäische Gaspipeline, welches vom russischen Konzern «Gazprom» kontrolliert wird. Die Zeitung stellte nicht nur die Frage nach Schröders Einkünften aus dem lukrativen Mandat. Gestützt auf telefonische Äusserungen des FDP-Abgeordneten Carl-Ludwig Thiele schrieb «Bild», Thiele habe einen monströsen Verdacht: «Wollte Schröder sein Amt loswerden, weil ihm lukrative Jobs zugesagt waren? Hatte er persönliche Motive, als er in politisch aussichtsloser Lage Neuwahlen herbeiführte?»

Auf Begehren Schröders verbot das Regionalgericht Hamburg der Zeitung am 19. Januar 2007 die Wiederholung der fraglichen Unterstellung. Es handle sich um eine unzulässige Verdachtsberichterstattung, der die erforderliche Tatsachengrundlage fehle. Auch das Appellationsgericht war der Ansicht, der Zeitungsartikel suggeriere eine Täuschung der Wählerschaft durch Schröder, welcher seine eigenen finanziellen Interessen über das Gemeinwohl gestellt habe. Dies sei einer der gravierendsten Vorwürfe, die gegenüber einem (ehemaligen) Regierungschef erhoben werden könnten. Der Artikel bedeute eine einseitige Vorverurteilung, zumal Schröder vor der Publikation nicht befragt worden sei.

Der Gerichtshof bejaht einstimmig einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Zeitung hatte sich vergeblich um eine Stellungnahme aus Schröders Lager bemüht. Sie war nicht verpflichtet, aus eigenen Stücken die zu seinen Gunsten sprechenden Aspekte zu erwähnen. Als Exkanzler müsse Schröder eine viel grössere Toleranz gegenüber öffentlicher Kritik zeigen als der Rest der Bevölkerung.

Gerade in der politischen Arena sei die Rolle der Presse als «public watchdog» von besonderer Bedeutung. Ein wichtiger Aspekt dieser Rolle sei die Wiedergabe von Äusserungen

Dritter. Ausführungen eines Politikers über einen anderen müsse die Presse nicht systematisch verifizieren. Auch angesichts des flüchtigen Charakters von News sieht der Gerichtshof keinen Anlass dafür, die Äusserungen Thieles vor deren Publikation auf ihren Wahrheitsgehalt abzuchecken.

Der Gerichtshof verwirft auch das Argument, dies sei ein Freipass für die Wiedergabe diffamierender Drittäusserungen in den Medien.

«71. Dans la mesure où le Gouvernement pointe le risque que les médias pourraient diffuser des propos diffamatoires sans respecter aucune obligation de diligence journalistique pour peu qu'ils utilisent une citation d'une tierce personne, la Cour estime nécessaire de rappeler qu'il s'agissait en l'espèce des propos faits par un homme politique et député parlementaire dans le cadre d'un débat politique d'intérêt public incontestable.» (fz)

Anmerkungen Das Urteil zum Rechtsstreit zwischen Gerhard Schröder und der «Bild»-Zeitung liegt auf der Linie der etablierten Strassburger Rechtsprechung. Es untermauert den grossen Freiraum der Presse bei der Schilderung von Konflikten unter hochrangigen Politikern und gerade bei der Wiedergabe ihrer allgemein interessierenden Aussagen. Die journalistische Freiheit zur Publikation der Aussagen von Gesprächspartnern darf nur in besonders gut begründeten Ausnahmefällen eingeschränkt werden, wie der EGMR seit zwei Jahrzehnten (Leiturteil zur Freiheit bei der Publikation von Interviews im Fall «Jersild c. Dänemark» vom 23. 9. 1994) immer wieder betont. Dass hier keine Ausnahme vorlag und der Gerichtshof einstimmig zugunsten der Zeitung urteilen würde, war aufgrund des Sachverhalts zu erwarten. Der Fall illustriert auch die unterschiedlichen Anforderungen an die Berichterstattung in den Printmedien einerseits und im Rundfunk andererseits. Das Ausblenden der zugunsten Schröders sprechenden Aspekte wäre in einem audiovisuellen Beitrag problematisch, falls es das Publikum daran hindert, sich eine eigene Meinung zu bilden. Eine Pflicht zur sachgerechten Berichterstattung trifft jedoch nur Radio und Fernsehen (in der Schweiz nach Art. 4 Abs. 2 RTVG), nicht hingegen die gedruckten Medien oder Online-Publikationen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

14-122

Beschlagnahmeverbot gilt auch für Unterlagen im Besitz des Beschuldigten

Beschlagnahmeverbot; Verkehr mit Journalisten; Zeugnisverweigerungsrecht

Art. 172, 264 StPO

Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2014 (1B_424/2013, 1B_436/2013)

Das Bundesgericht stellt klar, dass Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr mit einem Journalisten auch dann

unter das Beschlagnahmeverbot fallen, wenn sie sich im Gewahrsam des Beschuldigten oder eines Dritten befinden.

Der ehemalige Bundes- und Nationalrat Christoph Blocher wird verdächtigt, einen Bankangestellten, der vertrauliche Informationen über Bankgeschäfte des damaligen Nationalbankpräsidenten Hildebrand besass, unterstützt und einem Journalisten der Weltwoche zugeführt zu haben. Deshalb eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ein Strafverfahren wegen Gehilfenschaft und versuchter Anstiftung zur Verletzung des Bankgeheimnisses. Im Zuge des Strafverfahrens wurde bei Blocher eine Hausdurchsuchung durchgeführt. Die dabei sichergestellten Unterlagen und Datenträger versiegelte die Staatsanwaltschaft auf Antrag von Blocher. Ein Entsiegungsgesuch wurde vom Zwangsmassnahmengericht gutgeheissen. Gegen diesen Entscheid erhob Blocher Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht weist zunächst verschiedene Rügen von Blocher ab. Schliesslich beschäftigt es sich mit der Rüge von Blocher, aus dem Sicherstellungsgut sei alles auszusondern und ihm herauszugeben, was dem Quellenschutz der Medienschaffenden unterliege, also insbesondere sämtliche Korrespondenz zwischen ihm und der «Weltwoche». Dazu legt das Bundesgericht Art. 264 StPO aus, wonach Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit Personen, die nach den Artikeln 170–173 das Zeugnis verweigern können und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sind, nicht beschlagnahmt werden dürfen. Diese Regelung gilt gemäss Gesetzeswortlaut ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden, und des Zeitpunkts, in welchem sie geschaffen worden sind. Art. 172 StPO regelt den Quellenschutz der Medienschaffenden. Vorliegend ist unbestritten, dass der genannte Journalist der «Weltwoche» das Zeugnis verweigern durfte. Deshalb hat das Bundesgericht zu prüfen, ob das Beschlagnahmeverbot auch für Gegenstände und Unterlagen gilt, die sich beim Beschuldigten oder bei Dritten befinden. Das Bundesgericht führt dazu aus, nach dem klaren Wortlaut von Art. 264 StPO komme es beim Beschlagnahmeverbot nicht darauf an, wo sich die Gegenstände und Unterlagen befinden. Diese Ansicht werde durch das in Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO enthaltene Wort «Verkehr» gestützt. Bei einem solchen bestehe ein «Hin und Her», was zusätzlich dafür spreche, dass das Beschlagnahmeverbot nicht nur für Gegenstände und Unterlagen gilt, die der Beschuldigte dem Journalisten zugesandt hat, sondern auch für solche, die umgekehrt der Journalist dem Beschuldigten zugesandt hat und sich somit bei diesem befinden. Da der klare Wortlaut die Auffassung von Blocher stützt, untersucht das Bundesgericht, ob triftige Gründe dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Nach einer historischen Auslegung des Gesetzgebungsprozesses kommt es zum Ergebnis, nach dem klaren Willen des Gesetzgebers dürfe es für das Beschlagnahmeverbot nicht darauf ankommen, wo sich die Gegenstände und Unterlagen befinden. Weiter führt das Bundesgericht aus, ein Informant, der damit rechnen müsste, dass seine Unterlagen bei ihm oder einem Dritten beschlagnahmt werden, könnte davon abgehalten werden, einem Journalisten Informationen zukommen zu lassen. Somit spreche auch der Zweck von Art. 264 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 172 StPO gegen ein Abweichen vom Wortlaut. Folglich kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass keine trifti-

gen Gründe dafür vorliegen, ausnahmsweise vom klaren Wortlaut von Art. 264 Abs. 1 StPO abzuweichen. Somit fallen auch die Gegenstände aus dem Verkehr von Blocher mit dem Journalisten der «Weltwoche» unter das Beschlagnahmeverbot, die sich im Gewahrsam von Blocher oder eines Dritten befinden. In diesem Punkt heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut und weist das Zwangsmassnahmengericht an, die entsprechenden Gegenstände und Unterlagen auszusondern.

14-123

Illicéité des perquisitions dans l'affaire Rocchi

Illicéité; perquisition; protection des sources journalistiques

Art. 10 CEDH; art. 17 al. 2 Cst; art. 28a CP; art. 172 CPP

Ordonnance du Tribunal cantonal neuchâtelois
du 22 mai 2014 (TMC.2013.149)

La plainte déposée en juillet 2013 par un professeur de l'Université de Neuchâtel contre Ludovic Rocchi, journaliste à «Le Matin», avait fait l'objet, on le sait, d'une perquisition qui avait ému toute la presse romande. Après divers épisodes procéduraux, notamment via le Tribunal fédéral, le TMC neuchâtelois a été amené à trancher la question de la licéité des mesures prises alors par le Ministère public.

Le TMC rappelle dans un premier temps, les motifs que l'on peut faire valoir contre une perquisition respectivement contre une mise sous scellés, en l'occurrence de matériel informatique. Les motifs peuvent être en lien direct avec l'acte de contrainte critiqué, mais ils peuvent également concerner l'insuffisance des soupçons laissant présumer une infraction, une absence de pertinence des objets et/ou documents séquestrés pour la procédure pénale, ou encore la violation du principe de proportionnalité de la mesure ainsi que l'illicéité de l'ordre de perquisition (arrêt 1B_477/2012 du 13 février 2013 considérant 2.1 in fine et 2.3).

Le prévenu se plaignant en l'espèce de violation des articles 10 CEDH, 17 alinéa 2 Constitution, 28 a CP et 172 CPP, le TMC examine d'emblée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. S'agissant du but légitime mentionné au paragraphe de l'article 10 CEDH, le TMC laisse la question ouverte tout en relevant que l'infraction de violation du secret de fonction (art. 320 CP) ne figure pas dans la liste pourtant exhaustive de l'article 172 alinéa 2 lettre b CPP. S'agissant de la nécessité de l'ingérence, la juge des mesures de contrainte estime que les perquisitions effectuées ne sont pas «nécessaires dans une société démocratique», la liberté de la presse devant primer devant les simples soupçons qui pèsent sur le journaliste. Elle conclut à l'illicéité de la perquisition.

Annotations La jurisprudence du TMC neuchâtelois est réjouissante non seulement dans son résultat, mais également dans sa motivation. Le constat d'illicéité a en effet le mérite de se référer expressément à la jurisprudence de Strasbourg,

en particulier aux arrêts *Roemen c. Luxembourg* du 25 février 2003 et *Dammann c. Suisse* du 25 avril 2006. Le TMC en profite pour rappeler que la protection de sources journalistiques est une des pierres angulaires de la liberté de la presse et qu'en tant que contre-pouvoir, les journalistes doivent être libres de publier les informations qu'ils recueillent sans risquer d'être systématiquement poursuivis pour investigation ou complicité de violation du secret de fonction. À défaut, la société démocratique perdrait l'une de ses composantes essentielles. Se référant aux deux arrêts précités, l'ordonnance retient enfin que la protection des sources de l'article 172 CPP s'applique non seulement quand le journaliste est témoin, mais également lorsqu'il est lui-même prévenu.

MLaw Alexandre Curchod, Lausanne

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

14-124

Keine Person der Zeitgeschichte, keine reduzierte Schutzfrist

Absolute Person der Zeitgeschichte; Archivgut; relative Person der Zeitgeschichte; Schutzfrist

Art. 9 Abs. 1, 11, 12, 13 BGA

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom
13. Oktober 2014 (A-127/2014)

Beim EJPD wurde um Einsicht in Polizeiakten der Bundesanwaltschaft ersucht, die einer Schutzfrist von 50 Jahren unterliegen. Da das private Interesse des Gesuchstellers jenes der betroffenen Personen nicht überwiegt, bestätigt das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung des EJPD, dass vor Ablauf der 50 Jahre kein Zugang gewährt werden soll.

X. ersuchte beim Schweizerischen Bundesarchiv (BAR) um Einsichtnahme in die Polizeiakten der Bundesanwaltschaft über A. und B. Hierbei handelt es sich um Bestände, die seinerzeit im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der Fichenaffäre vom Sonderbeauftragten für Staatsschutzakten abgeliefert worden waren. Das Generalsekretariat des EJPD (GS EJPD) wies das Gesuch um Einsichtnahme ab, da das Archivgut noch unter die laufende Schutzfrist von 50 Jahren falle. X. erhob dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und machte im Wesentlichen geltend, er benötige die Akteneinsicht für eine historische Aufarbeitung. Zudem handle es sich bei den Betroffenen um Personen der Zeitgeschichte, weshalb von einem reduzierten Schutzbedarf auszugehen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, auf Akten, die sich im Bundesarchiv befinden, sei in erster Linie das Archivierungsgesetz (BGA) anwendbar. Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGA steht das Archivgut des Bundes der Öffentlichkeit nach Ablauf einer

Schutzfrist von 30 Jahren unentgeltlich zur Einsichtnahme zur Verfügung. Eine verlängerte Schutzfrist von 50 Jahren finde einerseits auf Archivgut Anwendung, das nach Personennamen erschlossen ist und besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthält (Art. 11 BGA). Andererseits gelte eine Schutzfrist von 50 Jahren für bestimmte Kategorien von Archivgut, an dem ein überwiegendes schutzwürdiges öffentliches oder privates Interesse gegen die Einsichtnahme besteht (Art. 12 BGA). Auf die vorliegend betroffenen Polizeiakten der Bundesanwaltschaft finde die verlängerte Schutzfrist von 50 Jahren Anwendung (Art. 12 BGA).

X. bestritt weder die Schutzfrist als solche noch deren Länge, machte aber geltend, bei den betroffenen Personen handle es sich um solche der Zeitgeschichte, weshalb ausnahmsweise von einem reduzierten Schutzbedarf auszugehen sei. Das Bundesverwaltungsgericht prüft, ob X. die vorzeitige Einsichtnahme gemäss Art. 13 BGA zu gewähren ist. Eine vorzeitige Einsichtnahme kann gewährt werden, wenn keine gesetzlichen Vorschriften und keine überwiegenden schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Bei Fichen und Dokumenten, die nach Personennamen erschlossen sind, muss der Gesuchsteller gemäss geltender Praxis durch entsprechende Unterlagen entweder das Einverständnis der betreffenden Person nachweisen, das Ableben glaubhaft machen oder darlegen, dass es sich bei der betreffenden Person um eine Person der Zeitgeschichte handelt, sodass ausnahmsweise von einem reduzierten Schutzbedarf auszugehen ist.

Vorliegend sind die betroffenen Personen weder verstorben noch liegt deren Einverständnis zur Akteneinsicht vor. Folglich ist nur noch zu prüfen, ob es sich um Personen der Zeitgeschichte handelt. Das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, obwohl die fraglichen Personen als Journalisten und Publizisten tätig seien, handle es sich nicht um absolute Personen der Zeitgeschichte. Ebenso erscheine es fragwürdig, ob sie als relative Personen der Zeitgeschichte gelten können, weil ihnen im Bereich des damaligen Staatsschutzes keine Funktion oder Rolle zukam, der sie ihre Bekanntheit zu verdanken hätten. Vielmehr gründe ihre Bekanntheit auf ihrer allgemeinen journalistischen bzw. publizistischen Tätigkeit. Das Bundesverwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass es sich nicht um Dokumente betreffend derart bekannte Personen handelt, dass das persönliche Interesse von X., im Interesse der Aufarbeitung der Geschichte Zugang zu Informationen über diese zu erhalten, dem Persönlichkeitsschutz der noch lebenden betroffenen Personen vorgehen würde. Demnach ist das EJPD zu Recht von überwiegenden privaten Interessen ausgegangen, die einer vorzeitigen Freigabe des Archivguts entgegenstehen. Das Bundesverwaltungsgericht weist deshalb die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab.

14-125

Zugang zu Agenda von Rüstungschef muss gewährt werden

Amtliches Dokument; Ausnahmebestimmungen; Dokumente zum persönlichen Gebrauch; fertig gestelltes Dokument; Zugangsgesuch

Art. 5, 7 Abs. 1 Bst. g, h, 7 Abs. 2, 10 Abs. 3 BGÖ; Art. 1 Abs. 2 VBGÖ

Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 24. September 2014
(armasuisse/Outlook-Agenda des Rüstungschefs)

Der EDÖB qualifiziert die Outlook-Agenda des abtretenden Rüstungschefs als amtliches Dokument i. S. v. Art. 5 BGÖ, womit die Vermutung des freien Zugangs gilt. Armasuisse gelingt es nicht, diese Vermutung zu widerlegen, weshalb der EDÖB dem gesuchstellenden Journalisten den Zugang gewährt.

Ein Journalist ersuchte bei armasuisse um Einsicht in die Outlook-Agenda 2013 und 2014 (bis 26. Mai 2014) des abtretenden Rüstungschefs Ulrich Appenzeller. Armasuisse lehnte das Gesuch unter Berufung auf verschiedene Gründe ab. Daraufhin stellte der Journalist einen Schlichtungsantrag beim EDÖB.

Der EDÖB nimmt in seiner Empfehlung zu den fünf Einwänden Stellung, die armasuisse gegen das Zugangsgesuch vorbrachte. Erstens stellte sich armasuisse auf den Standpunkt, dass ein Terminkalender nicht als amtliches Dokument im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes zu qualifizieren sei, sondern höchstens den Informationsträger für eine Vielzahl von Einzelinformationen darstelle. Dem widerspricht der EDÖB. Dem Journalisten sei es im Ergebnis darum gegangen, die Einträge in der offiziellen Agenda des abtretenden Rüstungschefs einsehen zu können und nicht um Zugang zum Informationsträger Outlook. Deshalb handle es sich bei der Agenda des Rüstungschefs entgegen der Ansicht von armasuisse um ein amtliches Dokument i. S. v. Art. 5 BGÖ.

Zweitens brachte armasuisse vor, die Kalendereinträge könnten nicht als fertig gestellte Dokumente qualifiziert werden, da sie aufgrund ständiger Anpassungen nie über den Entwurfsstatus hinaus kämen. Der EDÖB bemerkt dazu, die gängigen Kriterien von Art. 1 Abs. 2 VBGÖ seien im vorliegenden Fall nicht sachdienlich, da die Agenda eines Bundesangestellten in aller Regel weder unterzeichnet noch einem bestimmten Empfänger zur Weiterbearbeitung oder als Entscheidungsgrundlage zugestellt wird. Nach Ansicht des EDÖB kommt es vielmehr darauf an, ob ein zu beurteilendes Dokument in seiner definitiven Fassung vorliegt und der Entstehungsprozess folglich abgeschlossen ist. Einträge in eine Agenda würden spätestens dann in ihrer definitiven Fassung vorliegen, wenn der jeweilige Tag verstrichen sei. Da der antragstellende Journalist nur um Kalendereinträge ersucht habe, die in der Vergangenheit liegen, seien diese allesamt als fertig gestellt zu qualifizieren.

Drittens macht armasuisse geltend, die Termine im Kalender des abtretenden Rüstungschefs seien ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bestimmt (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ

i. V. m. Art. 1 Abs. 3 VBGÖ). Der EDÖB führt dazu aus, es gäbe zwei Kategorien von Dokumenten, die als zum persönlichen Gebrauch bestimmt zu qualifizieren seien. Es seien dies einerseits Dokumente, die zwar dienstlichen Zwecken dienen, deren Gebrauch aber ausschliesslich dem Verfasser vorbehalten bleibt, und andererseits Informationen, die sich zwar im weiteren Sinne im Besitz einer Behörde befinden, die aber nicht dienstlichen Zwecken dienen wie beispielsweise private E-Mails oder private Bilder, die im Verwaltungsbüro hängen. Eine Zugehörigkeit zur zweiten Kategorie schliesst der EDÖB zum vornehmen aus, da es sich bei der Agenda eines Bundesangestellten offensichtlich um ein Dokument handelt, welches in erster Linie dienstlichen Zwecken dient. Der EDÖB prüft hingegen, ob die Agenda in die erste Kategorie von Dokumenten fällt. Er verneint dies allerdings, da auf die Outlook-Agenda eines Bundesangestellten mit hoher leitender Funktion einerseits mehrere Personen Zugriff hätten und andererseits ihr Inhalt nicht als blosses Arbeitshilfsmittel qualifiziert werden könne, welches der betroffenen Person vorbehalten bleibt.

Viertens stellt sich armasuisse auf den Standpunkt, dem Zugangsgesuch fehle eine hinreichende Konkretisierung gemäss Art. 10 Abs. 3 BGÖ, da um Einsicht in eine unbestimmte Anzahl von Dokumenten in einem unspezifischen Zeitraum ersucht werde. Diesen Einwand kann der EDÖB nicht nachvollziehen, da der Umfang der verlangten Inhalte klar definiert und der Zeitraum auf den Tag genau bestimmt sei.

Fünftens weist armasuisse darauf hin, die verlangten Angaben würden unter verschiedene Ausnahmebestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes fallen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Der EDÖB gibt zu bedenken, dass die Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten der Behörde obliegt. Im vorliegenden Fall habe armasuisse diesen Beweis nicht angetreten, sondern lediglich pauschal auf die Ausnahmebestimmungen verwiesen, womit der Beweis nicht erbracht sei. Daher kommt der EDÖB zum Schluss, dass der Zugang zur Outlook-Agenda des abtretenden Rüstungschefs gewährt werden muss.

14-126

L'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base

Droit de différer l'accès; exceptions au droit d'accès; notion de document officiel; procédure pendante

Art. 2, 5, 8 LTrans; art. 58, 59 LPTh

Recommandation du 6 août 2014 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Swissmedic/Rapport d'incident fourni concernant un robot chirurgical)

Suite au refus de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) de lui accorder l'accès aux documents relatifs à certains cas d'incidents en Suisse, une journaliste a saisi

le Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence (Préposé). Celui-ci a considéré les critères d'application de l'art. 8 al. 2 LTrans réunis en l'espèce, et a autorisé Swissmedic à différer l'octroi de l'accès demandé.

La demanderesse a requis de Swissmedic l'accès aux documents relatifs aux cas d'incidents en Suisse des robots da Vinci durant la période 2006–2013.

L'Institut a indiqué qu'un seul cas était répertorié, mais que la procédure étant encore pendante, il ne pouvait accorder l'accès aux documents à ce sujet (art. 3 al. 1 lit. a ch. 2 et 8 al. 2 LTrans).

Saisi d'une demande en médiation de la journaliste, le Préposé a considéré ce qui suit:

Swissmedic est une unité décentralisée de l'administration fédérale, soumise à LTrans, selon l'art. 2 al. 1 lit. a de cette loi. Le rapport d'incident en cause a été établi par un hôpital suisse et livré à Swissmedic conformément au devoir d'annonce (art. 59 LPTh). Les caractéristiques énumérées à l'art. 5 LTrans que doivent réunir un document officiel sont donc remplies.

Selon l'art. 8 al. 2 LTrans, l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. Afin d'éviter de vider de son sens le principe de la transparence par une application trop large de cette disposition, la jurisprudence et la doctrine ont fixé des conditions supplémentaires.

Tout d'abord, il faut qu'il existe un lien relativement étroit entre les documents concernés et les décisions politiques et administratives dont ils fondent la base. Ensuite, le document doit avoir un lien direct et immédiat avec cette décision, et une importance matérielle considérable à cet égard. Enfin, l'autorité doit pouvoir attester qu'une décision sera prise dans un délai prévisible ou que le dossier en cause fait encore l'objet d'une élaboration en vue d'une décision à prendre.

L'art. 58 al. 3 LPTh institue Swissmedic comme responsable de la surveillance des produits thérapeutiques. La procédure que doit suivre Swissmedic implique, à différents stades, la prise de décisions administratives.

Ensuite, le rapport a un lien direct et immédiat avec les mesures administratives que l'Institut pourrait décider d'adopter et est d'un poids considérable pour la formation de son opinion. Finalement, il découle des explications de l'Institut que le dossier en cause fait encore l'objet d'une élaboration en vue d'une décision à prendre.

Les conditions permettant l'application de l'art. 8 al. 2 LTrans sont donc réunies.

Swissmedic peut différer l'accès au rapport d'incident jusqu'à ce que la procédure le concernant soit achevée (art. 8 al. 2 LTrans). Ensuite, il devra traiter la demande d'accès.

14-127

Des éléments permettant d'identifier des sociétés ou des personnes, de même que le prix d'une transaction peuvent, dans certains cas, constituer un secret d'affaires digne de protection

Exceptions au droit d'accès; secret d'affaires

Art. 7 LTrans; art. 4 al. 3 LEmb

Recommandation du 8 juillet 2014 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (SECO/Formulaire de déclaration obligatoire concernant le pétrole, les produits pétroliers et les produits pétrochimiques iraniens)

Saisi par une journaliste, dont la demande d'accès à une liste contenant les «transactions portant sur du pétrole et des produits pétrochimiques iraniens» avait été rejetée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), le Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence (Préposé) a examiné les exceptions au principe de la transparence, prévues par l'art. 7 LTrans. Il a recommandé au SECO d'accorder un accès limité aux informations demandées, considérant qu'un intérêt objectif au maintien du secret était en l'espèce donné; en effet, la divulgation desdites informations – et en particulier les éléments permettant d'identifier les individus ou les entreprises – était susceptible d'engendrer une distorsion de la concurrence.

Une journaliste a demandé au SECO l'accès à «la liste des transactions portant sur du pétrole et des produits pétrochimiques iraniens», consistant notamment en des formulaires de déclaration des entreprises, conformément à l'art. 6a de l'ordonnance sur les mesures à l'encontre de la République islamique d'Iran.

Suite au rejet de sa demande, la journaliste a déposé une demande en médiation auprès du Préposé. De l'avis de celui-ci, l'art. 4 al. 3 de la Loi fédérale sur l'application des sanctions internationales (LEmb), ne faisant que répéter le principe du secret de fonction valant de manière générale dans l'administration, ne constitue pas une *lex specialis* à la LTrans.

Le Préposé a ensuite examiné les différentes exceptions prévues par l'art 7 LTrans.

Selon l'art 7 al. 1 lit. a LTrans, «le droit d'accès est limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi (...)». Par «susceptible», il faut entendre un risque sérieux qu'une atteinte survienne.

En l'espèce, à l'époque de la demande d'accès, le CF avait déjà décidé des sanctions envers la République islamique d'Iran. De ce fait, il n'était plus possible d'influencer cette décision. De plus, empêcher tout accès aux documents concernant ces décisions viderait la loi de son sens, chaque document officiel pouvant jouer un rôle dans une hypothétique décision future. Dès lors, le Préposé est d'avis que le motif d'exception fixé à l'art. 7 al. 1 lit. a LTrans ne peut pas être retenu en l'espèce.

La lettre b du même article vise les cas où l'accès à un document officiel entraverait l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs.

Or, d'une part l'application de cette exception doit être restrictive, une interprétation trop large pouvant vider le principe de transparence de son sens; d'autre part en l'espèce, les formulaires que doivent compléter les entreprises sont déjà mis en place depuis un certain temps. Il n'y a donc pas d'entrave possible, et le motif d'exception fixé à l'art. 7 al. 1 lit. b LTrans est non pertinent en l'espèce.

Le motif d'exception fixé à l'art. 7 al. 1 lit. d LTrans (risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales) ne peut pas non plus être ici retenu: les mesures adoptées par la Suisse sont connues, et si certains pays étrangers ainsi que des organisations internationales font pression pour que des mesures supplémentaires soient prises, les documents en question ne concernent toutefois pas des contrats auxquels la Confédération est partie.

Pour finir, sous l'angle des secrets d'affaires qui seraient mis en péril si l'accès était accepté (art. 7 al. 1 lit. g LTrans), cela implique que soient réunies les conditions cumulatives suivantes: il existe un lien entre l'information et l'entreprise; le fait en question est relativement inconnu; le détenteur du secret veut garder le secret (intérêt subjectif); et enfin, il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).

En l'espèce, les formulaires de déclaration contiennent des informations détaillées en lien avec les entreprises concernées; ils annoncent des transactions dont l'existence et les détails sont relativement inconnus du public; le caractère controversé du commerce avec l'Iran fait que, par crainte de représailles, les entreprises ne veulent pas que ces échanges soient connus. Enfin, du fait de la distorsion de la concurrence que créerait potentiellement la révélation des documents litigieux, il existe un intérêt objectif et fondé au maintien du secret.

Ainsi, les noms ainsi que tout autre élément qui permettrait d'identifier des sociétés ou des personnes constituent un secret d'affaire qu'il convient de protéger. De ce fait, il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen de l'art. 9 LTrans. En outre, le prix de la transaction négociée entre les parties est une stratégie commerciale qu'il est important de garder secrète, surtout envers leurs concurrents.

Le Préposé recommande que le SECO accorde un accès limité aux formulaires au sens de ce qui précède.

14-128

Veröffentlichung von Verordnungsentwurf wird aufgeschoben

Amtliches Dokument; Vernehmlassungsunterlagen; vertrauliche Kommissionsunterlagen; Zuständigkeit

Art. 4 Bst. a, b, 5, 6, 8 Abs. 2, 12 BGÖ; Art. 47 ParlG; Art. 9 VIG; Art. 7 Parlamentsverordnung; Art. 2, 11 Abs. 1 VBGÖ

Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 25. Juni 2014 (IGE/Verordnungsentwurf)

Ein Verband ersucht um Zustellung eines unveröffentlichten Verordnungsentwurfs. Der EDÖB stellt fest, dass es sich beim fertig gestellten Entwurf um ein amtliches Dokument handelt. Allerdings müsse der Zugang erst dann gewährt werden, wenn der Bundesrat über die Eröffnung der externen Vernehmlassung entschieden hat.

Die «NZZ am Sonntag» berichtete über einen unveröffentlichten Entwurf der Verordnung der Swissness-Vorlage. Darauf verlangte ein Verband beim Eidgenössischen Institut für geistiges Eigentum (IGE) Einsicht in den unveröffentlichten Entwurf der Swissness-Verordnung. Das IGE verwies an die Rechtskommission des Nationalrates. Diese lehnte das Gesuch mit der Begründung ab, es handle sich um ein internes und vertrauliches Dokument der Kommission für Rechtsfragen, das mit Verweis auf Art. 7 der Parlamentsverordnung nicht weitergeleitet werden könne. Deshalb stellte der Verband beim EDÖB ein Schlichtungsgesuch.

Der EDÖB prüft zuerst, wer für die Behandlung des Gesuchs zuständig ist. Die Rechtskommission sei nicht zuständig für die Bearbeitung eines Zugangsgesuchs, welches gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz bei einer Verwaltungsbehörde eingereicht werde. Somit war noch zu klären, ob die Zuständigkeit beim IGE oder beim Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) liegt. Da der Entwurf der Ausführungsverordnung durch das BLW und das IGE gemeinsam erarbeitet wurde, das IGE aber insgesamt die Federführung innehatte, kommt der EDÖB zum Schluss, dass aufgrund von Art. 12 BGÖ i. V. m. Art. 11 Abs. 1 VBGÖ der IGE für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständig ist.

Der Verband macht geltend, der fragliche Entwurf sei gegenüber Journalisten zugänglich gemacht worden, weshalb ein Anspruch aufgrund des in Art. 2 VBGÖ festgehaltenen Grundsatzes «access to one access to all» bestehe. Wegen der Sachlage sei nicht klar, so der EDÖB, ob die Journalistin ganz oder teilweise Einsicht in den Verordnungsentwurf hatte oder ob ihr nur einzelne Informationen zugetragen wurden und woher sie diese Informationen hatte. Deshalb könne der antragstellende Verband aus Art. 2 VBGÖ keinen Anspruch auf das verlangte Dokument ableiten.

Der EDÖB untersucht weiter, ob es sich beim fraglichen Entwurf – wie vom IGE behauptet – um eine vertrauliche Kommissionsunterlage handelt, die aufgrund von Art. 4 Bst. a BGÖ i. V. m. Art. 47 ParlG nicht zugänglich gemacht werden kann. Er kommt zum Schluss, dass es sich beim Verordnungsentwurf nicht um eine Sitzungsunterlage handelt, die dem Öffentlich-

keitsgesetz entzogen ist. Dafür führt er zwei Gründe an: Erstens gehe aus den vorliegenden Unterlagen kein klarer schriftlicher Auftrag der Rechtskommission an die Verwaltung hervor, einen Verordnungsentwurf zu erarbeiten. Zweitens sei aufgrund der Delegationsnorm im Markenschutzgesetz der Bundesrat für das Ausführungsrecht zuständig. Der zu beurteilende Verordnungsentwurf könne daher, wie andere Entwürfe im Gesetzesverfahren, per Definition nicht ausschliesslich für die Rechtskommission bestimmt sein.

Das IGE argumentiert weiter, der Entwurf sei weder in einer Vernehmlassung noch in der verwaltungsinternen Konsultation gewesen. Daher dürfe der Zugang nach Art. 4 Bst. b BGÖ i. V. m. Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst gewährt werden, wenn der politische oder administrative Entscheid getroffen sei. Der EDÖB hält dem entgegen, Art. 9 VIG sehe eine spezielle, vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Bestimmung für den Zugang zu Informationen vor. Nach Abs. 1 seien Vernehmlassungsunterlagen öffentlich zugänglich. Als Vernehmlassungsunterlagen würden nur jene Dokumente gelten, die in die Vernehmlassung gegeben werden. Nach Vernehmlassungsrecht bestehe daher kein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens erstellt wurden. Der Verordnungsentwurf sei keine zwingend nach Vernehmlassungsrecht zu veröffentlichende Vernehmlassungsunterlage. Es liege daher kein Anwendungsfall von Art. 4 Bst. b BGÖ vor.

Folglich bleibt zu prüfen, ob der fragliche Verordnungsentwurf nach Art. 6 BGÖ zugänglich zu machen ist. Dafür klärt der EDÖB zunächst die Frage, ob es sich beim Entwurf um ein amtliches Dokument handelt. Der zu beurteilende Verordnungsentwurf sei von der Verwaltung der Rechtskommission auf deren Wunsch hin zugestellt worden. Damit habe das Dokument die Verwaltung unüblich im gesetzgeberischen Verfahren verlassen. Durch diese Übermittlung könne nicht mehr von einem provisorischen Entwurf im Sinne des BGÖ gesprochen werden. Indes handle es sich um einen fertig gestellten Entwurf und damit um ein amtliches Dokument i. S. v. Art. 5 BGÖ, das grundsätzlich dem Öffentlichkeitsgesetz untersteht. Der EDÖB führt weiter aus, amtliche Dokumente dürften nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage bilden, gefällt sei. Vorliegend habe das Parlament in der Zwischenzeit den politischen Entscheid betreffend die «Swissness-Vorlage» getroffen. Allerdings befinde sich das Gesetzgebungsverfahren zur fraglichen Ausführungsverordnung der «Swissness-Vorlage» zurzeit noch im Stadium der Ämterkonsultation. Daher habe der Bundesrat bisher noch nicht von deren Ergebnissen Kenntnis nehmen können. Zwischen den verlangten Dokumenten und diesem Bundesratsentscheid bestehe ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang. Eine vorzeitige Offenlegung könnte störende Auswirkungen auf die Meinungsbildung des Bundesrates haben. Demzufolge entscheidet der EDÖB, dass das IGE den Zugang zum Entwurf der Ausführungsverordnung gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ aufschieben kann, bis der Bundesrat über die Eröffnung der externen Vernehmlassung entschieden hat. Danach hat das IGE dem antragstellenden Verband den gewünschten Entwurf zuzustellen.

14-129

Zugang zu Sitzungsprotokoll über Grundsatzentscheid zur Studiengebührenerhöhung muss gewährt werden

Amtliche Dokumente; Anonymisierung der Personendaten; Beeinträchtigung der Meinungs- und Willensbildung

Art. 5 Abs. 3 Bst. b, 7 Abs. 1 Bst. a, 8 Abs. 2 BGÖ

Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 10. Juni 2014 (ETH-Rat/Sitzungsprotokoll Studiengebührenerhöhung)

Das Protokoll einer Sitzung des ETH-Rats, in der ein Grundsatzentscheid über die Studiengebührenerhöhung gefällt wurde, muss zugänglich gemacht werden. Nach Ansicht des EDÖB ist nicht ersichtlich, inwiefern dieses Protokoll eine Entscheidungsgrundlage für eine zukünftige konkrete Gebührenerhöhung darstellen soll. Zudem sei das Protokoll nicht geeignet, die freie Willensbildung des ETH-Rats in Bezug auf eine spätere, definitive Gebührenerhöhung wesentlich zu beeinträchtigen.

Ein Antragsteller ersuchte um Einsicht in das Sitzungsprotokoll des ETH-Rats, aus dem das Stimmverhältnis hervorgeht, mit welchem der Grundsatzentscheid zur Studiengebührenerhöhung gefällt wurde. Der ETH-Rat machte geltend, dass das Protokoll erst an der nächsten Sitzung verabschiedet werde und somit als noch nicht fertig gestellt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ gelte. Das Protokoll falle zudem unter die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, weshalb der Zugang bis zum definitiven Beschluss des ETH-Rats zur Gebührenerhöhung aufgeschoben werde. Der Antragsteller reichte einen Schlichtungsantrag beim EDÖB ein.

Der EDÖB führt aus, das betreffende Protokoll der Sitzung des ETH-Rats liege zum jetzigen Zeitpunkt in der definitiven Version vor, womit das vom ETH-Rat vorgebrachte Argument, das Protokoll sei gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ noch nicht fertig gestellt, entfalle. Der EDÖB untersucht deshalb, ob weitere Ausnahmegründe nach Art. 7–9 BGÖ vorliegen. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Dabei muss zwischen dem infrage stehenden Dokument und dem jeweiligen politischen oder administrativen Entscheid eine relativ enge Verbindung bestehen. Der EDÖB führt dazu aus, der Grundsatzentscheid des ETH-Rates, den Weg für eine schrittweise Verdoppelung der Studiengebühren einzuschlagen, sei definitiv gefallen. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern dieser Protokollinhalt für einen zukünftigen Entscheid über die definitive Höhe der Studiengebühren von wesentlicher Bedeutung sein sollte. Der EDÖB kommt deshalb zum Schluss, dass das Protokoll keine Entscheidungsgrundlage für eine zukünftige konkrete Gebührenerhöhung darstelle, weshalb Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorliegend nicht zur Anwendung komme.

Der ETH-Rat beruft sich weiter auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ, weil er befürchtet, dass seine freie Meinungs- und Willensbildung durch die Herausgabe des Protokolls während des

über mehrere Sitzungen hinweg dauernden Entscheidungsprozesses wesentlich beeinträchtigt wird. Der EDÖB bemerkt diesbezüglich, mit Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ werde der Prozess der Entscheidvorbereitung geschützt, nicht die Information selbst. Zudem müsse die Beeinträchtigung wesentlicher Natur sein. Der EDÖB prüft somit die Frage, ob durch das Bekanntwerden des Protokollinhalts die freie Meinungs- und Willensbildung des ETH-Rats hinsichtlich eines zukünftigen definitiven Beschlusses zur Höhe der Studiengebühren wesentlich beeinträchtigt würde. Er führt dazu aus, das Protokoll enthalte weitgehend bekannte Standpunkte zu einer bereits öffentlichen Debatte, weshalb eine Zugänglichmachung des Inhalts die freie Meinungs- und Willensbildung des ETH-Rats hinsichtlich einer zukünftigen Festlegung der Höhe der Studiengebühren nicht wesentlich beeinträchtigt. Im Beschlussdispositiv werde zudem eine rein zahlenmässige Angabe des Verhältnisses der Ja- und Neinstimmen angegeben. Das Bekanntwerden dieses Stimmverhältnisses sei ebenfalls nicht geeignet, die freie Willensbildung des ETH-Rats in Bezug auf eine spätere, definitive Gebührenerhöhung wesentlich zu beeinträchtigen. Folglich kommt der EDÖB zum Schluss, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ nicht zur Anwendung kommt und der Protokollauszug grundsätzlich zugänglich ist. Nach Ansicht des EDÖB sind durch die Zugänglichmachung der im Protokoll enthaltenen Personendaten weder für die Mitarbeiter noch die Mitglieder des ETH-Rats und der ETH konkrete nachteilige Folgen erkennbar. Dies insbesondere auch deshalb, weil die verschiedenen Argumente der Diskussion nicht einzelnen Sitzungsteilnehmern persönlich zugeordnet werden. Deshalb sind die Personendaten nicht zu anonymisieren. Der EDÖB entscheidet folglich, dass das betreffende Sitzungsprotokoll ohne Anonymisierung zugänglich zu machen ist.

14-130

Einfacher elektronischer Vorgang: Arbeitsaufwand nicht entscheidendes Kriterium

Amtliches Dokument; einfacher elektronischer Vorgang

Art. 5, 7 Abs. 2 BGÖ

Empfehlung des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 5. Juni 2014 (EPA/Liste mit Nebenbeschäftigungen aller Bundesangestellten)

Der EDÖB hält in einer Empfehlung fest, dass auch Listen, deren Erstellung ca. zwei Arbeitstage benötigt, noch als amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ betrachtet werden können. Der zeitliche Aufwand könne nicht als entscheidendes Kriterium dafür dienen, ob mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs ein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erstellt werden kann.

Ein Journalist verlangte beim Eidgenössischen Personalamt (EPA) Einsicht in die Liste aller bewilligten und gemeldeten und im Personalsystem der Bundesverwaltung BVplus vermerkten Nebenbeschäftigungen von Bundesangestellten. Das

EPA verweigerte die Einsicht mit dem Hinweis, die Listen würden nicht existieren und das Erstellen entsprechender Listen würde einen Arbeitsaufwand von zwei Arbeitstagen erforderlich machen, womit kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 BGÖ vorliege. Der betreffende Journalist reichte beim EDÖB einen Schlichtungsantrag ein.

Der EDÖB prüft in einem ersten Schritt, ob die verlangten Informationen überhaupt in Form eines amtlichen Dokuments nach Art. 5 BGÖ vorliegen. Er führt dazu aus, die gewünschten Listen würden nicht existieren, weshalb die verlangten Informationen kein amtliches Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ darstellen. Wenn die interessierenden Listen mittels eines einfachen elektronischen Vorgangs hergestellt werden können, könne aber ein Dokument im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ vorliegen. Das EPA hatte dies mit der Argumentation verneint, das Erstellen der verlangten Listen würde einen Aufwand von ca. zwei Arbeitstagen erfordern, womit das Erfordernis eines einfachen elektronischen Vorgangs nicht erfüllt sei. Dem hält der EDÖB entgegen, das Öffentlichkeitsgesetz kenne keine zeitliche Obergrenze für einen maximal zulässigen Arbeitsaufwand zur Erstellung eines Dokuments im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ. Er vertritt in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass der für die Generierung eines Dokuments im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ erforderliche Vorgang durchaus mehrere Arbeitsschritte umfassen kann. Insbesondere diene alleine die Anzahl an erwarteten Arbeitsstunden nicht als entscheidendes Kriterium. Deshalb kommt der EDÖB zum Schluss, dass ein erwarteter Aufwand von zwei Arbeitstagen mit Blick auf das grosse Volumen der verlangten Informationen noch als einfacher elektronischer Vorgang zu bezeichnen sei. Deshalb würden die verlangten Listen in Form eines amtlichen Dokuments im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BGÖ vorliegen. Allerdings könne der für die Erstellung der Listen erforderliche Arbeitsaufwand dem antragstellenden Journalisten in Rechnung gestellt werden.

In einem zweiten Schritt hatte der EDÖB zu prüfen, ob der Zugang zu den ersuchten Listen nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden muss. Dabei kommt er zum Schluss, dass die Offenlegung der gemeldeten und bewilligten Nebenbeschäftigungen der Bundesangestellten an sich nicht geeignet ist, die Privatsphäre der Betroffenen ernsthaft zu gefährden. Selbst wenn dem so wäre, gilt es nach Ansicht des EDÖB zu beachten, dass Behördenmitarbeitenden der Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre nicht in demselben Umfang zusteht wie «normalen Dritten». Eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu den gemeldeten und bewilligten Nebenbeschäftigungen der Bundesangestellten und deren Interesse am Schutz ihrer Privatsphäre fällt zugunsten der Öffentlichkeit und damit des Zugangs aus, weshalb die verlangten Listen offenzulegen sind.

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

14-131

Kostenverteilung: BAKOM hat Sachverhalt ungenügend festgestellt

Erstinstanzliches Verwaltungsverfahren; Gegenstandslosigkeit; Kostenverteilung; Vergleich

Art. 60 RTVG; Art. 12 VwVG; Art. 78, 80 RTVV; Art. 4b VKEV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Oktober 2014 (A-2744/2014)

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit der Frage auseinander, wer die Kosten zu tragen hat, wenn ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren wegen Gegenstandslosigkeit abgeschlossen wird. In analoger Anwendung von Art. 4b VKEV sind in einem solchen Fall die Verfahrenskosten in erster Linie jener Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit verursacht hat. Nur wenn ein Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos wurde, sind die Kosten nach dem Unterliegerprinzip zu verteilen.

Die ALF – TV Arolfingener Lokalfernsehen AG (ALF) beantragte beim BAKOM, die ggsnet schwängimatt genossenschaft (ggsnet) sei zu verpflichten, das Programm der ALF weiterhin analog und digital zu verbreiten. Die Parteien konnten sich vor dem Abschluss des Verfahrens in einem aussergerichtlichen Vergleich einigen. Deshalb schrieb das BAKOM das Verfahren als gegenstandslos ab und auferlegte die Kosten der ALF. Gegen diese Verfügung erhob die ALF Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht führt zu Beginn seiner Erwägungen aus, das BAKOM habe sich in seiner Entscheidung auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (A-8531/2010) gestützt. In diesem Entscheid sei festgestellt worden, «(...) dass aufgrund der Unentgeltlichkeit der Aufschaltung lediglich die Programmveranstalterin einen Vorteil aus der Verfügung der Vorinstanz zum Aufschaltverfahren ziehe, während die Fernmeldediensteanbieterin ihren grundsätzlichen Anspruch auf ein Entgelt für die Verbreitung verliere. Da es wegen der geringen Bedeutung des Verhandlungsprimats im Aufschaltverfahren nicht oder nur in geringem Mass auf das Verhalten der Fernmeldediensteanbieterin ankomme, könne diese das Verfahren weder veranlassen noch vermeiden oder gegenstandslos werden lassen. Bei dieser Ausgangslage könne einzig die Programmveranstalterin kostenpflichtig sein». Dazu bemerkt das Bundesverwaltungsgericht, dem zitierten Urteil habe ebenfalls ein Aufschaltverfahren nach Art. 60 RTVG zugrunde gelegen. Allerdings habe das BAKOM dort einen materiellen Entscheid fällen müssen. Deshalb könnten die dort gemachten Erwägungen nicht unbesehen für das vorliegende, gegenstandslos gewordene Verfahren übernommen werden.

Weiter führt das Bundesverwaltungsgericht aus, das VwVG enthalte keine Bestimmungen zu den Verfahrenskosten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Für das erst-

instanzliche Verwaltungsverfahren sei die Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV) massgebend. Im vorliegenden Verfahren regelten Art. 78 ff. RTVV die Erhebung von Verwaltungsgebühren. In Art. 80 RTVV werde wiederum auf die AllgGebV verwiesen. Die AllgGebV, so das Bundesverwaltungsgericht, sei insbesondere auf Verwaltungsverfahren ausgerichtet, in denen sich ein Gesuchsteller einerseits und die Verwaltungsstelle andererseits gegenüberstehen. Sie sehe allerdings keine Regelung zur Kostenaufgabe vor, wenn sich – wie vorliegend – in einem erstinstanzlichen Verfahren zwei Parteien als Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin gegenüberstehen und die Verwaltung weder eine Leistung erbringt noch eine Parteistellung innehat, sondern über den zwischen den Parteien im Streit liegenden Anspruch zu befinden hat. Für solche Verfahren rechtfertige es sich, ergänzend und sinngemäss die für das kontradiktorisch ausgestaltete Beschwerdeverfahren geltenden Bestimmungen heranzuziehen.

Werde das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen, ist es nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts sachgerecht, die in Art. 4b VKEV explizit für gegenstandslose Verfahren vorgesehene Regelung ergänzend und sinngemäss heranzuziehen. Demnach werden die Verfahrenskosten jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Abs. 1). Nur für den Fall, dass das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden ist, sieht die VKEV subsidiär eine Kostenverlegung nach dem Unterliegerprinzip vor (Abs. 2). Die Bestimmung, wer die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, erfolge nach materiellen Kriterien. Im Falle eines Vergleichs sei die Gegenstandslosigkeit nicht notwendigerweise von beiden Parteien zu gleichen Teilen verursacht worden. Es rechtfertige sich vielmehr zur Beantwortung der Frage, wer die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat, auf den in Relation zu den ursprünglichen Anträgen gesetzten Vergleichsinhalt abzustellen.

Auf den konkreten Fall bezogen wäre das BAKOM nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts verpflichtet gewesen, sich bei den Parteien vor Auferlegung der Kosten zu erkundigen, ob und gegebenenfalls welche Vereinbarung der Parteien der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zugrunde liegt. Dies umso mehr, als es bei aussergerichtlichen Vergleichen nicht unüblich sei, darin auch eine Übereinkunft über die Aufteilung der Verfahrenskosten zu treffen. Sodann wäre gestützt auf die gütliche Einigung zu ermitteln gewesen, welche Partei bzw. zu welchen Teilen die Parteien die Gegenstandslosigkeit des Aufschaltverfahrens zu verantworten haben. Das Bundesverwaltungsgericht kommt folglich zum Schluss, dass das BAKOM den Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt und damit gegen den in Art. 12 VwVG verankerten Untersuchungsgrundsatz verstossen hat. Es heisst die Beschwerde deshalb gut, hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zur vollständigen Klärung des Sachverhalts und zu neuem Entscheid über die Kostenverlegung im Sinne der Erwägungen an das BAKOM zurück.

14-132

Billag hat Sachverhalt ungenügend festgestellt

Hotelzimmer; Radioempfangsgebühren; Sachverhalt

Art. 68 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juni 2014
(A-1229/2014)

Das Bundesverwaltungsgericht heisst eine Beschwerde teilweise gut, die sich gegen die Pflicht zur Zahlung von Radioempfangsgebühren richtet. Es begründet seinen Entscheid damit, dass die Billag es unterlassen habe, rechtzeitig abzuklären, ob X. in seinem Hotelzimmer über ein Radiogerät verfüge. Damit habe sie den Sachverhalt ungenügend abgeklärt.

X. bestritt die Gebührenpflicht für den privaten Radio- und Fernsehempfang mit der Begründung, er wohne in einem Hotel, welches bereits die Empfangsgebühr bezahle. Die Billag stellte bei der Abklärung des Sachverhalts fest, dass das Hotel für zwei Zimmer neben den Gebühren für den kommerziellen Empfang auch den privaten Fernsehempfang bezahlt. Folglich erliess sie eine Verfügung, in der sie die Gebührenpflicht von X. für den privaten Radioempfang festhielt. Sie setzte das Ende der Gebührenpflicht auf Ende Juni 2013 fest, nachdem X. im Juni 2013 bestätigt hatte, über kein Radiogerät zu verfügen. X. erhob dagegen Beschwerde beim BAKOM mit der Begründung, er habe in seinem Hotelzimmer zu keiner Zeit über ein Radio verfügt. Das BAKOM wies die Beschwerde von X. ab, worauf dieser ans Bundesverwaltungsgericht gelangte und geltend machte, er schulde keine Empfangsgebühren.

Das Bundesverwaltungsgericht hält zunächst fest, das BAKOM habe zu Recht festgestellt, dass Personen, die mehr als drei Monate in einem Hotel wohnen, auch dort einen Haushalt im Sinne des RTVG begründen, weshalb – sofern Empfangsgeräte vorhanden sind – auch eine Gebührenpflicht für den privaten Radio- und Fernsehempfang bestehe, die nicht vom gebührenpflichtigen kommerziellen Empfang eines Hotels umfasst werde. Es sei nicht zu beanstanden, dass das BAKOM im vorliegenden Fall das von X. dauerhaft bewohnte Hotelzimmer als Haushalt im Sinne von Art. 68 Abs. 2 RTVG eingestuft habe. Bezüglich der konkret umstrittenen Radioempfangsgebühr führt das Bundesverwaltungsgericht aus, die Billag habe in ihrer Feststellungsverfügung ohne weitere Abklärungen oder Rückfragen angenommen, X. verfüge in seinem Hotelzimmer über Radio- oder Fernsehempfangsgeräte. Gerade der Umstand, dass das Hotelzimmer nur für den privaten Fernsehempfang angemeldet sei, lege aber den Schluss nahe, dass vom Hotel nur ein Fernseher zur Verfügung gestellt werde. Ein Radiogerät müsste daher vom Bewohner mitgebracht worden sein, was durch einfache Rückfrage hätte geklärt werden können. Indem die Billag die rechtzeitige Klärung dieser Frage unterlassen habe, habe sie den relevanten Sachverhalt ungenügend festgestellt. Angesichts der gesamten Umstände rechtfertige es sich daher, die Korrespondenz von X. mit der Billag als Abmeldung einzustufen und die Gebührenpflicht für den Radioempfang auf Ende Juli 2011 zu beenden.

14-133

«Arealregelung» mit RTVG vereinbar

Arealregelung; gewerblicher Fernsehempfang; örtlicher Anknüpfungspunkt

Art. 68 Abs. 2 RTVG; Art. 60 Abs. 2 RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juni 2014
(A-4915/2013)

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dass die von der Billag entwickelte «Arealregelung» in Übereinstimmung mit Art. 68 Abs. 2 RTVG steht. Es weist deshalb eine Beschwerde des Kantons St. Gallen gegen die Gebührenpflicht der Polizeistation Buchs ab.

Die Billag verfügte, dass die Polizeistation Buchs der Gebührenpflicht für den gewerblichen Fernsehempfang unterliegt. Gegen diese Verfügung erhob die Polizeistation Buchs, vertreten durch den Kanton St. Gallen, Beschwerde beim BAKOM und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben. Das BAKOM wies die Beschwerde ab, worauf der Kanton St. Gallen ans Bundesverwaltungsgericht gelangte.

Zur Klärung der Frage, ob die Polizeistation Buchs der Gebührenpflicht unterliegt, erläutert das Bundesverwaltungsgericht zunächst die Grundsätze der Gebührenerhebung. Gemäss konstanter Rechtsprechungspraxis schliesse Art. 68 Abs. 2 RTVG eine mehrfache Gebührenerhebung nur für eine Einheit und nicht für verschiedene Einheiten aus. In diesem Sinne sehe auch Art. 60 Abs. 2 RTVV beim gewerblichen und kommerziellen Empfang eine separate Meldepflicht für jede Geschäftsstelle vor. In der Folge prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob die Polizeistation Buchs als Geschäftsstelle im Sinne von Art. 68 Abs. 2 RTVG zu qualifizieren ist. Nach einer Auslegung von Art. 68 Abs. 2 RTVG hält es fest, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff Geschäftsstelle einen örtlichen Anknüpfungspunkt gewählt habe, um damit eine praktikable Gebührenerhebung zu gewährleisten. Die von der Billag entwickelte «Arealregelung», wonach jeder Betrieb sowie jede örtlich abgesetzte Einheit eines Betriebs melde- und gebührenpflichtig ist, stehe daher in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben und erscheine auch sachgerecht. Denn Empfangsgeräte würden ihre Sendungen lokal verbreiten. Wer unter demselben Dach diese Sendungen empfangt, bilde eine Einheit (Geschäftsstelle oder Haushalt) und werde gebührenpflichtig. Dazu komme hinzu, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, dass der Gesetzgeber mit der aktuellen Regelung gerade vermeiden wollte, dass die Billag für jede Geschäftsstelle das Mass der rechtlichen Selbständigkeit abklären muss. Eine solche Regelung würde zu einem deutlichen Mehraufwand bei der Gebührenerhebung und zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Folglich kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Polizeistation Buchs, die eine örtlich abgesetzte Einheit bildet, in Anwendung der «Arealregelung» als Geschäftsstelle gemäss Art. 68 Abs. 2 RTVG zu qualifizieren ist. Sie ist deshalb separat gebührenpflichtig, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde des Kantons St. Gallen abweist.

14-134

Beschwerde gegen «Die Schweizer» abgewiesen

Diskriminierungsverbot; Gewaltverherrlichung; Sachgerechtigkeitsgebot; Vielfaltsgebot

Art. 4 Abs. 1, 2, 4 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 684)

Die UBI weist eine Beschwerde gegen Sendungen des Themenmonats «Die Schweizer» ab. Sie kann weder Gewaltverherrlichung und Diskriminierung noch eine Verletzung des Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebots feststellen.

Im November 2013 widmeten sich verschiedene Programme der SRG dem Themenmonat «Die Schweizer». Im Zentrum stand eine vierteilige Dokufiction-Filmreihe, die sechs männliche Persönlichkeiten der Schweizer Geschichte porträtierte. B. erhob gegen den Themenmonat und insbesondere gegen die vierteilige Fernsehdokumentation Beschwerde bei der UBI. Sie machte verschiedene Rügen geltend und störte sich insbesondere an der Darstellung der Rolle der Frauen in der Schweizer Geschichte.

Die UBI prüft zunächst, ob das Vielfaltsgebot (Art. 4 Abs. 4 RTVG) eingehalten wurde. Dabei führt sie aus, im Rahmen des Themenmonats sei die Geschichte der Schweiz neben der vierteiligen Dokumentation auch Gegenstand von anderen Sendungen gewesen. Das Sendegefäss «Sternstunde Philosophie» habe Sendungen zum Thema «Frauenleben», «Frauen in der frühen Schweizer Geschichte» und «Frauenleben im jungen Bundesstaat» ausgestrahlt. In der Sendereihe «Cherchez la femme», deren Folgen vornehmlich im Sendegefäss «Sternstunde Kunst» ausgestrahlt wurden, seien Biografien von ausgewählten weiblichen Persönlichkeiten im Zentrum gestanden. Ebenso sei nach der Ausstrahlung der ersten Folge der Dokufiction ein «Club Extra» zum Thema «Wo sind die Schweizerinnen?» gesendet worden. Daher kommt die UBI zum Schluss, die Sendungen im Rahmen des Themenmonats «Die Schweizer» hätten dem Publikum kein einseitiges Bild zur Schweizer Geschichte und zur nationalen Identität vermittelt. Die zahlreichen Sendungen hätten eine Vielzahl von themenrelevanten Informationen zu wichtigen Ereignissen, Personen und Lebensumständen beinhaltet. Dabei seien verschiedene Ansichten zur Schweiz, zu ihrer Geschichte und zum Verständnis der Geschichte zum Ausdruck gekommen. Bedeutenden Frauen und der Rolle der Frauen in der Schweizer Geschichte seien spezielle Sendefässer gewidmet worden. Es sei damit ein Gegengewicht zur vierteiligen Dokufiction gesetzt worden, in der Frauen eine untergeordnete Rolle spielten. Zudem hätten Kritiker der Dokufiction im «Club Extra» genügend Gelegenheit erhalten, sich Gehör zu verschaffen. Die Sendungen von SRF zum Themenmonat «Die Schweizer» hätten aus diesen Gründen das Vielfaltsgebot nicht verletzt.

Weiter untersucht die UBI, ob mit der vierteiligen Dokufiction das Diskriminierungsverbot (Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG) verletzt wurde. B. rügte, die Frauen seien marginalisiert wor-

den, indem ausnahmslos Männer porträtiert worden seien. Die UBI führt dazu an, es gäbe sachliche Gründe dafür, dass in der Dokufiction Männer die tragenden Rollen verkörperten. In der Schweizer Geschichte bis weit ins 20. Jahrhundert würden Frauen fehlen, die in der Politik eine herausragende Rolle einnahmen. Gründe dafür waren das Fehlen des Stimm- und Wahlrechts und der fehlende Zugang zu den höchsten politischen Machtpositionen in der seit Jahrhunderten republikanischen Schweiz. Eine rundfunkrechtliche Diskriminierung liege deshalb nicht vor.

Die UBI setzt sich zudem mit dem Vorwurf der Verherrlichung und Verharmlosung von Gewalt (Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG) auseinander. B. machte geltend, in der vierteiligen Dokufiction hätten Machtansprüche, Kriege und Kampfhandlungen im Zentrum gestanden. Diese seien mit modernsten technischen Mitteln attraktiv dargestellt und mit zahlreichen Trailern beworben worden. Die UBI hält dem entgegen, die thematisierten Auseinandersetzungen um Land und Macht hätten keinem Selbstzweck gedient, sondern seien in den Kontext der beschriebenen geschichtlichen Ereignisse eingebettet gewesen. Zudem sei die Darstellung von Gewaltszenen sehr zurückhaltend erfolgt, weshalb auch diese Rüge unbegründet sei.

Schliesslich äussert sich die UBI noch zum Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG), dessen Verletzung in der Beschwerde ebenfalls gerügt wurde. Sie kommt zum Schluss, dass sich das Publikum zu den in der Dokumentation thematisierten Ereignissen und dargestellten Personen eine eigene Meinung bilden konnte. In der Dokufiction mit beträchtlichem Informationsgehalt sei mit der gebotenen Vorsicht über geschichtliche Ereignisse berichtet worden. Ebenso habe sie weder die Anfangsjahre der Eidgenossenschaft noch die damaligen Lebensbedingungen der Bevölkerung und insbesondere der Frauen schöngeredet noch in offensichtlich verfälschter Weise abgebildet. Ebenso seien die sechs männlichen Protagonisten nicht einseitig heroisiert, sondern in differenzierter und teilweise sogar sehr kritischer Weise dargestellt worden. Auch das Sachgerechtigkeitsgebot sei somit nicht verletzt worden.

14-135

Nichteintretensentscheid auf Beschwerde gegen Sendung betreffend Bestrafung von Cannabiskonsum

Aufsichtsverfahren; Dauer des Verfahrens vor der Ombudsstelle; Eintretensvoraussetzungen gemäss RTVG; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2, 93 Abs. 3, 94 Abs. 1, 2, 3, 95 Abs. 1, 3 RTVG; Art. 52 VwVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 688)

Die UBI tritt auf eine Beschwerde gegen eine Sendung betreffend Abstimmung des Nationalrates über die Einführung einer Disziplinarstrafe für Cannabiskonsum nicht ein. Der Beschwerdeführer habe seine Beschwerdebefugnis gemäss Art. 94 Abs. 1 und 2 RTVG nicht vorbringen können. Problematisch erachtet die UBI im vorliegenden Fall die Verfahrensdauer von zwei Jahren vor der Ombudsstelle. Die übermässig lange Dauer hätte durch ein Aufsichtsverfahren gerügt werden sollen.

Die *Televisione svizzera di lingua italiana* (im Folgenden RSI) strahlte am 7. März 2012 im «Telegiornale delle 20:00» (Tageschau um 20 Uhr) einen Beitrag über die Abstimmung des Nationalrates über die Einführung einer Disziplinarstrafe für Cannabiskonsum aus. Darin wurden die Entstehung und die möglichen Probleme der neuen Gesetzesbestimmung behandelt. Nach einem Interview mit Staatsanwalt Antonio Perugini, welcher sich gegen die Gesetzesänderung äusserte, und dem Suchtexperten Mirko Steiner, der die aktuelle Lage bezüglich der Bestrafung des Cannabiskonsums als kontrovers bezeichnete, gelang der Journalist zum Schluss, dass der Nationalrat eine Gelegenheit zur Schaffung von mehr Klarheit verpasst habe. Er fügte an, dass der Ständerat vielleicht mehr Klarheit bringen werde.

Am 7. Mai 2014 erhob ein Zuschauer Beschwerde gegen die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR an die UBI. Er führte aus, dass im Gegensatz zu den Bemerkungen im Rahmen der strittigen Sendung die neue Strafbestimmung vom Nationalrat mit überwiegender Mehrheit angenommen worden sei und die persönliche Meinung des Journalisten als solche vom Publikum nicht erkennbar gewesen sei. Er hat eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 Abs. 2 RTVG) und der RSI-Verlagsweisungen geltend gemacht.

Nach Art. 94 Abs. 1 lit. b RTVG ist eine Beschwerde eines Zuschauers zulässig, wenn er Gegenstand der bestrittenen Sendung ist oder eine enge Beziehung zu ihr besitzt, sodass er mehr betroffen ist als die anderen Zuschauer. Gemäss Art. 94 Abs. 2 RTVG ist er ebenfalls beschwerdeberechtigt, wenn er eine Mindestanzahl von 20 Unterschriften einreicht. Die UBI führt aus, dass sie nach ihrem Ermessen ausnahmsweise auch Beschwerden überprüfen könne, welche die Mindestanzahl von 20 Unterschriften nicht erreicht haben, sofern das öffentliche Interesse zur Entscheidung überwiegt. Diese Praxis sei jedoch selten zuzulassen, da Art. 94 Abs. 2 und 3 andernfalls ihren Sinn verlieren würden. Überzeuge eine Beschwerde, so sollten

müheelos 20 Unterschriften zur Einreichung einer Sammelbeschwerde zusammenkommen.

Der Beschwerdeführer kam der Aufforderung der UBI zur Eingabe zusätzlicher Informationen zu seiner Beschwerdebefugnis gemäss Art. 94 Abs. 1 RTVG bzw. der Unterschriften von mindestens 20 Personen gemäss Art. 94 Abs. 2 und 3 RTVG selbst nach Gewährung einer zusätzlichen Frist nach Art. 52 Abs. 2 VwVG nicht nach. Er bringt diesbezüglich vor, er sei von der strittigen Sendung lediglich als Zuschauer berührt und nicht in der Lage, die verlangten Unterschriften zu sammeln. Gemäss den Ausführungen der UBI liegt im konkreten Fall kein öffentliches Interesse vor. Es würden weder neue Rechtsfragen aufgeworfen noch liege ein grundlegendes Interesse bezüglich der Konzeption der Programme vor. Die UBI habe bereits einige ähnliche Fälle behandelt und verfüge über eine weitreichende Rechtsprechung zum Sachgerechtigkeitsgebot nach Art. 4 RTVG, insbesondere über die richtige Fakten- und Ereignisdarstellung.

Die einzig relevante Frage betreffe vorliegend die Dauer des Verfahrens vor der Ombudsstelle. Art. 93 Abs. 3 RTVG schreibe eine maximale Dauer von 40 Tagen nach Einreichung der Beanstandung vor. Vorliegend dauerte das Verfahren zwei Jahre. Der Beschwerdeführer hätte nach dieser langen Zeit kaum noch 20 Unterschriften sammeln können. Nach Auffassung der UBI hätte die Aufsichtsbehörde, das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), die Ombudsstelle rügen müssen. Sie hat das BAKOM diesbezüglich benachrichtigt.

Gemäss UBI erfüllt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 94 Abs. 1 und 3 RTVG vorliegend nicht, weshalb sie nicht auf seine Beschwerde eintritt.

14-136

Beschwerde gegen «Helveticus» abgewiesen

Diskriminierungsverbot; Sachgerechtigkeitsgebot; Schutz Minderjähriger

Art. 4 Abs. 1, 4 Abs. 2, 5 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 20. Juni 2014 (b. 685)

Gegen die Serie «Helveticus», welche Kindern von vier bis sechs Jahren die Mythen, Persönlichkeiten und Symbole der Schweizer Geschichte näherbringen soll, wurde Beschwerde erhoben. Als Begründung wurde angeführt, die Serie vermittele ein falsches und abwertendes Frauenbild, verharmlose Gewalt und überfordere die Kinder mit einer Vermischung von Realität und Fantasie. Die UBI kommt in ihrem Entscheid zum Schluss, dass die Serie weder das Diskriminierungsverbot, das Sachgerechtigkeitsgebot noch den Artikel zum Schutz von Minderjährigen verletzt hat.

Im Rahmen des Themenmonats «Die Schweizer» strahlte SRF die 26-teilige Serie «Helveticus» aus. Diese richtete sich primär an Kinder zwischen vier und sechs Jahren und beleuchtete die Schweizer Geschichte und ihre Mythen, Persönlichkei-

ten und Symbole. B. erhob Beschwerde und rügte, die Serie vermittele ein stereotypisches und falsches Frauenbild. Die Rolle der Frau in der Familie werde abgewertet. Die Männer seien die handelnden Personen, welche Erfindungen machen und Probleme lösen, vor allem mit Gewalt. Frauen und Mädchen würden diskriminiert und die Chancengleichheit von Mädchen und Knaben werde beschnitten. Zudem werde mit spassigen Darstellungen Gewalt verharmlost. Schliesslich überfordere die Vermischung von Realität und Fantasie das junge Zielpublikum.

Die UBI merkt zu Beginn ihrer Erwägungen an, sie habe sich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken. Sie sei keine Fachaufsicht, welche die Qualität von Sendungen prüfe. Da sich die Sendung an Kinder von vier bis sechs Jahren richte, sei der Schutz Minderjähriger zu prüfen. Gemäss Art. 5 RTVG habe der Programmveranstalter durch die Wahl der Sendezeit oder sonstige Massnahmen dafür zu sorgen, «dass Minderjährige nicht mit Sendungen konfrontiert werden, welche ihre körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung gefährden» würden. Sie widerspricht der Ansicht von B., dass in den «Helveticus»-Episoden Gewalt verharmlost werde. Kriege und andere Gewalthandlungen würden zwar Bestandteil einzelner Episoden bilden, jedoch nicht als Selbstzweck, sondern in einem direkten Kontext zu den thematisierten Ereignissen und Legenden. Mit der zurückhaltenden Präsentation sei die Gewalt aber nicht verharmlost, sondern in altersgerechter Weise dargestellt worden. Ebenso erblickt die UBI in den «Helveticus»-Episoden keine für Kinder schädigende Vermischung von Realität und Fantasie. Der Umstand der Vermischung von Realität und Fantasie sei für das Publikum transparent gemacht worden. Gegen Ende jeder Episode wurde im Kommentar explizit darauf hingewiesen, dass sich vielleicht nicht alles genau so abgespielt habe. Die UBI kommt deshalb zum Schluss, dass die formale und inhaltliche Gestaltung der 26 «Helveticus»-Folgen auf das junge Zielpublikum zugeschnitten war. Der von B. kritisierte witzige Charakter der Filmreihe habe der altersgerechten Vermittlung von Fakten und Mythen der Schweizer Geschichte gedient. Weder die Serie als Ganzes noch einzelne Folgen hätten die körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung von Kindern gefährdet.

Weiter nimmt sich die UBI dem Diskriminierungsverbot (Art. 4 Abs. 1 2. Satz RTVG) an. B. sieht Frauen und Mädchen in «Helveticus» diskriminiert. Es würden vor allem männliche Persönlichkeiten porträtiert und Männer als Handelnde dargestellt, den Frauen blieben nur stereotypische Nebenrollen. Es treffe zwar zu, so die UBI, dass in der «Helveticus»-Reihe weit mehr männliche als weibliche Persönlichkeiten gezeigt wurden und Männer viel öfter die Handelnden waren als Frauen. Dies habe jedoch nicht auf einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Geschlechter beruht, sondern auf sachlichen Gründen. So habe die republikanische Staatsform, das fehlende Stimm- und Wahlrecht für Frauen und ein einseitiges Rollenverständnis dazu geführt, dass bis ins 20. Jahrhundert Männer die dominierende Rolle in Politik und Wirtschaft eingenommen hätten. Eine männerlastige Themenwahl könne SRF auch nicht vorgeworfen werden, sei doch der Erlangung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene sowie «Johanna Spyri und Heidi» jeweils eine Episode gewidmet worden. Zudem seien in den «Helveticus»-Folgen auch pauschale Aussagen zulasten von Frauen oder Mäd-

chen ausgeblieben. Die UBI ist deshalb der Ansicht, dass kein Fall einer Diskriminierung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 RTVG vorliegt.

Im Zusammenhang mit dem Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) prüft die UBI, ob ein möglichst zuverlässiges Bild über einen Sachverhalt oder ein Thema vermittelt wird. Dabei führt sie aus, dass bei «Helveticus» das Sachgerechtigkeitsgebot grundsätzlich anwendbar sei. Dabei müsse aber der spezielle Charakter der Serie berücksichtigt werden, die sich an Kinder von vier bis sechs Jahren richte. Es könnten nicht die gleich hohen Anforderungen gestellt werden wie an eine Informationssendung mit einem mündigen Publikum. Vielmehr gehe es darum, in altersgerechter Weise erste Informationen zu diesen Themen zu vermitteln. Gegen Ende jeder Folge sei erwähnt worden, dass sich wahrscheinlich nicht alles so abgespielt habe, wie im Film dargestellt. Damit habe SRF die Anwendung des Sachgerechtigkeitsgebots zusätzlich relativiert und Transparenz hinsichtlich des Wahrheitsgehalts geschaffen. Zudem habe der Kerngehalt der vermittelten Informationen jeweils den Tatsachen entsprochen. Folglich kommt die UBI zum Ergebnis, dass die 26 Folgen von «Helveticus» nicht gegen das Sachgerechtigkeitsgebot verstossen haben. Sie weist deshalb die dagegen erhobene Beschwerde ab.

2. Recht der Onlinemedien – Droit des médias en ligne

14-137

Zugangssperre im Internet: keine Beschwerdebefugnis für Musikkonsumenten

Accessblockade; Beschwerdebefugnis; Download; Informationszugang; Internetsperre; Legitimation; Musik; Opfer-eigenschaft; Overblocking; Piraterie; Popularbeschwerde; Provider; social media; Sperrverfügung; Tauschbörse; Urheberrecht; Verhältnismässigkeit; Verwertungsgesellschaft

Art. 10, 34 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Yaman Akdeniz c. Türkei» vom 11. März 2014 (N° 20877/10)

Auf Begehren der türkischen Verwertungsgesellschaft MÜYAP verfügte die Medienabteilung der Staatsanwaltschaft Beyoglu am 26. Juni 2009 die Sperre des Zugangs zu den Webseiten des sozialen Netzwerks «myspace.com» und des Musikportals «last.fm». Die Access-Blockade wurde damit begründet, dass die beiden Sites musikalische Werke verbreiten und dadurch die urheberrechtlichen Vorschriften verletzen. MÜYAP hatte die beiden Plattformen erfolglos ersucht, die Verbreitung bestimmter Werke zu unterbinden. Der Access-Provider wurde angewiesen, innert einer Frist von drei Tagen den Zugang zu sperren. Gegen die Verfügung konnte innert sieben Tagen Beschwerde eingelegt werden, was weder der Provider noch die Inhaber der betroffenen Sites taten.

Als Nutzer der fraglichen Sites verlangte der Universitätsangestellte Yaman Akdeniz am 29. September 2009 die Aufhebung der Verfügung. Über sein Mobiltelefon habe er die beiden Plattformen regelmässig besucht. Die Sperre sei unverhältnismässig, da sie den Zugang zum gesamten Inhalt der Sites blockiere. Diese enthielten neben geschützter Musik eine Vielzahl weiterer Werke und Informationen. Akdeniz argumentierte auch, die Sperre sei keine geeignete Massnahme zum Schutz der Urheberrechte: Sie lasse sich durch zahlreiche, mehr oder weniger simple Methoden umgehen. So bleibe sowohl aus der Türkei wie aus dem Ausland der Zugang möglich. Darüber hinaus bemängelte Akdeniz, dass die behördliche Sperrverfügung nachträglich durch kein Gericht abgesegnet worden war.

Das zuständige Strafgericht von Beyoglu sprach Akdeniz jedoch die Beschwerdelegitimation ab. Als blosser Nutzer der fraglichen Angebote sei er nicht befugt, die Verfügung der Staatsanwaltschaft anzufechten. Und selbst wenn er zur Beschwerde legitimiert gewesen wäre und diese fristgerecht eingereicht hätte, wäre er nicht zum Ziel gekommen. Das Gericht hielt fest, die Sperrverfügung entspreche der gesetzlichen Vorgabe, dem 2004 eingefügten Zusatzartikel Nr. 4 zum Urheberrechtsgesetz. Es verwarf zudem den Einwand, die Gesetzesvorschrift missachte die türkische Verfassung. Akdeniz scheiterte auch bei der höheren Gerichtsinstanz. Sie hielt fest, Zugangssperren seien in Zeiten grassierender Internetpiraterie das einzig wirksame Mittel zum Schutz der Urheberrechte. Da die blosser Teilblockade einer Website aus technischen Gründen unmöglich sei, bleibe eine Totalsperre unvermeidlich.

Die von Akdeniz erhobene Individualbeschwerde an den EGMR bezeichnet die 2. Kammer mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. Sie teilt die Ansicht der türkischen Regierung, Akdeniz sei kein Opfer einer Konventionsverletzung, wie dies Art. 34 EMRK verlangt. Die EMRK sehe keine Popularbeschwerde vor, weshalb es eine Verbindung zwischen dem Nachteil des (direkt, indirekt oder potenziell) Betroffenen und dem behaupteten EMRK-Verstoss brauche. Dass Akdeniz wie alle anderen interessierten Konsumenten in der Türkei von der fraglichen Sperrmassnahme betroffen sei, vermöge keine Opfereigenschaft zu begründen.

«24. La Cour observe ensuite que les droits des usagers d'Internet revêtent aujourd'hui une importance primordiale pour les individus, dans la mesure où l'accès à Internet est devenu un outil essentiel pour l'exercice de la liberté d'expression. À cet égard, elle rappelle avoir déjà souligné le rôle des sites internet qui, grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information (*Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (nos 1 et 2), nos 3002/03 et 23676/03, § 27, CEDH 2009). Toutefois, pour la Cour, le seul fait que le requérant – tout comme les autres utilisateurs en Turquie des sites en question – subit les effets indirects d'une mesure de blocage concernant deux sites consacrés à la diffusion de la musique ne saurait suffire pour qu'il se voie reconnaître la qualité de «victime» au sens de l'article 34 de la Convention (*Tanrikulu et autres c. Turquie* (déc.), nos 40150/98, 40153/98 et 40160/98, 6 novembre 2001).»

Der Gerichtshof hält fest, dass Akdeniz nach wie vor problemlos Zugriff auf eine Vielzahl musikalischer Angebote hat, welche die Urheberrechte respektieren.

«25. (...) En tant qu'utilisateur de ces sites, le requérant bénéficiait de leurs services et il ne se trouve privé que d'un moyen parmi d'autres d'écouter de la musique. La Cour considère que l'intéressé peut sans difficulté accéder à tout un éventail d'oeuvres musicales par de multiples moyens sans que cela n'entraîne une infraction aux règles régissant les droits d'auteur. D'ailleurs, le requérant ne conteste pas qu'il pouvait, au moment de la décision litigieuse, recevoir ces programmes ou des programmes similaires par des biais autres que les sites web en question. Sur ce point, l'affaire ne se distingue guère de l'affaire *Tanrikulu et autres* précitée où la Cour n'a pas reconnu la qualité de victime à des lecteurs d'un quotidien qui était l'objet d'une mesure d'interdiction de distribution.»

Akdeniz behaupte auch nicht, dass die blockierten Websites für ihn von besonderem Interesse waren und ihn die Sperre einer wichtigen Informationsquelle beraubte.

«26. En outre, à la différence des requérants dans l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède* (n° 23883/06, §§ 44–45, 16 décembre 2008), en l'espèce le requérant n'allègue pas que les sites en question diffusaient des informations qui pouvaient présenter un intérêt particulier pour lui et que le blocage de leur accès avait eu pour effet de le priver d'une source importante de communication. Dès lors, la Cour estime que le fait pour le requérant d'être privé de l'accès à ces sites ne l'empêche pas de prendre part à un débat d'intérêt général (*Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08, § 39, 10 janvier 2013).»

Die Sperre hindert Akdeniz auch nicht am Zugang zu seinen eigenen Informationen. Der Fall unterscheidet sich damit etwa von jenem des türkischen Historikers Yildirim, den die Totalblockade von Google Sites am Zugriff auf seine eigene Site hinderte.

«27. La Cour observe également que la présente affaire diffère de l'affaire *Monnat c. Suisse* (n° 73604/01, CEDH 2006-X), dans laquelle M. Monnat, en tant qu'auteur d'une émission, était directement touché par une suspension de vente découlant de la décision d'une autorité nationale. Il en va de même quant à l'affaire *Ahmet Yildirim c. Turquie* (n° 3111/10, § 46, CEDH 2012), dans laquelle M. Yildirim, en sa qualité de propriétaire et d'utilisateur d'un site web, se plaignait de l'impossibilité d'accéder à son propre site en raison d'une mesure de blocage ayant frappé un module de Google. En effet, M. Akdeniz a agi en tant que simple usager de deux sites web consacrés à la diffusion musicale.»

In diesem Zusammenhang erinnert der Gerichtshof an die Grundsätze, die er im Fall Yildirim zu den Kollateralschäden von Sperrmassnahmen aufgestellt hat. Anders als bei der Beschränkung der freien Kommunikation zu politischen Themen haben die Staaten gemäss EGMR einen besonders grossen Spielraum für Massnahmen zum Schutz der Urheberrechte.

«28. La Cour rappelle enfin qu'elle a examiné les effets collatéraux des décisions de blocage de sites web dans le cadre de l'affaire *Ahmet Yildirim* (précitée). Dans l'arrêt qu'elle a adopté à cet égard, elle a souligné qu'une mesure de blocage de l'accès à un site Web devait s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les

éventuels abus, car elle pouvait avoir des effets de «censure collatérale» importants (*Ahmet Yildirim*, précité, §§ 64–66). Par ailleurs, elle rappelle sa jurisprudence établie selon laquelle, si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les États contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial (*Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, § 61, CEDH 2012), étant entendu que l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non pas l'expression strictement «commerciale» de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général (*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 47, *Recueil* 1998-VI). À cet égard, s'agissant de la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres, tels que «le droit à la liberté de recevoir des informations» et «la protection des droits de l'auteur», la Cour a considéré que les autorités internes disposaient d'une marge d'appréciation particulièrement importante (*Ashby Donald et autres*, précité, § 41). À la lumière de cette jurisprudence, la Cour n'est pas convaincue que la présente affaire soulève une question d'intérêt général importante.» (fz)

Anmerkungen Internetblockaden zum Schutz der Urheberrechte werden vielerorts praktiziert oder zumindest diskutiert (vgl. zur deutschen Rechtslage etwa Brinkel/Osterhaus, Netzsperrern: rote Linie der Verantwortlichkeit von Internet-Zugangsvermittlern, CR 2014, 642 ff.). Auch in der Schweiz ist das Thema aktuell. Dies belegt eine Empfehlung im Schlussbericht der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR 12) vom November 2013: Künftig sollten in der Schweiz befindliche Access Provider «auf behördliche Anweisung hin in schwerwiegenden Fällen den Zugang zu Webportalen mit offensichtlich illegalen Quellen über IP- und DNS-Blocking sperren.» Ein Overblocking sei zu vermeiden und die Rechtsweggarantie zu beachten. Dafür seien die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen.

Für den schweizerischen Gesetzgeber – und später vielleicht für die rechtsanwendenden Behörden – ist dies eine anspruchsvolle Aufgabe. Sie wird durch den Strassburger (Un-)Zulässigkeitsentscheid über die Beschwerde eines türkischen Musikkonsumenten nicht erheblich erschwert, aber auch nicht wirklich erleichtert.

1. Der Gerichtshof kommt zum wenig überraschenden Ergebnis, dass gegen Netzsperrern keine Popularbeschwerde besteht. Das nationale Recht muss der grossen Masse von Internetnutzenden keine Mittel in die Hand geben, um gezielte Blockaden – und damit eine punktuelle Reduktion der abrufbaren Inhalte – rechtlich überprüfen zu lassen. Die differenzierte Entscheidungsbegründung deutet allerdings an, dass sich die Rechtslage in besonderen Konstellationen anders präsentieren könnte. Sie schildert nicht nur den Fall, dass ein Overblocking den Zugang von Betroffenen zu ihrer eigenen, rechtlich unbedenklichen Site verhindert (so im EGMR-Urteil N° 3111/10 «*Yildirim c. Türkei*» vom 18. 12. 2012; *medialex* 2013, 87 f.). Ebenfalls erwähnt werden Netzsperrern, welche den Zugang zu Kommunikationsquellen verhindern, die für den fraglichen Nutzer – etwa für die Teilnahme an allgemein interessierenden Diskussionen – wichtig sind. Diese Überlegung des Gerichtshofs könnte in der Praxis für einige Kopferbrechen sorgen.

2. Mangels Beschwerdebefugnis (Opfereigenschaft) brauchte sich der EGMR nicht mit der Kritik von Yaman Akdeniz an den Ausführungen der türkischen Justiz zu befassen. Sie hatte festgehalten, Netzsperrern seien die einzig wirkungsvolle Massnahme zum Schutz der Urheberrechte, und die Infrastruktur des Internets mache es unvermeidlich, ganze Sites zu sperren. Der Gerichtshof lässt es hier bei Hinweisen auf seine Ausführungen zum Fall *Yildirim* und auf das grosse Ermessen des Staates bei Beschränkungen der freien Kommunikation im kommerziellen Bereich bewenden. Es bleibt also dabei, dass der staatliche Spielraum beim Konflikt zwischen freiem Informationsempfang und Urheberrechtsschutz besonders ausgeprägt ist.

Die künftige Strassburger Rechtsprechung zur freien Kommunikation im Internet darf mit Spannung erwartet werden. Die Praxis des Gerichtshofs scheint nur in Teilen gefestigt. Ein Indiz dafür ist der Umstand, dass der vorliegende Zulässigkeitsentscheid nicht einstimmig erging.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

3. Strafrecht – Droit pénal

3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

14-138

Quellenschutz ist kein Freipass für die Vernichtung möglicher Beweise

Anonymität; Aussagepflicht; Beweisvernichtung; chilling effect; Dokument; Herausgabepflicht; Kostenaufgabe; Quellenschutz; Verfahrenskosten; Zeugnisverweigerungsrecht

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «*Colm Keena & Geraldine Kennedy c. Irland*» vom 30. September 2014 (N° 29804/10)

Aus anonymer Quelle erhielt die Tageszeitung «*The Irish Times*» im September 2006 die Kopie eines brisanten Schreibens zugespielt. Es handelte sich um den 2006 versandten Brief eines vom Parlament zur Abklärung von Korruptionsvorwürfen eingesetzten Tribunals. Dessen vertrauliches Schreiben richtete sich an einen mit Premierminister (Taoiseach) Aherne befreundeten Geschäftsmann. Nachdem sich Journalist Keena über die Echtheit des ihm zugegangenen Papiers vergewissert hatte, schrieb er eine Titelgeschichte mit der Schlagzeile «*Tribunal examines payments to Taoiseach*».

Noch am Tag der Publikation intervenierten das Tribunal und der Anwalt des Geschäftsmanns schriftlich bei der Redaktion. Sie kritisierten den schweren Bruch der Vertraulichkeit. Einige Tage später verlangte das Tribunal die Herausgabe aller massgebenden Dokumente, doch hatten der Journalist und die Chefredaktorin die Papiere vernichtet. In anschliessenden Gerichtsverfahren übte die irische Justiz scharfe Kritik an der Zerstörung der Beweismittel. Der High Court bejahte eine

Pflicht der beiden Medienschaffenden zur Zeugenaussage, denn nur so lasse sich nun noch feststellen, ob das Informationsleck dem Tribunal anzulasten sei. Der Supreme Court korrigierte dies, denn die Vorinstanz habe das fraglos verwerfliche Verhalten der Medienschaffenden in der Güterabwägung übermässig gewichtet. Das oberste irische Gericht lehnte mit Hinweis auf die Strassburger Rechtsprechung eine Aussagepflicht ab und schützte damit das Redaktionsgeheimnis.

Die Zerstörung des Beweismaterials berücksichtigte der Supreme Court jedoch bei der Kostenregelung. Trotz Gutheissung der Beschwerde auferlegte er den Medienschaffenden ausnahmsweise die Verfahrenskosten. Deren Höhe legte das Gericht noch nicht verbindlich fest. Der Taxing Master des High Court kann die fragliche Summe von rund 393000 Euro um bis zu 70 Prozent reduzieren.

In ihrer Beschwerde an den Gerichtshof brachten der Journalist und die Chefredaktorin vor, die Kostenauflegung habe eine abschreckende Wirkung («chilling effect») auf Medienschaffende, welche ihre Quellen schützen wollten. Dies sei besonders inakzeptabel bei einer Publikation von hoher politischer Bedeutung.

Die 5. EGMR-Kammer verwirft diese Einwände und bezeichnet die wegen Verstosses gegen die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) eingereichte Beschwerde mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. Die Auferlegung der Verfahrenskosten tangiere ihr Recht auf Quellenschutz nicht. Es wäre Sache der irischen Justiz gewesen, die für und gegen die Dokumentenherausgabe sprechenden Interessen abzuwägen. Dies verteilten die Medienschaffenden durch ihre eigenmächtige Aktion. Sie hatten nach Ansicht des EGMR keinen Grund für Zweifel an der korrekten Abwicklung ihres Falles durch die zuständigen Gerichte. Die Beweisvernichtung sei nicht legitim gewesen. Die Konvention erlaube den Betroffenen nicht, das Recht in die eigene Hand zu nehmen.

«48. It follows that the course of action adopted by the applicants in this case was not, in the Court's view, a legitimate exercise of their right under Article 10 to refuse to disclose their source. The protection of the courts was available to them in order to vindicate their rights. The Convention does not confer on individuals the right to take upon themselves a role properly reserved to the courts. As the domestic courts underscored, this is, effectively, what the applicants did through the deliberate destruction of the very documents that were at the core of the Tribunal's inquiry. Even if, as the applicants submitted, they did not intend, at that point in time, to prevent full judicial examination of the issue, this was clearly the effect of their actions. The Court does not accept that the applicants could not have reasonably foreseen that the Tribunal would react as it did when confidential information was published in a national newspaper or that it would take such steps as were available to it to uphold the integrity of the inquiry. This was indicated in its first letter to the applicants on the date of the publication (see paragraph 7 above). It was after the Tribunal had signalled its right to have recourse to the courts and after it had ordered the production of documents that the applicants decided to destroy the evidence that would be central to the courts' resolution of the competing public interests in issue.»

Journalisten könnten ihre Quellen entschlossen schützen, ohne das Recht zu brechen und sich die Rolle der Gerichte an-

zumassen. Von einem «chilling effect» könne daher keine Rede sein.

«50. Though the applicants complained of the chilling effect of the costs order on freedom of expression, the Court does not agree with this characterization of the ruling. Firstly, it observes that, as a general principle, costs are a matter for the discretion of the domestic courts (see, *mutatis mutandis*, *Christodoulou v. Cyprus*, no. 30282/06, § 66, 16 July 2009). Furthermore, it considers that the order for costs in the circumstances of this case can have no impact on public interest journalists who vehemently protect their sources yet recognise and respect the rule of law. The Court can discern nothing in the costs ruling to restrict publication of a public interest story, to compel disclosure of sources or to interfere in any other way with the work of journalism. What the ruling signified was that all persons must respect the role of the courts, and that nobody, journalists included, may usurp the judicial function. The Court considers that the true purport of the Supreme Court's ruling was to signal that no party is above the law or beyond the lawful jurisdiction of the courts.»

Es fehle damit an einer Beschränkung der Meinungsfreiheit. Eine Mehrheit der 5. Kammer erachtet die Beschwerde als unzulässig. (fz)

Anmerkungen Die Begründung der Kammermehrheit verblüfft in ihrer Absolutheit, zumal der Gerichtshof den Quellenschutz in der Vergangenheit stets stark gewichtet hat. Noch stärker war offenkundig das Bedürfnis der Justiz, hier ein deutliches Zeichen zum Schutz ihrer Autorität zu setzen.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

4. Privatrecht – Droit privé

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

14-139

«Tierquäler» und «Massenverbrechen an Tieren»: Persönlichkeit von Vasella nicht verletzt

Ehrverletzung; Persönlichkeitsrechte

Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2014
(5A_354/2012)

Der Tierschützer Erwin Kessler bezeichnet in einem Artikel auf seiner Website den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten von Novartis, Daniel Vasella, als «Tierquäler» und wirft ihm «Massenverbrechen an (Versuchs-)Tieren» vor. Das Bun-

desgericht klärt, ob damit gegen die Persönlichkeitsrechte von Vasella und der Novartis AG verstossen wurde. Es stellt auf das Verständnis des Durchschnittslesers ab und kommt zum Schluss, dass beide Ausdrücke die Persönlichkeit von Vasella nicht verletzt haben.

Im Zusammenhang mit einem Brandanschlag auf das Jagdhaus von Daniel Vasella sah sich Erwin Kessler als Präsident des Vereins gegen Tierfabriken (VgT) veranlasst, auf der Website des VgT eine Stellungnahme abzugeben. Darin bezeichnete er Vasella unter anderem als «Tierquäler» und warf ihm «Massenverbrechen an (Versuchs-)Tieren» vor. Vasella und die Novartis AG klagten gegen Kessler und den VgT wegen Ehrverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB. Vor Bundesgericht war noch umstritten, ob das Obergericht des Kantons Thurgau beim Begriff «Tierquäler» zu Recht keine Persönlichkeitsverletzung annahm und ob es richtig war, die Bezeichnung «Massenverbrechen an (Versuchs-)Tieren» als ehr- und damit persönlichkeitsverletzend zu beurteilen.

Das Bundesgericht stellt zunächst klar, dass für die persönlichkeitsrechtliche Beurteilung der Äusserungen das Verständnis des Durchschnittslesers massgebend sei. Deshalb äussert es sich zuerst zum Kontext, in dem die beanstandeten Äusserungen veröffentlicht wurden. Der Text auf der Website des VgT richte sich nicht nur an seine Mitglieder und Sympathisanten, sondern auch an Aussenstehende. Allerdings müsse sich der Leser selber um den Zugang bemühen und den Artikel auf der Website abrufen, weshalb die Äusserungen den durchschnittlichen Leser nicht unvermittelt treffen. Da Fragen des Tierschutzes oftmals nicht nur kontrovers geführt würden, rechne das Publikum in einer solchen Diskussion auch mit Übertreibungen und scharfen Formulierungen. Insbesondere, weil Kessler und der VgT als Vertreter des militanten Tierschutzes bekannt seien und sich an Diskussionen über Tierversuche häufig auch in provokativer und polemischer Weise beteiligen würden. Von einem durchschnittlichen Leser dürfe und müsse deshalb erwartet werden, dass er den Artikel vor diesem Hintergrund lese. Zudem sei für den Durchschnittsleser erkennbar, dass Vasella und die Novartis AG im Artikel stellvertretend für die gesamte Industrie stehen, die sich mit Tierversuchen befasse.

In der Folge untersucht das Bundesgericht einzeln, ob die beanstandeten Begriffe die Persönlichkeitsrechte von Vasella und der Novartis AG verletzen. Zunächst setzt es sich mit dem Begriff «Tierquäler» auseinander. Dazu führt es aus, Tierquälerei müsse in den Augen des Durchschnittslesers nicht auf niedere Motive oder auf Absicht zurückzuführen sein. Es genügen auch andere Gründe wie Gedankenlosigkeit oder Gewinnstreben. Im Zusammenhang mit Tierversuchen werde der Durchschnittsleser daran denken, dass Tiere leiden, weil sie zur Entwicklung von Medikamenten eingesetzt werden und damit der Gesundheit des Menschen und indirekt dem Gewinnstreben der Pharmaindustrie dienen. Der durchschnittliche Leser verbinde mit dem Vorwurf der Tierquälerei hingegen nicht zwangsläufig den Vorwurf strafrechtlich relevanten Verhaltens. Vasella und die Novartis AG machen diesbezüglich geltend, dass sie die gesetzlichen Vorschriften und weitere interne Richtlinien einhalten, weshalb die durchgeführten Tierversuche nie mit unnötigen Qualen verbunden seien. Dazu führt das Bundesgericht aus, indem Vasella und die Novartis AG den Begriff

Tierquälerei auf «unnötige» Qualen einschränken, würden sie verkennen, dass es sie genau dabei um eine Abwägungsfrage handle, die je nach Weltanschauung verschieden beantwortet werden kann. Als Tatsachenbasis für den Vorwurf der Tierquälerei reiche aus, dass Tiere bei Tierversuchen Qualen erleiden können. Für Kessler und den VgT sind alle Tierversuche unnötig und damit tierquälerisch. Insoweit liege es nahe, dass er in diesem Zusammenhang den Begriff der «Tierquälerei» verwende. Für den Durchschnittsleser sei die Einstellung von Kessler und dem VgT erkennbar, dass Tiere nicht zu den mit Tierversuchen verfolgten Zwecken instrumentalisiert werden dürfen. Dabei mögen die von Kessler und dem VgT verwendeten Ausdrücke provokant sein, doch könne vom Durchschnittsleser verlangt werden, dass er sie vor dem Hintergrund dieser Weltanschauung zu würdigen weiss. Deshalb kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass durch die Verwendung des Begriffs «Tierquäler» die Persönlichkeit von Daniel Vasella und der Novartis AG nicht verletzt wurde.

Weiter geht das Bundesgericht auf den Begriff «Massenverbrechen an (Versuchs-)Tieren» ein. Im Gegensatz zum vorinstanzlichen Obergericht sieht es darin keine Bezugnahme auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Gräueltaten gegen eine Vielzahl von Menschen. Der Begriff «Massenverbrechen» werde im Text durchwegs auf Tiere bezogen. Beim umstrittenen Begriff handle es sich um ein gemischtes Werturteil: Abstellend auf das unbestrittene Tatsachelement der Durchführung von Tierversuchen werde dieses Verhalten als «Massenverbrechen» bewertet. Darin kann nach Meinung des Bundesgerichts keine Ehrverletzung erblickt werden. Beim Begriff «Verbrechen» könne der Durchschnittsleser erkennen, dass es nicht um einen strafrechtlichen Vorwurf geht. Vielmehr seien damit legale Tierversuche gemeint. Mit dem Begriff «Verbrechen» könne umgangssprachlich ausgedrückt werden, dass jemand ein bestimmtes Verhalten für schlimm, abscheulich oder ungerecht hält, ohne dass damit ein juristischer Vorwurf verbunden wäre. Kessler und der VgT hätten das Wort «Verbrechen» im übertragenen Sinn verwendet und damit ausdrücken wollen, dass sie Tierversuche für verwerflich und verabscheuungswürdig halten. Durch das Attribut «Massen-», so das Bundesgericht weiter, würden Kessler und der VgT ausdrücken, dass dieses «Verbrechen» massenhaft, d. h. in grosser Zahl, vorgenommen wird. Ein Zusammenhang mit Massenverbrechen an Menschen bestehe dabei nicht. Vom Durchschnittsleser kann nach Meinung des Bundesgerichts erwartet werden, dass er den Artikel und die beanstandeten Ausdrücke vor dem Hintergrund der Weltanschauung von Erwin Kessler und dem VgT einzuordnen wisse. Damit erscheine der Ausdruck «Massenverbrechen an (Versuchs-)Tieren» in den Augen des Durchschnittslesers nicht als Herabsetzung von Vasella und der Novartis AG, sondern als provokante Qualifizierung von (legalen) Tierversuchen, die die erkennbare ethische und politische Auffassung von Kessler und dem VgT widerspiegelt. Folglich heisst das Bundesgericht deren Beschwerde gut und weist die Beschwerde von Daniel Vasella und der Novartis AG ab.

5. Urheberrecht – Droit d'auteur

5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

14-140

Fehlende Beschwerdelegitimation: Bundesverwaltungsgericht tritt nicht auf Beschwerde gegen GT 12 ein

Beschwerdelegitimation; formelle Beschwer; Nichteintreten

Art. 46 Abs. 1, 48 VwVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Juni 2014
(B-2385/2013)

Die ProSiebenSat.1 Media AG setzt sich gegen die Genehmigung des GT 12 durch die Eidgenössische Schiedskommission (ESchK) zur Wehr. Da sie sich am Verfahren vor der ESchK nicht beteiligt hat, fehlt der ProSiebenSat.1 Media AG die formelle Beschwer, weshalb das Bundesverwaltungsgericht nicht auf die Beschwerde eintritt.

Mit Beschluss vom 12. Dezember 2012 genehmigte die ESchK den von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten GT 12 (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR). Gegen diesen Beschluss erhob die ProSiebenSat.1 Media AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und rügte die Unterstellung des Catch-up-TV unter die obligatorische kollektive Verwertung. Die Verwertungsgesellschaften und die ESchK machten in ihrer Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung geltend, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, da die ProSiebenSat.1 Media AG nicht beschwerdelegitimiert sei.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft in seinen Erwägungen die Beschwerdelegitimation der ProSiebenSat.1 Media AG. Gemäss Art. 48 VwVG, dem für die Beschwerdelegitimation massgebenden Artikel, ist zur Beschwerde berechtigt, wer a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (formelle Beschwer); b) durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist; und c) ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (materielle Beschwer). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Vorliegend ist unbestritten, dass die ProSiebenSat.1 Media AG nicht am vorinstanzlichen Verfahren vor der ESchK teilgenommen hat. Zudem erklärte sie, sich auch nicht um die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren bemüht zu haben. Sie stützt sich auf die Ausnahme, wonach die formelle Beschwer gegeben ist, wenn die Beschwerdeführerin ohne eigenes Verschulden nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen konnte. Ihrer Ansicht nach greift vorliegend diese Ausnahme, weil ihr nicht habe zugemutet werden können, sich um eine Teilnahme vor der Vorinstanz zu bemühen, wohl wissend, dass diese Bemühungen erfolglos bleiben würden. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, die ProSiebenSat.1 Media AG mache nicht geltend, es sei ihr nicht möglich gewesen, sich um die Teilnahme am vor-

instanzlichen Verfahren zu bemühen. Ausserdem sei unklar, inwiefern es in Bezug auf den erforderlichen Aufwand unzumutbar sein soll, sich gegenüber der ESchK zu erkennen zu geben und im Rahmen eines Schreibens einen Antrag auf Parteistellung zu stellen. Dementsprechend wäre die Argumentationslinie der ProSiebenSat.1 Media AG nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nur dann allenfalls vertretbar, wenn zum einen die Teilnahme vor der ESchK ausgeschlossen wäre und zum anderen vor dem Hintergrund der Chancenlosigkeit eines Antrags um Parteistellung ein entsprechendes Bemühen als blosser Selbstzweck erscheinen würde. Diesbezüglich hält das Bundesverwaltungsgericht fest, es könne im Nachhinein nicht festgestellt werden, ob die ESchK die ProSiebenSat.1 Media AG als Partei zugelassen hätte. Mit hinreichender Sicherheit könnte dies nur ausgeschlossen werden, wenn die ESchK eine diesbezüglich ständige und verlässliche Praxis hätte. Zwar verfolge die ESchK mit Bezug auf Massentarife eine strenge Praxis. Allerdings müsse sie ihre Praxis zur Parteistellung aufgrund eines Bundesgerichtsurteils (BGE 135 II 172) anpassen. Die Vorgabe des Bundesgerichts, wonach Rechteinhaber bei im Verhältnis zu Verwertungsgesellschaften divergierenden Interessen ausnahmsweise in das Verfahren mit einbezogen werden müssen, lasse ihrerseits Raum zur Konkretisierung. Deshalb kann nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zurzeit nicht von einer stehenden Praxis ausgegangen werden, die auch bereits gerichtlich überprüft ist. Folglich könne die Gutheissung eines Antrags auf Parteistellung durch die ProSiebenSat.1 Media AG nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Selbst wenn ein solcher Antrag abgewiesen worden wäre, hätte dieser abschlägige Entscheid unter Umständen selbständig angefochten werden können (Art. 46 Abs. 1 VwVG). Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht kann auch von überspitztem Formalismus keine Rede sein. Das Erfordernis der Bemühung um Teilnahme für die formelle Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG sei kein blosser Selbstzweck, sondern spiele eine bedeutsame Rolle für die Vorhersehbarkeit des Verfahrens für die Verhandlungspartner. Als Folge dieser Ausführungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der ProSiebenSat.1 Media AG im vorliegenden Verfahren keine Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zukommt. Es tritt deshalb nicht auf die Beschwerde ein.

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

14-141

Nichteintreten: Freiheit des Kommentars und der Kritik offensichtlich nicht überschritten

Diskriminierung

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom
27. August 2014 (24/2014; X. c. «Basler Zeitung»)

Ein Artikel über das Verhältnis der Walliser zum Autofahren und zum Konsum von Alkohol verletzt das Diskriminierungsverbot nicht, da die provokative und polemische Stossrichtung des Artikels von Anfang erkennbar war und die Grenzen der Kommentierungsfreiheit nicht überschritten wurden.

14-142

Schutz der Privatsphäre trotz öffentlichem Interesse

Menschenwürde; Privatsphäre; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Ziffern 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 20. August
2014 (23/2014; X. und Y. c. «Basler Zeitung» und «BaZonline»)

Auch wenn öffentliche Gelder im Spiel sind, hat ein Sozialhilfebezüger Anrecht auf Schutz seiner Privatsphäre. Der Schweizer Presserat hat deshalb die «Basler Zeitung» und «BaZonline» zurückgepfiffen, weil sie in einem Artikel vom November 2013 das Bild eines Sozialhilfebezügers mit Details über dessen Werdegang veröffentlicht hatten.

Die Redaktion begründete die Publikation damit, es bestehe ein öffentliches Interesse, denn die Allgemeinheit finanziere die Sozialhilfe. Zudem sei das Bild im öffentlichen Bereich gemacht worden. Dem widerspricht der Presserat. Das öffentliche Interesse am Thema rechtfertigt noch lange nicht die Identifizierung einer einzelnen Person durch Bild und Text, selbst wenn deren Name nicht genannt wird. In den Richtlinien des Presserates heisst es dazu klar, dass «auch im öffentlichen Bereich das Fotografieren (...) von Privatpersonen nur dann ohne Einwilligung der Betroffenen zulässig ist, wenn sie nicht herausgehoben sind». Der Sozialhilfebezüger war auf dem Foto jedoch klar hervorgehoben. Und die detaillierten Informationen über sein Leben machten ihn identifizierbar.

14-143

Nichteintreten: offensichtlich unbegründete Rüge

Diskriminierung; Entstellung von Tatsachen; Unterschlagung von Informationen

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom
7. August 2014 (22/2014; X. c. «Beobachter»)

Ein Artikel, der im Nachgang zu einer Studie über den Zusammenhang zwischen Religion und Drogenkonsum in einer humoristischen Rubrik veröffentlicht wurde, verstösst nicht gegen die «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten».

14-144

Nichteintreten: unwesentliche Ungenauigkeit bei Gerichtsberichterstattung

Diskriminierung; Wahrheitspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. August
2014 (21/2014; Verein selbstbestimmung.ch c. «20 Minuten»)

Eine Ungenauigkeit über die genaue Zusammensetzung der bezogenen Renten eines angeklagten Hanfplantagenbetreibers stellt keine Verletzung der «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» dar.

14-145

Nichteintreten: Symbolbild war als solches erkennbar

Täuschung; Wahrheitspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom
5. August 2014 (20/2014; Verein gegen Tierfabriken
c. «Neue Zürcher Zeitung»)

Da ein Symbolbild als solches zu erkennen war, tritt der Presserat auf eine Beschwerde, die moniert, dieses Bild sei nicht repräsentativ für die Schweinehaltung in der Schweiz, nicht ein.

14-146

Verdeckte Recherche war ausnahmsweise zulässig

Entstellung von Tatsachen; verdeckte Recherche

Ziffern 3, 4 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 5. August 2014 (15/2014; Stiftung Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind c. «Die Zeit»)

Der Schweizer Presserat hat eine Beschwerde der Stiftung Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind gegen die Schweizer Ausgabe der Wochenzeitung «Die Zeit» abgewiesen. Die Zeitung hatte im August 2013 über das Beratungsgespräch einer Schwangeren bei der Stiftung berichtet. Es ging um die Frage, ob sie abtreiben wolle oder nicht. Die Autorin gab sich als Hilfesuchende aus, die ungewollt und ausserehelich schwanger ist. Die Journalistin durfte laut Presserat in ihrem Selbstversuch unter falscher Identität auftreten, damit sie ein möglichst authentisches Bild der Beratung zeichnen konnte. Dies umso mehr, als sich die Stiftung ausführlich und prominent zum Inhalt der verdeckten Recherche äussern konnte.

Wann dürfen Medienschaffende bei einer verdeckten Recherche selbst zu Akteuren werden? Ausnahmsweise, meint der Presserat. Erstens müsse das öffentliche Interesse an den recherchierten Informationen überwiegen. Zweitens müsse der Journalist die Informationen auf keinem anderen Weg beschaffen können. Und drittens müsse er die Verhältnismässigkeit zwischen dem Eingriff in die Privatsphäre und dem Interesse der Öffentlichkeit an dieser Information wahren.

14-147

Nichteintreten: begriffliche Ungenauigkeit begründet keine Verletzung der «Erklärung»

Diskriminierung; Schleichwerbung; Wahrheitspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. August 2014 (19/2014; X. c. «Tagblatt der Stadt Zürich»)

Der Presserat tritt nicht auf eine Beschwerde ein, da die Bezeichnung als schwul anstelle von bisexuell für den Leser eines Artikels mit dem Titel «Wenn der eigene Mann auf Männer steht» nicht derart relevant erscheine, dass daraus eine Verletzung der «Erklärung» abgeleitet werden könne.

14-148

Nichteintreten: kein unzulässig überspitzender Titel

Diskriminierung; Entstellen von Tatsachen; Nichteintreten; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Wahrheitspflicht

Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 4. August 2014 (18/2014; Jagdgesellschaften Steckborn-Ost und Berlingen c. «Thurgauer Zeitung»)

Der Presserat tritt nicht auf eine Beschwerde gegen einen Artikel ein, da dessen Titel «Lallende Jäger auf der Pirsch» offensichtlich keine unzulässige Überspitzung darstellt.

14-149

Artikel über verschuldeten Zahnarzt verletzt «Erklärung» nicht

Identifizierung; Privatsphäre; Recherchegespräche

Ziffern 4, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Juli 2014 (17/2014; K. c. «Sonntagsblick»)

Der Presserat weist eine Beschwerde gegen den Artikel mit dem Titel «Die miese Masche des Pleite-Zahnarztes» ab, weil ein verwendetes Bild des Zahnarztes ausreichend anonymisiert wurde und die Kontaktaufnahme mit seiner bereits volljährigen Tochter zulässig war.

14-150

Beschwerde wegen mangelnder Unterlagen abgewiesen

Entstellung von Tatsachen; Informationsfreiheit; Menschenwürde; Privatsphäre; sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen; Unterschlagung wichtiger Element; Wahrheitspflicht

Ziffern 1, 2, 3, 7, 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 31. Juli 2014 (16/2014; X. c. «Sonntagszeitung»)

Die Wahrheit eines in der «Sonntagszeitung» publizierten Artikels kann der Presserat aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht beurteilen. Für die weiteren, von X. vorgebrachten

Vorwürfe fehlen jegliche Belege. Deshalb weist der Presserat die Beschwerde gegen den Artikel «Swiss-Pilot belieferte Sekte mit Waffen» ab.

14-151

Le choix d'un média de ne diffuser qu'une partie des éléments en sa possession relève de la liberté de l'information

Indépendance journalistique; interview

Chiffre 2 de la «Déclaration»; Directive 4.6 relative à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 29 juillet 2014 (14/2014; Geneva Business School c. RTS)

Le Conseil suisse de la presse rejette la plainte du directeur d'un établissement scolaire privé, qui considérait que le sujet diffusé au téléjournal n'était pas objectif et ne correspondait pas aux indications que lui avait données la journaliste lors de son interview quant au traitement du sujet: D'une part, le plaignant ne prouve pas avoir été mal informé; d'autre part, la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» («Déclaration») ne prescrit pas d'obligation d'objectivité envers les médias.

La Radio Télévision Suisse (RTS) a diffusé dans «Le téléjournal» («TJ») un reportage abordant le sujet des universités privées à Genève et relevant l'absence d'un contrôle étatique sur celles-ci, indiquant qu'il pouvait en découler la délivrance de diplômes non reconnus à l'étranger. Les représentants de deux établissements privés, dont la Geneva Business School, étaient interviewés.

Le directeur de cet établissement saisit le Conseil, considérant avoir été trompé sur l'objectif principal du reportage, dont la plupart des propos étaient orientés en défaveur de son école. Il ajoute qu'un enregistrement sonore envoyé à la journaliste n'a pas été pris en compte.

La directive 4.6 relative à la «Déclaration» exige que les journalistes informent leurs interlocuteurs de l'objet de l'entretien mené dans le cadre d'une enquête. Le Conseil constate que le plaignant ne conteste pas avoir eu connaissance de la diffusion du reportage dans le «TJ». Cette émission couvre l'actualité et est par nature incompatible avec des sujets présentés de manière promotionnelle. La RTS expose d'une manière crédible avoir informé le plaignant sur l'objet de l'entretien. Cet objet relève d'un choix rédactionnel et donc de la liberté de l'information ainsi que de celle de diffuser ou pas l'enregistrement sonore envoyé par le plaignant après l'interview.

Le plaignant estime en outre que l'enquête est orientée et pas du tout objective. Ce grief se réfère donc en substance au chiffre 2 (indépendance). Il ne découle de la «Déclaration» aucune obligation de rendre compte de manière objective, et même une relation unilatérale est admissible de la part d'un média. Il est donc inutile d'examiner en détail une éventuelle non-objectivité des informations factuelles non contestées.

14-152

Trennungsgebot knapp nicht verletzt

Meinungspluralismus; Trennung von redaktionellem Teil und Werbung

Ziffern 2, 10 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 18. Juni 2014 (13/2014; Mieterinnen- und Mieterverband Basel c. «Basler Zeitung»)

Muss eine Zeitung bei einer kantonalen Abstimmung ausgewogen über eine Vorlage berichten und – um den Meinungspluralismus zu wahren – Befürworter und Gegner gleichermaßen zu Wort kommen lassen? Nein, sagt der Presserat, wenn die Zeitung sich nicht in einer Monopolsituation befinde. Es sei aber unverständlich, wenn eine Zeitung nicht von sich aus die Standpunkte beider Seiten darlege. An der Grenze des Zulässigen sei es, wenn eine Zeitung eine Beilage mit Beiträgen, die als Anzeigen verkauft wurden, nicht für jeden Laien klar als Beilage mit Texten, die nicht zum redaktionellen Teil gehören, kennzeichne.

Im vorliegenden Fall beklagte sich der Mieterverband Basel darüber, dass er seine Sicht der Dinge zu einer Abstimmungsvorlage im September 2013 erst auf ausdrückliches Nachfragen und Drängen in der «Basler Zeitung» habe darlegen können. Die Gegenseite habe früher und ohne darauf zu drängen ihre Argumente darlegen können. Der Presserat sieht den Journalistenkodex («Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten») in Bezug auf den Meinungspluralismus nicht verletzt. Der Mieterverband Basel beanstandete auch, dass die Gegenseite ihre Argumente ein weiteres Mal in einer Beilage zur «Basler Zeitung» darlegen konnte, die nicht klar als vom redaktionellen Teil getrennte Beilage gekennzeichnet war. Zwar finden sich diverse gestalterische Elemente, die den infrage stehenden Text vom redaktionellen Inhalt unterscheiden. Die Trennung ist aber nicht für jedermann auf den ersten Blick ersichtlich. Der Presserat kommt zum Schluss, dass die «Basler Zeitung» dem Trennungsgebot von redaktionellem Teil und Werbung knapp Genüge getan hat.

14-153

Le manquement, par la presse, du devoir d'audition d'une personne en cas de reproches graves n'est pas atténué par le compte-rendu ultérieur de son blanchiment par la justice

Audition lors de reproches graves; identification; présomption d'innocence; recherche de la vérité; traitement des sources

Chiffres 1, 3 de la «Déclaration»; directive 3.1, 3.8, 7.2, 7.4 relatives à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 17 juin 2014 (12/2014; Bettschart c. «Le Nouvelliste»)

Saisi par un médecin dont les pratiques ont été gravement mises en cause par plusieurs articles de presse, reprenant pour l'essentiel – en les citant – des informations déjà parues dans un hebdomadaire, et recueillant des témoignages anonymes mais visiblement fiables, le Conseil suisse de la presse a jugé que seul le droit du plaignant à être entendu en cas de reproches graves avait été violé.

Le 31 août 2013, «Le Nouvelliste» publie un article intitulé «Une nouvelle affaire Bettschart secoue le Réseau Santé Valais» (RSV). Pour l'essentiel, cet article reprend les informations publiées par l'hebdomadaire satirique «Vigousse». Il fait état d'une opération entreprise par le Dr Vincent Bettschart sur une patiente décédée quelques semaines plus tard. S'ensuivent les propos anonymes de «plusieurs spécialistes», certains avouant qu'ils n'auraient pas osé «s'y risquer». L'article mentionne également une plainte déposée par une association de défense des patients, pour qui l'intervention «a augmenté les risques (...) au-delà de ce qui est acceptable».

Il est ensuite expliqué que peu après, le même praticien a mené deux opérations chirurgicales de front. Là encore, l'article cite la réaction de «nombreux médecins» qui s'étonnent d'un horaire aussi chargé «pour une opération d'aussi haute voltige». Le patient, explique le journal, décède le lendemain de l'intervention.

Le 7 septembre, «Le Nouvelliste» publie un nouvel article sur le RSV. On y apprend qu'une autre patiente du Dr Bettschart était décédée après qu'il l'avait opérée. L'article décrit, via des sources anonymes, l'intervention qui aurait été «une véritable boucherie». Le mis en cause a saisi le Conseil suisse de la presse. A aucun moment, le plaignant ne conteste en soi les faits ni l'intérêt du public à les connaître. Le Conseil admet que des informations soient reprises d'autres médias, s'ils sont dûment cités, ce qui est le cas. D'autre part, il appert que le journal a cherché à faire confirmer ces informations. Pour le Conseil, le chiffre 1 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» («Déclaration») n'est donc pas violé.

Un journaliste n'a pas l'obligation de rappeler, à chaque épisode, l'ensemble des faits antérieurs d'une affaire qui connaît des rebondissements réguliers, mais choisit ceux qu'il juge pertinents. En l'espèce, les auteurs ont respecté cette règle et n'ont donc pas violé le chiffre 3 de la Déclaration.

L'article du «Nouveliste» – répercutant essentiellement les informations parues dans l'hebdomadaire «Vigousse» – précise bien qu'elles ne sont pas «confirmées officiellement». De plus, elles n'ont fait l'objet d'aucun démenti. Cela dit, le Conseil a souvent rappelé qu'un journaliste doit tout faire pour convaincre une source anonyme de se laisser nommer. Dans le second article, cet anonymat est d'ailleurs partiel puisque les sources sont des «médecins» ou chirurgiens travaillant au sein du RSV. Dans ce contexte, la volonté des sources de demeurer anonymes se conçoit, et le Conseil considère que la directive 3.1 n'est pas enfreinte. En revanche, à aucun moment l'avis du Dr Bettschart, pourtant gravement mis en cause, n'a été sollicité. Rendre compte, plusieurs semaines après, du verdict de l'enquête le blanchissant ou de la pétition de soutien en sa faveur n'atténue pas le manquement au respect de la directive 3.8 (audition lors de reproches graves). La mention du nom dans un article est admise à plusieurs conditions. En l'espèce, trois d'entre elles sont remplies: le Dr Bettschart «est apparu publiquement en rapport avec la relation médiatique concernée»; il jouit d'une «grande notoriété et la relation médiatique est en rapport avec les causes de sa notoriété»; enfin, il exerce «une fonction dirigeante étatique ou sociale et la relation médiatique s'y rapporte». Ainsi, le Conseil de la presse estime que la directive 7.2 n'est pas outrepassée.

Pour ce qui est de la présomption d'innocence, le Conseil de la presse rappelle que ce principe vise les comptes-rendus judiciaires qui ne sont pas l'objet des articles querelés. Et surtout, il ressort clairement de ces articles que les accusations à l'encontre du plaignant ne sont encore nullement jugées. La directive 7.4 n'est donc pas opérante en l'espèce.

La plainte est partiellement admise.

14-154

Le Conseil de la presse n'a pas la compétence de vérifier la véracité des affirmations des parties

Accusations anonymes et gratuites; recherche de la vérité; traitement des sources

Chiffres 1, 3, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 juin 2014 (11/2014; Lüscher c. «Le Temps»)

Saisi par un notable genevois objet d'un article dans un quotidien laissant supposer un comportement déloyal de sa part, le Conseil suisse de la presse a jugé que le droit du journaliste à l'appréciation aurait dû être nuancé ou précisé dès le début du texte.

«Le Temps» a publié un article intitulé «Christian Lüscher ruse avec les lois sur le logement», qui raconte que l'acheteur potentiel d'un appartement s'est vu proposer celui-ci en location jusqu'au terme d'un délai légal imposé par l'Etat, puis à la vente dès ce terme. L'article présente la version de l'acheteur

potentiel, puis la réponse de M. Lüscher (vendeur) et du propriétaire de la régie gérant l'offre.

Christian Lüscher a déposé plainte auprès du Conseil suisse de la presse. Outre l' violation des chiffres 1, 3 et 7 de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» («Déclaration»), il considère que le titre et le chapeau de l'article sont contraires à la vérité et en contradiction avec le corps du texte. Il affirme de plus que la source mentionnée est imaginaire puisque selon lui, aucun acheteur potentiel n'avait contacté la régie pour poser des questions sur le système.

Le Conseil n'a pas la compétence de vérifier la véracité ou non des affirmations des parties, et ne peut dès lors se prononcer sur une éventuelle violation du chiffre 3 de la «Déclaration» (connaissance des sources). Il se contente de constater que deux affirmations se contredisent en la matière.

Le terme «ruse» utilisé dans le titre peut suggérer une dimension trompeuse ou déloyale. En outre, le procédé d'hyperbole, que le journal défend au nom de son droit à l'appréciation, est renforcé par le chapeau qui affirme de manière inexacte que Christian Lüscher veut se séparer de son appartement «malgré une interdiction», le corps de l'article et les faits rapportés ne confirmant pas cette affirmation. Le chiffre 1 de la «Déclaration» a ainsi été violé.

En ce qui concerne le chiffre 3 (ne pas dénaturer un texte), il vise à prévenir la dénaturation et l'usage de textes ou d'images extérieurs à l'article en constituant ses sources, et non pas le lien entre le titre et corps de l'article. Il n'est en l'espèce pas violé.

En ce qui concerne le chiffre 7 (ne pas porter d'accusations anonymes ou gratuites), le Conseil estime qu'il n'est pas concerné en l'occurrence. L'article avait sa justification étant donné l'actualité du débat politique.

14-155

Rendre compte d'un acte officiel dispense de devoir rappeler les antécédents de l'affaire ou de recueillir l'avis des personnes concernées

Audition en cas de reproches graves; identification; recherche de la vérité

Chiffres 1, 3, 4, 5, 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 juin 2014 (10/2014; Cottagnoud c. «Le Nouvelliste»)

Le Conseil suisse de la presse (CSP) est saisi par un administré qui s'estime attaqué par des commentaires diffamatoires, en contravention à plusieurs articles de la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» («Déclaration»). Le CSP considère qu'aucune violation de la déontologie journalistique n'est établie et rejette la plainte.

En septembre 2013, «Le Nouvelliste» a publié un article intitulé «Affaire Heller: Alain Cottagnoud sanctionné». Le quotidien indique qu'il s'agit d'une très vieille histoire; que sur plainte de la masse en faillite, l'ancien administrateur

Alain Cottagnoud a été condamné au versement de plus de Fr. 500000.–, et que le Tribunal fédéral vient de rejeter son recours.

Alain Cottagnoud saisit le Conseil et affirme que depuis plusieurs années le journal l'attaque par des «sous-entendus et des commentaires (...) diffamatoires». Il estime violés plusieurs chiffres de la «Déclaration», notamment les chiffres 1 (recherche de la vérité), 3 (dénaturation de l'information, traitement des sources) et 7 (identification). Enfin, le chiffre 5, du fait du refus du journal de rectifier les informations.

Concernant la recherche de la vérité (chiffre 1), le journal aurait certes été avisé de préciser que le plaignant, bien que seule partie prenante au recours au TF, n'était pas administrateur unique de la société; il n'y a toutefois pas de violation de la déontologie des journalistes. De plus, un article citant le jugement du TF dès lors qu'il était connu, sans en attendre les considérants, n'est pas critiquable.

Pour ce qui est du chiffre 3, le journal était en droit de ne pas rappeler tous les antécédents de l'affaire, ayant rendu compte d'un acte officiel – une décision du TF. Pour la même raison, il n'était pas tenu de recueillir l'avis du plaignant.

Concernant l'identification du plaignant (chiffre 7), le Conseil admet qu'il s'agit manifestement d'une personnalité connue de la vie publique sédunoise, et que l'information est en lien avec les raisons de sa notoriété.

Sans violation du chiffre 1 de la «Déclaration», «Le Nouvelliste» n'a pu contrevenir au chiffre 5 de la «Déclaration» (devoir de rectification).

La plainte est intégralement rejetée.

14-156

Bild eines mutmasslichen Spanners war ausreichend anonymisiert

Identifizierung; Privatsphäre

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 28. Mai 2014 (9/2014; X. c. «20 Minuten online»/«Blick am Abend online»)

Die Online-Ausgaben von «20 Minuten» und «Blick am Abend» berichteten über die Verhaftung eines mutmasslichen Spanners auf einer Damentoilette. Das Opfer hat den mutmasslichen Täter über die Trennwand hinweg fotografiert, worauf die beiden Online-Redaktionen das Bild veröffentlichten. Eine Beschwerde wegen Verletzung von Ziffer 7 der «Erklärung» (Respektierung der Privatsphäre) weist der Presserat ab, weil die abgebildete Person mittels eines Balkens anonymisiert war, was eine Identifikation durch eine beliebige Drittperson verunmöglichte.

Bücher/Livres

Bieler Brigitte, Die Übertragung des Urheberrechts: in Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts, Diss. Basel 2013.

Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Commentaire Stämpfli, Loi sur la radio-télévision (LRTV), Bern 2014.

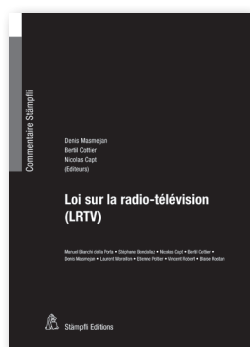
Maurer-Lambrou Urs/Blecht Gabor (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Stiftung Kulturfonds der ProLitteris, Urheberrecht = Droit d'auteur = Diritto d'autore, Zürich 2012.

Zeitschriften/Revue

Rizzi Mariagrazia/Jakob Georg, Tabula Picta und Bildende Kunst: über Ursprünge und Gegenwart des Urheberrechts, Jusletter, 11. September 2014.

Le commentaire de référence



Loi sur la radio-télévision (LRTV)

Denis Masméjan, Bertil Cottier,
Nicolas Copt (éditeurs)

Juillet 2014, CHF 308.-

Commentaire Stämpfli CS,
872 pages, relié, 978-3-7272-2467-6

Stämpfli

Librairie

Stämpfli Editions SA

Wölflistrasse 1

Case postale 5662

CH-3001 Berne

Tel. + 41 31 300 66 77

Fax + 41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

Premier commentaire en langue française de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (LRTV), le présent ouvrage vise à faciliter la compréhension et l'application concrète d'une législation complexe et très évolutive, notamment eu égard au développement galopant des nouvelles technologies de diffusion depuis l'an 2000.

Public cible: toute personne ou entité traitant de questions relevant du droit des médias. Un instrument de référence sur toutes les questions relatives au droit des médias électroniques.

**Commandez
maintenant**

Je commande _____ ex.

Nom, prénom _____

Entreprise _____

Adresse/NPA/Lieu _____

Courriel _____

Date et signature _____

1241/14

Commande avec cette annonce: frais de port offerts.

In zweiter Auflage.



Softwareverträge

Gianni Fröhlich-Bleuler

Juni 2014, CHF 129.–

2. Auflage, 1024 Seiten, broschiert,
978-3-7272-8816-6

Stämpfli

Buchhandlung

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

In diesem Handbuch werden Softwareverträge und ihre wichtigsten Klauseln dargestellt. Dabei werden der Systemvertrag, die Software-Überlassung auf Dauer, die Software-Überlassung auf Zeit und der Software-Pflegevertrag behandelt. Die Ausführungen sind in einzelne Kapitel aufgeteilt und entsprechen den Klauseln des jeweiligen Softwarevertrags.

In der zweiten Auflage sind neu die Software-Überlassung auf Zeit (unter anderem mit Application Service Providing und Cloud Computing) sowie Kapitel zum Software-Kartellrecht und zur Open Source Software aufgenommen. Die übrigen Teile sind stark überarbeitet und aktualisiert.

Das Buch richtet sich an alle Juristen, die mit Softwareverträgen zu tun haben.

**Bestellen
Sie jetzt.**

Ich bestelle ____ Ex.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse / PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift _____

1242/14

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert.

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 fondamentaux et constitutionnels:

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 (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 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 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 Departement für Kommunikationswissenschaft und Medienforschung der Universität Freiburg.
 www.medialex.ch

© Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014

ISSN 1420-3723

Gliederung für Entscheide

- | | | |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht <ul style="list-style-type: none"> 1.1 Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit 1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit 1.3 Radio- und Fernsehrecht 1.4 Filmrecht 1.5 Kunstrecht 1.6 Recht der kommerziellen Kommunikation 1.7 Weitere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen 2. Recht der Onlinemedien | <ul style="list-style-type: none"> 3. Strafrecht <ul style="list-style-type: none"> 3.1 Ehrenschutz (StGB/UWG) 3.2 Weitere individuelle Rechtsgüter 3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit 3.4 Redaktionsgeheimnis 3.5 Weitere strafrechtliche Fragen 4. Privatrecht <ul style="list-style-type: none"> 4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz 4.2 Arbeitsrecht 4.3 Weitere zivilrechtliche Fragen 5. Urheberrecht <ul style="list-style-type: none"> 5.1 Rechtsschutz | <ul style="list-style-type: none"> 5.2 Verwertungsrecht 5.3 Weitere urheberrechtliche Fragen 6. Wettbewerbsrecht <ul style="list-style-type: none"> 6.1 Kartellrecht 6.2 Weitere wettbewerbsrechtliche Fragen 7. Weitere Rechtsgebiete 8. Ethik/Selbstregulierung <ul style="list-style-type: none"> 8.1 Ethik des Journalismus 8.2 Ethik der kommerziellen Kommunikation 8.3 Weitere Fragen der Ethik/Selbstregulierung |
|---|---|--|

Index des décisions

- | | | |
|--|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> 1. Droits constitutionnel et administratif <ul style="list-style-type: none"> 1.1 Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias 1.2 Accès général à l'information 1.3 Droit de la radiodiffusion 1.4 Droit du cinéma 1.5 Droit de l'art 1.6 Droit de la communication commerciale 1.7 Autres questions constitutionnelles ou administratives 2. Droit des médias en ligne | <ul style="list-style-type: none"> 3. Droit pénal <ul style="list-style-type: none"> 3.1 Atteintes à l'honneur (CP/LCD) 3.2 Autres biens individuels 3.3 Biens juridiques de la collectivité 3.4 Secret rédactionnel 3.5 Autres questions de droit pénal 4. Droit privé <ul style="list-style-type: none"> 4.1 Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données 4.2 Droit du travail 4.3 Autres questions de droit privé 5. Droit d'auteur <ul style="list-style-type: none"> 5.1 Protection juridique | <ul style="list-style-type: none"> 5.2 Gestion des œuvres 5.3 Autres questions de droit d'auteur 6. Droit de la concurrence <ul style="list-style-type: none"> 6.1 Droit des cartels 6.2 Autres questions de droit de la concurrence 7. Domaines juridiques divers 8. Ethique/autorégulation <ul style="list-style-type: none"> 8.1 Ethique du journalisme 8.2 Ethique de la communication commerciale 8.3 Autres questions d'éthique |
|--|---|---|

