

---

## Editorial

### Der Monsterprozess Hirschmann gegen Tamedia geht in die fünfte Runde

Liebe Leserin, lieber Leser

Ende Juni publizierte das Bundesgericht das vierte und sicher nicht letzte Urteil im umfangmässig zweifellos grössten Medienrechtsprozess der Schweizer Rechtsgeschichte. Zum zweiten Mal war Lausanne an der Reihe. Das 63seitige Urteil dürfte Medienschaffende und -unternehmen nicht nur wegen seines streckenweise schroffen Tones irritieren, sondern auch wegen einiger Aufsehen erregender Erwägungen. Obwohl nicht einmal ein Zehntel der eingeklagten Artikel als persönlichkeitsverletzend eingestuft worden sind, gelangen die Bundesrichter zum Ergebnis, es liege eine rechtswidrige Medienkampagne vor. Die Argumentation des Bundesgerichts läuft faktisch auf ein Recht auf ungetrübtes Ansehen und informationelle Privatheit heraus. Das gehe «weit über das bisher Judizierte hinaus», schreibt Medienanwalt Matthias Schwaibold in seiner scharfsinnigen Analyse zum Verdikt aus Lausanne.

Mit der Verantwortlichkeit von Newsseitenbetreibern beim Einbezug von Social-Media-Inhalten befasst sich die Untersuchung von Markus Prazeller. Der Basler Medienanwalt setzt sich mit den verschiedenen Formen der technischen Integration von Social-Media-Inhalten auseinander und ordnet sie rechtlich ein. Er gelangt zum Schluss, dass es bei dieser Art Einbezug von Drittinhalten einer Begrenzung des Mitwirkungsbegriffes in Art. 28 Abs. 2 ZGB bedarf, vor allem dort, wo Drittinhalte weder auf dem Server des Betreibers abgespeichert sind noch in der Berichterstattung journalistisch eingeordnet werden.

Geradezu mit Entsetzen reagierte die Medienbranche, als vor zwei Jahren Swisscom, Ringier und die SRG eine gemeinsame Werbevermarktungsgesellschaft ankündigten. Ein Jahr nachdem das Projekt seine Tätigkeit aufgenommen hat, zieht der Autor eine Zwischenbilanz. In seinem Beitrag «Admeira – unheilvolle Allianz oder Modell für die Zukunft?» stellt er unter anderem fest, dass vor allem die rundfunkrechtlichen Fragen des Joint-Ventures noch längst nicht gelöst sind.

Schliesslich bespricht Professor Bertil Cottier den neuesten Entscheid aus Strassburg zum in der Sommersession der eidgenössischen Räte revidierten Art. 293 StGB (Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigte die Verurteilung eines Journalisten zu einer Busse, der Inhalte aus Akten eines Strafverfahrens publiziert hatte.

Simon Canonica, Redaktor *medialex*



**Matthias Schwaibold**, Dr. iur, Rechtsanwalt, praktiziert als Medienanwalt (namentlich der Ringier-Gruppe) in Zürich. Er hat einen Lehrauftrag für Medienrecht an der Universität St. Gallen, hält zudem regelmässig Vorträge zum Thema Persönlichkeitsschutz und weist eine Reihe einschlägiger Publikationen auf.

## Ein Schrecken ohne Ende

Das Bundesgericht erfindet mit seinem neuesten Urteil in der Causa Hirschmann (5A\_256/2016) ein Recht auf ungetrübtes Ansehen und informationelle Privatheit

**Résumé** Le Tribunal fédéral a annulé aussi le deuxième jugement du Tribunal de commerce de Zurich dans le litige entre Carl Hirschmann et les sociétés du groupe Tamedia. Il reproche à l'instance inférieure dans certains domaines un formalisme exagéré et la méconnaissance des dispositions du droit national concernant la protection de la personnalité. C'est en particulier les questions de la remise du gain et du tort moral que le tribunal zurichois doit examiner de nouveau. En plus, le Tribunal fédéral constate pour la première fois qu'une campagne médiatique peut constituer un élément constitutif d'une violation et estime lui-même une violation du demandeur dans un chiffre du dispositif. Il sort de ses considérations qu'une campagne peut être non-justifiée et causer des prestations financières même si les publications spécifiques ne peuvent pas être critiquées.

### 1. Einleitung

Zum zweiten Mal hebt das Bundesgericht ein Urteil des Zürcher Handelsgerichts in Sachen Hirschmann auf; zum nunmehr dritten Mal wird sich dieses mit der Klage gegen Tamedia befassen müssen. Immerhin sind die Themen, die noch zu behandeln sein werden, abermals weniger geworden, allerdings verbleibt im zurückgesandten Paket ein grosser und schwerer Brocken. Dass das auf der Website des Bundesgerichts am 23. Juni 2017 aufgeschaltete und zur amtlichen Publikation vorgesehene Urteil 5A\_256/2016 vom 9. Juni 2017 in Sachen Hirschmann erging, hätte das Bundesgericht ruhig schreiben dürfen – man muss nur den darin erwähnten (zweiten) Bundesgerichtsentscheid 5F\_8/2015 aufrufen, um dort noch die vollen Namen der beiden Klageparteien zu sehen, die diesmal anonymisiert wurden. Irgendwie ist das signifikant für die Vorstellungen von Persönlichkeitsschutz, die das Bundesgericht hat.

Sein vorliegendes drittes Urteil (wenn wir das erfolglose Revisionsbegehren des Klägers dazuzählen) lässt den kaum verhüllten Ärger sowohl über die Prozessparteien wie vor allem das Handelsgericht durchaus spüren, aber es wäre besser gewesen, wenn das Bundesgericht sich – zumal in den wichtigen Punkten – einer gesetzeskonformen Begründung befleissigt hätte statt einer doch eher ungewöhnlichen Tonalität freien Lauf zu lassen. Wenn es von sich selbst sagt, es habe mit dem ersten Rückweisungsentscheid dem Handelsgericht etwas „befohlen“, so darf es sich nicht wundern, wenn das Handelsgericht nicht einfach kuschelt; das ist weder sprachlich noch der Sache nach das, was sich in der Rechtspflege ziemt. Ich verzichte darauf, diesen Gesichtspunkt des Urteils weiter zu beleuchten – es wäre einig zu finden, was einen staunen lässt.

Man kann aus Sicht der Medien und Medienschaffenden dieses Urteil mit Fug als Katastrophe bezeichnen, aus der Sicht der Gegenseite – um das Wort „Medienopfer“ zu vermeiden – ist es ein durchaus beachtlicher Sieg, auch wenn er prozessual nur als Teilerfolg daherkommt. Bestes Zeichen für diese rein prozessuale Betrachtung ist das Teilen der Gerichtskosten und das Wett schlagen der Parteientschädigungen.

## 2. Bereinigung der Streitparteien und des Urteilsdispositivs der Vorinstanz, erneute Rückweisung der Abweisung der Genugtuungsforderung

4 Angesichts seines Umfangs (von der Website ausgedruckt, füllt das Urteil 22 A-4-Seiten) und der Vielzahl der darin behandelten Probleme beschränkt sich die vorliegende Besprechung auf drei Themenbereiche und stellt insbesondere auf deren bedeutenden Folgen für die Medien ab (unten Ziffer 4 ff.). Bevor ich allerdings die Fragen von Medienkampagne, Persönlichkeitsverletzung und Gewinnherausgabe behandle, seien aus dem bundesgerichtlichen Rundumschlag noch die folgenden Punkte erwähnt:

5 So scheidet die mitklagende juristische Person (eine wohl von Erstkläger Hirschmann beherrschte Club-Veranstalterin) endlich materiell aus dem Verfahren aus: Auf ihre Beschwerde tritt das Bundesgericht nicht ein, so dass die auf sie bezogene, vollumfängliche Klageabweisung nunmehr Bestand hat (Erw. 2). Wahrscheinlich ändert die bundesgerichtliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils nichts daran, dass das Handelsgericht im Rubrum seines dritten Entscheids diese zweite und auf der ganzen Linie erfolglose Klägerin doch noch mitschleppen muss.

6 Sodann verwendet das Bundesgericht auf zwei Vorbringen durchaus untergeordneter Art unverhältnismässig viele Worte: Einen (von wenigen anderen) Artikeln, deren Rechtswidrigkeit das Bundesgericht im ersten Entscheid festgestellt hatte, wurde nicht als rechtswidrig im Dispositiv des (zweiten) Handelsgerichtsurteils erwähnt. Statt sich in ein Schattenboxen darauf einzulassen, ob es sich hier um ein Versehen oder eine handelsgerichtliche Unbotmässigkeit handelt, hätte das Bundesgericht das Problem selbst beheben und die Löschung dieses Artikels anordnen können, dessen Widerrechtlichkeit es ja schon verbindlich festgestellt hatte (Erw. 4.1.-4.3.). Ebensovienig vermag einzuleuchten, warum es sich seitenweise über die diversen, ziemlich offensichtlich belanglosen Einwendungen auslässt, welche der Beschwerdeführer als Folge der im Laufe des Prozesses erfolgte Fusion von Beklagtenparteien erhob: Hier hätte es genügt, mit drei Sätzen darauf hinzuweisen, dass er in keiner Hinsicht damit um solvante Gegenparteien gebracht wurde und nicht zu sehen ist, in welcher Hinsicht er irgendwo irgendwem gegenüber ein Vollstreckungsproblem haben könnte (Erw. 3.1.-3.7.).

7 Schliesslich hebt das Bundesgericht mit seiner seitenlangen, reichgegliederten Erw. 9 die Abweisung der Genugtuungsforderung erneut auf. Was es allerdings dazu an prozessualen, materiellrechtlichen und beweistheoretischen Überlegungen der Vorinstanz mit auf den Rückweg gibt, ist weder überzeugend noch wäre der Rechtspflege gedient, wenn es über den vorliegenden Einzelfall hinaus irgendwelche Bedeutung behielte: Als einziges Beweismittel für sein seelisches Leiden hatte der Kläger seine Befragung (als Partei oder gar als Beweisaussage) angeboten; das Handelsgericht nahm – unter anderem – eine antizipierte Beweiswürdigung vor und hielt es – im Ergebnis – für ausgeschlossen, dass damit der Beweis geführt werden könne. Dies sei, so das Bundesgericht, aber ein Verstoß gegen das Recht auf Beweis (Erw. 9.3.2.), und zudem könne mit diesem Beweismittel auch die weitere Frage nach dem natürlichen Zusammenhang zwischen dem Leiden und der erlittenen Persönlichkeitsverletzung geklärt werden (Erw. 9.4). Denn es sei überspitzter Formalismus, für den natürlichen Kausalzusammenhang noch einen eigenen Beweis Antrag zu verlangen. - Sollte man diese Vorgaben tatsächlich inskünftig in allen Fällen beachten müssen, kann man sich als beklagtes Medienunternehmen auf Befragungen freuen, in den die Kläger noch nach Jahren theatralisch mit und ohne Tränen dem Gericht darlegen werden, wie schrecklich sie nur, und wirklich einzig und allein unter dem eingeklagten Medienbericht gelitten haben und dass dieser die einzige Ursache ihrer getrübteten Lebensfreude gewesen sei, während diese insbesondere nicht ansatzweise wegen des laufenden Strafverfahrens, der wirtschaftlichen Probleme oder der Neuformierung des Beziehungslebens beeinträchtigt gewesen sei, die Anlass zur Berichterstattung waren.

## 3. Die wesentlichen und über den Einzelfall hinausreichenden Erwägungen des Bundesgerichts

8 Damit komme ich zu den drei Punkten, welche ich als die wesentlichen und über den konkreten Fall hinausreichenden erachte, und von welchen ernsthaft zu befürchten ist, dass sie in künftigen Fällen eine Rolle spielen werden. Unabhängig von der grundsätzlich medienfreundlichen Einstellung des Verfassers und seiner Stellung in einem erledigten Fall der Klageparteien kann man mit den beiden Gerichten die Ausgangslage wie folgt zusammenfassen: Über den Kläger wurde in einem noch nie dagewesenen Ausmass innerhalb kürzester Zeit berichtet; äusserer Anlass des durchaus zutreffend als „präzedenzlosen Medienhype“ (Erw. 6.1.) bezeichneten Vorgangs war die kurzzeitige Verhaftung des Klägers, zu welcher der von verschiedenen Personen erhobene Vorwurf sexueller Übergriffe kam und eine später dann tatsächlich erfolgende Anklage unter anderem wegen solcher. Ausmass und Umfang der Berichterstattung standen – und stehen auch rückblickend – sicher in keinem vernünftigen Verhältnis weder zu den (damals) vermuteten noch den (in der Folge strafrechtlich und rechtskräftig) erstellten Tatsachen, über welche wir hier schweigend hinweggehen. Allerdings ist die Berichterstattung auch nur vor dem Hintergrund verständlich, dass der Kläger zur sogenannten „Cervelat-Prominenz“ (so das Bundesgericht im ersten Rückweisungsentscheid, 5A\_658/2014, Erw. 5.6) gehört und eben vorgängig der streitgegenständlichen „sehr grossen Flut von Medienberichten“ (Erw. 6.1.) ab November 2009 schon bekannt war. An diesem als «mediale Ausschlichtung»

und als «Skandalisierung» bezeichneten Vorgang waren nicht nur zahlreiche Medienhäuser, sondern auch verschiedene Medienkanäle (neben den Printprodukten insb. Onlinemedien, Videos und Lokalfernsehen) beteiligt. Zugunsten der Medien muss man auch nach dem 2. Rückweisungsentscheid festhalten: Das wenigste an diesen vielen Berichten war falsch, und nur wenige der eingeklagten Berichte sind vom Handels- und dann vom Bundesgericht als widerrechtlich taxiert worden. Anders gewendet: Der Grossteil der prozessgegenständlichen Medienberichte erwies sich im Lichte der bisher ergangenen Urteile als gerade nicht rechtswidrig. An diesem „quantitativen“ Ergebnis wird auch ein neues handelsgerichtliches Urteil nichts mehr ändern können, da – wenn man das komplizierte Dispositiv richtig versteht - nur noch zwei Artikel diesbezüglich zu prüfen sein werden (lange Erw. 5.1.-5.3.).

#### 4. Persönlichkeitsverletzung durch eine Medienkampagne

Nun ist dieses «quantitative» Ergebnis, dass – gerundet – nur etwa ein Dutzend von – Größenordnung – 150 eingeklagten Medienberichten sich als persönlichkeitsverletzend erwiesen, von lediglich untergeordneter Bedeutung: In seinem zweiten Urteil hält nämlich das Bundesgericht in Ziffer 2.2. seines Dispositivs fest, dass die Beklagten den Kläger «widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt haben, indem sie in der Zeit ab 4. November 2009 an der Medienkampagne rund um die Verhaftung des Beschwerdeführers mitwirkten». Die Frage sei offengelassen, ob diese Dispositiv-Ziffer tatsächlich von den Beschwerdeanträgen gedeckt gewesen sind, und auch die weitere Frage, warum dann diese Feststellung nicht schon im ersten Rückweisungsentscheid getroffen werden können, sei nur aufgeworfen. Jedenfalls wird das Handelsgericht zu prüfen haben, ob eine Fortsetzung dieser Kampagne ab dem 9. September 2011 vorliegt. Als bemerkenswert ist deshalb schon heute festzuhalten: Das Bundesgericht stellt eine Persönlichkeitsverletzung durch eine Medienkampagne fest. Und diese Feststellung steht neben der Feststellung der Widerrechtlichkeit einzelner Berichte. Somit kann eine – auch journalistisch verstandene - Medienkampagne inskünftig eine doppelte Verletzungsgefahr bzw. einen doppelten Feststellungsanspruch des Verletzten begründen: Zum einen durch einzelne Äusserungen, zum andern durch die davon gänzlich unabhängige Einordnung dieser Berichte in eine Vielzahl anderer Berichte, die in ihrer Gesamtheit als «Kampagne» erscheinen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und wie viele dieser anderen Berichte ihrerseits falsch bzw. verletzend sind, sondern anspruchsbegründend bzw. persönlichkeitsverletzend ist schon die Kampagne als solche.

Mit dieser Feststellung betritt das Bundesgericht Neuland, dem Verfasser ist jedenfalls kein Urteil bekannt, dass bisher in dieser Weise ergangen wäre. Damit wird – in Erweiterung der Ansätze aus dem Entscheid Schnyder gegen Ringier (BGE 133 III 153 ff. Erw. 3.6.) und dem 1. Rückweisungsentscheid - die «Kampagne» zur eigenen, feststellungsbegründenden Verletzung. Man wird sich also darauf einrichten müssen, dass dieses Beispiel Schule macht und inskünftig eine Mehrzahl von Berichten als «Kampagne» eingeklagt und auch unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen sein wird.

#### 5. Auf dem Weg zur «informationellen Privatheit»

Besonders bedenklich an diesem Unwerturteil über die Kampagne sind die damit verbundenen, weiteren Überlegungen, welche das Bundesgericht zur Persönlichkeitsverletzung überhaupt anstellt. Es stellt zunächst die Äusserungen des Handelsgerichts den als «wortreich» bezeichneten des Beschwerdeführers gegenüber (Erw. 6.1.-6.3.). Seine eigenen Überlegungen finden sich dann in den langen Erw.6.4.1.-6.8., die indessen keinem nachvollziehbaren Aufbau folgen. Es muss deshalb bei einer Auswahl besonders auffälliger Sätze nebst einer zusammenfassenden Inhaltsangabe und insbesondere der Darstellung des Ergebnisses bleiben:

##### 5.1.

In Erw. 6.4.1. werden zwei uralte BGE (45 II 623 ff. von 1919 und 70 II 127 ff. von 1944) angeführt; es ist indessen nicht zu sehen, was der Wappenstreit im Hause Lauterburg und Witwe Hodlers Sieg gegen den Galeristen vorliegend eigentlich zur Entscheidung beitragen könnten. Schliesslich wird noch Peter Jäggis grundlegende Abhandlung von 1960 zitiert; offenbar kommt es dem Bundesgericht einzig darauf an, dass die «Persönlichkeit ein gesellschaftlicher Beziehungsbegriff» ist.

Erw. 6.4.2. beginnt mit einem weiteren Verweis auf Jäggi und zwei nicht mehr ganz so alte BGE (97 II 97 ff. von 1971, Philanthropische Gesellschaft, und BGE 127 III 481 ff., Minelli gegen Weltwoche von 2001); auch hier ist nicht zu sehen, was jetzt genau die entscheidende Verbindung sein könnte, denn der Privatsphären- und der Ansehensschutz stehen jetzt nicht gerade im Zentrum jener beiden Urteile, wohl aber des vorliegenden Falles.

##### 5.2.

Und dann folgt ein Satz, der schon sprachlich auffällt, weil er «Medien» und «Pressehalte» in einem Atemzug nennt; der Satz von Erw. 6.4.2. hat es aber in verschiedener Hinsicht in sich: «Berühren die von den Medien verbreiteten Pressehalte diese Individualrechtsgüter, so kann eine Persönlichkeitsverletzung auch dann gegeben

sein, wenn die Medien in ihrer Berichterstattung die Wahrheit wiedergeben (BGE 138 III 641 E.4.1.1. S. 643 mit Hinweisen).» Das heisst: Auch die Wahrheit kann eine Persönlichkeitsverletzung sein, wenn sie Ansehen oder Privatsphäre verletzt. Welche Bedeutung dem Verb «berühren» (was ja weder «verletzen» noch «missachten» heisst) zukommt, muss dabei offenbleiben. Das ist allerdings neu und findet sich gerade nicht im angeführten BGE «Junge SVP» von 2012. Dort lesen wir vielmehr, es sei eigens zitiert, was folgt:

«4.1.1 Die Verbreitung wahrer Tatsachen ist grundsätzlich durch den Informationsauftrag der Presse gedeckt, es sei denn, es handle sich um Tatsachen aus dem Geheim- oder Privatbereich oder die betroffene Person werde in unzulässiger Weise herabgesetzt, weil die Form der Darstellung unnötig verletzt (vgl. BGE 126 III 305 E. 4b/aa S. 306; BGE 132 III 641 E. 3.2 S. 645). Allerdings ist der Informationsauftrag der Presse kein absoluter Rechtfertigungsgrund und eine Interessenabwägung im Einzelfall unentbehrlich. Eine Rechtfertigung dürfte regelmässig gegeben sein, wenn die berichtete wahre Tatsache einen Zusammenhang mit der öffentlichen Tätigkeit oder Funktion der betreffenden Person hat (vgl. BGE 126 III 209 E. 3a S. 212 und E. 4 S. 215 f.; BGE 127 III 481 E. 2c/aa S. 488 f.).»

15 Mit dieser, auch damals nur wiederholten Formel, wurde nur, aber immerhin gesagt, dass eine Persönlichkeitsverletzung dann vorliegen kann, wenn die veröffentlichte Wahrheit aus dem Geheim- oder Privatbereich stammt oder in der Form unnötig verletzt. Das hiess bisher umgekehrt: Solange die Wahrheit die Gemeinsphäre betrifft und nicht unnötig herabsetzt, ist sie keine Persönlichkeitsverletzung. Das gilt offenbar nicht länger, vielmehr macht das Bundesgericht, ohne es ausdrücklich zu sagen, einen weiteren Schwenker mit seinem folgenden beiden Satz: «Wie das Bundesgericht bereits in seinem ersten Urteil in dieser Sache klarstellt, gilt dieser Grundsatz nicht nur im Streit um den Wahrheitsgehalt verbreiteter Tatsachen, sondern auch mit Blick auf die Objektivität der medialen Äusserungen: Eine Persönlichkeitsverletzung ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Berichterstattung insgesamt nicht als einseitig angesehen kann (Urteil 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 9.3). Vielmehr ist auch hier letztlich ausschlaggebend, ob die Berichte in die Geheim- oder Privatsphäre eingreifen oder die betroffene Person auf unzulässige Weise in ihrem Ansehen herabsetzen.»

16 Auch mit diesem Rückverweis verdeckt das Bundesgericht, dass es jetzt nicht dasselbe sagt. Denn die entsprechende Passage jener Erw. 9.3. sagte etwas Anderes: «Den Beschwerdeführern ist also beizupflichten, wenn sie reklamieren, dass sich die Vorinstanz über das einschlägige "Prüfschema" hinwegsetze. Denn der Wahrheitsgehalt der behaupteten Tatsachen oder die Begründetheit der erhobenen Kritik kommt erst beim zweiten Schritt der Rechtfertigung der erstellten Verletzung ins Spiel (s. E. 8.2). In gleicher Weise ist eine Persönlichkeitsverletzung, wie sie die Beschwerdeführer ausgemacht haben wollen, auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Berichterstattungen in den Augen des Handelgerichts gesamthaft nicht als einseitig angesehen werden können.»

17 Worin besteht die entscheidende, um vom Bundesgericht gerade nicht ausdrücklich und unmissverständlich erklärte Neuerung? Sie besteht darin, dass es nicht länger auf die Wahrheit ankommt, sondern auf die Objektivität im Sinne des Fehlens von Einseitigkeit. Es wird also eine Art von «Sachgerechtigkeitsgebot» eingeführt. Und es kommt nur noch auf die Herabsetzung des Ansehens an. Das dürfte weitreichende Folgen haben.

### 5.3.

18 Wer es nicht glauben will, muss nur die komplizierte Erw. 6.4.2. weiterlesen: Es kommt nicht auf die Wahrheit an, sondern nur darauf, ob «die betroffene Person auf unzulässige Weise in ihrem Ansehen» herabgesetzt werde. Die «unzulässige Weise» tritt an die Stelle der bisher bekannten «unnötigen Form der verletzenden Darstellung» - das ist keinesfalls dasselbe. Das Bundesgericht fährt sodann fort: Presseberichte über angeblich begangene Straftaten seien unter dem Gesichtspunkt von Art. 28 ZGB nicht einzig und allein daran zu messen, «ob sie den Stand des Verfahrens zutreffend wiedergeben und einen Gesamteindruck vermitteln, der mit der Unschuldsvermutung vereinbar ist.» Das heisst mit anderen Worten: Auch die objektiv zutreffende Berichterstattung, welche zudem die Unschuldsvermutung beachtet, kann eine Persönlichkeitsverletzung sein. Auch das ist in dieser Form neu. Und es geht weiter: «Jede allein von ihrem Gegenstand her erlaubte Presseäusserung findet ihre Grenze im Recht des Einzelnen auf Achtung der Privatsphäre. Der Einzelne braucht sich eine dauernde Beobachtung nicht gefallen zu lassen. Er soll – in gewissen Grenzen – selbst bestimmen dürfen, wer welche Wissen über ihn haben darf bzw. welche personenbezogenen Gegebenheiten und Ereignisse des konkreten Lebens einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen (BGE 138 II 346 E.8.2 S. 359).»

19 Auch hier wird vorgegeben, man knüpfe an eine bestehende Rechtsprechung an. Aber Tatsache ist, dass der Google-Street-View-Entscheid eigentlich anderes abhandelte:

«8.2 Das Recht am eigenen Bild ist das Selbstbestimmungsrecht, das vor widerrechtlicher Verkörperung des eigenen Erscheinungsbildes schützt (BÄCHLI, a.a.O., S. 30 f.). Es umfasst zwei inhaltlich verschiedene Rechte: einerseits einen Abwehranspruch gegen gezieltes, auf Identifikation und Ausforschung gerichtetes Erstellen von Fotos und Videoaufzeichnungen, andererseits ein Recht auf Selbstbestimmung des Menschen bezüglich der Veröffentlichung des eigenen Bildes, insbesondere des Porträts, und seiner Verwendung in kommerzieller oder politischer Werbung (CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, 2000, S. 188 Rz. 628). Gleichermassen soll das Recht auf Achtung der Privatsphäre verhindern, dass jede private Lebensäusserung, die in der Öffentlichkeit stattfindet, wie zum Beispiel ein Abschiedskuss auf der Strasse oder die Beerdigung

eines Menschen der Allgemeinheit bekannt wird (BÄCHLI, a.a.O. S. 43). Der Einzelne soll sich nicht dauernd beobachtet fühlen, sondern - in gewissen Grenzen - selber bestimmen dürfen, wer welches Wissen über ihn haben darf bzw. welche personenbezogenen Begebenheiten und Ereignisse des konkreten Lebens einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen. Da mit Hilfe elektronischer Datenverarbeitung personenbezogene Informationen in beliebigem Umfang gespeichert, verknüpft und reproduziert werden können, lassen sich auch an sich harmlose Informationen, die ohne Weiteres der Öffentlichkeitsphäre zuzurechnen wären, zu eigentlich schützenswerten Persönlichkeitsprofilen verdichten.»

Offenbar dient der Verweis dazu, einen auch datenschutzrechtlich begründeten Anspruch auf Privatheit gegenüber (wahren) Medienberichten zu begründen. 20

#### 5.4.

Halten wir fest: Die Privatsphäre (verstanden als Oberbegriff auch über der Intim- bzw. Geheimsphäre) ist zwar ein halbwegs taugliches Abgrenzungskriterium zur Gemeinssphäre, aber jedenfalls nicht identisch mit dem Ansehensschutz, sondern davon verschieden. Wenn man aber den Bild-, Privatsphären- und Ansehensschutz so kombiniert, wie es nunmehr das Bundesgericht tut, ist der Damm endgültig gebrochen: Sie gehen offenbar der Wahrheit vor, und es kommt auch nicht länger auf die unnötig verletzende Form an. Wird jetzt das Ansehen bzw. dessen Beeinträchtigung und der Diskretionsanspruch der Massstab, dann ist jede auch zurückhaltend formulierte, wahre Negativmeldung eine Persönlichkeitsverletzung, denn es ist ja der Einzelne, der darüber bestimmen soll, was andere über ihn wissen dürfen. Es geht nicht länger um die Fragen von Wahrheit, unnötig herabsetzender Form oder Eingriff in die Geheim- und Privatsphäre, sondern allein noch um die «informationelle Privatheit»: Wird «der Einzelne durch eine Wiedergabe von Informationen in seiner Persönlichkeit tatsächlich und spürbar beeinträchtigt», so liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor (Erw. 6.4.2. am Ende). Das geht weiter über alles bisher Judizierte hinaus. 21

#### 5.5.

Die anschliessende Erw. 6.4.3. beginnt zwar konventionell, enthält aber dann, wenig überraschend, weitere Neuerungen: «Eingriffe durch Informationstätigkeiten von Medienschaffenden und Medien können beispielsweise dadurch erfolgen, dass die Presse die verbreiteten Informationen mit verbotenen Mitteln oder auf unfaire oder sonstige unerlaubte Weise beschafft, dass sie grundsätzlich nicht öffentliche Personeninformationen verbreitet oder dass sie jemanden in den Medien blossstellt und lächerlich macht.» Auch mit einem solchen Satz werden die bisherigen Abgrenzungskriterien pulverisiert, nicht nur durch die – in jeder Hinsicht unhaltbare – Gleichsetzung von «unfair» mit «unerlaubt», sondern auch dadurch, dass die Verbreitung des Unbekannten oder allein schon die Beschaffungsweise als Verletzung erscheint. Der Fairness-Begriff hat keinen Platz im Bereiche der Medien- und Meinungsfreiheit und ist ohnehin ein Fremdkörper in unserem Rechtssystem. Man kann nur inständig hoffen, dass hier dem redigierenden Gerichtsschreiber und dem Referenten sowie den übrigen Bundesrichtern bei Gelegenheit bewusst wird, was sie da verkünden: Das Ende des kritischen Journalismus bzw. den Anfang der Tyrannei des Individuums durch Schaffung des Rechts auf ein ungetrübtes Ansehen und auf Fairness über die blosser Unschuldsvormutung hinaus. 22

#### 5.6.

Wenig erstaunlich, führt dann diese (neue und unerhörte) Sichtweise dazu, dass in Erw. 6.5. und 6.6. begründet wird, warum die Medienkampagne den Kläger in seiner Persönlichkeit verletzt: Es lag eine «übermässige Einmischung in die Individualität» vor, der Kläger wurde in den Augen des Durchschnittskonsumenten «blossgestellt». Dass es dafür gute – und dem Bundesgericht aufgrund eines anderen Urteils durchaus bekannte - Gründe gab, geht bei dieser Betrachtung dann notwendig vergessen. Den Schlusspunkt setzt Erw. 6.7.2.: «Wie bereits erörtert, geht es bei dieser Persönlichkeitsverletzung nicht um den Wahrheitsgehalt einzelner Berichte, sondern um den Verlust an Privatsphäre, den der Beschwerdeführer aufgrund des Umfangs und der Intensität der Berichterstattung in ihre Gesamtheit erlitt.» Dass dann auch eine Interessenabwägung zugunsten des Betroffenen ausfällt, ist zwingend: Das reine Unterhaltungsbedürfnis kann zwar ein öffentliches Interesse sein, aber hat nicht das Gewicht der Interessen des Betroffenen. Diese Überlegungen in Erw. 6.7.3. enthalten zwar auch einige aus Sicht der Medien erfreuliche Ansätze, wie den folgenden, durchaus bemerkenswerten Satz: «Wie Aktgemälde, die in einer Kunstzeitschrift veröffentlicht werden, oder Volkslieder, die ein spezialisierter Radiosender ausstrahlt, können auch Sensationsberichte, mit denen ein Boulevardblatt oder ein Lokalfernsehen seinen Lesern bzw. Zuschauern die Zeit die Zeit vertreibt, im öffentlichen (Unterhaltungs-) Interesse liegen.» Aber solches sagt mehr über das Kulturverständnis der Bundesrichter und ändert am Gesamtergebnis natürlich nichts. Vor allem nicht an der Gesamtwürdigung des vorliegenden Entscheids als einer unverhältnismässigen Stärkung des Betroffenen gegenüber Berichten, die wahrheitsgemäss Negatives und deshalb notwendig Ansehensminderndes enthalten. 23

## 6. Viel Unklares rund um die verlangte Gewinnherausgabe

24 Das gewichtigste Problem, welches das Handelsgericht nunmehr zu lösen haben wird, ist die Gewinnherausgabe. Über 6 Seiten erstreckt sich die lange Erw. 8 hierzu, die sowohl in den Einzelheiten wie im Gesamtergebnis sämtliche Medienhäuser ins Grübeln bringen muss.

### 6.1.

25 In Erw. 8.1. fasst das Bundesgericht die einschlägigen Erwägungen des Handelsgerichts zusammen, welches zu einer Abweisung – auch aus prozessualen Gründen – der Gewinnherausgabe gelangt war. In Erw. 8.2.2.2. wird die Vorinstanz dafür kritisiert, dass sie keine Überlegungen zur Gewinnherausgabe bei einzelnen der ursprünglich beklagten Medienunternehmen deshalb anstellte, weil es dort nur zu «vereinzelt» Persönlichkeitsverletzungen gekommen war. Demgegenüber ist das Bundesgericht der – abwegigen – Ansicht, dass es für die Gewinnherausgabe gerade nicht darauf ankomme, wie viele Medienberichte eine Persönlichkeitsverletzung enthielten. Das heisst ausgedeutet und umgekehrt: Schon ein einzelner persönlichkeitsverletzender Bericht gibt Anspruch auf Gewinnherausgabe. Und zu allem Überfluss steht in Erw. 8.2.2.3. auch noch, dass die Gewinnherausgabe auch wegen Teilnahme an der Medienkampagne geschuldet sei, obwohl gar kein rechtswidriger Einzelbericht bei anderen der ursprünglich eingeklagten Medienunternehmen vorliege; sogar sogenannte «Folgeberichte», die ihrerseits gar nicht rechtswidrig sind, können zur Gewinnherausgabe verpflichtet, wie dann später in Erw. 8.2.5.2. steht. Das Handelsgericht wird also den Gewinn sowohl aus den einzelnen, rechtswidrigen Beiträgen wie aus der als – insgesamt rechtswidrig – taxierten «Medienkampagne» zu eruieren haben, wiewohl das Medienunternehmen selbst keinen rechtswidrigen Bericht publizierte (Erw. 8.2.3.2.). In eher seltsamen Widerspruch dazu steht dann aber viel später der Satz in der abschliessenden Erw. 8.2.6: «Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das Handelsgericht zunächst Klarheit darüber schaffen muss, für welche Medienberichte ein Anspruch auf Gewinnherausgabe dem Grundsatz nach besteht und ob ein solcher Anspruch auch für die Persönlichkeitsverletzung besteht, die der Beschwerdeführer durch die Beteiligung der Beschwerdegegnerinnen an der Medienkampagne erlitt.» Mir schien, dass gerade beides vom Bundesgericht schon zuvor doch so entschieden worden sei. Ein kleiner, aber beredter Beweis dafür, dass sich das Bundesgericht doch besser der Kürze und Klarheit in seinen Entscheidungen befleißigen möge als des Wortreichtums, der dann zu Missverständnissen Anlass gibt bzw. zu neuen Unklarheiten führt.

### 6.2.

26 Immerhin abgewiesen wurde der Antrag, das Bundesgericht habe einen «hohen Gewinn» festzustellen bzw. die Beklagten abstrakt zu einer Gewinnherausgabe zu verpflichten. Das Bundesgericht hält wenigstens daran fest, dass zum Quantitativ noch in keiner Hinsicht etwas feststeht (Erw. 8.2.4.2.).

### 6.3.

27 Allerdings ist das Gemisch aus prozessualen und materiellrechtlichen Überlegungen, welche das Bundesgericht in der Folge anstellt, alles andere als einfach zu entwirren, und dazu haben in wohl gleichen Teilen sowohl die Klägervorbringen wie auch diejenigen des Handelsgerichts beigetragen. Die lange Erw. 8.2.5. wäre wohl einen eigenen Aufsatz wert. Statt diesen vorzulegen, versucht der Verfasser, die wesentlichen Erkenntnisse zusammenzufassen:

28 Der Kläger hat behauptet, sowohl eine Stufenklage gemacht wie prozessuale Editionsbegehren gestellt zu haben – beides in Hinblick darauf, den herauszugebenden Gewinn bestimmen zu können; zugleich hat er sich auf die Schätzung durch den Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR berufen. Wie das Bundesgericht festhält, zieht die Beweiserleichterung dieser Bestimmung «auch eine Einschränkung der Behauptungs- und Substanziierungslast nach sich» (Erw. 8.2.5.2.). Weiter hält es dafür, dass der Kläger einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung habe. Schliesslich sagt es: «Soweit von Anfang an feststeht, dass die Höhe der eingeklagten Forderung – hier der nach Art. 423 OR herauszugebende Gewinn – sich gar nie exakt beziffern lassen wird, sondern vom Richter in (analoger) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden muss, kommt Art. 85 Abs. 2 ZPO ... nicht zur Anwendung.» Weiter könne der Kläger den Anspruch aus Auskunft und Rechnungslegung mit der als «Ermessenklage» bezeichneten Klage nach Art. 42 Abs. 2 OR verbinden. «Fordert der Kläger in der Hauptsache gestützt auf Art. 423 OR die Herausgabe eines Gewinns, so richtet sich der besagte Nebenanspruch darauf, dass der Geschäftsführer Angaben über den Umfang und die Art der erzielten Vorteile liefert und allfällige Dokumente (etwa Verkaufsstatistiken, Geschäftsbücher, Kundenlisten) vorlegt, die Aufschluss über den erzielten Gewinn geben.» Die Frage, ob aus solchen Unterlagen ein «Gewinn» überhaupt ersichtlich ist, wenn es nicht (wie bei einer Patentverletzung) um den Verkauf eines einzelnen Objekts, sondern – wie hier – eines «Sammelwerks» geht, stellt sich das Bundesgericht natürlich nicht. Wie es überhaupt vollständig übersieht, dass der Inhalt einer Zeitung bzw. von Onlinemedien sich nicht auf die angegriffenen Berichte beschränkt. Immerhin sagt das Bundesgericht auch, den Geheimhaltungsinteressen des Geschäftsführers sei Rechnung zu tragen, indem die Vorlage an einen neutralen und zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten erfolgen könne (Erw. 8.2.5.2. am Ende).

#### 6.4.

Das Bundesgericht wirft dem Handelsgericht allerdings vor, dass es die Anforderungen an die Substanziierung des Gewinns überspanne: Es sei vielmehr danach zu unterscheiden, ob der Kläger einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung oder auf Gewinnschätzung mache. «Schon für den Informationsanspruch die Substanziierung des Hauptanspruchs zu verlangen, ist nicht sachgerecht, dient doch der erstgenannte Anspruch gerade der Konkretisierung des Letzteren» (Erw. 8.2.5.3.).

Umgekehrt pflichtet es dem Handelsgericht bei, dass der Auskunftsanspruch nicht der Ausforschung dienen darf, sondern sich nur auf die «relevanten Informationen» beziehen könne, also «auf solche, die für die inhalts- und umfangmässige Bestimmung des Zielanspruchs von Interesse sind». Allerdings dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit des Informationsbegehrens nicht zu streng sein, weil der Kläger noch gar nicht weiss, was der Inhalt der ihm zustehenden Information ist; allenfalls müsse der Richter das zu umfassende Informationsbegehren eingrenzen (Erw. 8.2.5.4.).

#### 6.5.

Schliesslich springt das Bundesgericht dem Kläger bei und kritisiert das Handelsgericht, es «verwechselt die Vorgaben für die Formulierung prozessrechtlicher Beweisanträge ... mit den erläuterten Anforderungen an die Bestimmtheit des materiellrechtlichen Auskunfts- und Rechnungslegungsbegehrens, um das sich der vorliegende Prozess dreht». Ebenso verwirft es den vorinstanzlichen Einwand, der Kläger wolle einen beliebigen und grösstmöglichen Gewinn berechnen.

#### 6.6.

Es bleibt abzuwarten, wie das Handelsgericht im dritten Anlauf die Frage der Gewinnherausgabe lösen wird. Soviel steht schon heute fest: Ein Kläger erscheint grundsätzlich berechtigt, beliebige Auskunftsbegehren zu stellen – ob die nachgesuchten Informationen relevant seien, muss dann der Richter entscheiden bzw. die Begehren auf die relevanten Gesichtspunkte eingrenzen; dazu gibt das Bundesgericht aber keine näheren Hinweise. Und es verweist abschliessend erneut darauf, dass sich das Handelsgericht nach Abschluss der ersten Stufe – der Durchsetzung des materiellrechtlichen Anspruchs auf Auskunft und Rechnungslegung – mit der Schätzung des herauszugebenden Gewinns werde befassen müssen.

### 7. Gewinnherausgabe begründet einen Auskunftsanspruch, dem wenige Grenzen gesetzt sind

Bezüglich der Gewinnherausgabe ist man damit einen, aber auch nur einen Schritt weiter: Sie begründet nunmehr einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch, dem prozessual nicht allzu viele Grenzen gesetzt sind: Zum einen ist es Sache des Richters, die Auskunftsbegehren allenfalls einzugrenzen bzw. die Relevanz der Information zu beurteilen; nach welchen Kriterien er die inhaltlich unbekannte Information aber als relevant bzw. eben doch irrelevant bzw. als unzulässige Ausforschung bewerten soll, bleibt ihm weiterhin überlassen. Zum andern dürften beklagte Medienunternehmen inskünftig zu einem tendenziell unendlichen Zweifrontenkrieg mit Gericht und Klägerschaft gezwungen sein, um zwischen Ausforschung, Irrelevanz und Geschäftsgeheimnis einerseits und fehlender Substantiierung und unklarer Abgrenzung zwischen Auskunftsanspruch und Gewinnberechnung andererseits einen Ausweg zu finden. Leider – aber etwas anderes war ja nicht zu erwarten – sieht das Bundesgericht weiterhin und wohl in seiner jetzigen Zusammensetzung auf absehbare Zeit nicht ein, wo das Hauptproblem einer Gewinnberechnung liegen wird: Darin, dass sich weder ein einzelner Bericht noch eine Mehrzahl von Berichten noch eine «Kampagne» in einen vernünftigen Zusammenhang mit einem «Gewinn» bringen lassen werden. Die Vorstellung, dass der Gewinn eines Medienunternehmens mit und ohne die rechtswidrigen Berichte genau gleich gross sein dürfte, weil in der unendlichen Anzahl von Meldungen, die zu verbreiten das Geschäftsmodell eines Medienunternehmens ist, der einzelne Bericht wirtschaftlich weder als Kosten- noch als Gewinnfaktor zu erfassen ist, scheint dem Bundesgericht schon gar nicht in den Sinn zu kommen. Die wirtschaftliche Relevanz ergibt sich perverserweise wohl erst aus den Prozessen, die deshalb geführt werden müssen: Nämlich als Abwehraufwand, der in jedem Falle von vorne herein jeden auch grosszügig geschätzten (um nicht zu sagen: erfundenen) Gewinn übersteigen wird. Das war schon vor Ausbruch der gegenwärtigen Medienkrise so, und diese wird daran nichts ändern.



---

**Zusammenfassung** Das Bundesgericht hebt auch das zweite Urteil des Zürcher Handelsgerichts im Streit zwischen Carl Hirschmann und Gesellschaften der Tamedia-Gruppe auf. Es wirft der Vorinstanz in bestimmten Bereichen überspitzten Formalismus und Verkennung der bundesrechtlichen Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz vor. Das Zürcher Gericht wird insbesondere die Fragen der Gewinnherausgabe und einer Genugtuung erneut zu prüfen haben. Sodann stellt das Bundesgericht erstmals fest, dass eine Medienkampagne einen Verletzungstatbestand darstellen kann und hält gleich selbst die Verletzung des Klägers in einer Dispositiv-Ziffer fest. Seinen Erwägungen ist zu entnehmen, dass eine Kampagne selbst dann rechtswidrig sein und finanzielle Ansprüche begründen kann, wenn die einzelnen Beiträge nicht zu beanstanden sind.

---



**Markus Prazeller** ist Anwalt und berät und prozessiert vorwiegend auf dem Gebiet des Medien- und Sportrechts. Er ist Mitglied der Fachgruppe Medienrecht des Verbands SCHWEIZER MEDIEN. Zuvor war er hauptberuflich Journalist, zuletzt als Bundeshausredaktor.

## Der Mitwirkungs begriff in Art. 28 Abs. 1 ZGB bedarf einer Einschränkung

Über die Verantwortlichkeit von Newswebseitenbetreibern beim Einbezug von Social-Media-Inhalten am Beispiel von Twitter

**Résumé** L'intégration des contenus du social-media dans des articles online dans les sites de news est aujourd'hui de bon ton. Les divers plateformes social-media mettent à dispositions des tools et descriptions correspondantes et animent l'intégration de leurs contenus dans des plateformes des tiers. Les opérateurs des sites de news eux-mêmes reçoivent par ceci la possibilité de valoriser l'information mise à disposition et de la configurer de manière dynamique. Avec l'inclusion des contenus des tiers, l'opérateur participe à la distribution de ces deniers. En partant du classement dogmatique de la violation de la personnalité et la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet, c'est l'opérateur qui devient responsable des contenus des tiers intégrés dans son site qui voient le droit de la personnalité. Ceci même si les contenus du tiers ne sont pas sauvegardés sur le serveur du l'opérateur ni peuvent être classé du point de vue journalistique dans la publication. Ceci peut amener à des résultats choquants car les opérateurs des sites n'ont normalement pas de possibilité factuelle d'influencer les contenus inclus. Par conséquent, le terme de la participation dans l'article 28 al. 1 CC doit être limité et les conditions de la responsabilité doivent être – selon la jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral – complétées par un élément normatif.

### I. Einführung

Die sozialen Medien sind aus dem Alltag von Journalistinnen und Journalisten nicht mehr wegzudenken.<sup>1</sup> Plattformen wie Twitter oder Facebook sind wichtige Quellen für Geschichten und sie erlauben es den Medienschaffenden, direkt mit Lesern, Berufskollegen und Informationslieferanten in Kontakt zu treten. Ausserdem kann der Journalist mithilfe von sozialen Medien Inhalte verbreiten und diese einem Publikum bekannt machen, das über die medieneigenen Vertriebskanäle nicht erreicht werden kann. Dass eine derartige „Drittverbreitung“ nicht in jedem Fall im geschäftlichen Interesse eines Medienunternehmens liegt, ist zwar eine Tatsache, es ändert jedoch nichts daran, dass die meisten Verlage ihren Lesern die technischen Möglichkeiten zur Verfügung stellen, Medienartikel einfach in den sozialen Medien zu verbreiten.<sup>1</sup> Die Tätigkeit von Medienschaffenden umfasst demnach alle Handlungskomponenten von Social-Web-Praktiken: das Identitäts-, Beziehungs- und Informationsmanagement.<sup>2</sup>

Begünstigt wird das journalistische Arbeiten mit den sozialen Medien durch die technische Entwicklung. Die Betreiber von Plattformen wie etwa Twitter, Facebook oder Youtube stellen ihren Nutzern zunehmend mehr und einfacher zu bedienende Tools zur Verfügung, mit denen Informationen individuell erschlossen, gebündelt und

<sup>1</sup> So können etwa kostenpflichtige Artikel über die Mobile-App des Tages-Anzeiger mit wenigen Klicks auf Twitter verlinkt werden und so einem breiten Publikum kostenlos zugänglich gemacht werden.

<sup>2</sup> JAN SCHMIDT, Das neue Netz. Merkmale, Praktiken und Folgen des Web 2.0, 2009, S. 71 ff; RALF HOHLFELD/ALEXANDER GODULLA, Das Phänomen der Sozialen Medien, in: Rechtshandbuch Social Media, Heidelberg 2015, S. 16.

verbreitet werden können. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, auf den sozialen Medien verbreitete Informationen auf der eigenen Webseite einzubinden. Gerade für Betreiber von Newswebseiten stellt dies eine interessante Möglichkeit dar, um ihre eigenen Inhalte zu ergänzen, die Interaktion mit den Lesern zu fördern und damit die Attraktivität des eigenen Angebots zu erhöhen. Dies ist jedoch, je nach Anwendungsbereich, nicht ohne Risiko. Zum einen steht es in gewisser Weise im Widerspruch zur Kernaufgabe der Journalisten. Ziff. 3 der „Erklärung“<sup>3</sup> des Schweizer Presserates auferlegt Journalisten die (nicht durchsetzbare) Sorgfaltspflicht, nur Informationen, Dokumente, Bilder und Töne zu veröffentlichen, deren Quellen ihnen bekannt sind.

- 3 Daneben stellen sich bei der Einbindung von Social-Media-Inhalten auch diverse rechtliche Fragen zur Verantwortlichkeit und Haftung von Webseitenbetreibern, welche nachfolgend beleuchtet werden sollen. Das Augenmerk liegt dabei auf der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Newsseitenbetreibern für persönlichkeitsverletzende Aussagen in einbezogenen Drittinhalten am Beispiel von Twitter.

## II. Die technische Integration von Social-Media-Inhalten

### 1. Allgemeines

- 4 Social-Media-Inhalte können auf verschiedene Arten Eingang in die journalistische Arbeit finden. Zunächst ist es üblich, dass ein Journalist eine über soziale Medien gewonnene Information in einem eigenen journalistischen Beitrag verwendet und der Artikel auf einer Newswebseite veröffentlicht wird. Es handelt sich dabei gewissermassen um eine indirekte Einbindung von Social-Media-Inhalten, deren rechtliche Beurteilung vorliegend nicht zur Debatte steht. Gegenstand der vorliegenden Darstellung bildet die direkte Einbindung mittels technischer Hilfsmittel. Es kann dabei im Wesentlichen zwischen der direkten Übernahme mittels Bilddatei und dem sog. Embedding unterschieden werden.

### 2. Direkte Übernahme

- 5 Zunächst ist es denkbar, dass Inhalte von sozialen Netzwerken als Bilddatei in eine Newswebseite eingebunden werden. Dabei wird vom betreffenden Beitrag gewissermassen ein digitales Foto angefertigt. Mit den üblichen Computersystemen lässt sich eine solche Bildkopie einfach mittels Bildschirmfoto anfertigen. Dieses kann in einem beliebigen Dateiformat auf dem Computer oder Smartphone des Journalisten abgespeichert werden. In der Folge wird das Bild auf den Webserver des Hosting-Providers hochgeladen und in der Regel als Bildillustration in einen journalistischen Text eingebunden. Bei dieser Variante wird das Bild auf dem lokalen Server im Handlungsbereich des Webseitenbetreibers abgespeichert. Wird der betreffende Originalbeitrag im sozialen Medium verändert oder gelöscht, bleibt dies ohne Einfluss auf die Publikation der Newswebseite.

### 3. Embedding

- 6 Eine andere Variante der Einbindung ist unter dem Begriff „Embedding“ bekannt. Dabei werden Inhalte von sozialen Medien direkt in die Webseite eingebunden. Herauszustreichen ist dabei, dass der eingebundene Inhalt nicht auf dem Server des Hosting-Providers hinterlegt wird. Vielmehr wird der Drittinhalt in die eigene Webseite eingebettet bzw. integriert. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Framing.<sup>4</sup> Etwas vereinfacht könnte man auch sagen, der Inhalt wird auf die Webseite gespiegelt. Dies geschieht mittels Übernahme eines entsprechenden HTML-Codes, der i.d.R. von den Betreibern der Social-Media-Plattformen zur Verfügung gestellt wird. Dieser Code wird vom Webseitenbetreiber eingebunden und führt dazu, dass der entsprechende Social-Media-Inhalt, in aller Regel Videos, Facebook- oder Twitter-Nachrichten, direkt auf der Webseite angezeigt werden.
- 7 Beispielhaft soll vorliegend auf die Widget-Funktion von Twitter eingegangen werden. Der Kurznachrichtendienst bietet Nutzern die Möglichkeit, einen HTML-Code zu generieren, der auf der eigenen Webseite integriert werden kann. Damit werden Twitter-Nachrichten direkt auf der Webseite angezeigt. Die Widget-Funktion erlaubt es ferner, die Anzeige der Twitter-Nachrichten zu individualisieren. So kann etwa ausgewählt werden, ob nur Nachrichten von bestimmten Nutzern oder aber themenbezogene Tweets angezeigt werden können. Zuweilen wird in

3 Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten vom 21. Dezember 1999, letztmals revidiert am 5. Juni 2008; abrufbar unter [www.presserat.ch](http://www.presserat.ch).

4 Vgl. auch STEPHANIE VOLZ, Trennungsgebot und Internet. Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, Diss. 2014, S. 168.

diesem Zusammenhang von einer sog. „Twitter-Box“ oder von einer „embedded timeline“ gesprochen.<sup>5</sup> Daneben besteht auch die Möglichkeit, einzelne Twitter-Nachrichten einzubinden. Bezüglich der mittels HTML-Code vorgenommen Einbindung von Twitter-Inhalten bleibt darauf hinzuweisen, dass sich der eingebettete Inhalt grafisch hervorhebt und damit für den Besucher der Newsseite als Twitter-Inhalt erkennbar ist.

#### 4. Praktische Relevanz

Alle der aufgezeigten Einbindungsvarianten werden von Newswebseitenbetreibern regelmässig eingesetzt. Die Umsetzung ist technisch einfach und durch den Einbezug von Social-Media-Inhalten wird das Angebot für die Nutzer der Webseite abwechslungsreicher und attraktiver. Ausserdem kann damit die eigene Aktivität des Webseitenbetreibers in den sozialen Medien gefördert und multipliziert werden. Gerade im Rahmen von Berichterstattungen über weltweit bedeutende Ereignisse bietet es sich an, auf der Newswebseite einzelne Tweets oder einen Twitter-Feed einzubinden, um das eigene Angebot dynamisch zu gestalten und aufzuwerten.<sup>6</sup>

### III. Rechtliche Einordnung

#### 1. Ausgangslage

Wie vorstehend gezeigt wurde, handelt es sich bei der Einbindung von Social-Media-Inhalten mittlerweile um ein gebräuchliches und bewährtes Mittel, um eine Berichterstattung auf einer Newswebseite zu illustrieren und aufzuwerten. Dabei stellt sich aus Sicht der Webseitenbetreiber die Frage, inwiefern eine persönliche Verantwortlichkeit bezüglich der eingebundenen Inhalte besteht und mit welchen Haftungsrisiken sie konfrontiert sind.<sup>9</sup>

Die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Webseitenbetreibern soll nachstehend nach Massgabe der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zum Persönlichkeitsschutz sowie anhand der (bisher eher spärlich) vorhandenen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Drittinhalte erörtert und diskutiert werden. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem Urteil des Bundesgerichts zum Fall „Tribune de Genève“, in dem eine Mitverantwortlichkeit des Webseitenbetreibers für Drittinhalte bejaht wurde.<sup>10</sup>

#### 2. Rechtliche Grundlagen des Persönlichkeitsschutzes

Selbstverständlich können auch Inhalte in den sozialen Medien die Persönlichkeit einer Person verletzen. Dabei ist namentlich an die Konstellation zu denken, bei der eine persönlichkeitsverletzende Äusserung über ein soziales Medium verbreitet wird und durch den Einbezug auf einer Newswebseite abgerufen bzw. zur Kenntnis genommen werden kann.<sup>11</sup>

Der Schutz der Persönlichkeit ist in Art. 27 ff. ZGB geregelt. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann nach Art. 28 Abs. 1 ZGB „zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen“. Da es sich beim Persönlichkeitsrecht um ein absolutes, gegenüber jedermann wirkendes Recht handelt, ist jede Verletzung der Persönlichkeit *a priori* widerrechtlich, sofern nicht ein (vom Verletzer nachzuweisender) Rechtfertigungsgrund vorliegt.<sup>7</sup> Ein Verschulden des Verletzers ist dabei nicht erforderlich.<sup>8</sup> Dem Verletzten stehen nach Art. 28a ZGB Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu. Ferner sieht das Gesetz reparatorische Ansprüche vor, wobei bezüglich der Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aufgrund des Verweises auf die obligationenrechtlichen Haftungsbestimmungen vom Verletzer ein schuldhaftes Verhalten verlangt wird.<sup>9</sup>

Eine Verletzung der Persönlichkeit ist auch denkbar, wenn die auf einer Social-Media-Plattform bereitgestellten Informationen von einem Newswebseitenbetreiber ohne oder entgegen des Rechts verwendet werden. Diese Konstellation wäre – auch unter Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformbetreiber – gesondert zu prüfen, soll vorliegend jedoch nicht näher erörtert werden. Immerhin ist diesbezüglich zu erwähnen,<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Vgl. ausführliche Informationen zu den Einbindungsmöglichkeiten von Twitter-Nachrichten auf der Entwickler-Webseite von Twitter unter <https://dev.twitter.com/web/embedded-timelines> (zuletzt abgerufen am 1. Juli 2017).

<sup>6</sup> Vgl. Berichterstattung auf NZZ online über den Trauerakt für den ehemaligen deutschen Bundeskanzler Helmut Kohl, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/international/trauerakt-im-eu-parlament-europa-trauert-um-helmut-kohl-ld.1303821>.

<sup>7</sup> BSK ZGB-I-MEILI, Art. 28, N. 45 f.

<sup>8</sup> Urteil 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013 E. 6.2; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, S. 166 f.

<sup>9</sup> BSK ZGB-I-MEILI, Art. 28a N. 16.

dass sich das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid auf den Standpunkt gestellt hat, dass öffentlich aufrufbare Tweets grundsätzlich öffentlich sind.<sup>10</sup> Diese Klarstellung ist zu begrüßen.

### 3. Urteil 5A\_792/2011

#### a. Erwägungen des Bundesgerichts

<sup>14</sup> Zur Beurteilung der Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber für einbezogene Drittinhalte erscheint es hilfreich, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verantwortlichkeit von Blogbetreibern heranzuziehen. Als „leading case“ gilt nach wie vor das Urteil zum Fall „Tribune de Genève“ aus dem Jahr 2013.<sup>11</sup> Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine in Ihrer Persönlichkeit verletzte Person klagte gegen ein Medienunternehmen, das Dritten eine Webseite zur Verfügung stellte, auf der Blog-Einträge verfasst und veröffentlicht werden konnten. Einer dieser Einträge – redaktionell völlig unabhängig vom Medienunternehmen – enthielt persönlichkeitsrechtlich relevante Äusserungen über den Kläger. Im Zentrum der bundesgerichtlichen Beurteilung stand die Passivlegitimation des Medienunternehmens und damit die Frage, ob es als Betreiber der Blog-Seite eine Mitverantwortung für persönlichkeitsverletzende Äusserungen trägt.<sup>12</sup> Das Bundesgericht bejahte die Frage und hielt fest, dass der Abwehrensanspruch des Verletzten gegenüber jedem bestehe, der objektiv an der Entstehung oder Verbreitung der Verletzung mitwirkt. Das Medienunternehmen habe für die Verletzung einzustehen, unabhängig davon, ob es als direkter Verletzer tätig werde oder ob seinem Tatbeitrag nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Unter Verweis auf die Botschaft zur Revision des ZGB<sup>13</sup> führte es weiter aus, dass ein haftungsbegründetes Verhalten vorliege, wenn eine Person die Verletzung begründe, zulasse oder fördere. Dabei sei es ohne Belang, ob der Person ein Fehlverhalten vorgeworfen werden könne, handle es sich doch um eine verschuldensunabhängige Haftung.<sup>14</sup>

<sup>15</sup> Damit bestätigte das Bundesgericht seine bisherige, vor allem mit Blick auf die klassische Mediennutzung und -verbreitung entwickelte Rechtsprechung, die jedoch bei der Beurteilung von Online-Sachverhalten oftmals nicht als sachgerecht erscheint.<sup>15</sup> Den Bundesrichtern ist dies nicht verborgen geblieben. Sie räumten ein, dass diese Rechtsprechung im Bereich der Haftung im Internet unter Umständen „gravierende Konsequenzen“ [„graves conséquences“] haben könnte. Diese auszugleichen sei jedoch nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sondern des Gesetzgebers.<sup>16</sup>

#### b. Anwendbarkeit der bundesgerichtlichen Erwägungen auf einbezogene Drittinhalte?

<sup>16</sup> Nachdem der Gesetzgeber bisher nicht tätig geworden ist, bleibt zu fragen, inwiefern diese Rechtsprechung auf die Einbindung von Social-Media-Inhalten anwendbar ist. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall agierte das Medienunternehmen als sog. Hosting-Provider, indem es den Blogbetreibern Speicherplatz auf ihrem Server zur Verfügung stellte und damit eine Verantwortlichkeit begründete. Dabei ist zunächst der Fall zu betrachten, bei dem Social-Media-Inhalte lokal auf dem Server des Webseitenbetreibers abgespeichert und in die Webseite integriert werden, etwa als Bilddatei. Auf diesen Fall lässt sich die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne weiteres anwenden. Der Webseitenbetreiber agiert hier gewissermassen als Informationslieferant, zuweilen auch als Content-Provider bezeichnet<sup>17</sup>, der Informationen, mögen diese auch fremd sein<sup>18</sup>, selbständig zur Verfügung stellt. Es scheint unbestritten, dass der Verbreiter solcher Informationen verantwortlich gemacht werden kann.

<sup>17</sup> Anders verhält es sich, wenn die Informationen mittels HTML-Code auf die Newswebseite eingebunden werden (sog. Framing). Wie bereits erläutert, werden in solchen Fällen keine Informationen lokal auf dem Server des Webseitenbetreibers abgelegt. Der Newswebseite kommt gewissermassen die Funktion eines Spiegels zu. Fremde Informationen werden zwar auf deren Oberfläche dargestellt, sie sind aber dem Einfluss der Redaktoren entzogen. Diese können lediglich die Verlinkung löschen und damit die Twitter-Box („embedded timeline“) gesamthaft entfernen.

<sup>10</sup> Urteil 5A\_195/2016 vom 4. Juli 2016 E. 5.3; MARKUS PRAZELLER/DAVID HUG, Twitter und Persönlichkeitsschutz, in: Jusletter vom 24. Oktober 2016.

<sup>11</sup> Urteil 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013.

<sup>12</sup> Weiterführend dazu NIK SCHOCH/MICHAEL SCHÜEPP, Provider-Haftung „de près ou de loin“, in: Jusletter 13. Mai 2013; ALEXANDER KERNEN, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seiner Kunden, in: Jusletter 4. März 2013.

<sup>13</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 5. Mai 1982, BBl 1982, 636 ff.

<sup>14</sup> Urteil 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013 E. 6.2.

<sup>15</sup> Dazu auch NIK SCHOCH/MICHAEL SCHÜEPP, Provider-Haftung „de près ou de loin“, in: Jusletter 13. Mai 2013; ALEXANDER KERNEN, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seiner Kunden, in: Jusletter 4. März 2013.

<sup>16</sup> BGer 5A\_792/2011, E. 6.3.

<sup>17</sup> Zur berechtigten Kritik an dieser Bezeichnung: DAVID ROSENTHAL, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: Peter Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, 2007, N. 11.

<sup>18</sup> Was im Übrigen in der journalistischen Arbeit nicht als aussergewöhnlich zu gelten hat. Eine Hauptaufgabe von Journalisten besteht darin, Informationen Dritter zu sammeln, einzuordnen und zu verbreiten.

Im Gegensatz zu den Betreibern von Social-Media-Plattformen oder Blogforen handelt es sich bei den Webseitenbetreibern eben gerade nicht um Hosting-Provider.<sup>19</sup> Deren Beitrag beschränkt sich vielmehr auf die Vergrößerung des Wahrnehmungsradius' von Social-Media-Inhalten.

Damit leistet der Newsseitenbetreiber, um die bundesgerichtlichen Ausführungen im zitierten Entscheid aufzunehmen, einen Tatbeitrag zur Förderung der Verletzung, indem diese auf eine Webseite eingebunden und damit unter Umständen einem Publikum zugänglich gemacht wird, das bisher über die verbreitende Social-Media-Plattform nicht auf den persönlichkeitsverletzenden Beitrag aufmerksam geworden wäre. Darin kann ein Mitwirken an einer Persönlichkeitsverletzung gesehen werden, wie es in Art. 28 Abs. 1 ZGB verlangt wird. Für eine Verantwortlichkeit des Webseitenbetreibers spricht sodann der Umstand, dass sich der verantwortliche Redaktor ganz bewusst dazu entschlossen hat, fremde Inhalte auf der Webseite verfügbar zu machen, und damit eventuelle Risiken in Kauf nimmt. Nichts zu Gunsten des Webseitenbetreibers abzuleiten ist auch aus den Erwägungen des Bundesgerichts in einem kürzlich ergangenen Urteil zum „Fall Hirschmann“. Mit Bezug auf Weblinks hat das Bundesgericht zwar ausgeführt, dass es für eine Mitwirkung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB nicht genügt, wenn eine Newswebseite einen allgemeinen Link auf eine Webseite enthält, auf der sich persönlichkeitsverletzende Inhalte finden, da eine derartige Verlinkung zu unspezifisch sei, um die Verletzung durch einen konkreten Medienbericht verursachen, ermöglichen oder begünstigen zu können.<sup>20</sup> Diese Feststellungen wurden in der Lehre begrüsst<sup>21</sup>, wohl auch aus dem Grund, dass eine gegenteilige Auffassung einer realitätsfernen Ausweitung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gleichkäme, die kaum haltbar wäre. Die bundesgerichtliche Feststellung bezieht sich auf den Fall, bei dem zwei Webseiten über einen allgemeinen Link derart lose und ohne einen konkreten Bezug zur Verletzungshandlung verbunden sind, dass nicht von einer Mitwirkungshandlung ausgegangen werden kann. Im gleichen Entscheid hält das Bundesgericht jedoch fest, dass die Frage der Verantwortlichkeit gesondert zu prüfen sei, wenn auf der Webseite spezielle Links zu den (Dritt-)Artikeln mit den persönlichkeitsverletzenden Inhalten gesetzt werden.

Mit anderen Worten: Die Einbindung von fremden Inhalten auf Newswebseiten beinhaltet das virulente Risiko für den Betreiber der Webseite, für die eingebundenen Drittinhalte zivilrechtlich verantwortlich und haftbar zu sein. Diese Konsequenz erscheint vor dem Hintergrund der Medienwirklichkeit, der Tatsache, dass keine fremden Daten gehostet werden, und der nur sehr beschränkten Einflussmöglichkeit der Webseitenbetreiber, mir als unangemessen. Es ist zu prüfen, unter welchen Umständen de lege lata eine Beschränkung der Verantwortlichkeit von Webseitenbetreibern für Social-Media-Inhalte möglich ist.

#### 4. Sorgfaltspflichtverletzung des Webseitenbetreibers?

Es ist zu fragen, ob das geltende Recht Raum lässt, um den Betreiber einer Newswebseite mit einem haftungsbegründenden Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung zu privilegieren. Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung läge in diesem Fall nur vor, wenn der Betreiber Sorgfaltspflichten verletzt hat. Dagegen spricht zunächst die dogmatische Einordnung von Persönlichkeitsverletzungen: Das Verschulden ist keine Haftungsvoraussetzung für die Ansprüche nach Art. 28a Abs. 1 ZGB.<sup>22</sup> Die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung wird jedoch herkömmlicherweise im Rahmen des Verschuldens geprüft und bleibt daher zumindest für die negatorischen Ansprüche in Art. 28a Abs. 1 ZGB, die kein Verschulden des Verletzers voraussetzen, ohne Relevanz.<sup>23</sup> Diese Argumentation begnügt sich m.E. mit der dogmatischen Verortung des Sorgfaltsbegriffes, ohne sich mit der Medienrealität auseinanderzusetzen. Es darf als unbestritten gelten, dass sich die Aufgaben von Medienschaffenden, gerade was die Informationsbeschaffung und -bewirtschaftung im Internet betrifft, in den letzten Jahren erheblich verändert haben. Es ist daher zu fordern, bei der Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen diesen Veränderungen Rechnung zu tragen. Dabei ist zu beachten, dass dem Webseitenbetreiber einzig aufgrund seiner blossen Mitwirkung durch Einbindung von fremden Inhalten kein haftungsbegründendes Verhalten vorgeworfen werden soll, führte dies doch in letzter Konsequenz zu einer unverhältnismässigen Ausweitung der Haftung.<sup>24</sup> Dies hat in besonderem Masse zu gelten, da die Einflussmöglichkeiten von Webseiten-Betreibern in diesem Zusammenhang äusserst beschränkt sind. Wie bereits ausgeführt, kommt ihnen in letzter Konsequenz einzig die Möglichkeit einer Entfernung des HTML-Codes zu. Eine Filterung oder Vorselektion der angezeigten Nachrichten – zu denken ist hier an die sog. Twitter-Box – scheidet

19 Zum Begriff: ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, 2. Auflage 2010, S. 369.

20 Urteil 5A\_658/2016 vom 6. Mai 2015 E. 4.2. – vgl. dazu auch den Beitrag «Ein Schrecken ohne Ende» im vorliegenden Newsletter 21 HRUBESCH-MILLAUER/THOMMEN, Personenrecht und Einleitungsartikel – ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015, AJP 2016, S. 838, 845

22 BGE 141 III 513 E. 5.3.1; BSK ZGB-I-MEILI, Art. 28a N. 16.

23 BGE 126 III 161 = Pra 90 (2001) Nr. 80, 469; PHILIPP FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Diss. 2009, S. 279 ff.

24 So bezüglich der Provider-Haftung auch: PHILIPP FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Diss. 2009, S. 274 ff..

in der Regel aus, besteht doch der Reiz dieses Instruments vor allem in seiner Schnelligkeit und der direkten Interaktion mit den Nutzern: Im Moment, in dem ein Nutzer einen Tweet veröffentlicht, wird dieser auf der Newswebseite angezeigt. Für Löschungs- und/oder Selektierungsmassnahmen, wie sie etwa im Bereich von Leserkomentaren üblich sind, bleibt in diesem Fall kein Platz bzw. keine Zeit.

- 21 Würde man nun den Webseitenbetreiber gleichsam für persönlichkeitsverletzende Einträge von Dritten verantwortlich machen, würde man etwas von ihm verlangen, das zu erbringen er nicht in der Lage ist. Im Gegensatz zum Webseiten-Betreiber kommt der Druckereibetreiber<sup>25</sup>, dem Verkäufer am Kiosk<sup>26</sup> oder der viel zitierten Zeitungsverträgerin<sup>27</sup> bei Persönlichkeitsverletzung in Printmedien zumindest eine theoretische Möglichkeit zu, die Mitwirkung an der Verletzung zu verweigern.
- 22 Dies vorausgesetzt, stellt sich vorliegend die Frage, wie eine geforderte Haftungsbeschränkung dogmatisch zu begründen wäre. In der Lehre wurden im Zusammenhang mit der Provider-Haftung diverse Lösungsansätze diskutiert.<sup>28</sup> Ausgehend davon, dass von einem Rechtssubjekt nur Mögliches verlangt werden soll, erscheint der Vorschlag, den Anwendungsbereich von Art. 28 Abs. 1 ZGB mittels teleologischer Reduktion einzuschränken<sup>29</sup>, m.E. dogmatisch am überzeugendsten.
- 23 Für eine haftungsbeschränkende Auslegung von Art. 28 Abs. 1 ZGB spricht im Übrigen auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit widerrechtlichen Äusserungen von Dritten durch Medienschaffende.<sup>30</sup> In einem unveröffentlichten Entscheid hielt das Bundesgericht bereits in den 1990er-Jahren fest, dass die Verbreitung von widerrechtlichen Äusserungen durch ein Medium unter gewissen Umständen rechtmässig sein kann. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn die fremde Äusserung „vollständig und wahrheitsgetreu dargestellt wird (objektiv richtige Wiedergabe), als solche gekennzeichnet ist und nicht als Originalmeinung des Verbreiters, gewissermassen die eigene Sicht aufzeigend, erscheint (erkennbare Distanzierung) und die Kenntnis davon für den Leser von Wert (Informationsinteresse) ist.“<sup>31</sup>
- 24 Mit dieser Rechtsprechung hat des Bundesgericht, etwas überspritzt formuliert, Haftungsvoraussetzung für fremde Persönlichkeitsverletzungen um das Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung ergänzt. Dem Journalist muss demnach die Möglichkeit zukommen, im öffentlichen Interesse eine persönlichkeitsverletzende Äusserung zu verbreiten, sofern dies für den Leser transparent ist. Dies hat nach der hier vertretenen Auffassung auch für den Betreiber von Newswebseiten zu gelten, wenn er Social-Media-Inhalte einbezieht, ohne diese auch tatsächlich zu hosten. Dafür spricht auch die Funktionsweise der Einbindung und die optische Darstellung eines Social-Media-Inhalts. Um beim Beispiel der Twitter-Box zu bleiben: Diese hebt sich, wie erwähnt, grafisch von der übrigen Webseite ab und ist für die Leserin in aller Regel als Drittinhalt erkennbar. Sodann wird sie, gerade weil sie nur einbezogen, aber nicht verändert wird, objektiv richtig wiedergegeben. Schliesslich dürften die Medienrealität und die Verbreitung der sozialen Medien für ein bestehendes Informationsinteresse sprechen, wie dies vom Bundesgericht gefordert wird.

## 5. Der Webseitenbetreiber als Content-Provider der eingebetteten Inhalte?

- 25 Zu erörtern bleibt an dieser Stelle, ob der Webseitenbetreiber mit der Einbettung von Social-Media-Inhalten zum eigenständigen Content-Provider wird, wie dies verschiedentlich vertreten wird.<sup>32</sup> Nach dieser Auffassung hat als Content-Provider zu gelten, wer fremde Inhalte mittels Inline Links und Frames auf die eigene Webseite integriert. In diesem Umfang haftet der Content-Provider auch für „zu Eigen gemachte Inhalte“.<sup>33</sup> Dieser Auffassung ist im Grundsatz zuzustimmen, dennoch erscheint sie im hier zu untersuchenden Fall nicht als sachgerecht. Anzuknüpfen ist daher an das Erfordernis des „Zu-Eigen-Machens“. Eine solche Vereinnahmung liegt im beschriebenen Fall gerade nicht vor, ist für die Besucher der Webseite doch jederzeit ersichtlich, dass es sich um einen fremden, eingebetteten Inhalt handelt. Aus diesem Grund können die von der Lehre entwickelten Grundsätze zur Haftung für Links nicht *tel quel* auf die vorliegende Problematik übertragen werden.

---

25 BGE 126 III 161 = Pra 90 (2001) Nr. 80, 469.

26 BGE 113 II 216.

27 CHRISTOPH BORN, Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?, Medialex 2001, S. 14.

28 Eine gute Übersicht liefert ALEXANDER KERNEN, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden, in: Jusletter 4. März 2013, N. 16.

29 PHILIPP FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Diss. 2009, S. 278 f; vgl. auch DAVID ROSENTHAL, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: Peter Jung (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, 2007, N. 65; KERNEN, a.a.O.

30 Zum Ganzen: CHRISTOPH BORN, Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?, Medialex 2001, S. 14.

31 Medialex 1996, S. 41 ff.

32 ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, 2. Auflage 2010, S. 500 f.

33 ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, 2. Auflage 2010, S. 501.

---

**Zusammenfassung** Der Einbezug von Social-Media-Inhalten in Online-Artikel auf Newswebseiten gehört heute zum guten Ton. Die verschiedenen Social-Media-Plattformen stellen entsprechende Tools und Anleitungen zur Verfügung und fördern die Integration ihrer Inhalte auf Drittplattformen. Die Betreiber von Newswebseiten ihrerseits erhalten damit die Möglichkeit, die bereitgestellte Berichterstattung aufzuwerten und dynamisch zu gestalten.

Mit dem Einbezug von Drittinhalten wirkt der Betreiber an der Verbreitung der Drittinhalte mit. Ausgehend von der dogmatischen Einordnung der Persönlichkeitsverletzung und der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts führt dies zum Schluss, dass der Betreiber für persönlichkeitsverletzende, auf der Webseite einbezogene Drittinhalte verantwortlich ist. Dies selbst dann, wenn die Drittinhalte weder auf dem Server des Betreibers abgespeichert sind, noch in der Berichterstattung journalistisch eingeordnet werden. Dies kann zu stossenden Ergebnissen führen, fehlt es dem Webseitenbetreiber doch in aller Regel an der faktischen Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf die einbezogenen Inhalte. Es ist daher zu fordern, den Mitwirkungsbegriff in Art. 28 Abs. 1 ZGB einzuschränken und die Haftungsvoraussetzung – nach Massgabe einer älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts – um ein normatives Element zu ergänzen.

---





**Jascha Schneider-Marfels**, Dr. iur., Partner der Anwaltskanzlei Balex in Basel, ist spezialisiert auf Wirtschafts- und Medienrecht. Er vertritt zahlreiche Schweizer Medienunternehmen, insbesondere aus der TV-Branche und ist Delegierter Sendeunternehmen bei SWISSPERFORM. Zudem verfügt er über einen Lehrauftrag an der Universität Basel und ist Präsident einer Raiffeisenbank.

## Admeira – unheilsame Allianz oder Modell für die Zukunft?<sup>1</sup>

### Zwischenbilanz nach einem Jahr Tätigkeit des Joint-Ventures von Swisscom, Ringier und SRG auf rechtlich ungeklärter Basis

**Résumé** En 2015, un cri d'exclamation a traversé la branche des médias quand Swisscom, Ringier et SSR ont annoncé une société commune pour commercialiser la publicité. Une année après le joint-venture Admeira a commencé son travail, l'auteur tire un bilan intermédiaire. Il constate qu'après l'autorisation du projet par la COMCO, s'est un particulier la situation juridique de la radiodiffusion qui se montre complexe. Il est vrai que l'autorité de la radiodiffusion a nié l'admissibilité de la publicité targeted-tv mais elle est convaincue que le projet planifié n'entrave pas les autres entreprises des médias. La procédure est actuellement devant le Tribunal fédéral. C'est à ce tribunal de juger si c'était admissible de nier la position de partie aux entreprises des médias qui se sont opposées à la fusion.

#### 1. Ausgangslage

Die Medienbranche befindet sich weltweit im Umbruch und ist auch in der Schweiz von einem tiefgreifenden Strukturwandel geprägt.<sup>2</sup> Besonders die gedruckte Presse ist davon betroffen. Das Werbevolumen und die Anzahl an Printtiteln hat in den letzten Jahren signifikant abgenommen. Die Rolle der unabhängigen Medien in ihrer Eigenschaft als Public Watchdog und als Bindeglied zwischen Staat und Öffentlichkeit<sup>3</sup> stehen auf dem Spiel. Die Schweizer Medienunternehmen suchen daher nach Lösungen, wie sich in Zukunft hochwertiger und unabhängiger Journalismus finanzieren lässt, der für das Funktionieren einer Demokratie<sup>4</sup> unerlässlich ist. Während die Politik intensiv über den Inhalt, den Umfang und die Finanzierung des „Service Public“ diskutiert und der Bundesrat im Begriff ist, den Vorschlag für ein neues Mediengesetz auszuarbeiten<sup>5</sup>, sind drei Unternehmen vorgeprescht: Swisscom AG, Ringier AG und die SRG, der öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter haben im Sommer 2015 eine gemeinsame Werbevermarktungsgesellschaft angekündigt. Ihr Plan besteht darin, mit innovativen Werbeprodukten den internationalen Mediengiganten wie Google die Stirn zu bieten.<sup>6</sup> Ein mutiges Unterfangen, welches zweifelsohne nicht unerhebliche unternehmerische Risiken in sich birgt und geeignet ist, massive Kollateralschäden in der Schweizer Medienlandschaft zu hinterlassen. Zeit für eine erste Zwischenbilanz.

1 Dieser Aufsatz basiert auf einem gleichnamigen Referat, welches der Verfasser am Kongress der Deutschen Verlagsjustiziere am 20. Juni 2017 in Freiburg Breisgau hielt. Der Autor legt zudem offen, dass er TAMEDIA sowie den Verband Schweizer Medien in einem Gerichtsverfahren gegen die SRG betreffend ADMEIRA vertritt und Legal Counsel von TELESUISSE ist.

2 Sicherung der staats- und demokratiepolitischen Funktionen der Medien, Bericht des Bundesrates vom 5. Dezember 2014 in Erfüllung der Motion 12.3004 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N), S. 1, 29 f.

3 BGE 137 I 8, E. 2.5; m.w.H. BRUNNER/BURKERT, St. Galler Kommentar zu Art. 17 BV, Rz. 13.

4 Vgl. Michael Widmer, Das Verhältnis zwischen Medienrecht und Medienethik, Diss. Bern 2003, 8 f.

5 Jan Flückiger, Leuthards Stosstrup für die SRG, in: NZZ-Online vom 25. Januar 2017.

6 SRG, Ringier und Swisscom bündeln ihre Werbevermarktung, in: Tages-Anzeiger-Online vom 17. August 2015.

## 2. Historischer Abriss

- 2 Um die aktuellen Zusammenhänge, welche in der Schweizer Medienlandschaft bestehen, besser verstehen zu können, erscheint ein Blick in die jüngere Vergangenheit unumgänglich. Anfang des 20. Jahrhunderts war die Schweizer Medienlandschaft von einer beachtlichen Zeitungsvielfalt geprägt. Es herrschte ein Binnenpluralismus, d.h. die Inhalte in den Zeitungen zeichneten sich durch Neutralität aus, um dem Leser eine möglichst breite Vielfalt an Meinungen zu bieten (Forumsprese).<sup>7</sup>
- 3 Die Printprodukte erhielten in den 20er-Jahren erstmals Konkurrenz durch das Aufkommen des Radios, welches sich nicht selten im Umfeld von Flughäfen ansiedelte. Private Radio-Sender sendeten auf den Frequenzen des Towers, wenn diese für den Flugbetrieb nicht benötigt wurden. Die Verlagshäuser erkannten die Gefahr für ihre Geschäftsmodelle rasch. Sie setzten durch, dass die Radiosender keine Werbung senden durften und überdies publizistisch beschränkt wurden. Es galt das Motto: Print vor Funk. Es erstaunt kaum, dass sich der private Rundfunk unter diesen Rahmenbedingungen nicht durchzusetzen vermochte und letzten Endes an der Finanzierung scheiterte. Nach zahlreichen Pleiten und Zusammenschlüssen von Radio-Clubs wurde 1931 das Rundfunkmonopol der SRG begründet.<sup>8</sup> In den Folgejahren entwickelte sich ein publizistisches Nebeneinander zwischen privaten Medienunternehmen („Forumsprese“) und öffentlich-rechtlichem Rundfunk („Service Public“).
- 4 Erst 1983 gestatte der Bundesrat erstmals wieder private Rundfunksender auf lokaler Ebene und lockerte zeitgleich das unternehmerische Korsett der SRG. Das Fernsehmonopol fiel sogar erst viel später, nachdem die ausländische Konkurrenz die Werbefenster entdeckt und zahlreiche Werbekunden abgeworben hatte. Ein politischer Sündenfall, unter dem der Schweizer TV-Markt noch heute leidet. Dennoch entstanden zahlreiche TV-Sender – mit unterschiedlichem Erfolg. Erwähnenswert ist auch ein bis heute andauerndes Chanel-Sharing im TV-Bereich zwischen einigen Verlagshäusern und der SRG („Presse-TV“). Der wiederbelebte private Rundfunk hat das publizistische Angebot bereichert. Insbesondere der Beitrag der lokalen Veranstalter zur Angebots- und Meinungsvielfalt ist mittlerweile anerkannt („Service Public régional“).<sup>9</sup>
- 5 Zusammenfassend ist ein duales System zu erkennen, welches feinsäuberlich austariert ist.<sup>10</sup> Diese Balance ist als Stützpfiler der direkten Demokratie der Schweiz zu qualifizieren: Ein Volk kann nur dann mit dem nötigen Sachverstand über Gesetzesvorlagen bzw. Sachthemen abstimmen, wenn im Land eine angemessene Angebots- und Meinungsvielfalt herrscht, welche es dem Bürger ermöglicht, sich eine eigene Meinung zu bilden. Der Verfassungsgeber hat die Bedeutung dieses Gleichgewichts erkannt und in Art. 93 Abs. 3 BV das Gebot der Rücksichtnahme verankert: Radio und Fernsehen haben auf die Stellung und die Aufgaben anderer Medien, vor allem der Presse, Rücksicht zu nehmen.

## 3. Heutige Situation

- 6 Der Schweizer Medienmarkt ist allgemein von Ressourcenknappheit geprägt. Ferner leidet er unter einem Over-Spill Effekt: Lediglich 12 Prozent aller am Kiosk verkauften Printtitel stammen aus der Schweiz.<sup>11</sup> Es erstaunt daher nicht, dass auch privaten Medienunternehmen – wenn auch im Vergleich zur SRG in beschränktem Ausmass – von staatlicher Förderung profitieren, wie z.B. die indirekte Presseförderung (reduzierter Mehrwertsteuersatz für Druckerzeugnisse<sup>12</sup>, Verbilligung der Posttarife<sup>13</sup>) oder dem sog. Gebührensplitting, d.h. einem Anteil an den Rundfunkgebühren für gewisse lokale Radio- und Fernsehveranstalter<sup>14</sup>.
- 7 Derzeit existieren in der Schweiz sechs namhafte private Verlagshäuser, welche rund 3 Mrd. CHF Umsatz pro Jahr erzielen. Hinzu kommt die SRG, welche gebührenfinanziert ist und jährlich über ein Budget von 1.6 Mrd. CHF verfügt. Im Jahr 2015 wurden täglich noch 2.6 Mio. Zeitungen gelesen. Zum Vergleich: Im Internet weisen die publizistischen Webseiten im selben Zeitraum rund 6.3 Mio. Besucher täglich auf. Auch wenn diese Zahlen – Leser gegen Unique User – nur bedingt vergleichbar sind, verdeutlichen sie, wie das Internet an Bedeutung zugenommen

7 Vgl. <http://www.schweizermedien.ch/branchendaten/die-historische-entwicklung-der-presse> mit weiteren Hinweisen.

8 Ganzer Abschnitt: vgl. Schneider-Marfels, die Rundfunkgebühr in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, S. 30 ff. mit weiteren Hinweisen.

9 Vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl. 2003 1569, insbesondere S. 1601 ff.

10 Vgl. Daniel C. Hallin, Paolo Mancini (2004): Comparing Media Systems. Three Models of Media and Politics. Cambridge UK. Cambridge University Press, S. 66 ff.

11 Vgl. <http://www.schweizermedien.ch/branchendaten/das-mediensystem-schweiz-ein-uberblick>.

12 Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 9 MWSTG bzw. Art. 50 MWSTV.

13 Art. 16 Abs. 4 und 7 Postgesetz.

14 Art. 38 ff. RTVG.

hat.<sup>15</sup>

Erstaunlich gut gehalten hat sich der Rundfunk: Über 85 Prozent der Bevölkerung hören täglich Radio<sup>16</sup>, weit mehr als 60 Prozent schauen fern.<sup>17</sup> Die Werbeumsätze in der Rundfunkbranche sind derzeit als stabil zu bezeichnen. Brancheninsider erkennen jedoch langsam einen Abwärtstrend.

Mit dem Aufkommen des Internets begann sich auch in der Schweiz der Medienkonsum deutlich zu verändern – wenn auch langsamer als in anderen Ländern. Die Zeitungen verloren Leser, während die Rezipienten das Internet mit seinen Gratisnachrichten entdeckten. Die Anzahl der Prinntitel nahm in der Folge deutlich ab, insbesondere weil das Anzeigevolumen in den Zeitungen drastisch sank. Bis heute vermögen die Erträge im Internet die Verluste aus dem Printgeschäft nicht zu kompensieren. Die Verlagshäuser befinden sich in einer existenziellen Krise.<sup>18</sup> Das oben geschilderte Gleichgewicht, droht aus dem Lot zu geraten. Die klassischen Geschäftsmodelle haben ausgedient. Künftige Ertragsquellen werden im Internet gesucht.

Genau diesen Markt peilt auch die SRG an. Aus unternehmerischer und publizistischer Sicht ist es für sie ebenso unerlässlich, ihre Geschäftsfelder auf die neuen Medien auszudehnen.<sup>19</sup> Das führt zu einer Kollision von Interessen, die nicht diametraler sein könnten: Auf der einen Seite der öffentlich finanzierte Rundfunk, dessen Angebote grossmehrheitlich gebührenfinanziert sind und somit den Internetmarkt verzerren. Auf der anderen Seite die Verlagshäuser, welche die neuen Medien als logische Fortsetzung des Printmarktes für sich reklamieren und im Internet ihre einzige Chance für die Zukunft erblicken. Ein für beide Seiten wegweisender Kampf, welcher sicherlich nur vorläufig, jedoch wiederum unter Wahrung des Gebots der Rücksichtnahme entschieden ist: Die SRG darf im Internet tätig sein, ist dabei jedoch unternehmerisch (online-Werbeverbot) und publizistisch (Content muss Bezug zum Rundfunkangebot aufweisen) eingeschränkt, sodass der Markt möglichst wenig verzerrt wird.

Auch die TV-Branche steht vor grossen Herausforderungen, was am Beispiel des Replay-TV zu erkennen ist. Replay-TV erlaubt es u.a., die Werbung im Fernsehen zu überspringen. Weil Replay-TV von der Praxis als Privatkopie im Sinne von Art. 19 URG angesehen wird,<sup>20</sup> ist es den Sendern nicht gestattet, dieses „Überspulrecht“ selber zu vermarkten. Die aus den Tarifeinahmen des GT12, welcher das Replay-TV abdeckt, resultierenden Erträge sind indes viel zu gering. Die Sender sprechen von einem jährlichen Branchenschaden in der Grössenordnung von mittlerweile an die 100 Mio. CHF (Prognose 2017). Dass die TV-Sender in der Schweiz ihre Rechte am Replay-TV nicht direkt geltend machen können, bedroht nicht nur ihre klassischen Geschäftsmodelle, sondern erschwert auch die Erschliessung neuer Ertragsquellen (z.B. eigene Mediatheken).<sup>21</sup> Somit steht auch der Rundfunk vor einem tiefgreifenden Wandel – mit derzeit nicht abschätzbaren Auswirkungen auf den „Service Public“.

#### 4. Admeira: Zeitpunkt, Akteure und Idee

Das veränderte Rezipientenverhalten und die technische Entwicklung stellen sowohl die privaten Medienunternehmen als auch die SRG vor grosse Herausforderungen. Just in diesem Moment entschlossen sich drei Schweizer Grossunternehmen, Swisscom AG, Ringier AG und SRG, den Werbemarkt neu aufzumischen.

Swisscom ist der ehemalige staatliche Telekommunikationsanbieter, börsenkotiert und zu 51 Prozent im Staatsbesitz. Das Unternehmen beschäftigt 21'000 Mitarbeiter und hat im Jahr 2016 einen Umsatz von 11,643 Mrd. CHF erwirtschaftet. Swisscom ist mit grossem Abstand Marktleader und verfügt über eine Unmenge von Kundendaten und Profilen.<sup>22</sup>

Ringier ist vom Umsatz her gemessen das zweitgrösste Verlagshaus in der Schweiz. Es zählt 6'500 Mitarbeiter und hat im Jahr 2015 einen Umsatz von nahezu 950 Mio. CHF erzielt. Zum Konzern gehören die Titel «blick» und Energy-Radios. Daneben ist Ringier auch im Sportmarketing, Ticketverkauf und E-Commerce tätig. In diversen Ländern betreibt das Unternehmen Partnerschaften mit Axel Springer.<sup>23</sup>

15 Vgl. [www.schweizermedien.ch/branchendaten](http://www.schweizermedien.ch/branchendaten) mit weiteren Links (z.B. auf die grössten Schweizer Verlagshäuser und ihre Umsätze).

16 Mediapulse Radiopanel, Media Reporter Radio, DS/SR/SI, total Radio., 2. Semester 2016, Mo-So 24h.

17 Mediapulse TV, Tagesreichweite, TV-Total, Mo-So, 24h, all Platforms, Overnight +7, Ziegruppe: Personen 3+ (inklusive Gäste).

18 Pressevielfalt sichern, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Fehr 09.3629 und des Postulats der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-NR) 09.3980, insbesondere S. 8 ff.

19 Bericht zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service Public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien vom 17. Juni 2016, insbesondere S. 88 ff.

20 Beschlüsse der ESchK vom 30. November bzw. 17. Dezember 2012 im Genehmigungsverfahren betreffend den Gemeinsamen Tarif 12 (GT 12).

21 Weitere Infos zu diesem Thema finden sich u.a. auf der Webseite des IRF unter: <http://www.irf-radiotv.ch/de/catch-up-tv.html>.

22 Jahresbericht Swisscom AG 2016, S. 4 ff.

23 Jahresbericht Ringier AG 2015, S. 7 ff.

Die SRG ist als Verein konstituiert. Ihr Mitarbeiterbestand beträgt 6'100. Der Umsatz beträgt 1,6 Mrd. CHF, davon sind rund 1,2 Mrd. Rundfunkgebühren. Der Marktanteil beim Radio liegt bei 65 Prozent, bei TV bei rund 30 Prozent. Die Webseite der SRG zählt gemäss eigenen Angaben rund 1,8 Mio. Unique Users.<sup>24</sup>

- 16 Die Verbindung dieser drei Unternehmen führt zu einer geballten Marktmacht. Ziel ist es, die Daten und das Know-How der Unternehmen zu vernetzen, um damit neue Werbeformen einführen zu können. Allen voran steht Targeted-TV-Werbung, welche eingesetzt werden soll, um neue Werbemärkte zu erschliessen. Swisscom, Ringier und SRG bieten den Schweizer Medienunternehmen an, sich als Kunden an Admeira zu beteiligen. Das Gemeinschaftsunternehmen setzt sich zum Ziel, den Schweizer Markt gegen Google und Co. zu verteidigen.<sup>25</sup>

## 5. Aufschrei in der Medienbranche

- 17 Die Ankündigung, ein gemeinsames Vermarktungsunternehmen zu gründen, hat in der Medienbranche ein regelrechtes Entsetzen ausgelöst. Im Zentrum der Kritik steht die Verbindung von Grossunternehmen mit einem öffentlich-rechtlichen und mit staatlichen Geldern finanziertem Medienhaus. Der Branchenverband befürchtet, dass dadurch eine Marktmacht entstehen könnte, nicht zuletzt auch deshalb, weil die Konkurrenz nicht in der Lage sei, ähnliche Produkte anzubieten. Diese Marktmacht würde zu einer Destabilisierung des Mediensystems führen. Ferner bestehe das Risiko, dass gebührenfinanzierte Güter der SRG in den privaten Markt transferiert werden. Bemängelt wurde auch, dass die Werberestriktionen der SRG, insbesondere das online-Werbeverbot, umgangen werden. Die Medienhäuser stellen sich zudem auf den Standpunkt, dass eine Teilnahme zur Abhängigkeit von der Konkurrenz führen würde. Nicht geregelt seien zudem rundfunkfinanzierungsrechtliche Fragen, insbesondere betreffend Quersubventionierung und Überkompensation. Schliesslich sei nicht geregelt, ob der Gebührenzahler mittelbar das wirtschaftliche Risiko trägt und bei Verlust oder Scheitern den Anteil der SRG tragen muss.<sup>26</sup>

## 6. Rechtliche Herausforderungen

- 18 Das Unterfangen birgt auch rechtliche Herausforderungen in sich. Insbesondere stellen sich kartell- und rundfunkrechtliche Fragen. Die Wettbewerbskommission (WEKO) gelangte in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 zum Schluss, dass durch den Zusammenschluss im Bereich der Werbevermarktung zwar ein starkes Unternehmen entstehe, der wirksame Wettbewerb in den bestehenden Märkten jedoch nicht beseitigt würde. Hinsichtlich zielgruppengerichteter TV-Werbung sei die Marktentwicklung noch ungewiss und könne nicht prognostiziert werden. Die WEKO genehmigte daher das Vorhaben.<sup>27</sup>
- 19 Deutlich komplexer gestaltete sich das Verfahren vor der Rundfunkbehörde (BAKOM und UVEK). Die SRG geniesst auf dem freien Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrenten selbst dann faktische Wettbewerbsvorteile, wenn sie eine rein kommerzielle Tätigkeit weder mit Gebührengeldern querfinanziert, noch ihre starke Marktposition in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise missbraucht.<sup>28</sup> Entsprechend bringt Art. 29 RTVG zum Ausdruck, dass neben dem Kartellgesetz, welches auf das Funktionieren des Wettbewerbs ausgerichtet ist, zusätzliche kommerzielle Schranken im rundfunkrechtlichen Bereich bestehen, um die mediale Angebots- und Meinungsvielfalt zu gewährleisten und publizistischen Wettbewerb im Dienste einer demokratischen Meinungsbildung zu erhalten.<sup>29</sup>
- 20 Die Rundfunkbehörde verneinte die Zulässigkeit von Targeted-TV-Werbung und kam zum Schluss, dass für diese neue Werbeform die Konzession der SRG und allenfalls auch die rechtlichen Grundlagen angepasst werden müssten.<sup>30</sup> Darüber hinaus prüfte die Rundfunkbehörde in Anwendung von Art. 29 RTVG, ob die geplante neue Tätigkeit den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränken würde. In solchen Fällen sieht das Gesetz vor, dass der SRG Auflagen zur Geschäftstätigkeit, zur Finanzierung, zur Trennung der Rechnungsführung und zur organisatorischen Trennung gemacht werden können oder die Tätigkeit gar untersagt werden

24 Geschäftsbericht SRG 2015, S. 10 ff.

25 vgl. Medienmitteilung von SRG, Swisscom und Ringier vom 17. August 2015: „Innovative Werbeangebote für die Schweiz: Ringier, SRG und Swisscom bündeln die Vermarktung ihrer Werbedienstleistungen, <https://www.swisscom.ch/de/about/medien/press-releases/2015/08/20150817-MM-Innovative-Werbeangebote-fuer-die-Schweiz.html>.

26 Vgl. statt vieler: Stellungnahme des Verbands Schweizer Medien vom 30. September 2015 ans UVEK betreffend Admeira.

27 Stellungnahme der WEKO vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0772 gemäss Art. 32 und 33 KG betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG

28 Dummermuth Martin, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, in: ZSR 2006/1, 254.

29 Saxer Urs, SRG ohne Grenzen? Rundfunkfremde Aktivitäten der SRG unter dem neuen RTVG, in: ZSR 2006/1, 324 f. u. 329.

30 Verfügung des Bundesamts für Kommunikation BAKOM vom 29. Februar 2016 (Referenz/Aktenzeichen 312.6/1000398136)

kann. Die Rundfunkbehörde untersagte der SRG zunächst im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme den Zusammenschluss. Mit Verfügung vom 29. Februar 2016 (Referenz/Aktenzeichen 312.6/1000398136) gelangte das UVEK jedoch zur Überzeugung, dass das geplante Vorhaben aus rundfunkrechtlicher Sicht die übrigen Medienunternehmen nicht beeinträchtigt.

Heftig kritisiert wurde die Rundfunkbehörde, weil sie in diesem Verfahren den übrigen Medien keine Parteistellung einräumte. Sie begründete diesen Entscheid damit, dass die privaten Verlags- und Rundfunkhäuser keine besondere Betroffenheit hätten nachweisen können. Diverse Medienunternehmen fochten den Entscheid daher beim Bundesverwaltungsgericht an, welches ihnen Recht gab und Parteistellung einräumte. Zur Sache äusserste es sich noch nicht, sondern wies den Entscheid zur Neuurteilung zurück.<sup>31</sup> Dieses Urteil wiederum zog die SRG ans Bundesgericht. Der Entscheid ist derzeit noch ausstehend. Sollte das Bundesgericht die Parteistellung der privaten Medienunternehmen bestätigen, müsste die Rundfunkbehörde das Verfahren von Beginn an neu aufgleisen – mit völlig ungewissem Ausgang.

## 7. Verfahrenre Situation

Somit ist festzuhalten, dass die WEKO dem Joint-Venture grünes Licht erteilt hat, Targeted-TV derzeit jedoch noch untersagt ist und Dauer und Ausgang des rundfunkrechtlichen Verfahrens als höchst ungewiss zu betrachten sind. Denkbar sind jahrelange Gerichtsprozesse, mit nicht unbeachtlichen Chancen für die privaten Medienunternehmen, weil das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid gewisse materielle Mängel angedeutet hat. Nicht geprüft hat die Rundfunkbehörde zudem die Frage, ob die SRG durch die Teilnahme am Joint-Venture indirekt an Online-Werbung partizipiert und damit das Online-Werbeverbot umgeht. Auch Rundfunkfinanzierungsfragen ist die Rundfunkbehörde ausgewichen.

Swisscom, Ringier und SRG haben sich dennoch entschieden, das Joint-Venture in Betrieb zu nehmen. Allerdings in einer Light-Version, welche keine Targeted-TV-Werbung anbietet.<sup>32</sup> Das Bundesgericht hat einen Antrag der Medienunternehmen, den Vollzug des Vorhabens zu verhindern, abgewiesen, u.a. mit der Begründung, dass der Betrieb auf eigenes Risiko erfolge und im Falle von Auflagen oder eines Verbots dieser Tätigkeit die SRG für entsprechende Vorkehrungen zu sorgen habe.<sup>33</sup> Admeira steht bereits seit einem Jahr, seit Aufnahme der Tätigkeit, in den Schlagzeilen, weil die Beraterprovisionen zugenommen und die Erträge der SRG aus TV-Werbung abgenommen haben sollen.

Parallel dazu laufen diverse politische Bestrebungen, um die verfahrenre Situation zu entschärfen. Im Zentrum steht der Vorschlag, durch eine Gesetzesrevision das Joint-Venture allen Schweizer Medienhäusern diskriminierungsfrei zugänglich zu machen, die kommerzielle Tätigkeit der SRG einzuschränken oder die SRG in einen Open-Content-Anbieter umzufunktionieren.<sup>34</sup> Ein Ende dieses Seilziehens ist derzeit nicht absehbar, sollten die Protagonisten nicht zu einer gütlichen Übereinkunft kommen.

## 8. Gretchenfragen

Das Werbe-Joint-Venture zwischen SRG, Swisscom und Ringier ist im Ergebnis als hochumstritten anzusehen. Es wirft jedoch gewichtige und berechtigte Fragen auf, welche mit der künftigen Finanzierung des Qualitätsjournalismus im Zusammenhang stehen. Soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Geschäftsfelder auf Kosten der privaten Verlagshäuser ausbauen können? Wie sinnvoll sind Kooperationen zwischen staatlichen, halbstaatlichen und privaten Medienunternehmen? Müssen wir in der Schweiz marktmächtige Giganten schaffen, um den Medien- und Werbemarkt gegen Google und Co. verteidigen zu können – mit dem Ziel, die Meinungs- und Angebotsvielfalt als eine wesentliche Basis unserer Demokratie zu erhalten?

Offenkundig erkennbar ist, dass sich die Medienunternehmen derzeit in einer Phase befinden, in welcher sie mit „Endgame-Strategien“ ums langfristige Überleben kämpfen. Realistisch erscheinen zwei mögliche Extremszenarien:

Erstens der von der SRG angestrebte Weg, der letztlich auf die Stärkung des öffentlich-rechtlichen Anbieters und eines ausgewählten Verlagshauses (Ringier AG) abzielt, um internationalen Giganten die Stirn zu bieten. Dieser Weg wird zwangsläufig dazu führen, dass die Verlegervielfalt in der Schweiz drastisch abnimmt. Ob ein solcher Verbund zwischen öffentlich-rechtlichem Anbieter und privatem Grossverlag in der Lage ist, im Konkurrenzkampf

31 BVerG A-1703/2016, A-224/2016, A-2412/2016.

32 Vgl. Medienmitteilung von Ringier, Swisscom und SRG vom 17. März 2016.

33 Zwischenverfügung des BVerG vom 31. März 2016 im Verfahren A-1703/2016.

34 Service Public: Regeln zur Kooperation der SRG mit Privaten verlangt, in: Persönlich.com, <http://www.persoelich.com/m Medien/regeln-zur-kooperation-der-srg-mit-privaten-verlangt>; vgl. auch Parlamentarische Initiative 16.410: RTVG. Diskriminierungsfreie Kooperationen

gegen Google, Bertelsmann und Netflix die regionalen Informationsbedürfnisse in einer für die direkte Demokratie notwendigen Vielfalt abzudecken, dürfte zu bezweifeln sein. Zudem besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass diese Allianz scheitern könnte.

28 Zweitens das Alternativszenario, welches darin zu erblicken ist, die bestehenden und oftmals in den lokalen Märkten stark verwurzelten Medienunternehmen zu fördern, um die Verlagervielfalt zu erhalten. Internationale, auf Profit ausgerichtete Medienunternehmen werden wohl kaum in der Lage sein, in der Schweiz rentable Lokal- und Regionalangebote (Print, Online und Rundfunk) zu finanzieren. Dieser lokale bzw. regionale Markt könnte allenfalls mit staatlichen Geldern und Leistungsaufträgen flankiert werden, wie dies im Rahmen der indirekten Presseförderung und im Rundfunk (Gebührensplitting) bereits heute erfolgreich der Fall ist. Anstelle des möglicherweise aussichtslosen Kampfes auf internationaler Ebene könnte sich mit anderen Worten eine journalistische Binsenwahrheit als Hoffnungsträgerin für die Erhaltung der direkten Demokratie erweisen: „*Local business is all business*“.

---

**Zusammenfassung** Ein Aufschrei ging 2015 durch die Medienbranche, als Swisscom, Ringier und SRF eine gemeinsame Werbevermarktungsgesellschaft ankündigten. Ein Jahr nachdem das Joint-Venture Admeira seine Tätigkeit aufgenommen hat, zieht der Autor eine Zwischenbilanz. Er stellt fest, dass nach der Genehmigung des Vorhabens durch die WEKO sich vor allem die rundfunkrechtliche Situation komplex gestaltet. Die Rundfunkbehörde verneinte zwar die Zulässigkeit von Targeted-TV-Werbung, gelangte aber zur Überzeugung, dass das geplante Vorhaben die übrigen Medienunternehmen nicht beeinträchtigt. Das Verfahren steckt jetzt vor Bundesgericht fest. Dieses muss darüber entscheiden, ob es zulässig war, den Medienunternehmen, die sich gegen den Zusammenschluss wehrten, die Parteistellung zu verweigern.

---

---

## Teilrevision der Radio und Fernsehverordnung 2017

---

Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) führte vom 16. Februar bis 26. Mai 2017 bei den Kantonen, den politischen Parteien, den gesamtschweizerischen Dachverbänden der Gemeinden, Städte und Berggebiete, den gesamtschweizerischen Dachverbänden der Wirtschaft und den interessierten Kreisen ein Vernehmlassungsverfahren durch. Das UVEK erhielt diesbezüglich 76 Stellungnahmen, die nachfolgend zur Einsichtnahme offenstehen. Der Vernehmlassungsbericht wird zu einem späteren Zeitpunkt publiziert. (BAKOM)

---

[www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)

---

## La Cour EDH confirme la condamnation d'un journaliste suisse pour violation du secret de l'enquête

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 06 juin 2017  
« Y. c. Suisse » (no. 22998/13)

---

**Résumé** Le journaliste a été condamné à une amende, au titre de l'art. 293 CP, pour avoir reproduit dans un article des éléments protégés par le secret de l'instruction. L'article concernait une procédure pénale dirigée contre un régisseur immobilier dans une affaire de pédophilie présumée. Le journaliste dénonçait la remise en liberté du prévenu et citait une partie du recours du ministère public contre la décision du juge instructeur de mettre un terme à la détention préventive. L'article se poursuivait par la description détaillée des faits incriminés.

La Cour estime que si la protection de la vie privée du prévenu n'a pas joué un rôle déterminant dans la mise en balance des intérêts en présence, les nombreuses informations détaillées et les extraits des déclarations d'une plaignante à la police représentent une atteinte à la vie privée de cette dernière et des victimes présumées et n'étaient pas de nature à nourrir un débat public sur le fonctionnement de la justice.

Les juridictions nationales ont condamné le requérant après avoir soigneusement mis en balance les droits concurrents et surtout en tenant compte des intérêts légitimes des deux victimes mineures. Elles n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation. Il s'ensuit que la condamnation du requérant était proportionnée aux buts légitimes poursuivis.

---

**Zusammenfassung** Der Journalist wurde zu einer Busse wegen Verstosses gegen Art. 293 StGB verurteilt, da er in einem Artikel Informationen wiedergegeben hat, welche durch das Amtsgeheimnis geschützt waren. Die Publikation betraf ein Strafverfahren gegen einen Immobilienverwalter wegen Verdachts auf Pädophilie. Der Journalist hat die Freilassung des Beschuldigten verurteilt und ein Teil der Berufung des Staatsanwalts gegen den Entscheid des Untersuchungsrichters, die Untersuchungshaft zu beenden, zitiert. Im Artikel folgte dann eine detaillierte Umschreibung der beanstandeten Fakten. Das Gericht entschied, dass wenn der Schutz der Privatsphäre des Beschuldigten keine entscheidende Rolle in der vorliegenden Interessenabwägung gespielt hat, die zahlreichen Detailangaben und die Auszüge der Aussagen einer Klägerin gegenüber der Polizei eine Verletzung des Privatlebens dieser Klägerin sowie derjenigen der mutmasslichen Opfer darstellen. Zudem waren diese Informationen nicht geeignet, eine öffentliche Debatte über das Funktionieren der Justiz anzuregen.

---

**Bestimmungen** Art. 10 CEDH, art. 293 CP

---

### Faits (résumé)

6. En janvier 2009, le requérant fit paraître dans un hebdomadaire un article concernant une procédure pénale dirigée contre « un important régisseur immobilier » à la suite de l'inculpation de ce dernier, soupçonné de pédophilie. L'article se présentait sous la forme d'une interview du père de l'une des victimes présumées. Celui-ci se disait surpris par la libération provisoire du coupable présumé et racontait avoir approché le requérant dans le but de défendre l'honneur de sa fille et d'alerter d'autres victimes éventuelles.

7. Dans cet article, le requérant, après avoir narré la manière dont la jeune fille était entrée en contact avec l'auteur présumé des faits et comment ceux-ci avaient été découverts, dénonçait la remise en liberté du prévenu en citant une partie du recours du ministère public contre la décision du juge instructeur, désigné nommément, de mettre un terme à la détention préventive. Ce recours avait été formé par le ministère public en raison du risque de collusion et de récidive du prévenu. Le ministère public craignait notamment que ce dernier exerce une influence sur les victimes présumées.

8. L'article se poursuivait par la description détaillée des faits incriminés.

9. Il décrivait ensuite la réaction du coupable présumé face aux accusations dont il faisait l'objet ainsi que le maintien de sa relation avec la plaignante dans l'affaire en cause, à savoir la compagne de l'intéressé et la mère de l'une des victimes présumées. Il reproduisait également des déclarations faites devant la police par la plaignante, ayant notamment trait à ses relations sexuelles avec le prévenu et à sa dépendance financière à son égard. L'article s'achevait sur les raisons ayant poussé le père de l'une des victimes à approcher le requérant (pa-



ragraphe 6 ci-dessus).

10. Il était notamment accompagné d'une photographie de profil du père interviewé, le regard légèrement tourné vers l'horizon.

11. La plaignante requit et obtint du magazine un dédommagement conséquent à la suite de la publication de l'article litigieux.

12. Le coupable présumé ne porta pas plainte contre le requérant. Ce dernier fit cependant l'objet de poursuites pénales d'office pour avoir publié des documents protégés par le secret de l'instruction en vertu de l'article 293 du code pénal (paragraphe 17 ci-dessous). Par une ordonnance pénale du 20 janvier 2011, le procureur condamna le requérant, en tenant compte des antécédents judiciaires de l'intéressé, à une amende pénale de 5 000 francs suisses (CHF - environ 3 850 euros (EUR) à l'époque des faits).

13. Sur opposition du requérant, le tribunal de police le condamna, par un jugement du 15 juin 2011, à une amende de 5 000 CHF.

14. Le requérant fit appel du jugement du tribunal de police devant la cour d'appel pénale du tribunal cantonal vaudois, qui le débouta le 21 février 2012.

15. Le requérant forma alors un recours en matière pénale contre l'arrêt de la cour d'appel. Le Tribunal fédéral rejeta le recours du requérant par un arrêt du 27 septembre 2012.

### Considérents en droit (résumé)

50. La Cour relève que le requérant a été condamné au paiement d'une amende en raison de l'utilisation et de la reproduction d'éléments du dossier d'instruction dans l'article en cause. Il y a donc lieu de déterminer si cette condamnation pénale constituait une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression et si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention et « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce ou ces buts.

#### a) Sur l'existence d'une ingérence

51. La Cour observe que l'existence d'une atteinte à la liberté d'expression du requérant n'est pas contestée par les parties. Elle estime elle aussi que la condamnation litigieuse s'analyse sans conteste en une « ingérence » dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 § 1 de la Convention.

#### b) « Prévue par la loi »

52. La Cour note que l'ingérence était prévue par la loi, à savoir le code pénal suisse et le code de procédure pénale du canton de Vaud (paragraphe REF cp \h \\* MERGEFORMAT 17 et REF cpp \h \\* MERGEFORMAT 19 ci-dessus), ce qui, par ailleurs, ne prête pas à controverse entre les parties.

#### c) But légitime

53. La Cour relève que les juridictions internes ont fondé leurs décisions sur la violation du secret de l'enquête. Le Tribunal fédéral a notamment considéré que le secret de l'enquête était motivé par la nécessité de protéger tant les intérêts de l'action pénale que ceux du prévenu, notamment sous l'angle de la présomption d'innocence, ainsi que les intérêts légitimes d'autres parties à la procédure, en l'occurrence les victimes présumées, mineures, et la plaignante. Ces buts correspondent à la protection de « la réputation et des droits d'autrui » et à la garantie de « l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » (*A.B. c. Suisse*, no 56925/08, § 41, 1er juillet 2014, confirmé par *Bédât c. Suisse* [GC], no 56925/08, §§ 46 et 47, CEDH 2016, *Dupuis et autres c. France*, no 1914/02, § 32, 7 juin 2007, *Ernst et autres c. Belgique*, no 33400/96, § 98, 15 juillet 2003, et *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH c. Autriche*, no 3401/07, § 49, 17 janvier 2012). La Cour les considère donc comme légitimes.

#### d) « Nécessaire dans une société démocratique »

##### i. Principes généraux

54. La présente affaire est similaire à l'affaire *Bédât* (précitée), jugée par la Grande Chambre le 29 mars 2016. Dans cette affaire, la Cour a rappelé les principes pertinents applicables dans de telles circonstances (§§ 48-54). La Cour se limite, dans la présente affaire, à résumer ce qui suit.

55. La Cour rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et que les garanties à accorder à la presse revêtent donc une importance particulière (voir, entre autres, *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A no 298, *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, § 47, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V, et *Fressoz et Roire c. France* [GC], no 29183/95, § 45, CEDH 1999-I).

56. La presse joue un rôle éminent dans une société démocratique : si elle ne doit pas franchir certaines li-

mites, tenant notamment à la protection de la réputation et des droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, 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 (*Bédât*, précité, § 50).

57. En particulier, on ne saurait considérer que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, dans la presse généraliste ou au sein du public en général. À la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. Toutefois, il convient de tenir compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6 § 1 de la Convention, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial (*Tourancheau et July c. France*, no 53886/00, § 66, 24 novembre 2005) et le droit d'être présumé innocent (*ibidem*, § 68). Comme la Cour l'a déjà souligné à plusieurs reprises (*ibidem*, § 66, *Worm*, précité, § 50, et *Bédât*, précité, § 51) : « les journalistes qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours doivent s'en souvenir, car les limites du commentaire admissible peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice pénale ».

58. Selon la jurisprudence de la Cour, l'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2 de la Convention, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10. Elle n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux autorités nationales compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doit se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, pour un exemple récent, *Baka c. Hongrie* [GC], no 20261/12, § 158, CEDH 2016).

59. Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes (voir, par exemple, *MGN Limited c. Royaume-Uni*, no 39401/04, § 150, 18 janvier 2011).

60. La Cour rappelle ensuite que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général (*Sürek c. Turquie (no 1)* [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nos 21279/02 et 36448/02, § 46, CEDH 2007-IV, et *Baka*, précité, § 159).

#### ii. Application des principes susmentionnés à la présente espèce

61. La Cour note que le droit du requérant d'informer le public et le droit du public de recevoir des informations se heurtent à des intérêts publics et privés de même importance, protégés par l'interdiction de divulguer des informations couvertes par le secret d'instruction. Ces intérêts sont notamment l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, l'effectivité de l'enquête pénale, le droit du prévenu à la présomption d'innocence et le droit d'autres parties à la procédure à la protection de leur vie privée.

62. La Cour a déjà eu l'occasion de poser les critères devant guider les autorités nationales des États parties à la Convention dans l'appréciation du caractère « nécessaire » d'une ingérence s'agissant d'affaires de violation du secret de l'instruction par un journaliste (*Bédât*, précité, §§ 55-81). Les critères pertinents ainsi définis sont le mode d'obtention des informations (titre  $\alpha$  ci-dessous), la teneur de l'article (titre  $\beta$  ci-dessous), la contribution à un débat d'intérêt général (titre  $\gamma$  ci-dessous), l'influence de l'article sur la conduite de la procédure pénale (titre  $\delta$  ci-dessous), l'atteinte à la vie privée du prévenu (titre  $\epsilon$  ci-dessous), l'atteinte à la vie privée d'autres parties à la procédure, qui est un critère supplémentaire (titre  $\zeta$ ), et la proportionnalité de la sanction prononcée (titre  $\eta$  ci-dessous) (*ibidem*).

#### a) La manière dont le requérant est entré en possession des informations litigieuses

63. La Cour rappelle que la manière dont une personne obtient connaissance d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut jouer un certain rôle dans la mise en balance des intérêts à effectuer dans le cadre de l'article 10 § 2 de la Convention (*Bédât*, précité, § 56, et *Stoll c. Suisse* [GC], no 69698/01, § 141, CEDH 2007-V).

64. Dans la présente affaire, la Cour note que le requérant avait obtenu les documents litigieux du père de

l'une des victimes, lequel lui avait demandé, dans l'intérêt de sa fille, de publier les informations contenues dans lesdits documents. Elle constate donc que le requérant ne s'est pas procuré les informations litigieuses de manière illicite. Il découle par ailleurs du dossier dont dispose la Cour qu'une enquête pénale a été ouverte à l'encontre du père de cette victime, mais la Cour ignore si elle a abouti à une condamnation.

65. Néanmoins, elle juge que l'absence de comportement illicite de la part du requérant concernant la prise de possession des documents n'est pas nécessairement déterminante dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités au moment de la publication de ces informations (*Bédât*, précité, § 57, et *Stoll*, précité, § 144). Le requérant, en tant que journaliste professionnel, ne pouvait ignorer de bonne foi que la divulgation des informations litigieuses était réprimée par l'article 293 du code pénal suisse (*ibidem*). Par ailleurs, la Cour relève que le requérant ne conteste pas avoir su que les informations en cause provenaient du dossier d'instruction et qu'elles relevaient du secret de l'enquête.

#### β) La teneur de l'article litigieux

66. La Cour rappelle que la garantie offerte par l'article 10 de la Convention aux journalistes en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises », dans le respect de la déontologie journalistique. Par ailleurs, outre la substance des idées et des informations exprimées, l'article 10 protège aussi le mode d'expression des journalistes. En conséquence, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions internes d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter. La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation (*Bédât*, précité, § 58, et les affaires qui y sont citées).

67. Dans la présente affaire, la Cour note que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 septembre 2012, a constaté que l'article suggérait la culpabilité du prévenu et décrivait de manière inutilement détaillée des actes subis par les victimes présumées ainsi que la poursuite des rapports entre le prévenu et la plaignante après l'ouverture de l'enquête pénale. Elle ajoute que le Tribunal fédéral a conclu que « l'ensemble de ces éléments sugg[érait] plus une intention de sensationnalisme qu'une volonté d'informer de manière objective ou d'ouvrir un débat sur un thème de société » (paragraphe 15 ci-dessus).

68. La Cour partage l'opinion du Tribunal fédéral selon laquelle l'article litigieux contenait des détails qui, même s'ils étaient précis, n'étaient nullement nécessaires pour atteindre les buts allégués par le requérant. Elle juge que la publication de pareils détails, qui avaient notamment trait aux infractions examinées et à la relation entre la plaignante et le prévenu, n'était pas justifiée par un intérêt public et dénotait une tendance au sensationnalisme.

#### γ) La contribution de l'article litigieux à un débat d'intérêt général

69. La Cour rappelle que le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matière pénale et que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire concernent *a priori* un sujet d'intérêt général (voir, pour un exemple récent, *Bédât*, précité, § 63).

70. Le requérant allègue qu'il a agi conformément à son devoir de journaliste consistant à informer le public sur une question d'intérêt général, à savoir le fait qu'un auteur présumé d'infractions aussi graves puisse être libéré avant l'audience de jugement, et à permettre éventuellement à d'autres victimes du prévenu de sortir de l'ombre.

71. La Cour note que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 septembre 2012, a constaté que les faits s'étaient déroulés dans un cadre essentiellement familial et, en tout état de cause, très restreint, et que rien n'indiquait que le prévenu était un personnage connu du grand public (paragraphe 15 ci-dessus). La Cour conclut donc qu'il n'existait aucun débat public préexistant sur le sujet auquel l'article litigieux était consacré. Cependant, elle admet que la mise en liberté de l'auteur présumé d'infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'enfants pendant la procédure préliminaire relevait *a priori* de l'intérêt général.

72. La question qui se pose est celle de savoir si le contenu de l'article et, en particulier, les informations qui relevaient du secret de l'instruction, étaient de nature à nourrir concrètement le débat public sur le sujet en question (*Bédât*, précité, § 64, et *Stoll*, précité, § 121). À cet égard, la Cour constate que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 septembre 2012, a conclu que, à part la critique du père de l'une des victimes présumées selon laquelle le prévenu avait été remis en liberté à cause de son statut social, relayée par le requérant, aucun autre élément de la publication n'ouvrait un quelconque débat général sur cette question (le raisonnement complet du Tribunal fédéral à ce sujet est cité au paragraphe 15 ci-dessus).

73. Pour sa part, la Cour constate qu'une partie des extraits tirés du recours du ministère public concernait la remise en liberté du prévenu, à laquelle le ministère public s'opposait, et était donc de nature à contribuer à un débat public sur cette question. Par contre, elle estime que ni les nombreuses informations détaillées sur les actes reprochés au prévenu, ni les extraits de la déclaration de la plaignante devant la police n'étaient susceptibles de nourrir un débat public sur le fonctionnement de la justice. La Cour rappelle que l'intérêt qu'il y a à satisfaire une

certaine curiosité du public ne saurait suffire pour légitimer la diffusion d'informations de nature confidentielle (voir, par exemple, *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, no 64772/01, § 72, 9 novembre 2006).

74. Quant à l'intention du requérant « de faire sortir de l'ombre » d'autres victimes éventuelles, la Cour estime que les défauts d'une enquête pénale relèvent également du bon fonctionnement de la justice et qu'ils constituent, dès lors, *a priori* une question d'intérêt général. En revanche, la Cour souscrit à l'avis du Tribunal fédéral selon lequel, à part les suspicions du père interviewé, le requérant n'expose pas dans l'article litigieux ce qui aurait pu fonder le soupçon que d'autres victimes soient demeurées inconnues, ni en quoi l'on aurait pu objectivement reprocher au juge chargé de l'enquête d'avoir omis de prendre des mesures en vue de découvrir d'autres victimes éventuelles. La Cour constate également que les éléments provenant du dossier d'instruction publiés dans l'article en cause ne laissent en rien entendre que des actes d'instruction qui auraient permis de découvrir d'autres victimes avaient été omis.

75. Par conséquent, elle estime que la contribution de l'article litigieux à un débat public sur d'éventuelles omissions au cours de l'enquête était extrêmement limitée.

δ) L'influence de l'article litigieux sur la conduite de la procédure pénale

76. La Cour observe qu'il est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen (*Bédât*, précité, § 68). Elle relève également qu'on ne saurait attendre d'un gouvernement qu'il apporte *a posteriori* la preuve que ce type de publication a eu une influence réelle sur la suite de la procédure. Le risque d'influence sur la procédure justifie en soi que des mesures dissuasives, telles qu'une interdiction de divulgation d'informations secrètes, soient adoptées par les autorités nationales (*Bédât*, précité, § 70).

77. S'agissant du cas d'espèce, la Cour constate d'abord que, lors de la parution de l'article litigieux, l'enquête était encore en cours.

78. Elle observe également que, selon le Tribunal fédéral, le titre et le sous-titre de l'article en cause suggéraient d'emblée, sans réserve, la culpabilité du prévenu. En outre, elle note que le Tribunal fédéral a conclu que l'indication publiée dans la suite de l'article selon laquelle l'intéressé était présumé innocent jusqu'à son jugement ne suffisait pas à restituer un caractère objectif au texte.

79. La Cour estime que, en mentionnant à deux reprises la présomption d'innocence, le requérant a respecté les règles déontologiques à cet égard. Toutefois, elle considère que le ton général de l'article ne laissait guère de place au doute quant à l'opinion du requérant concernant la culpabilité du prévenu. Par ailleurs, la Cour note que, selon la constatation du Tribunal fédéral, les juridictions nationales ont dû prendre en considération, à la décharge du prévenu, le fait que ce dernier avait beaucoup perdu sur le plan professionnel en raison notamment du lynchage médiatique et de la campagne de dénigrement dont il avait fait l'objet après la publication de l'article (paragraphe 15 ci-dessus).

80. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il existait dans la présente affaire un risque d'influence de l'article litigieux sur la procédure pénale en cours.

ε) L'atteinte à la vie privée du prévenu

81. La Cour note que les juridictions nationales n'ont pas fondé leurs décisions sur la nécessité de protéger la vie privée du prévenu.

82. La Cour a déjà relevé que la campagne médiatique était susceptible d'avoir une influence sur l'appréciation de la peine du prévenu (paragraphe 79, renvoyant au paragraphe 15 ci-dessus). En outre, à l'instar des juridictions nationales, elle estime que, dans la présente affaire, la protection de la vie privée du prévenu n'a pas joué un rôle déterminant dans la mise en balance des intérêts en présence.

ζ) L'atteinte à la vie privée d'autres parties à la procédure

83. La Cour constate que l'article litigieux contenait notamment des informations sur les autres parties à la procédure pénale, à savoir sur les deux victimes mineures présumées et sur la plaignante. Par conséquent, elle estime nécessaire d'ajouter, par rapport à l'affaire *Bédât* précitée, un critère supplémentaire pour l'appréciation du caractère « nécessaire » de l'ingérence dans la présente affaire : « l'atteinte à la vie privée d'autres parties à la procédure ».

84. La notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels que l'identification et l'orientation sexuelle, le nom, ou des éléments se rapportant au droit à l'image (*S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 66, CEDH 2008). Elle comprend des informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement (*Flinkkilä et autres c. Finlande*, no 25576/04, § 75, 6 avril 2010, et *Saaristo et autres c. Finlande*, no 184/06, § 61, 12 octobre 2010).

85. La Cour rappelle qu'il convient de lire la Convention comme un tout (voir, parmi d'autres, *Ve-*

rein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (no 2) [GC], no 32772/02, § 83, CEDH 2009). La Cour note que, pour remplir son obligation positive de garantir à une personne les droits tirés de l'article 8 de la Convention, l'État peut être amené à restreindre dans une certaine mesure les droits garantis par l'article 10 à une autre personne. Lors de l'examen de la nécessité de cette restriction dans une société démocratique en vue de la « protection de la réputation ou des droits d'autrui », la Cour peut ainsi être appelée à vérifier si les autorités nationales ont ménagé un juste équilibre entre ces deux valeurs protégées par la Convention et qui peuvent apparaître en conflit dans certaines affaires, à savoir, d'une part, la liberté d'expression consacrée par l'article 10 et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée garanti par les dispositions de l'article 8 (*Hachette Filipacchi Associés c. France*, no 71111/01, § 43, 14 juin 2007, *Axel Springer AG*, précité, § 84, et *Bédar*, précité, § 74).

86. La Cour rappelle également qu'il incombe aux États de protéger les enfants, qui sont particulièrement vulnérables, contre des actes de violence tombant sous le coup des articles 3 et 8 de la Convention, en adoptant des mesures efficaces qui doivent viser le respect de la dignité humaine et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir, de manière générale, *Söderman c. Suède* [GC], no 5786/08, § 81, CEDH 2013, et *C.A.S. et C.S. c. Roumanie*, no 26692/05, § 82, 20 mars 2012). Par ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion de juger que l'identité d'une victime nécessite une protection particulière du fait de sa position vulnérable, cela d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un enfant victime de violences et d'abus (*Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH*, précité, § 53).

87. À cet égard, la Cour relève également que les directives du Conseil suisse de la presse énoncent que « les enfants sont dignes d'une protection particulière » et qu'une « retenue extrême est indiquée dans les enquêtes et les comptes rendus portant sur des actes violents et qui touchent des enfants ». Ces directives indiquent également que, dans les affaires de mœurs, les journalistes doivent tenir particulièrement compte des intérêts des victimes et ne pas donner d'indication permettant d'identifier celles-ci (paragraphe 20 ci-dessus, Directive 7.3 et 7.7). Le principe 8 de l'annexe à la Recommandation Rec(2003)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (paragraphe 21 ci-dessus) prévoit également une protection particulière pour les parties mineures et pour les victimes et il énonce que, « dans tous les cas, une attention particulière devrait être portée à l'effet préjudiciable que la divulgation d'informations permettant leur identification peut avoir à l'égard des personnes visées dans ce Principe ».

88. La Cour note également que les victimes d'une atteinte à leur intégrité sexuelle bénéficient, selon la législation interne, d'une protection accrue de leur personnalité à tous les stades de la procédure pénale et qu'elles peuvent notamment demander le huis clos lors de l'audience de jugement de l'auteur de l'infraction. La Cour observe également que, selon le Tribunal fédéral, la demande des victimes présumées en ce sens a été admise en l'espèce (paragraphe 15 ci-dessus).

89. La Cour constate que le Tribunal fédéral a souligné dans son arrêt du 27 septembre 2012 que les victimes mineures pouvaient « prétendre à ne pas voir les détails les plus sordides des atteintes subies à leur intégrité sexuelle étalés dans la presse, même si elles étaient [désignées par] des pseudonymes ». Elle observe par ailleurs que l'article litigieux décrivait de manière extensive et détaillée les atteintes à l'intégrité sexuelle des victimes qui avaient été reprochées au prévenu, en reproduisant des extraits tirés du dossier de l'instruction. Aux yeux de la Cour, ce type d'information appelait un haut degré de protection sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

90. La Cour note également que l'article litigieux désignait les victimes uniquement par des pseudonymes. Toutefois, à l'instar du Tribunal fédéral, elle estime que les indications contenues dans l'article litigieux permettaient dans leur ensemble l'identification des victimes. Le requérant n'a pas seulement publié, comme le Tribunal fédéral l'a constaté à juste titre, le prénom et l'initiale du nom de famille du père de l'une des victimes et une photo de profil de ce dernier, mais également l'âge des victimes présumées et des informations sur leur relation et sur leurs familles.

91. Le fait pour le requérant d'avoir publié l'article en cause après avoir été approché par le père de l'une des victimes présumées n'exonère pas l'intéressé de son devoir déontologique selon lequel il devait agir avec une extrême retenue et veiller aux intérêts des victimes mineures, notamment en protégeant leur identité.

92. Quant à l'intérêt de la plaignante, la Cour estime que le Tribunal fédéral a considéré à juste titre que « la circonstance que l'enquête faisait état du maintien des rapports entre [le prévenu] et sa compagne après qu'elle eut déposé plainte pouvait justifier le maintien du secret en faveur de cette dernière quant aux faits relevant de sa vie privée ». La Cour note en outre que le requérant, en faisant référence aux pièces du dossier de l'instruction, a repris des déclarations de la plaignante consignées dans un procès-verbal établi par la police ayant trait, notamment, à la vie sexuelle de l'intéressée et à sa dépendance financière à l'égard du prévenu. La Cour estime dès lors que l'article litigieux a divulgué des informations relevant de la vie strictement privée - voire intime - de la plaignante, informations qui sont protégées de manière accrue par l'article 8 de la Convention (voir, *a contrario*, *G.S.B. c. Suisse*, no 28601/11, § 93, 22 décembre 2015).

93. À cet égard, il convient encore de rappeler que la plaignante a requis et obtenu du magazine un dédommagement conséquent à la suite de la publication de l'article en cause.

η) La proportionnalité de la sanction prononcée

94. La Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence (voir, par exemple, *Bédat*, précité, § 79). Par ailleurs, la Cour doit veiller à ce que la sanction ne constitue pas une espèce de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques. Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique sur des questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle. À cet égard, il peut arriver que le fait même de la condamnation importe plus que le caractère mineur de la peine infligée (voir, par exemple, *ibidem*, § 79).

95. La Cour constate que les juridictions nationales ont condamné le requérant à une amende de 5 000 CHF (environ 3 850 EUR à l'époque des faits), que le montant de l'amende a été fixé en tenant compte des antécédents judiciaires du requérant et de sa situation financière, et que l'amende s'élève à environ un mois de salaire moyen du requérant. La Cour note toutefois que l'employeur du requérant s'est acquitté de l'amende pour l'intéressé.

96. Dans la présente affaire, la sanction punissait la violation du secret d'une instruction pénale et protégeait le bon fonctionnement de la justice, les droits du prévenu à un procès équitable et les droits de la plaignante et des victimes présumées au respect de leur vie privée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'on ne saurait considérer qu'une telle sanction risquait d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression dans le chef du requérant ou de tout autre journaliste souhaitant informer le public au sujet d'une procédure pénale en cours.

97. Quant à l'argument du requérant selon lequel sa condamnation en sus de celle du détenteur initial du secret était disproportionnée, la Cour note que, dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe dont la législation a été prise en compte dans le cadre de l'affaire *Bédat* précitée (§§ 22-23), les sanctions qui sont prévues pour la violation du secret de l'instruction ont une portée générale et ne visent pas uniquement les personnes impliquées dans l'enquête pénale. La Cour estime que cette question relève donc de la marge d'appréciation des États contractants.

#### Conclusion:

98. La Cour observe que les juridictions nationales ont condamné le requérant après avoir soigneusement mis en balance les droits concurrents dans la présente affaire, et, surtout, en tenant compte des intérêts légitimes des deux victimes mineures présumées. La Cour n'aperçoit aucune raison sérieuse de substituer son avis à celui du Tribunal fédéral.

99. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue dans une telle affaire. Il s'ensuit que la condamnation du requérant était proportionnée aux buts légitimes poursuivis. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

---

#### Annotations:

Quiconque se penche avec un tant soit peu d'attention sur les nombreuses affaires de liberté d'expression portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ne manquera pas de constater la présence de problématiques récurrentes en fonction des États parties. Il en va ainsi du statut de la radiodiffusion pour l'Autriche, du droit d'accès à l'information pour la Hongrie ou encore du droit à l'image pour la France. Pour la Suisse, la thématique à répétition est certainement l'art. 293 du Code pénal, qui réprime la publication d'informations secrètes. Cette disposition controversée - elle empêche la presse de tirer parti de fuites pour dévoiler les dysfonctionnements de nos autorités - a en effet été examinée, et avalisée, à trois reprises par les juges de Strasbourg. La première fois en 2007 (*Stoll*), la seconde en 2016 (*Bédat*), la troisième en juin de cette année, dans le cadre de la présente cause. Cette troisième fois sera-t-elle la dernière ? Très probablement oui, car les choses sont en passe de changer dans notre.

La publication de sordides extraits d'une enquête pénale, qui a amené à la condamnation du journaliste Y, remonte en effet à 2009. Autrement dit, à une époque où la protection assurée par l'art. 293 CP s'étendait à tout document purement et simplement déclaré confidentiel par une autorité publique. Cette conception très formelle du secret, qui conduisait à sanctionner tout contrevenant sans tenir compte des motifs qui l'ont poussé à agir ou du degré de confidentialité de l'information protégée, résulte d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral (voir encore récemment l'arrêt du 25 février 2016, 6B 1267/2015 : « Der Wortlaut von Art. 293 StGB, dessen Sinn und Zweck sowie dessen Stellung im Gesetz ... sprechen dafür, dass dem Tatbestand der formelle Geheimnisbegriff zugrunde liegt. »). Dénoncée par nombre de commentateurs pour ses effets liberticides, cette approche rigide sera appelée tout prochainement à disparaître. Et ce, grâce à l'intervention du Parlement fédéral..

Il y a quelques semaines en effet, le législateur a renvoyé la conception formelle du secret aux oubliettes. Certes, il n'a pas abrogé l'art. 293 CP, mais il en a réduit considérablement la portée. Désormais, seule la publication d'informations dont la confidentialité s'avère justifiée par un intérêt supérieur au secret sera sanctionnée. Un chan-

1

2

3

gement de cap qui devrait entraîner une application plus mesurée de l'art. 293 CP, et par conséquent, une nette diminution des condamnations. En particulier, une violation du secret de l'enquête commise par un journaliste ne sera pas automatiquement réprimée ; si ce dernier peut se prévaloir d'un intérêt public prépondérant à la publication d'éléments ressortissants au dossier de l'instruction, il échappera à toute condamnation.

4

De là à affirmer que Y n'aurait pas été inquiété s'il avait agi sous l'empire du nouveau droit, il y a un pas que l'on ne saurait franchir. Et ce pour deux raisons. D'une part, le secret de l'enquête figure au rang des secrets les plus légitimes, car il tend à sauvegarder une vaste palette d'intérêts publics et privés majeurs, allant, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme (cons. 61), de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire à la protection de la vie privée des parties à la procédure, en passant par l'effectivité de l'enquête pénale et par le droit du prévenu à la présomption d'innocence. D'autre part, tant le Tribunal fédéral que les juges de Strasbourg ont estimé que l'article incriminé versait dans le sensationnalisme sans pour autant contribuer d'une manière ou d'une autre à un débat d'intérêt général : la profusion de détails sur les actes sexuels reprochés au prévenu n'était en rien susceptible d'alimenter une discussion sérieuse sur le fonctionnement de la justice. Faute de lien entre les informations publiées et la problématique de la mise en liberté provisoire d'une personne accusée de crimes graves, il est plus que douteux que la balance d'intérêts, introduite par l'art. 293 CP dans sa nouvelle mouture, eût penché en faveur de Y.

5

La condition de l'existence d'un lien entre les informations confidentielles publiées et le débat de société engagé n'est pas nouvelle ; elle avait déjà été posée par les juges de Strasbourg dans l'arrêt *Bédat*. Dès lors tout l'intérêt de l'arrêt Y réside moins dans ses considérants, qui s'inscrivent tous dans la droite ligne de l'arrêt précédent, que dans l'opinion concordante de l'un des membres de la Cour, le juge Lopez Guerra. Ce dernier a tenu à «rappeler que la critique des décisions des autorités judiciaires relève indubitablement de l'empire de liberté d'expression, tout comme la critique de n'importe quelle autorité publique, pour autant qu'elle ne dépasse pas les limites énoncées à l'article 10 § 2 de la Convention. De plus, dans un système où les juges sont professionnels et où l'indépendance de la justice à l'égard de toute autorité publique ou privée est garantie, on a du mal à croire que la critique des décisions de justice puisse (sauf circonstances tout à fait extraordinaires) influencer indûment sur le cours de la procédure». Le juge suisse qui devra prochainement mettre en œuvre le nouvel art. 293 CP est ainsi averti : pas question de surpondérer l'intérêt public à la sauvegarde de l'autorité de la justice.

---

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

---

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

- Empfehlung des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 6. Juni 2017 in Sachen X. gegen Eidg. Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)

**Kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Offenlegung der beruflichen Ausbildung von ENSI-Mitarbeitern**

Zugang zu Personendaten, öffentliches Interesse, Interessenabwägung

Art. 9 BGÖ, Art. 19 DSG

[Zum Entscheid](#)

- Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 16 juin 2017

**Après une catégorisation des documents et l'analyse des raisons du refus d'accès invoqué, un accès partiel a été recommandé.**

Admissibilité de la catégorisation des documents, aspect politique de l'art. 7 LTrans.

Art. 7 LTrans

[Zum Entscheid](#)

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Mai 2017 (A-4903/2016)

**Interesse am Zugang zu Namen, Stellenantritt und -prozenten von Mitarbeitenden auf IV-Stellen überwiegt das Interesse am Schutz derer Personendaten**

Geltungsbereich des BGÖ, Anhörung betroffener Personen, Interessenabwägung, Schutz von Personendaten

Art. 2, 7, 9 BGÖ, Art. 19 DSG

[Zum Entscheid](#)

---

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

- Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 6. Juni 2017 (b.754; X. c. SRF)

**Nichteintreten auf eine Beschwerde gegen einen Beitrag des Gesundheitsmagazins «Puls» von Fernsehen SRF über das Raumklima mangels erfüllter Beschwerdevoraussetzungen und öffentlichem Interesse**

Beschwerdevoraussetzungen, Betroffenenbeschwerde, Zugangsbeschwerde, Eintreten bei öffentlichem Interesse

Art. 94, 95 und 96 RTVG, 52 VwVG

[Zum Entscheid](#)



---

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

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. April 2017 (A-4232/2015)

**Die von der Auskunftsei moneyhouse durch Datenverknüpfung erstellten Persönlichkeitsprofile verstossen gegen das Datenschutzgesetz**

Schützenswerte Personendaten, Persönlichkeitsprofile, Interessenabwägung

Art. 3, 4, 8, 12, 13, 14 DSG

[Zum Entscheid](#)

---

## 3. Strafrecht - Droit pénal

---

### 3.4 Redaktionsgeheimnis – Secret rédactionnel

- Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2017 (6B\_1415/2016)

**Einstellung eines Strafverfahrens wegen Verletzung des Fernmelde- und Amtsgeheimnisses war zulässig, nachdem sich der Journalist auf den Quellenschutz berufen hatte und so der potentielle Täterkreis nicht vernünftig einzugrenzen war**

Ermittlungsansatz, Quellenschutz, Begründungspflicht, Rechtliches Gehör, Befangenheit

Art. 320 StGB

[Zum Entscheid](#)

---

## 5. Urheberrecht - Droit d'auteur

---

### 5.2 Verwertungsrecht – Gestion des œuvres

- Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 24. April 2017 (B-1359/2016)

**Der neue Tarif Radio A von Swisssperform widerspricht weder dem Gegenseitigkeitsvorbehalt von Art. 35 Abs.4 URG noch dem Rom-Abkommen**

Tarifgenehmigungsverfahren, Schutzberechtigte, Leistungsschutzrechte, Erstveröffentlichung, Rückwirkung, Gegenseitigkeitsvorbehalt

Art. 38, 45, 46, 59 URG, Art. 1, 3, 15 WPPT, Art. 4, 12, 16 Rom-Abkommen

[Zum Entscheid](#)

---

## 8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

---

### 8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

- Prise de position du Conseil de la presse du 26 mai 2017 (12/2017; Jazairy c. Tribune de Genève)

**Un titre peut être pointu, mais une telle hyperbole n'est admissible que si elle était immédiatement relativisée dans le sous-titre ou pour le moins tout début de l'article**

Recherche de la vérité,, devoir de rectification

Chiffres 1 et 5 de la «Déclaration»

[Zum Entscheid](#)

- Prise de position du Conseil suisse de la presse du 6 juin 2017 (13/2017; Le CHUV c. Le Matin)

**Le secret médical n'excuse pas le défaut d'enquête**

recherche de la vérité, identification, intérêt public, sphère privée

Chiffres 1 et 7 de la «Déclaration», 1.1 et 7.2 de la Directives

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6.Juni 2017 (14/2017, Sicherheitsdirektion Kanton Zug c. Wochenzeitung)

**Die «Wochenzeitung» berichtete korrekt über die Ausschaffung einer Flüchtlingsfamilie in Zug**

Wahrheitspflicht, Unterschlagen von Informationen, Anhören bei schweren Vorwürfen, sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen

Ziff. 1, 3 und 7 der «Erklärung»

[Zum Entscheid](#)

- Stellungnahme des Schweizer Presserates vom 23. Juni 2017 (15/2017; X. gegen «watson.ch»)

**Da kein konkreter Einfluss des Anzeigenkunden nachweisbar war, rügt der Presserat eine «Native-Advertising»-Publikation (Quiz) von watson.ch nicht**

Native Advertising, Verbot kommerzieller Werbung, Trennung von redaktionellem Teil, Akzeptieren von Bedingungen

Ziff. 10 «Erklärung», Richtlinien 10.1, 10.2 und 10.4

[Zum Entscheid](#)

---

## Literatur/Bibliographie

**Bovet, Christian**, Protection des données et nouvelles procédures de communication aux autorités fiscales et de surveillance étrangères, in: *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, Zurich, Vol. 89(2017), no 2, p. 144–162. Texte en français avec résumé en anglais.

**Cherpillod, Ivan**, Propriété intellectuelle, in: *Journal des tribunaux*. 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile, Lausanne, Vol. 165(2017), no 3, p. 163–170

**Graber, Christoph Beat**, Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public, in: *Sic !*, Zürich, 2017, H. 5, S. 257-270. Deutscher Text mit Zusammenfassung in Deutsch und Franz.

**Reusser, Steve**, Lutte contre le piratage: la révision navigue en eaux troubles, in: *Plaidoyer*, Lausanne, Année 35(2017), no 3, p. 2729. Existe aussi sous forme électronique.

**Weber, Rolf H.**, Gibt es Grenzen für staatliche Beschränkungen der Internetfreiheit?, in: *Normative movements in internet governance and cyberlaw*, Bern, Weblaw, 2017, S. 287–297

**Weber, Rolf H.**, Internet-Governance: ein Überblick: informelle Regelsetzung und Entscheidungsverfahren mit vielen Akteuren in einem Mehrebenen-System, in: *Digma*, Zürich, Jg. 14(2014), H. 3, S. 94–99.