



Tobias Treyer, lic. iur., Advokat, seit 2004 Partner der auf Medienrecht spezialisierten Anwaltskanzlei MCS-Law in Basel, war und ist Rechtsvertreter verschiedener Medienhäuser in der Schweiz, Mitglied der Fachgruppe Medienrecht des Verbandes Schweizer Medien. Hat das Jurastudium an der Universität Basel absolviert.

Treyer@mcs-law.ch

Das «Recht auf Vergessen» im digitalen Zeitalter

Résumé En raison de l'évolution et des développements tant technologiques que de la société, la protection des données est, à l'ère de l'Internet, menacée. Le contrôle des données et de leur provenance se perdent dans le «World Wide Web». Dans le cadre des récents efforts visant la révision de la quelque peu désuète législation sur la protection des données, le «droit à l'oubli» prend de l'ampleur. La Commission européenne a présenté un premier projet de «droit à l'oubli numérique». Le Conseil fédéral a donné pour mandat au DFJP d'examiner les mesures à entreprendre pour renforcer la protection des données.

Ausgangslage

Ohne bedeutende Rechtfertigung darf nicht erneut über Tatsachen berichtet werden, die sich in der Vergangenheit abgespielt haben und geeignet sind, den Ruf oder die Ehre der betroffenen Person zu verletzen. Dieses «Recht auf Vergessen» lässt sich aus Art. 28 ZGB als Teilaspekt des Persönlichkeitsrechts ableiten. Eine Suche im elektronischen Archiv des Bundesgerichtes (vgl. beispielsweise BGE 109 II 353, 111 II 209 sowie 122 II 449) zeigt auf, dass das in dieser ursprünglichen Form verstandene Recht im Alltag der vorwiegend betroffenen Medienhäuser bislang keine wichtige Rolle gespielt hat. Nur in seltenen Ausnahmefällen waren und sind Redaktionen im Hinblick auf kürzlich publizierte oder zu publizierende Texte mit der Forderung konfrontiert, den neuen Artikel zu beseitigen oder zu unterlassen, weil darin längst vergangene Verfehlungen eines vermeintlich «resozialisierten Betroffenen» publizistisch aufgewärmt werden.

Es häufen sich im Internetzeitalter jedoch Anfragen und Gesuche von in seit Jahren archivierten Artikeln namentlich genannten oder anderweitig identifizierbaren Personen, welche infolge des Alters eines belastenden Textes diesen aus dem Archiv löschen oder anonymisieren lassen wollen. Zuweilen taucht auch die Forderung auf, ein alter Artikel sei textlich zu ergänzen resp. fortzuschreiben und damit allfälligen Entwicklungen zugunsten des Betroffenen nach erfolgter Publikation

Rechnung zu tragen. Die stetig steigenden Speicherkapazitäten lassen heute ein unlimitiertes Sammeln von Informationen im Internet ohne Weiteres zu, moderne Such- und Analyseprogramme andererseits führen dazu, dass im Internet heute nichts mehr vergessen geht.

Die Europäische Kommission legt vor

Die Europäische Kommission hat Ende 2010 (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union, KOM(010) 609 endg., 4. 11. 2010) vorgeschlagen, im Rahmen der Revision der Datenschutzrichtlinien 95/46/EG vertieft über ein «Recht auf Vergessenwerden» im Onlinebereich nachzudenken. Am 25. 1. 2012 legte die EU-Kommission den Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung vor, Artikel 17 hält fest:

«Recht auf Vergessen werden und auf Löschung

1. Die betroffene Person hat das Recht, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen die Löschung von sie betreffenden personenbezogenen Daten und die Unterlassung jeglicher weiteren Verbreitung dieser Daten zu verlangen, speziell wenn es sich um personenbezogene Daten handelt, die die betroffene Person im Kindesalter öffentlich gemacht hat, sofern einer der folgenden Gründe zutrifft:
 - a) Die Daten sind für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig.
 - b) Die betroffene Person widerruft ihre Einwilligung, auf die sich die Verarbeitung gemäss Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a stützte, oder die Speicherfrist, für die die Einwilligung gegeben wurde, ist abgelaufen und es fehlt an einer anderweitigen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten.
 - c) Die betroffene Person legt gemäss Artikel 19 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein.

- d) Die Verarbeitung der Daten ist aus anderen Gründen nicht mit der Verordnung vereinbar.
2. Hat der in Absatz 1 genannte für die Verarbeitung Verantwortliche die personenbezogenen Daten öffentlich gemacht, unternimmt er in Bezug auf die Daten, für deren Veröffentlichung er verantwortlich zeichnet, alle vertretbaren Schritte, auch technischer Art, um Dritte, die die Daten verarbeiten, darüber zu informieren, dass eine betroffene Person von ihnen die Löschung aller Querverweise auf diese personenbezogenen Daten oder von Kopien oder Replikationen dieser Daten verlangt. Hat der für die Verarbeitung Verantwortliche einem Dritten die Veröffentlichung personenbezogener Daten gestattet, liegt die Verantwortung dafür bei dem für die Verarbeitung Verantwortlichen.
3. Der für die Verarbeitung Verantwortliche sorgt für eine umgehende Löschung der personenbezogenen Daten, soweit deren Speicherung nicht erforderlich ist
- a) zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung gemäss Artikel 80;
 - b) aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit gemäss Artikel 81;
 - c) für historische und statistische Zwecke oder zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung gemäss Artikel 83;
 - d) zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zur Vorhaltung der personenbezogenen Daten, der der für die Verarbeitung Verantwortliche nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt, wobei das mitgliedstaatliche Recht ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen, den Wesensgehalt des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten wahren und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen muss;
 - e) in den in Absatz 4 genannten Fällen.
4. Anstatt die personenbezogenen Daten zu löschen, kann der für die Verarbeitung Verantwortliche deren Verarbeitung beschränken, wenn
- a) ihre Richtigkeit von der betroffenen Person bestritten wird, und zwar für eine Dauer, die es dem für die Verarbeitung Verantwortlichen ermöglicht, die Richtigkeit zu überprüfen;
 - b) der für die Verarbeitung Verantwortliche die personenbezogenen Daten für die Erfüllung seiner Aufgabe nicht länger benötigt, sie aber für Beweiszwecke weiter aufbewahrt werden müssen;
 - c) die Verarbeitung unrechtmässig ist, die betroffene Person aber Einspruch gegen ihre Löschung erhebt und stattdessen deren eingeschränkte Nutzung fordert;
 - d) die betroffene Person gemäss Artikel 18 Absatz 2 die Übertragung der personenbezogenen Daten auf ein anderes automatisiertes Verarbeitungssystem fordert.
5. ...»

Diese Bestimmung wirft viele Fragen auf, die noch zu klären sind.

Die Schweiz reagiert

In seinem Bericht über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. 12. 2011 (BBl 2012 335) führte der Bundesrat im Hinblick auf eine Revision des Datenschutzgesetzes aus, dass sich die Bedrohung des Datenschutzes aufgrund der fortschreitenden technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung seit einigen Jahren akzentuiere. Das EJPD wurde entsprechend beauftragt, bis 2013 gesetzgeberische Massnahmen zur Stärkung des Datenschutzes zu prüfen. Nationalrat Jean Christophe Schwaab hat mittels eines Postulats (Postulat 12.3152, «Recht auf Vergessen im Internet») den Bundesrat im März 2012 ergänzend angehalten, zu prüfen, ob es zweckmässig ist, ein «Recht auf Vergessen im Internet» in die Gesetzgebung aufzunehmen. Der Bundesrat führte in seiner diesbezüglichen Stellungnahme vom 9. Mai 2012 aus, dass im Hinblick auf die erforderlichen Revisionsarbeiten betreffend das Datenschutzgesetz insbesondere die Verbesserung der Datenkontrolle und -herrschaft, im Sinne des vorgenannten Postulats Schwaab aber auch eine Präzisierung des «Rechts auf Vergessen» geprüft werden soll. Die in Aussicht gestellten Abklärungen liegen noch nicht vor – es ist jedoch davon auszugehen, dass der Bundesrat den dargelegten europäischen Reformbestrebungen Rechnung tragen und sich den europäischen Lösungsansätzen nicht vollständig entziehen wird, ist das Internet doch längst keine nationale Angelegenheit mehr.

Wie reagieren die Medienhäuser?

Es gibt heute keine einheitliche Reaktion von Schweizer Medienhäusern auf Anfragen von Betroffenen, welche alte Artikel gelöscht, anonymisiert oder fortgeschrieben haben möchten, vielfach wird situativ entschieden. Im Hinblick auf die sich abzeichnenden Änderungen stellt sich jedoch die Frage, ob ein öffentlich zugängliches Onlinearchiv nicht in zeitlicher Hinsicht limitiert werden, d. h. Artikel nur für eine begrenzte Zeit von beispielsweise zehn Jahren zugänglich gemacht werden sollen. Vorderhand sind jedoch die weitere Entwicklung in der EU wie der Vorschlag des EJPD abzuwarten.

Zusammenfassung Aufgrund der fortschreitenden technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung ist der Datenschutz im Zeitalter des Internets gefährdet, die Datenkontrolle und -herrschaft geht im World Wide Web verloren. Im Rahmen der Revisionsbestrebungen betreffend die veraltete Datenschutzgesetzgebung gewinnt das «Recht auf Vergessen» an Bedeutung. Die Europäische Kommission hat einen ersten Entwurf eines «Rechts auf Vergessenwerden» vorgelegt, der Bundesrat eine Abklärung beim EJPD in Auftrag gegeben.



Sylvain Métille, docteur en droit, avocat spécialisé en droit de la protection des données et des nouvelles technologies au sein de l'étude *id est avocats sàrl* à Lausanne, chargé de cours à l'Université de Lausanne (droit pénal informatique) et à l'IIMT à Fribourg (Telecommunications Law et Data Protection Law), blogueur (<https://ntdroit.wordpress.com>).

sylvain.metille@idest.pro

Confier ses données à une société étrangère n'est pas sans risque

Zusammenfassung In der Cloud gespeicherte Daten werden oft in den USA oder von amerikanischen Firmen gehostet. Dadurch werden die Daten dem amerikanischen Recht unterstellt, und das schweizerische Bundesgesetz über den Datenschutz hat keinen Einfluss. So erlaubt das FISA der amerikanischen Regierung beispielsweise, Daten von Nicht-US-Bürgern von diesen Unternehmen zu verlangen. Folglich sollte jede Person, die über sensible oder vertrauliche Daten verfügt, bei der Wahl des Dienstleistungserbringers auch auf dessen Sitz und Eigentümer achten.

L'informatique en nuage (cloud computing) n'est pas nouvelle, mais elle devient omniprésente dans l'organisation actuelle d'un bureau. Chacun apprécie de pouvoir accéder depuis n'importe où à son espace de travail professionnel, de retrouver en déplacement des fichiers enregistrés «en ligne» ou plus simplement son courrier électronique. On peut accéder à ses documents et autres données en tout temps et depuis n'importe où pour peu que l'on dispose d'un accès à Internet. L'hébergement des fichiers est souvent gratuit ou presque. Cette disponibilité complète induit cependant une certaine perte de maîtrise, à tout le moins physiquement, de ses fichiers qui peuvent contenir des données sensibles. Ils ne sont plus dans un tiroir que l'on ferme à clé et auquel on sait qui a accédé. Cette nouvelle facilité d'accès fait parfois perdre de vue les risques qui peuvent y être liés.

Le cadre légal pose certaines limites au traitement des données, vu l'atteinte à la personnalité que cela peut représenter. En Suisse, la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) contient les principes et les conditions à respecter lors du traitement de données personnelles de tiers. La LPD s'applique au traitement de données qui a lieu en Suisse (ATF 138 II 346, consid. 3). La notion de traitement de données est large – elle inclut la collecte, la conservation, la modification, la communication, etc. (art. 3 lit. LPD) – et la LPD pourra s'appliquer à un fournisseur d'hébergement étranger qui propose ses services en Suisse et traite des données en Suisse même s'il ne dispose pas d'une filiale en Suisse ou d'un site Internet exclusivement dédié à la Suisse.

En principe, les lois nationales de protection des données s'appliquent d'abord dans leur pays d'origine. Le projet de nouveau Règlement définissant un cadre général de l'UE pour la protection des données qui devrait remplacer la Directive 95/46/CE prévoit pourtant expressément son application hors de l'UE pour les données concernant des résidents européens.

Déjà aujourd'hui la LPD impose à celui qui traite ou exporte des données dans un pays n'offrant pas le même niveau légal de protection que des garanties particulières soient apportées (par le biais d'un contrat) ou que la personne dont les données sont traitées en soit informée et donne son accord spécifique (art. 6 LPD). Autrement dit cela signifie que soit les données sont traitées avec les mêmes garanties que si elles l'étaient en Suisse ou alors que la personne concernée accepte en toute connaissance de cause que les mêmes garanties ne soient pas offertes. Mais ces garanties ne concernent que le traitement des données qui est fait par la personne (physique ou morale) qui les exporte ou les traite à l'étranger, et n'excluent pas l'application du droit local du pays étranger que cette personne doit respecter, en particulier des lois de procédure civile ou pénale, des lois fiscales, des lois sur la transparence ou encore des lois sur le renseignement. L'entité étrangère peut être tenue de transmettre des informations en application de sa loi nationale, et la LPD suisse ne pourra pas s'y opposer.

Aux USA par exemple, le Foreign Intelligence Surveillance Act américain (FISA) permet au Gouvernement américain d'obtenir facilement des informations concernant des personnes qui ne sont pas des résidents U.S. lorsque les données sont hébergées sur sol américain ou traitées par des entreprises américaines. Le FISA avait initialement pour but de surveiller les espions étrangers, mais au gré des modifications cette loi vise désormais les pouvoirs étrangers et les agents de pouvoirs étrangers, une notion sujette à une interprétation large. L'ACLU, une organisation américaine de défense des libertés individuelles, considère que les avocats, journalistes, chercheurs et universitaires étrangers sont également inclus dans cette notion. Comme les non-résidents U.S. sont exclus de la protection offerte par le IV^e Amendement, ils ne bénéficient même pas de la possibilité de saisir une autorité judiciaire ou d'être informé

Sylvain Métille Confier ses données à une société étrangère n'est pas sans risque

une fois la transmission de leurs données intervenue. Il existe dès lors un risque réel que des données de ressortissants suisses ou européens puissent être obtenues par les autorités américaines. Les pays membres de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent en revanche une protection similaire à leurs ressortissants nationaux et aux étrangers, en particulier le droit de saisir une autorité judiciaire (exigence de l'art. 8 al. 2 CEDH).

La grande majorité des fournisseurs de services d'hébergement sont américains (comme Amazon, Apple, Google, Microsoft, ...). Alors que la quasi-totalité des données américaines sont hébergées aux USA ou par des sociétés américaines, seul un tiers des données du vieux continent sont hébergées en Europe ou par des sociétés européennes. Cela signifie que deux tiers des données européennes sont soumises à des règles étrangères – notamment s'agissant de l'accès aux données par les autorités ou l'obligation de transmettre des informations –, règles sur lesquelles le droit national du pays d'origine n'a aucune influence et que les entreprises américaines doivent et vont évidemment respecter.

Le journaliste soucieux de la protection de ses sources ou simplement celui qui veut éviter qu'un gouvernement étranger n'ait accès à des informations sur ses activités privées ou professionnelles devrait être prudent sur le choix de ses outils de travail, même les plus courants. Le choix d'un fournisseur de services – y compris un simple hébergeur de données ou fournisseur de courrier électronique – dépendra donc d'abord du type de données traitées. Il n'est guère possible de négocier les conditions générales de l'offre standard proposée au grand public, mais on prendra néanmoins garde aux pays concernés, aux possibilités que le fournisseur sous-traite le service et aux conditions d'utilisation. Le choix d'un fournisseur de services local et/ou payant suffit parfois à éviter d'être exposé. Des moyens techniques comme le cryptage des données ou la division des données entre différents prestataires peuvent aussi réduire les risques et peuvent être mis en place indépendamment du fournisseur de services.

A défaut de pouvoir bénéficier d'un environnement technique propre ou renoncer à l'utilisation d'un smartphone qui effectue automatiquement une sauvegarde vers un serveur dont la location est inconnue, l'utilisateur doit au moins garder en mémoire que selon le lieu où se trouveront ses données, un tiers pourra les obtenir légalement – un gouvernement pour des motifs de sécurité nationale, un concurrent dans le cadre d'une procédure judiciaire, une personne concernée pour ses propres données, etc. – et donc tenir compte de ce risque. Celui qui traite des données sensibles ou simplement dont il veut éviter qu'elles ne puissent être consultées doit désormais choisir attentivement ses outils de travail, y compris ceux qui semblent les plus banals.

Résumé Les données sauvegardées dans le cloud sont le plus souvent hébergées aux USA ou par des sociétés américaines. Cela expose les données à des lois américaines sur lesquelles la LPD suisse n'a évidemment pas d'emprise. Le FISA permet par exemple au Gouvernement américain d'obtenir les données de non-résidents U.S. de la part de ces entreprises. Celui qui traite des données sensibles ou veut garder ses données confidentielles doit donc faire attention au choix de ses fournisseurs de services et à leur localisation.

Fabian Niggemeier, lic. iur., Rechtsanwalt, Mitarbeiter des Rechtsdienstes und Mitglied der SUISA, Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik.*

Der Vorschlag der Kommission für eine Verwertungs- und Online-Richtlinie

Oder der Einstieg in den Ausstieg aus der kollektiven Verwertung

Résumé Si l'intention de départ de la Commission européenne mérite d'être saluée, sa transposition dans la proposition de directive est médiocre. Les définitions varient dans les textes de langues différentes, laissant place à une trop grande liberté d'interprétation. La Commission sous-estime le problème découlant d'une part de l'uniformisation des droits de protections et d'autre part, du manque d'uniformisation des droits d'auteurs sur lesquels ils se basent. Ceci à tel point qu'il est plus qu'incertain que les objectifs visés puissent effectivement être atteints. Il sied aussi de considérer la position dominante des grandes maisons d'éditions de musique. Il sera difficile pour les sociétés de gestion collective ainsi que leurs membres d'assurer une exploitation commerciale, tandis que les utilisateurs seront confrontés à des insécurités juridiques.

Einleitung

Im Juli 2012 veröffentlichte die EU-Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie «über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt» (im Folgenden: RL). Die Kommission setzte sich darin zum Ziel, einerseits einen angemessenen Rechtsrahmen für die Wahrnehmung von Rechten durch Verwertungsgesellschaften (im Folgenden: VG) zu schaffen, indem Führung, Beaufsichtigung und Transparenz verbessert werden, und andererseits die länderübergreifende Lizenzierung von Urheberrechten an Musikwerken zu erleichtern.¹ Die vorliegende Untersuchung geht der Frage nach, ob die EU-Kommission mit diesem Vorschlag die genannten Ziele erreicht und welches die Auswirkungen dieser RL auf die Schweiz und die Verwertungslandschaft sein werden. Hierzu wird in einem ersten Teil (I.) der Weg zu dieser RL dargelegt und in einem zweiten Teil (II.) der Inhalt der RL genauer analysiert, bevor im Folgenden (III.) die Auswirkungen der RL auf die Nutzer und Rechteinhaber in der Schweiz betrachtet werden.

* Der Verfasser äussert ausschliesslich seine eigene Meinung und bindet seinen Arbeitgeber in keiner Weise.

¹ Begründung RL, 1.1 Abs. 1 ff.

I. Von Santiago bis Luxemburg

1. Das Santiago- und das Barcelona-Abkommen²

Der grenzübergreifende Charakter des Internets bedingt ein neues und einfacheres Lizenzierungssystem, welches es idealerweise erlaubt, von einem zentralen Punkt aus multiterritoriale Lizenzen zu erteilen. Diese Notwendigkeit wurde als Erstes von den VG erkannt, welche das Problem über Zusätze zu den bestehenden Gegenseitigkeitsverträgen lösten.³ Ausser der portugiesischen SPA traten alle VG des damaligen EWR diesen beiden Abkommen bei und schufen damit den ersten weltweiten One-Stop-Shop für Urheberrechte. Die EU-Kommission sah aber in der Zuständigkeitsklausel des Santiago-Abkommens eine unzulässige Ausdehnung der nationalen Monopole auf den Online-Bereich,⁴ weshalb sie zu verstehen gab, das Abkommen nicht von Art. 81 EG Vertrag (heute Art. 101 AEUV) freizustellen.⁵ Als Konsequenz liessen die VG das befristete Abkommen auslaufen.⁶ Erst dieser Wegfall führte zu einer Erschwerung der Lizenzierung im Online-Bereich.

2. Der Entzug des angloamerikanischen Repertoires

Im Oktober 2005⁷ erfolgte schliesslich die Empfehlung der Kommission (GD Markt) «für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten

² Das Santiago-Abkommen regelt die Online-Aufführungsrechte, während das Barcelona-Abkommen die Online-Vervielfältigungsrechte betraf.

³ Ausführlich zu den beiden Abkommen: Heine, Wahrnehmung von Online-Musikrechten durch Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt, Berlin 2008, 201 ff.; siehe auch Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, München 2011, 96.

⁴ EU-Kommission GD Wettbewerb, Mitteilung gemäss Art. 27 Abs. 4 der Verordnung (EG) vom 17. 8. 2005, Nr. 1/2003 des Rates in den Sachen COMP/C2/39152 – BUMA und COMP/C2/39151 – SABAM (Santiago Agreement – COMP/c2/38126), Ziff. 6 (zit. Mitteilung 2005).

⁵ Mitteilung 2005, Fn. 4, Ziff. 7.

⁶ Über das Barcelona-Abkommen erging nie eine Entscheidung. Da es aber über die identische Zuständigkeitsklausel verfügte, liessen es die VG ebenfalls auslaufen.

⁷ Das ursprünglich aufgeführte, falsche Datum vom 18. 5. 2005 wurde mit Eintrag im Amtsblatt der EU L 284/10 auf den 18. 10. 2005 korrigiert.

Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden» (im Folgenden: Empfehlung). Dieser vorausgegangen war eine Mitarbeiterstudie der EU-Kommission, welche verschiedene Optionen für die Lizenzierung von Online-Diensten ausgearbeitet hatte.⁸ Kernaussage der Empfehlung war, dass ein Rechtsrahmen zu schaffen sei, der es den Rechteinhabern erlaubt, die Wahrnehmung ihrer Online-Rechte einer VG ihrer Wahl und für die Territorien ihrer Wahl anzuvertrauen.⁹ Die Empfehlung stiess aus mehreren Gründen in Praxis und Lehre auf erhebliche Kritik.¹⁰

Als Folge der Empfehlung begannen die Major-Verlage den VG ihre Vervielfältigungsrechte am angloamerikanischen Repertoire zu entziehen¹¹ und brachten es in Agenturen (sog. Option-3-Gesellschaften) ein,¹² welche im Regelfall als Tochtergesellschaften einer VG organisiert sind.¹³ Mittlerweile haben alle Major-Verlage und die grössten Independent-Verlage ihr angloamerikanisches Repertoire aus den VG herausgenommen.¹⁴ Dies hat zu einer Rechtezersplitterung und damit verbundenen zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit aufseiten der Nutzer sowie je nach Land zum Verlust von 50 bis 70% des Repertoires aufseiten der VG geführt.¹⁵

3. Die CISAC-Entscheidung der Kommission

Nach der GD Markt sprach sich im CISAC-Entscheid auch die GD Wettbewerb gegen die Ausschlussklauseln in den Gegenseitigkeitsverträgen aus.¹⁶ Die Einwilligung der VG in den Wechsel zu einer anderen Gesellschaft sowie die Ausschliesslichkeit der Vertretung im jeweiligen Staatsgebiet wür-

den den Wettbewerb beschränken¹⁷ und könnten deshalb kartellrechtlich nicht freigestellt werden.¹⁸

4. Der Weg zur Richtlinie

Die paradoxe Konsequenz aus Empfehlung und CISAC-Entscheid war, dass die Kommission eine Konzentration der Repertoires wünschte, gleichzeitig den VG aber keine Rechtssicherheit für die Kooperation bieten konnte oder wollte. Wann immer die VG eine Zusammenarbeit suchten, liefen sie zwangsläufig Gefahr, mit dem Kartellrecht in Konflikt zu geraten. Dieser Umstand konnte nur durch eine gesamteuropäische Regelung aus der Welt geschafft werden. Es ist bezeichnend für die Komplexität der Materie, dass dieser Prozess fast acht Jahre in Anspruch nahm.¹⁹

II. Die Richtlinie

1. Ziele und Aufbau der Richtlinie

In der Begründung zur RL hält die Kommission an ihren Zielen aus der Empfehlung und dem CISAC-Entscheid fest. Handlungsbedarf bestehe einerseits bei Effizienz, Transparenz und Rechenschaftspflicht gegenüber Mitgliedern und Nutzern.²⁰ Andererseits, so die Begründung, schränke die Fragmentierung des EU-Marktes die Online-Musikdienste ein, und deshalb müsse die Vergabe von Mehrgebietslizenzen (im Folgenden: MGL) im Online-Bereich geregelt werden.²¹

Die RL selber ist in fünf Titel unterteilt. Die ersten beiden Titel richten sich dabei an sämtliche VG, welche mit der Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten betraut sind, während sich der dritte Titel nur an VG richtet, die MGL im Bereich der Online-Nutzung von Musik vergeben wollen. Unter dem vierten Titel werden die von den Mitgliedstaaten einzuführenden Durchsetzungsmassnahmen erläutert, der fünfte Titel enthält die Schlussbestimmungen.

2. Der erste Teil: über die Verwertungsgesellschaften

A. Allgemeine Bemerkungen

a) Begriffe und Sprache

Ganz allgemein, vor jeglicher Kritik, gilt es festzuhalten, dass einheitliche europäische Standards für VG zu begrüssen sind. Die Unterschiede zwischen den Gesellschaften sind beträchtlich, und die RL geht hier in die richtige Richtung. Doch

⁸ Commission Staff working document, Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright, vom 7.7.2005 (zit.: Mitarbeiterstudie 2005), 33 f.

⁹ Empfehlung Ziff. 5.

¹⁰ Stellungnahme der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2006, 305 ff.; Poll, CELAS, PEDL & Co, ZUM 2008, 503; Studie des Europäischen Parlamentes 2009, Verwertungsgesellschaften und kulturelle Vielfalt in der Musikbranche, 22 ff. (zit.: Studie EP), sowie Heyde, Fn. 3, 111, mit weiteren Hinweisen.

¹¹ Für die Gründe, weshalb nur angloamerikanisches Repertoire entzogen wurde, siehe: Heyde, Fn. 3, 167 ff.; Alich, Lizenzierung von Musikrechten durch Verwertungsgesellschaften, GRUR Int. 2008, 999; Müller, Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften bei der Nutzung von Musikwerken im Internet, ZUM 2009, 122 f.; Poll, Fn. 10, 504.

¹² Mitarbeiterstudie 2005, 18.

¹³ Aufgrund der Verwertungsgesetzgebung in Deutschland und Frankreich ist die direkte Einbringung der Rechte in eine VG nicht möglich (Gleichbehandlungsgebot). Deshalb nimmt lediglich die britische PRS die Rechte direkt wahr.

¹⁴ Sony/ATV und BMG brachten ihre Rechte in durch die GEMA verwaltete Agenturen ein (PAECOL und ARESA), EMI in die Gemeinschaftsagentur von PRS und GEMA der CELAS, und Universal übergab seine Online-Rechte der durch die SACEM verwalteten D.E.A.L. Die grossen Independent-Verlage Chrysalis, IMAGEM, IMPEL und Peermusic übertrugen ihre Rechte der PRS. Ausführlich zu den Modellen: Heyde, Fn. 3, 135 ff., und Müller Fn. 11, 127.

¹⁵ Studie EP, Fn. 10, 50 und 77.

¹⁶ Entscheidung der Kommission vom 16.7.2008 in einem Verfahren nach (ex-)Art. 81 EG-Vertrag und Art. 53 WER-Abkommen, COMP/C2/38698 (zit. CISAC-Entscheid), Artikel 2.

¹⁷ CISAC-Entscheid Rn. 204.

¹⁸ CISAC-Entscheid Rn. 256 ff.

¹⁹ Erster Verweis auf den Bedarf, Standards für VG einzuführen, in: European Commission Communication on The management of copyrights and related rights in the internal market vom 16.4.2004, COM(2004) 261 final, Ziff. 3.5 (zit. Mitteilung 2004).

²⁰ Begründung RL, 2.

²¹ Begründung RL, 3.

erscheint sie noch nicht in allen Punkten wirklich durchdacht. So führt z. B. die weite Definition des Rechteinhabers in Art. 3 lit. b RL dazu, dass VG ihre Sozial-, Kultur- oder Bildungsleistungen sogar an Nichtmitglieder erbringen müssen, sofern diese irgendein Urheber- oder Leistungsschutzrecht innehaben (Art. 11 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 3 lit. b RL).

Auch gilt es zu erwähnen, dass sich aus den verschiedenen Sprachversionen Interpretationsspielraum ergibt. So verlangt Art. 11 Abs. 1 RL, dass die Abzüge im Vertrag mit dem Rechteinhaber «aufzuführen» sind. Hier ist der deutsche Begriff, wie auch der französische («en quoi consistant»), ungenau. Entweder reicht ein allgemeiner Hinweis, dass Abzüge getätigt werden, was eine Selbstverständlichkeit ist und somit sinnlos, oder der exakte Prozentsatz müsste in den Wahrnehmungsvertrag aufgenommen werden. Der englische Text legt die zweite Auslegung nahe, so spricht dieser von «specify». Da der Kostensatz aber jährlich ändern kann, wovon die RL ausgeht (Art. 16 lit. e RL), wäre auch die englische Bedeutung wenig sinnvoll. Weitere Beispiele sprachlicher Differenzen befinden sich z. B. in Art. 16. lit. g RL²² sowie in Art. 7 Abs. 5 lit. c. RL.²³

b) Der Wettbewerb um «Mitglieder»
aa) Implikationen

Von Nutzerorganisationen, VG, wie auch aus der Lehre stiess die Idee des Wettbewerbs überwiegend auf Kritik.²⁴ Dies aus gutem Grund. Denn ein reiner Wettbewerb um Mitglieder lässt sich mit dem eingeschlagenen Weg nicht umsetzen. Die tatsächlichen Auswirkungen gehen bedeutend weiter. Aufgrund der CISAC-Entscheidung laufen VG bei territorialen Absprachen Gefahr, gegen das Kartellrecht zu verstossen,²⁵ exklusive Rechteabtretungen sind den VG verboten,²⁶ die RL verlangt keine Zulassungserlaubnis, d. h., in einem EU-Staat ansässige VG haben nach Auffassung der Kommission, unter Berufung auf die Dienstleistungsrichtlinie, freien Zugang zu den anderen Märkten,²⁷ und es fehlt eine Tarifhoheit (Bestimmungslandtarif) der VG im heimischen Markt. Hieraus ergibt sich, dass VG mindestens ihr eigenes Repertoire in sämtlichen Bereichen, und eben nicht nur beschränkt auf die Übertragung per Internet, Satellit oder Kabel, paneuropäisch lizenzieren können.²⁸ Die Konsequenz ist zwar keine eigentliche Competition

on tariffs,²⁹ aber eine Zwischenform davon.³⁰ Der Nutzer kann entweder einen One-Stop-Shop bei der in seinem Sitzland ansässigen VG wählen, oder er kann einzelne Repertoires direkt bei anderen EU-VG nach den dort gültigen Tarifen lizenzieren. Ob sich dies auf Vergütungsansprüche auswirken kann, sei dahingestellt, im Konzertbereich, aber auch bei der Nutzung von Fotografien oder Bildern kommt diese Regelung einem Wettbewerb um Tarife gleich.³¹ In Tat und Wahrheit geht der Wettbewerb somit bedeutend weiter, als von der Kommission kommuniziert, und beschränkt sich nicht auf Mitglieder.

ab) Auswirkungen

Die Kommission möchte den Binnenmarkt öffnen und den Wettbewerb (um Mitglieder) anregen. Deshalb sei die Frage erlaubt, warum in einem freien Markt die Mitgliederdienste reguliert werden sollen. Wenn die Mitglieder eine VG ihrer Wahl mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragen können, sind dann Zuverlässigkeit, Transparenz und Service nicht genau die Qualitätsmerkmale, durch welche sich Unternehmen im freien Markt unterscheiden? Die Kommission will den Wettbewerb,³² zwingt aber gleichzeitig alle VG, und nur diese, in das gleiche Korsett. Auch lässt sich am Beispiel der USA zeigen, dass der Wettbewerb unter VG zu Ineffizienz und Mindereinnahmen führt³³ sowie die sich ergebende Rechtezersplitterung den Nutzerinteressen diametral widerspricht, vor allem im Musikbereich. Wer einen Online-Musikdienst aufbaut, will alle Rechte für alle Repertoires. Er wird nicht darauf verzichten, die Beatles zu verkaufen, nur weil ihm die Rolling Stones günstiger angeboten werden.³⁴ Musikrepertoires sind im Gegensatz zu Autos oder Kleidern nicht miteinander vergleichbar, und es kann allein aus diesem Grund schon keinen effektiven Wettbewerb geben.

Vergessen ging sodann, dass die nationalen Regulierungsvorschriften das Gegenstück zu den Verwertungsmonopolen oder Konzessionszwängen sind.³⁵ So bestehen in Ländern, welche keine Zulassungsvoraussetzungen kennen, auch keine oder nur sehr beschränkte Regulierungsvorschriften, wie zum Beispiel in Schweden oder Grossbritannien, wo die VG im Umgang mit ihren Mitgliedern frei sind und im Gegenzug den allgemeinen Wettbewerbsregeln unterliegen.³⁶ Auch der Wahrneh-

22 De: «nicht ausbezahlte Beträge», Fr: «montants restant du au titulaire», En: «outstanding amounts».

23 Unten II.2.B.

24 Siehe Fn. 10.

25 CISAC-Entscheidung Rz 156 ff.

26 CISAC-Entscheidung, Rz. 140 ff.; Gorski, Effizienz, Wahlfreiheit und Gleichbehandlung. Frankfurt am Main 2009, 126.

27 Begründung RL, 1.4. Abs. 1. Die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie ist in der Lehre aber stark umstritten und stösst überwiegend auf Ablehnung. Ablehnend Heyde, Fn. 3, 372, mit weiteren Verweisen in Fn. 521; Kritisch auch European Economic and Social Committee, Opinion on the Proposal COM(2012) 372 final, vom 12. 12. 2012, Ziff. 3.11.; befürwortend Heine/Eisenberg, Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt, GRUR Int, 2009, 27.

28 Wittmann, Die CISAC-Entscheidung der Kommission, MR-Int 2008, 64.

29 GESAC, Commentaires préliminaires sur le Document de travail du 7 juillet 2005, vom 28. 7. 2005, 2.2. Abs. 5 ff.

30 Zu den Auswirkungen eines solchen Wettbewerbs siehe: Popp, Verwertungsgesellschaften, Wien 2001, 98 ff.; Gerlach, Verwertungsgesellschaft und europäischer Wettbewerb, in FS Dittrich, Wien 2000, 131 f.

31 Stellungnahme VG Wort, vom 24. 8. 2012 (zit. Stellungnahme VG Wort), 3; Gorski, Fn. 26, 32.

32 Begründung RL, 2.3. Abs. 3.

33 KEA European Affairs, The collective management of rights in Europe, 2006 (zit. KEA Studie), 21.

34 Da jede VG und jede Agentur ihre eigenen Tarife aufstellt, können die Preise variieren.

35 Zu den Vorteilen des Monopols der VG siehe: Popp, Fn. 30, 16 ff.

36 KEA Studie, 65 ff. mit detaillierter Übersicht über die Voraussetzungen der Verwertung in allen EU-Staaten; Commission Staff working document, Impact Assessment (SWD 2012) 204 final, Annex L.

mungszwang (Art. 5 Abs. 2 RL) macht lediglich dann Sinn, wenn VG eine Monopolstellung einnehmen, ansonsten ist auch hier das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreichend.³⁷

Abschliessend sei noch bemerkt, dass gemäss RL jede Gesellschaft, welche die Anforderungen an die RL erfüllt, eine Tätigkeit als VG in der ganzen EU ausüben darf. Dies führt zu einer Benachteiligung der VG, welche einer strengeren nationalen Verwertungsgesetzgebung unterliegen. Dementsprechend hielt Dr. Irene Pakuscher³⁸ an der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht vom 7. Dezember 2012 auch fest, dass bei der momentanen Fassung der RL Deutschland seine Verwertungsgesetzgebung abschaffen oder mindestens derart lockern müsse, dass den deutschen Gesellschaften kein Wettbewerbsnachteil erwachse.³⁹ Ohne allzu viele böse Absichten könnte man behaupten, «the race to the bottom» finde nun nicht auf Tarifebene statt, sondern bei den Mitgliederrechten.

B. Mitglieder und Transparenz

Losgelöst von dieser generellen Problematik sind die Regelungen im ersten Teil der RL auch zu detailliert. Es dürfte den VG schwerfallen eine Gesellschaftsform zu finden, welche allen Anforderungen gerecht wird.⁴⁰ So ist z. B. nach schweizerischem Genossenschaftsrecht die Mitgliedschaft nicht auf jedermann übertragbar (vgl. Art. 7 Abs. 8 RL im Gegensatz zu Art. 886 Abs. 1 und Abs. 3 OR), oder gemäss § 22 Abs. 6 Genossenschaftsgesetz Österreich ist bei «Grossgenossenschaften» zwingend die Revisionsstelle auch Abschlussprüfer, was Art. 7 Abs. 6 RL überflüssig macht. Sinnvoller und aufgrund des Subsidiaritätsprinzips auch angebrachter wäre es, auf eine geeignete Gesellschaftsform des nationalen Rechts zu verweisen.

Zu überdenken ist auch der Umfang der Delegation an die Mitgliederversammlung (Art. 7 Abs. 5). Ihr werden Entscheide über komplexe Themen wie die Art und Weise der Verteilung oder die Vergabe von Darlehen zugewiesen. Ein unter Umständen mehrere hundert Personen umfassendes Gremium dürfte aber kaum der richtige Rahmen sein, diese Fragen zu diskutieren. Auch sprachlich ist Art. 7 Abs. 5 lit. c RL ungenau; während auf Deutsch der geldbezogene Begriff «Anlagepolitik» verwendet wird, sprechen die englische und die französische Ausgabe vom allgemeinen «Investment».

C. Soziale und kulturelle Abzüge

Beim Studium der Materialien, sei dies Begründung, Erwägung oder Memo,⁴¹ beschleicht einen das Gefühl, dass die

Kommission der Kritik an der mangelnden Rücksicht auf die kulturelle Vielfalt Rechnung tragen wollte, indem an möglichst vielen zusammenhanglosen Stellen der Begriff der kulturellen Vielfalt eingefügt wird.⁴² Dieser Eindruck wird durch Art. 11 RL bestätigt. Die Regelung blendet vollkommen aus, dass die sozialen Abzüge in erster Line den Mitgliedern einer VG eine soziale Sicherheit geben sollen und die kulturellen Abzüge den nationalen Bedürfnissen der kulturellen Vielfalt dienen. Dies ergibt sich schon aus der Territorialität des Urheberrechtsschutzes.⁴³ Die RL gibt aber allen Rechteinhabern⁴⁴ einen Anspruch auf diese Leistungen und verhindert somit, dass dieses Geld zur gezielten Förderung von Spartenrepertoires oder in kleinen Staaten allgemein zur Förderung des einheimischen Repertoires eingesetzt werden kann.

Des Weiteren führt Art. 14 Abs. 1 RL zu einer Zweiklassengesellschaft. Sozialabzüge sind auf ausländischem Repertoire nur noch mit Einwilligung der jeweiligen VG zulässig. VG mit schwachem Repertoire werden sich diese Institutionen schlicht und ergreifend nicht mehr leisten können, da sie auf die Abzüge auf dem ausländischen Repertoire angewiesen sind.⁴⁵ VG mit starkem Repertoire hingegen können sich frei entscheiden, ob sie einen Sozialabzug tätigen wollen oder nicht. Die RL spaltet somit die VG nach der Stärke ihres Repertoires, anstatt die Diskussion über die Rechtmässigkeit der Sozialabzüge zu beenden.⁴⁶ Paradoxerweise spielt der Wettbewerb um Mitglieder noch nicht und wird wahrscheinlich auch nie spielen.⁴⁷ Die Stärke des Repertoires hängt folglich im Wesentlichen von den nationalen Komponisten ab, und genau diese dürfen aufgrund von Art. 11 Abs. 1 lit. a RL nicht mehr ausschliesslich gefördert werden.⁴⁸

D. Die Nutzerseite

Die wesentlichen Erwartungen der Nutzer an die VG sind zweischichtig. Einerseits wollen sie Rechtssicherheit und andererseits möglichst einfache Lizenzierungsmöglichkeiten.⁴⁹ Durch die Möglichkeit, ohne Zulassung und damit jederzeit eine VG gründen zu können, verlieren die Nutzer die Rechtssicherheit. Sie laufen stets Gefahr, das Repertoire irgendeiner Gesellschaft zu verletzen oder plötzlich nach- oder neuverhandeln zu müssen. Auch Einfachheit wird durch die RL nicht

37 Stellungnahme VG Wort, 6.

38 Ministerialrätin und Leiterin des Referats Urheber- und Verlagsrecht, Bundesministerium der Justiz der Bundesrepublik Deutschland.

39 Stellungnahme VG Wort, 2 f. und 10; zum Wettbewerbsnachteil durch Sozialabzüge: Gorski, Fn. 26, 149.

40 IFPI-Stellungnahme vom 14. 11. 2012, 1 und 3 f.; Proposition de résolution européenne portant avis motivé, présentée au nom de la commission des affaires européennes vom 4. 10. 2012, des französischen Senats (zit. Senats-Kommission), 4.

41 Memo 12/545 der Europäischen Kommission vom 11. 7. 2012.

42 Begründung RL, 1.1 Abs. 3, 1.2 Abs. 2 und 3.4.3 Abs. 2, Erwägungen RL, Ziff. 2 und Ziff. 29, Memo Ziff. 16; siehe auch Graber, Collective rights management, competition policy and cultural diversity: EU Lawmaking at a Crossroads, i-call working paper, No. 2012/04, 11 f.

43 Dietz, Der Einbruch der kulturellen Vielfalt in das Urheberrecht, MR-Int 2008, 61.

44 Siehe oben II. 2. A. a).

45 Für die Schweiz lassen sich die Programmierungen von SRF heranziehen, nach welchen rund 85% der gespielten Musik von ausländischen Urhebern stammt, Jahresbericht SUISA 2010, 17; Uchtenhagen, in FS 100 Jahre URG, Bern 1983, 82.

46 Für eine Übersicht der Diskussion siehe Hauptmann, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, Baden-Baden 1994, 65 ff.; zu den Auswirkungen auf die Künstler: Gorski, Fn. 26, 156.

47 Siehe Fn. 30.

48 Oben II.2.A.a).

49 Studie EP, Fn. 10, 27 f., von Albrecht, Praxis der Rechtevergabe im Online-Bereich, ZUM 2011, 708 f.

garantiert,⁵⁰ sodass die RL insgesamt für die Nutzer wenig bis keine Vorteile bringt.⁵¹

VG nehmen für die Nutzer eine wichtige Zentralstellenfunktion war. Entsprechend enttäuschend ist, dass diese Beziehung in Art. 15 RL äusserst kurz und mehr schlecht als recht geregelt wurde. So ist nicht nachvollziehbar, warum vom Begriff der «angemessenen Vergütung» abgewichen wurde. Aus der RL ist nicht ersichtlich, was mit «Lizenzbedingungen auf objektiven Kriterien» oder mit dem «Marktwert» der Ausschliesslichkeitsrechte gemeint sein soll. So dürfte der Begriff des «Marktwertes» kaum mit der Praxis der VG, alle Rechte zu einem einheitlichen Preis anzubieten, vereinbar sein. Auch was bei den Vergütungsansprüchen der objektive Wert sein soll, bleibt fraglich. Objektiv gesehen ist ein Bestseller mehr wert als ein Ladenhüter. Gerade Vergütungsansprüchen für Massennutzungen ist aber immanent, dass die Berechnung nicht aufgrund der effektiven Nutzung, sondern anhand von Pauschalbeträgen erfolgt.

3. Der zweite Teil: die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für digitale Musik

A. Die Grundidee

Bei der Vergabe von MGL handelt es sich im Wesentlichen um die Umsetzung der Ideen aus der Empfehlung. Die Kommission will die Vergabe von MGL in den Händen von wenigen europaweit tätigen VG konzentrieren. Dazu werden Mindestvoraussetzungen für die paneuropäische Lizenzierung geschaffen (Art. 22–26 RL), und gleichzeitig wird den VG die Möglichkeit gegeben, eine andere VG mit der Vergabe von MGL zu beauftragen, sogenanntes «Tag-on» (Art. 29 RL). Vertritt die angefragte Gesellschaft bereits eine andere, so muss sie die Anfrage annehmen (Art. 29 Abs. 2 RL).

B. Bedeutung für die Rechteinhaber und Verwertungsgesellschaften

Es gibt drei Voraussetzungen für die Vergabe von MGL: Datenverarbeitungskapazität (Art. 22–24 RL), Rechnungsstellung in elektronischer Form (Art. 25 RL) und zügige Abrechnung (Art. 26 RL). Bedenkt man das Subverlagssystem, welches eine unterschiedliche Dokumentation in jedem Land erfordert, so erkennt man, dass die IT-Kapazität die grösste Eintrittshürde für eine VG darstellt.

Leider bleibt sich die Kommission in Bezug auf ihre kartellrechtliche Beurteilung der VG treu. So hält Art. 28 Abs. 1 RL ausdrücklich fest, dass auch die Beauftragung einer anderen Gesellschaft nur auf nicht exklusiver Basis erfolgen darf. Vertritt eine VG aber einmal eine andere, so muss sie jede VG, und sei sie noch so schlecht dokumentiert, vertreten. Zwar darf die übernehmende VG ihren Kostenaufwand in Rechnung stellen,

zuzüglich einer vertretbaren Gewinnmarge.⁵² Doch wird sie nicht davor geschützt, dass nach allen Investitionen in den Aufbau oder Unterhalt einer IT-Infrastruktur für eine Drittgeseellschaft diese jederzeit parallel eine andere VG beauftragen kann. Ein solches Risiko lässt sich nur tragen, wenn die übertragende VG bereits gut dokumentiert ist und die Investitionen entsprechend gering sind. Das Risiko, jede VG vertreten zu müssen, könnte VG davon abhalten, überhaupt einer anderen den «Tag-on» zu erlauben.

Doch welches sind die Konsequenzen, wenn eine VG die Anforderungen für die Vergabe von MGL nicht erfüllt, aber gleichzeitig keine Gesellschaft findet, welche ihr den «Tag-on» erlaubt? Vergibt eine VG innert Jahresfrist nach Inkrafttreten der RL keine MGL und hat sie keine andere VG mit der Vergabe beauftragt, so können die Rechteinhaber selber MGL erteilen oder eine Gesellschaft, welche MGL vergibt, oder einen ermächtigten Dritten damit beauftragen (Art. 30 RL), ohne den Wahrnehmungsvertrag kündigen zu müssen. Einerseits ergibt sich nirgends aus der RL, wer oder was ein «ermächtigter Dritter» sein soll,⁵³ und andererseits wird diese Ermächtigung der Rechteinhaber zur parallelen Rechtevergabe, zur vollständigen Rechtsunsicherheit auf Nutzerseite führen.

Alles in allem bleibt somit fraglich, ob das System der MGL wirklich den gewünschten Effekt haben wird.

C. Tochtergesellschaften und Agenturen

Die Definition der VG in Art. 3 lit. a RL verdeutlicht, dass es sich nach dem Willen der Kommission bei den Agenturen der Majors um keine VG handelt. Die RL ist somit auf diese nicht anwendbar, und es drängt sich die Frage auf, warum die Kommission nur die VG regulieren will, nicht aber die umsatzstärksten Marktteilnehmer. Auch wenn eine Differenzierung auf den ersten Blick einleuchtend erscheint, da Agenturen nur «ein» Mitglied vertreten, so erweist sich bereits diese Prämisse bei näherer Betrachtung als falsch.⁵⁴ Berücksichtigt man noch die wirtschaftlichen Verhältnisse, so ändert sich der Eindruck vollständig. Das angloamerikanische Repertoire macht im Online-Bereich je nach Land zwischen 50% und 70% des Umsatzes aus.⁵⁵ Die Kommission sieht somit Handlungs- und Regulierungsbedarf bei 27 VG, die Tausende von kleinen Verlagen und Hunderttausende von Urhebern vertreten, deren Marktanteil im Online-Bereich nicht einmal 50% ausmacht, während sie keine kartellrechtlichen Bedenken bei drei Major-Verlagen und einer Handvoll Independents hat, deren Marktanteil z. T. weit über 50% beträgt.⁵⁶

Die RL spielt den Majors auch in die Hände, weil sie die Teilung der Online-Rechte ausdrücklich vorsieht (Art. 26 Abs. 2 lit. b RL). Damit stellt sich der RL-Entwurf klar gegen die Hal-

⁵⁰ Siehe unten II.3.C.

⁵¹ Stellungnahme VG Wort, 2.

⁵² Dies ist auch sprachlich ungeschickt formuliert, da VG keinen Gewinn machen dürfen (Art. 10 Abs. 3 RL).

⁵³ Erwägungen RL, Ziff. 32 erwähnt den oder die Dritten ebenfalls, ohne nähere Hinweise zu liefern.

⁵⁴ Poll, Fn. 10, 505.

⁵⁵ Studie EP, Fn. 10, 50, 77.

⁵⁶ Siehe Kritik in Stellungnahme BITKOM vom 31. August 2012, Ziff. 1; Poll, Fn. 10, 504.

tung des LG⁵⁷ und des OLG München,⁵⁸ welche die Online-Rechte zwar als gesondert existierend, nicht aber als getrennt lizenzierbar betrachteten. Eine Zersplitterung der Rechte, wie sie durch die RL möglich wird, wäre kaum mehr überblickbar. So könnten das «Online-Vervielfältigungsrecht», das «öffentliche Wiedergaberecht»⁵⁹ und das «öffentliche Zugänglichmachen»⁶⁰ von drei verschiedenen Gesellschaften oder Agenturen wahrgenommen und selbstverständlich könnte jedes der drei Rechte auch noch zusätzlich territorial auf mehrere Gesellschaften verteilt werden.⁶¹

In der Praxis sind verschiedene Verlage bereits dazu übergegangen, Klauseln in ihre Verlagsverträge aufzunehmen, mit welchen sich der Urheber verpflichtet, auf Verlangen des Verlags die Online-Rechte aus seiner VG auszunehmen. Eine solche Teilkündigung ist nach Art. 5 Abs. 3 RL ausdrücklich möglich, doch führt dies zu einer zusätzlichen Zersplitterung der Online-Rechte, da nun offenbar auch daran gearbeitet wird, das europäische Repertoire aus den VG herauszunehmen. So verkommt die Absicht der Kommission, Repertoires zusammenzuführen, zu einer leeren Worthülse.⁶²

Bedenklich ist auch, dass die Art. 28 und 29 nicht auf Agenturen anwendbar sind. Somit können sich diese die Rechte exklusiv abtreten lassen und sind nicht verpflichtet, anderen VG den «Tag-on» zu erlauben. Hierin liegt eine nicht zu erklärende Besserstellung der Majors, denn alles, was oben unter B. als unverhältnismässiges Risiko für VG kritisiert wurde, ist den Agenturen erlaubt. Es stellt sich die Frage, wieso ein Verlag sein angloamerikanisches Repertoire in die VG zurückführen sollte, solange er über eine Agentur von der Infrastruktur der VG profitieren kann, ohne aber deren Aufsicht und Kontrolle zu unterliegen.⁶³ Fairer Wettbewerb sieht anders aus.⁶⁴

Dass sich Agenturen an die Abrechnungspflichten in den Art. 22 bis 27 RL halten müssen, ändert wenig an deren Bevorzugung. Kein Verlag würde mit einer VG zusammenarbeiten, welche diese Voraussetzungen nicht sowieso erfüllt. Die Bestimmung verhindert somit nur, dass eine VG die RL umgeht, indem sie eine Tochtergesellschaft gründet und die Online-Rechte in diese einbringt.⁶⁵

57 Urteil des LG München I vom 25. 6. 2009; zur Diskussion siehe Jani, Alles eins? – Das Verhältnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zum Vervielfältigungsrecht, ZUM 2009, 722, sowie Schaefer, Alles oder nichts!, Erwiderung auf Jani, ZUM 2010, 150; Heyde, Fn. 3, 237 ff.

58 OLG München, ZUM 2010, 709 ff., mit Anmerkungen von Melichar, S. 713 f.

59 Streaming, Webcasting, Internet-Radio Near-on-demand, Empfehlung Ziff. 1 lit. f ii.

60 On-demand (Download)-Services, Empfehlung Ziff. 1 lit. f. iii.

61 Die Möglichkeit der territorialen Teilung ergibt sich ausdrücklich aus dem Verweis von Art. 31 auf Art. 18 Abs. 1 lit. c RL. Siehe auch Kritik Stellungnahme BITKOM, Fn. 56, Ziff. 8; Poll, Fn. 10, 505.

62 Begründung RL, 1.1 Abs. 6, 2.1 Abs. 2, 2.3 Abs. 1, Erwägung RL, Ziff. 24 f.

63 Von Albrecht, Fn. 49, 709 f.

64 Stellungnahme VG Wort, 2.

65 Stellungnahme BITKOM, Fn. 56, Ziff. 8.

4. Durchsetzungsmassnahmen

Im vierten Titel beschäftigt sich die RL mit den Durchsetzungsmassnahmen. Durch die Mitgliedstaaten ist zwingend ein internes Streitbeilegungsverfahren der VG für Mitglieder und Rechteinhaber⁶⁶ vorzusehen (Art. 34 RL). Weiter ist gemäss Art. 35 RL für Streitigkeiten mit Nutzern ein Gericht oder eine unparteiische Streitbeilegungsstelle vorzusehen und für Streitigkeiten betreffend die Vergabe von MGL zwischen VG und Anbietern von Online-Diensten, Rechteinhabern oder anderen VG ein alternatives Streitbeilegungsverfahren (Art. 36 RL).

Wenig sinnvoll erscheint dabei, dass auch in den Fällen des alternativen Streitbeilegungsverfahrens der ordentliche Rechtsweg vorbehalten bleibt. Die Verfahrensbeschleunigung und die Fachkenntnisse, welche durch ein mit den Bedingungen des Verwertungsrechts vertrautes Fachgremium sichergestellt werden, gehen dadurch nicht nur verloren, sondern die Parteien erhalten ein zusätzliches Mittel zur Verfahrensverzögerung in die Hand.

Auch nicht ersichtlich ist, warum die Streitigkeiten aus der Vergabe von MGL alternativ beigelegt werden müssen. Die Erwägung, dass in solchen Verfahren die Zeit drängt, ist durchaus einleuchtend.⁶⁷ Warum dafür aber nicht ein ordentliches Gericht besorgt sein kann, welches über ein beschleunigtes oder summarisches Verfahren zur Eile angehalten wird, ist nicht ersichtlich.⁶⁸

III. Auswirkungen auf die Schweiz

1. Für die Rechteinhaber

A. Die Verwertungsgesellschaften

a) In der Schweiz

Art. 2 Abs. 1 RL hält unmissverständlich fest, dass sich die RL nur an VG mit Sitz in der EU richtet. Die schweizerischen VG wären somit nicht betroffen. Aufgrund der aufgetretenen Kritik, insbesondere der europäischen VG, sind hier allerdings Anpassungen zu erwarten, durch welche entweder alle in der EU tätigen VG an die RL gebunden sein werden oder die Tätigkeit in der EU einen Sitz in der EU voraussetzt.⁶⁹

In der momentanen Fassung der RL befinden sich die schweizerischen VG in der komfortablen Situation, dass sie, durch den wahrscheinlichen Wegfall von nationalen Zulassungsvoraussetzungen, in der EU Lizenzen europaweit erteilen können, ohne ihrerseits an die RL gebunden zu sein. Da die Schweiz aber, ähnlich wie Deutschland und Österreich, über eine gut ausgebaute Verwertungsaufsicht verfügt, erfüllen alle schweizerischen VG die Anforderungen an die RL sowieso,⁷⁰ womit sich hieraus kein Vorteil ergibt.

66 Auch hier ist der Begriff Rechteinhaber zu weit. Siehe oben II.2.A.a).

67 Erwägungen RL, Ziff. 36 letzter Satz.

68 Senats-Kommission, 5.

69 Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Nr. 72/2012, S. 6.

70 Selbstverständlich unter Vorbehalt der Bestimmungen, die gegen Landesrecht verstossen würden, siehe oben II.B.

Wird die RL diesbezüglich noch geändert, stellt sich die Frage, ob der Zugang zum EU-Markt für schweizerische VG über die bilateralen Verträge gesichert wäre. Dies ist zu verneinen. Die bilateralen Verträge sehen keinen automatischen Nachvollzug von EU-Recht vor und beinhalten die Dienstleistungsfreiheit nur punktuell.⁷¹ Abgesehen davon ist es selbst in der EU höchst umstritten, ob die Dienstleistungsrichtlinie auf die Tätigkeit der VG anwendbar ist. Während die Kommission dies offensichtlich bejaht, wird es vom überwiegenden Teil der Lehre abgelehnt.⁷²

b) In Liechtenstein

Mit Ausnahme der SSA sind alle schweizerischen VG auch in Liechtenstein zugelassen.⁷³ Da Liechtenstein dem EWR beigetreten ist und das Abkommen den automatischen Nachvollzug von EWR-relevantem EU-Recht vorsieht,⁷⁴ wird die RL in Liechtenstein Anwendung finden.⁷⁵ Wie erwähnt, richtet sich die RL aber nur an VG mit Sitz in der EU bzw. im EWR, und die in Liechtenstein zugelassenen VG verfügen zurzeit nur über eine ladungsfähige Adresse gemäss Art. 4 Abs. 2 URV-LI, aber über keinen Sitz. Trotzdem wird die RL auf sie Anwendung finden, denn Art. 4 Abs. 2 URV-LI bestimmt, dass sich konzessionierte VG an die liechtensteinischen Gesetze halten müssen. Somit wird die RL spätestens nach den Implementierungsverfahren verbindlich.⁷⁶ In der Konsequenz werden folglich auch die schweizerischen VG die RL umsetzen müssen. Die Alternative wäre eine Zerteilung des gesamten Verwaltungsapparates in einen liechtensteinischen und einen schweizerischen Teil. Ein solches Vorgehen würde ökonomisch aber keinen Sinn machen, weshalb den VG nichts anderes übrig bleibt, als die Anforderungen der ersten beiden Teile in vollem Umfang zu erfüllen.

c) Konsequenz

Die Bestimmungen des ersten und zweiten Titels der RL entwickeln somit ihre volle Wirkung auch für schweizerische VG. Die Bestimmungen des dritten Titels betreffen nur die SUIISA und werden im Anschluss separat betrachtet. Der vierte Titel wiederum führt zu einer Verfahrensspaltung innerhalb der VG. Für liechtensteinische Nutzer und Mitglieder sowie für sämtliche Rechteinhaber aus dem EWR sind Streitbelegungsverfahren nach den Art. 34-36 RL vorzusehen, während den Schweizer Mitgliedern und Nutzern die angestammten Verfahren zur Verfügung stehen.

71 Grossen/Coulon, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Thüerer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, 168 ff.

72 Siehe Fn. 27.

73 SUIISA, Swissperform, Pro Litteris und Suissimage.

74 Art. 105 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 EWR-Abkommen.

75 Nach Durchführung der notwendigen Implementierungsverfahren: LR 170.50, LR 170.51 und LR 170.511.

76 Siehe Fn. 75.

B. Die SUIISA im Besonderen

Der Vergabe von MGL durch die SUIISA standen die nationalen Zulassungsvoraussetzungen im Weg. Durch die Harmonisierung in der EU werden diese Schranken wohl wegfallen,⁷⁷ und der SUIISA stünde der EU-Markt offen. Sollten die RL noch dahin gehend angepasst werden, dass für im EWR tätige VG ein Sitz verlangt wird, so hätte die SUIISA die Möglichkeit, einen Sitz in Liechtenstein zu nehmen und so wieder Zugang zum EWR-Markt zu erhalten.

2. Tätigkeit ausländischer Verwertungsgesellschaften

Da die RL in der Schweiz, im Gegensatz zu Liechtenstein, keine Wirkung entfalten wird, hängt die Lizenzierung durch ausländische VG in der Schweiz im Wesentlichen davon ab, ob ein Verwertungsbereich unter Bundesaufsicht steht oder nicht (Art. 40 URG). Das Kernproblem ist somit die Frage, ob die Online-Rechte unter Bundesaufsicht stehen. Zu begrifflichen Schwierigkeiten führt dabei, dass die Online-Rechte für die EU in der Empfehlung 2005 definiert wurden,⁷⁸ während das schweizerische URG bewusst technologieneutral ausgestaltet wurde⁷⁹ und somit den Begriff der Online-Rechte nicht kennt. Des Weiteren stellt sich auch in der Schweiz die Frage, inwiefern Online-Rechte, angenommen sie hätten überhaupt eigenständigen Charakter, getrennt lizenziert werden könnten.⁸⁰

Eine abschliessende Antwort auf die oben gestellten Fragen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Angefügt sei an dieser Stelle nur, dass eine grammatikalische Auslegung von Art. 40 URG wohl gegen die Bundesaufsicht bei Online-Vervielfältigungen sprechen würde, da im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 2 lit. a URG Datenträger nicht explizit aufgeführt werden.

3. Für die Nutzer

Für den Grossteil der Schweizer Nutzer wird sich durch die RL nichts ändern. Lediglich für Online-Musikdienste besteht wie für alle Nutzer in Europa eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Da die Major-Verlage auch der SUIISA die Online-Vervielfältigungsrechte entzogen haben, kann sich ein Nutzer nie sicher sein, wirklich alle notwendigen Rechte erworben zu haben und nicht die Rechte irgendeiner irgendwo in Europa eben erst gegründeten VG zu verletzen.

Aus diesem Blickwinkel wäre es begrüssenswert, wenn im Rahmen der AGUR 12 oder durch den Bundesrat ein Machtwort gesprochen und die Diskussion, ob die Online-Rechte der Bundesaufsicht unterstellt sind, beendet würde (Art. 40 Abs. 2 URG). In der Vergangenheit hat der Bundesrat bereits mehr-

77 Oben II.2.A.b.ab).

78 Empfehlung, Ziff. 1 lit. e.

79 Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, Bern 2008, Art. 10, N 7a.

80 Zur Diskussion in Deutschland siehe Fn. 57 f.

mals die Schweizer Urheber und Verleger geschützt, indem er Verwertungsbereiche der Bundesaufsicht unterstellte. So geschah 1941, als die SACEM der SUIISA das Feld überlassen musste, 1978, als der MECHANLIZENZ der Entzug des Weltrepertoires drohte, oder beim Senderecht, als 1982 deutsche und österreichische Sendeanstalten das Inkasso in der Schweiz durchführen wollten.⁸¹ Es wäre zu hoffen, dass der Bundesrat diesen Mut wieder aufbringt. Damit hätten wenigstens die nationalen Nutzer⁸² die Gewissheit, bei der SUIISA alle notwendigen Lizenzen zu erhalten und nicht von anderen europäischen VG oder Agenturen behelligt zu werden. Sofern die Server in der Schweiz stehen, wäre auch für europaweit tätige Musikdienste mit Sitz in der Schweiz wenigstens das Problem des Rechteerwerbs für die Vervielfältigung erledigt.

IV. Fazit

Auffallend ist, dass eine RL, welche vorgibt, die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten regeln zu wollen, auskommt, ohne den Begriff der «kollektiven Verwertung» selbst ein einziges Mal zu benutzen. Aber auch andere für das Verwertungsrecht zentrale Begriffe sind nirgends zu finden. So gibt es keine Unterscheidung zwischen derivativem und originärem Erwerb von Urheberrechten oder keine Unterscheidung von Vergütungsansprüchen und Ausschliesslichkeitsrechten. Aber wie auch? Die Kommission prescht vor und regelt ein «Detail», bevor die Grundlagen europaweit erarbeitet sind. Verwertungsrecht basiert auf dem Urheberrecht. Nur dank diesem gibt es überhaupt etwas zu verwerten. Auch wenn gewisse Aspekte harmonisiert wurden – solange Europa 27 verschiedene Urheberrechte hat, kann das Verwertungsrecht nicht in sich schlüssig geregelt werden.⁸³ Die Konsequenz ist eine RL, die einen Zickzackkurs einschlägt und sich, im Interesse der Major-Verlage, zu einseitig am Copyrightsystem orientiert. Die Verwertung wird dabei mehr schlecht als recht geregelt. Störend ist vor allem, dass VG nur als monopolistische Lizenzierungsmaschinen wahrgenommen werden,⁸⁴ statt dass die Vielschichtigkeit ihrer Tätigkeit begriffen würde.⁸⁵ Interessant wiederum ist, dass die Kommission noch im Jahr 2004 sehr wohl die VG als wichtigen Teil des kulturellen Gefüges Europas und als zentralen Partner der Nutzer verstand.⁸⁶ Erst mit der Empfehlung 2005 und ohne Angabe von Gründen wechselte sie ihre Meinung. Dabei fiel sie wohl der Lobbyingmaschinerie der Grossverlage zum Opfer, welche nichts unversucht lassen, Rosinenpickerei

zu betreiben. Mit anderen Worten untergraben die Majors die kollektive Verwertung, indem sie die Gewinne aus den lukrativen Geschäften in ihren Agenturen individualisieren,⁸⁷ während die kostenintensiven Bereiche den VG überlassen werden.⁸⁸ All dies führt zu einer Schwächung der VG und als solche zu einer Schwächung der kleinen und mittleren Verlage sowie der Urheber.⁸⁹ So bleibt nur zu hoffen, dass die Kommission auf diesen Vorschlag zurückkommen und die Teilung der Verwertungslandschaft in eine Zweiklassengesellschaft sowie den schrittweisen Rückzug aus der kollektiven Verwertung verhindern wird.

V. Nachtrag

Dieser Artikel befindet sich auf dem Stand von Ende Januar 2013. Seither gilt es zwei Entwicklungen hervorzuheben:

Zum einen haben im EU-Parlament die «Hearings» in den verschiedenen Ausschüssen stattgefunden, und deren «draft opinions» wurden veröffentlicht.⁹⁰ Auch die EU-Ratspräsidentschaft hat einen Kompromissvorschlag eingebracht.⁹¹ In den meisten Punkten sind sich die Rapporteurs einig. Die Transparenz- und Mitsprachebestimmungen werden begrüßt und Änderungen vor allem hinsichtlich der Sprache⁹² sowie der konsequenten Anwendung des Subsidiaritätsprinzips empfohlen. So soll die Umsetzung der RL eindeutiger an die Mitgliedstaaten delegiert werden.⁹³ Weiter wird von allen Rapporteurs vorgeschlagen, die RL auf Agenturen und alle in der EU tätigen VG auszuweiten. Inhaltlich wurde aber nur vereinzelt auf die sich durch die RL stellenden Probleme eingegangen.⁹⁴ Die offenen Fragen bezüglich des Wettbewerbs um Mitglieder oder der Stärkung der VG gegenüber den Nutzern wurden weder von den Rapporteurs noch von der Ratspräsidentschaft angesprochen.

81 Uchtenhagen, Fn. 45, 82 ff.

82 Dies sind zurzeit rund 20, Übersicht auf: www.pro-music.org/legal-music-services-europe.php, besucht am 14. 1. 2013.

83 Gl. Meinung: Gorski, Fn. 26, 97.

84 Graber, Fn. 42, 13.

85 Zur Vielschichtigkeit von VG siehe: Graber, Fn. 42, 5 f.; Popp, Fn. 30, 15 ff.; Studie EP, Fn. 10, 20; auch die bedeutend differenziertere Einschätzung der Kommission in COM(2004) 261 final, Ziff. 3.1 ff.

86 Mitteilung 2004, Fn. 18, Ziff. 3.

87 Bereits sind erste Bestrebungen im Bereich Radio und Fernsehen im Gange.

88 Z. B. im Online-Bereich durch Reaggregation Agreements, welche den VG die Lizenzierung nicht lukrativer nationaler Online-Anbieter überlässt, die aber den gleichen Aufwand verursachen wie die multiterritorialen Anbieter.

89 Studie EP, Fn. 10, 20 und 109 ff.; Hilty, Renaissance der Zwangslizenz im Urheberrecht?, GRUR 2009, 633 f.

90 Bis jetzt liegen «draft opinions» der Ausschüsse CULT, IMCO, INTA, ITRE und JURI vor: www.europarl.europa.eu/committees/en/parliamentary-committees.html.

91 Abrufbar unter: www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/11/06/EU_110620/imfname_10398455.pdf.

92 Z. B. wird einhellig vorgeschlagen, nicht von «collecting societies», sondern «collective management organisations» zu sprechen, da die VG eben mehr als reine Inkassoinstitute seien.

93 Z. B. in Artikel 8 Kompromissvorschlag, welcher nun alle möglichen Formen der nationalen Stellvertretungsregelungen berücksichtigt.

94 Am weitesten ging der CULT-Ausschuss unter Helga Trüpel, welcher mit seinen Vorschlägen, soziale und kulturelle Abzüge seien zwingend vorzusehen sowie den Urhebern sei es zu erlauben, einzelne Werke von der Verwertung auszunehmen, zwei «heisse Eisen» anpackt.

Zum anderen ist während der Beratung über die RL am 12. April 2013 das Urteil des Europäischen Gerichts (EuG) im Beschwerdeverfahren gegen den CISAC-Entscheid ergangen.⁹⁵ Die CISAC verlangte in ihrer Beschwerde die Aufhebung von Ziff. 3 des CISAC-Entscheid, welcher den VG ein abgestimmtes Verhalten attestierte. Das Gericht hiess die Beschwerde vollumfänglich gut und erklärte Ziff. 3 des CISAC-Entscheid für nichtig. Dabei zerplückt das EuG weitestgehend die Argumentation der Kommission,⁹⁶ sodass im Endeffekt die Unterstellung des abgestimmten Verhaltens als unbewiesen im Raum stehen blieb. Interessant ist dabei, dass das EuG die ganze Problematik des Wettbewerbs unter den VG im Gegensatz zu den Ausschüssen sehr wohl erkannt hat und in Ziff. 149 ff. des Urteils auch entsprechend beleuchtet.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass es wohl die Ironie der Geschichte ist, wenn einer RL durch ein Urteil ein wesentlicher Teil ihrer Grundlage entzogen wird, es aufgrund des fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahrens aber zu spät ist, diese neuen Umstände in der RL noch zu berücksichtigen.

Zusammenfassung Auch wenn die Grundabsichten der Europäischen Kommission begrüssenswert sind, so ist die Umsetzung im Richtlinienvorschlag mangelhaft. Zu ungenau sind Definitionen und Sprachversionen ausgefallen. Die Kommission unterschätzt dabei die Probleme, die sich aus der Vereinheitlichung des Wahrnehmungsrechts ohne Vereinheitlichung des zugrunde liegenden Urheberrechts ergeben, sodass das Erreichen der gesetzten Ziele mehr als ungewiss ist. Zu überdenken ist auch die sehr einseitige Bevorzugung der Major-Musikverlage. Den Verwertungsgesellschaften mit ihren Mitgliedern, den kleinen und mittelgrossen Verlagen und Urhebern, wird es schwerfallen, eine wirtschaftliche Verwertung sicherzustellen, während sich die Nutzer einer kaum überschaubaren Rechtezersplitterung gegenübersehen.

Summary The European Commission's intentions as regards to the proposal for a Directive are to be welcomed. However, their transposition in the proposal is deficient. Definitions vary in the texts written in different languages, leaving too much liberty for interpretation. The Commission underestimates the problem that stems from the standardization of protection rights on the one hand and the lack of standardization of the copyrights on which they are based, on the other. Such is this problem that it is very much doubtful that the objectives that were set can in fact be reached. The problematic dominant position of the major music publishing companies should not be neglected. It will be difficult for collective management companies and their members to secure commercial exploitation, whilst users will be confronted with lots of legal uncertainties.

⁹⁵ Urteil vom 13. April 2013, T-442/08, ist abrufbar unter: curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136261&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1082705.

⁹⁶ So insbesondere in Ziff. 107 des Urteils bezüglich der Absprachen, Ziff. 110 ff. bezüglich des Santiago-Abkommens, Ziff. 117 bezüglich des Sidney-Abkommens oder Ziff. 128 bezüglich des Zusammenhangs von Ausschliesslichkeitsklausel und Gebietsabsprache.

entscheidungen décisions**Die Entscheidung | La décision**

- 13-62 **L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal** 78
Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011)
REMARQUES: SÉBASTIEN FANTI, AVOCAT, SION

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

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

- 13-63 **Suggestive Vorwürfe gegen Gouverneur ohne genügende Faktenbasis** 81
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
«Novaya Gazeta & Borodyanskiy c. Russland» vom 28. März 2013 (N° 14087/08)
- 13-64 **Pamphlet gegen Theaterdirektor beruhte auf ausreichender Tatsachengrundlage** . 81
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)
«Niculescu-Dellakeza c. Rumänien» vom 26. März 2013 (N° 5393/04)
- 13-65 **Satire ist kein Freipass für Diffamierungskampagne** 81
Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)
«SC ABB Trading SRL & Vasile Dragomir c. Rumänien» vom 12. März 2013 (N° 54372/07)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 13-66 **Beschwerde gegen strafrechtliche Verurteilung von Filesharing-Betreibern vom EGMR abgewiesen** 82
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
«Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden» vom 19. Februar 2013 (40397/12)
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN
- 13-67 **Ungenügend begründete Verurteilung nach Kritik an Spitaldirektor** 83
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)
«Bugan c. Rumänien» vom 12. Februar 2013 (N° 13824/06)
- 13-68 **Wahrheitsbeweis für Werturteile: Medienfreiheit missachtet** 84
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «OOO Ivpress u. a. c. Russland» vom 22. Januar 2013 (N° 33501/04, 38608/04, 35258/05 und 35618/05)
- 13-69 **Gebrauch kurdischer Sprache im Wahlkampf rechtfertigt keine Sanktion** 84
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Sükran Aydin u. a. c. Türkei» vom 22. Januar 2013 (N° 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 und 14871/09)
- 13-70 **Verurteilung von Modefotografen stellt keine Verletzung von Art. 10 EMRK dar** . . 84
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer)
«Ashby Donald and others c. France» vom 10. Januar 2013 (36769/08)
ANMERKUNGEN: PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, LUZERN
- 13-71 **Whistleblower im Geheimdienst durfte Medien einschalten** 86
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer)
«Bucur & Toma c. Rumänien» vom 8. Januar 2013 (N° 40238/02)
ANMERKUNGEN: DR. IUR. FRANZ ZELLER, BERN
- 13-72 **Sperre von Google Sites versties gegen Art. 10 EMRK** 87
Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer)
«Ahmet Yildirim c. Türkei» vom 18. Dezember 2012 (3111/2010)
REMARQUES: PROF. PHILIPPE GILLIÉRON, LAUSANNE

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

- 13-73 **Le travail des commissions parlementaires n'est pas soumis à la Loi sur la transparence.**88
Recommandation du 25 mars 2013 du Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence
- 13-74 **Im Auftrag einer parlamentarischen Kommission erstellte Dokumente unterstehen nicht dem Öffentlichkeitsgesetz.**89
Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 6. Dezember 2012 (EPA/Zusammenstellung über ausbezahlte Zulagen an die Bundesverwaltung)
- 13-75 **L'exploitation d'un blog personnel ne donne pas un droit préférentiel d'accès à l'information**89
Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 29 janvier 2013 (601 2012-29)
REMARQUES: PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/LAUSANNE
- ## 1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion
- 13-76 **Bundesgericht tritt auf Beschwerde gegen Wahlbarometer nicht ein.**90
Urteil des Bundesgerichts vom 15. Februar 2013 (2C_130/2013)
- 13-77 **Un concessionnaire télévisuel est lié par les obligations de son mandat de prestations**91
Arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2013 (2C_629/2012)
- 13-78 **Keine rückwirkende Gebührenbefreiung**91
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. März 2013 (A-4134/2012)
- 13-79 **Empfangsgebühren bei zwei Wohnungen.**92
Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Januar 2013 (A-6080/2011)
- 13-80 **Le critère d'exonération basé sur la perception de prestations complémentaires AVS ou AI apparaît objectif.**92
Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 décembre 2012 (A-3863/2012)
- 13-81 **UVEK erteilt Radiokonzession erneut an Radio Grischa**92
Entscheidung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 6. März 2013
- 13-82 **Falsche Bezeichnung als Hauptstadt nur Fehler in einem Nebenpunkt.**93
Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 22. Februar 2013 (b.661)
- 13-83 **Le délai de 20 jours pour déposer une plainte auprès du médiateur est péremptoire**93
Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) du 7 décembre 2012 (b.659)
- 13-84 **Berichterstattung über Asbest-Strafverfahren versties nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot.**94
Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 19. Oktober 2012 (b.655)
- 13-85 **Beschwerde gegen «Arena» über Grundeinkommen teilweise gutgeheissen.**94
Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 19. Oktober 2012 (b.656)

3. Strafrecht – Droit pénal

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

- 13-86 **L'obligation de garder le secret peut être déduite par voie d'interprétation**95
 Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 6 mars 2013 (1B_480/2012)
 REMARQUES: ALEX MARAY

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

- 13-87 **Formeller Geheimnisbegriff bei Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen**96
 Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2013 (6B_186/2012)

4. Privatrecht – Droit privé

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

- 13-88 **Keine Persönlichkeitsverletzung durch Äusserungen in Leserbrief**97
 Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012 (5A_489/2012)

6. Wettbewerbsrecht – Droit de la concurrence

6.1 Kartellrecht – Droit des cartels

- 13-89 **Publigruppe SA hat marktbeherrschende Stellung missbraucht**98
 Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012 (2C_484/2010)

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

- 13-90 **Une déclaration dépréciative à l'égard d'un groupe ou d'un individu doit atteindre une intensité certaine pour être considérée comme avilissante ou discriminatoire**99
 Prise de position du Conseil suisse de la presse du 15 mars 2013 (11/2013; LICRA c. «Le Temps»/«RTS Info»/«Tribune de Genève»)
- 13-91 **Un sondage doit notamment indiquer sa représentativité et sa marge d'erreur** . . .99
 Prise de position du Conseil suisse de la presse du 15 mars 2013 (12/2013; X. c. «Téléjournal»)
- 13-92 **Nichteintreten: keine Diskriminierung**100
 Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. März 2013 (9/2013; X. c. «Tages-Anzeiger Online»)
- 13-93 **La liberté du commentaire implique une large latitude quant au ton adopté**100
 Prise de position du Conseil suisse de la presse du 8 mars 2013 (10/2013; X. c. «Le Nouvelliste»)
- 13-94 **Nichteintreten wegen Gerichtsverfahren**100
 Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (6/2013; X. c. «Blick»)
- 13-95 **Nichteintreten wegen offensichtlicher Unbegründetheit**100
 Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (7/2013; X. c. «Blick Online»)
- 13-96 **Nichteintreten: keine Verletzung der Menschenwürde**100
 Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (8/2013; X. c. «Blick am Abend»)

13-97	Veröffentlichung von Bildern von zwei Toten	100
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (3/2013; Associazione Ticinese dei Giornalisti c. «Il Quotidiano»/«il Caffè»)	
13-98	Anmerkung zu Leserbrief versties gegen «Erklärung»	101
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (4/2013; X. c. «Quartier-Anzeiger für Witikon und Umgebung»)	
13-99	Wahrheits- und Anhörungspflicht nicht verletzt	101
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (5/2013; Näf c. «Weltwoche»)	
13-100	«Tages-Anzeiger» durfte vorzeitig aus PUK-Bericht BVK publizieren	101
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. Januar 2013 (1/2013; Kantonsrat Kanton Zürich c. «Tages-Anzeiger»/«Weltwoche»)	
13-101	Relevante Funktionen von Kolumnisten nennen	101
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. Januar 2013 (2/2013; Gesellschaft Schweiz Israel c. «Basler Zeitung»)	
13-102	Zufällig mitgehörte Gespräche	102
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (76/2012; X. c. «Der Sonntag»/«Solithurner Zeitung»)	
13-103	Diskriminierender Rundumschlag	102
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (77/2012; X./IG offenes Davos/VPOD Grischun c. «Gipfel Zytig»)	
13-104	Trennungsgebot krass verletzt	102
	Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (78/2012; Vock c. «Rundschau Nord»/«Rundschau Süd»)	

L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal

Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011)

13-62

La responsabilité (partant, la légitimation passive) de l'hébergeur d'un blog est comparable à celle de l'éditeur d'un journal qui publie des lettres de lecteurs. Le devoir d'attention et de contrôle des publications ressortit à la question de la faute, qui n'est pas pertinente dans le cadre des actions défensives du droit de la personnalité (art. 28 CC).

Die Verantwortlichkeit (und folglich die Passivlegitimation) des Blog-Betreibers ist vergleichbar mit der Verantwortlichkeit des Herausgebers einer Zeitung, der Leserbriefe veröffentlicht. Stellt man zur Beurteilung der Verantwortlichkeit auf die Pflicht zur Aufsicht und Kontrolle von Veröffentlichungen ab, stützt man sich auf eine Frage des Verschuldens, das für Abwehrklagen des Persönlichkeitsrechts nicht von Belang ist (Art. 28 ZGB).

Mots-clés hébergeur d'un blog; légitimation passive; protection de la personnalité
Art. 28, 28a CC

Faits (résumé)

En tant qu'hébergeur du blog de B., qui attentait aux droits de la personnalité de A., X. a été notamment condamné à une amende. Sur recours en matière civile au Tribunal fédéral, X. conteste sa légitimation passive ainsi que sa responsabilité.

Considérant en droit

1.–3. (...)

4.

La Chambre civile a d'abord précisé qu'à l'égard de X., l'objet du litige s'était toujours limité à la constatation du caractère illicite de l'atteinte et à la confirmation définitive de l'ordre judiciaire provisoire de retirer le texte litigieux du blog de B., seul ce dernier ayant fait l'objet de conclusions en dommages-intérêts, au demeurant rejetées en première instance sans que A. ne s'en plaigne.

Le cadre juridique ainsi posé, elle a examiné la seule question soulevée en appel, à savoir la légitimation passive de X. Elle a considéré que seul est déterminant le point de savoir si cette dernière a participé d'une quelconque manière à l'atteinte à la personnalité de A., l'absence de toute faute n'étant à cet

égard pas décisive. Elle a retenu que la lésion résultait, en l'es-
pèce, de la publication d'un texte rédigé par B. sur internet, soit plus précisément sur le blog créé par ce dernier et hébergé sur le site internet de X. Elle a comparé cette situation à la publication, dans la presse imprimée, d'une lettre de lecteur dont le contenu porte une atteinte illicite à la personnalité de tiers. Au vu de la jurisprudence en la matière, elle a dès lors jugé que le tiers lésé peut diriger ses actions défensives contre le blogueur auteur du texte litigieux et contre tous ceux qui participent, même sans aucune faute de leur part, à la publication des propos illicites, donc contre l'hébergeur de blogs. Elle a par ailleurs décidé qu'il peut non seulement faire constater l'illicéité de l'atteinte, mais aussi demander que l'hébergeur de blogs procède à la suppression des allégations litigieuses lorsqu'il est en mesure de le faire, ce qui ne revenait nullement à exiger un contrôle constant des contenus des blogs hébergés. Cela étant, la Cour de justice a admis la légitimation passive de X., s'agissant de la constatation (préalable) du caractère illicite de l'atteinte portée ainsi que de l'ordre judiciaire de retirer le texte incriminé, l'intéressée admettant elle-même être en mesure de le faire.

Bien que cette question n'ait fait l'objet d'aucun grief, elle a par ailleurs traité le caractère illicite de l'atteinte. A cet égard, elle s'est ralliée aux considérations du premier juge, se bornant à préciser que la possibilité de prendre connaissance, sur un autre site internet, de propos similaires au texte incriminé ne changeait rien au caractère adéquat de l'ordre judiciaire donné à X. de retirer le texte du blog hébergé sur son site internet.

5.

La recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir arbitrairement considéré qu'elle n'a pas contesté le caractère illicite de l'atteinte. Elle prétend qu'elle n'avait pas à soulever cette question dans la mesure où elle plaiderait que la procédure ouverte à son encontre ne la concernait pas, faute de légitimation passive.

Cette critique ne porte pas. Il résulte à l'évidence de l'arrêt entrepris – et du grief résumé ci-devant – que la recourante a choisi de ne faire appel du jugement de première instance que dans la mesure où celui-ci avait admis sa légitimation passive. En relevant qu'elle n'avait ainsi pas contesté le caractère illicite de l'atteinte, la Cour de justice n'a fait que constater ce choix procédural. Elle a, au demeurant, traité cette dernière question en se ralliant aux considérations du premier juge (cf. supra, consid. 4 in fine).

6.

Se plaignant d'une violation des art. 28 al. 1 et 28a al. 1 et 2 CC, la recourante conteste avoir la légitimation passive dans les actions défensives du droit de la personnalité. En substance, invoquant les spécificités du fonctionnement des blogs,

diverses conséquences pratiques ainsi que la législation et la jurisprudence étrangères en la matière, elle prétend que l'on ne peut considérer que l'hébergeur de blogs «participe» à une éventuelle atteinte à la personnalité et qu'il doit «répondre du contenu des blogs qu'il héberge».

6.1 La question de la qualité pour défendre (ou légitimation passive) appartient aux conditions matérielles de la prétention litigieuse, lesquelles se déterminent selon le droit au fond. Son défaut conduit au rejet de l'action (ATF 125 III 82, consid. 1a, 83 s.; 123 III 60, consid. 3a, 63; cf. TF, 2.2.2012, 5A_713/2011, consid. 4.1; 23.2.2012, 5A_641/2011, consid. 5.1).

En l'espèce, la recourante conteste la légitimation passive de l'hébergeur de blogs dans les actions défensives du droit de la personnalité. Le blog désigne un site web personnel composé essentiellement d'actualités (ou «billets») publiées au fil du temps et apparaissant selon un ordre antéchronologique, susceptibles d'être commentées par les lecteurs et le plus souvent enrichies de liens externes (Ciola-Dutoit/Cottier, *Le droit de la personnalité à l'épreuve des blogs*, medialex 2008, 72 ss, spéc. n. 10). L'hébergeur de blogs est celui qui cède à l'éditeur de tels sites (le blogueur) un espace sur son serveur pour que ce dernier puisse y héberger son site et le rendre accessible aux utilisateurs (cf. pour une définition des intervenants internet et une description de leur rôle respectif: Werro, *Les services Internet et la responsabilité civile*, medialex 2008, 119 ss, spéc. 119 s.).

Si, ainsi que l'expose la recourante, divers Etats se sont dotés de règles qui limitent, ou excluent même dans certains cas, la responsabilité civile, voire pénale, des hébergeurs de blogs (cf. pour un exposé des approches en droit américain et européen: Werro, *Les services Internet et la responsabilité civile*, medialex 2008, 119 ss, spéc. 121 ss), la Suisse n'a pas adopté de législation particulière en la matière. A ce jour, sur proposition du Conseil fédéral du 23 novembre 2011, le Conseil national a, le 23 décembre 2011, adopté le postulat (11.3912) «Donnons un cadre juridique aux médias sociaux» du 29 septembre 2011 dont le but est de déterminer si le droit en vigueur (notamment la LPD, le CC, le CP et la LDA) traite l'évolution des médias sociaux de manière adéquate et s'il définit suffisamment les responsabilités des personnes impliquées (BO 2011 CN, session d'hiver 5.12 – 23.12, séance du 23.12.11). En droit privé suisse, la protection contre les atteintes aux droits de la personnalité est ainsi, en l'état, régie par les art. 28 ss CC.

6.2 Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (art. 28 al. 1^{er} CC). A cette fin, outre notamment les actions réparatrices en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 28a al. 3 CC, il dispose des actions défensives en prévention, en cessation et en constatation de l'atteinte prévues à l'art. 28a al. 1 et 2 CC.

Selon le texte légal, fait partie du cercle des légitimés à défendre dans les actions défensives, quiconque «participe» à l'atteinte. Cette formulation vise non seulement l'auteur originaire de l'atteinte, mais aussi toute personne dont la collaboration cause, permet ou favorise celle-ci, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait commis une faute (Message du 5 mai 1982 concernant la révision du Code civil suisse [Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO], FF 1982 II 662, spéc. 222.2; Meili, Bas-

ler Kommentar, *Zivilgesetzbuch I*, 3^e éd., 37 et 55 ad art. 28 CC). La seule collaboration porte (objectivement) atteinte, même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même pas le savoir (FF 1982 précitée). En d'autres termes, peut ainsi être concerné celui qui, sans être l'auteur des propos litigieux ou même en connaître le contenu ou l'auteur, contribue à leur transmission. Le lésé peut agir contre quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte (ATF 126 III 161, consid. 5a/aa, 165; 113 II 213, consid. 2b, 216; 106 II 92, consid. 3a, 99 et les références; TF, 28.10.2003, 5P.308/2003, consid. 2.4, publié in SJ 2004 I p. 250 et les citations; TF, 29.10.1993, 5C.28/1993, consid. 2; Barrelet/Werly, *Droit de la communication*, 2^e éd., 2011, 490). En cas, plus particulièrement, d'atteinte causée par les médias, il peut attirer en justice l'auteur, le rédacteur responsable, l'éditeur ou toute autre personne qui participe à la diffusion du journal (ATF 126 III 161, consid. 5a/aa, 165; 113 II 213, consid. 2b, 216; 103 II 161, consid. 2, 167).

Si le lésé aura, en règle générale, avantage à s'en prendre à la personne dont l'influence est la plus grande, il reste juge de l'opportunité de son choix et peut même choisir de ne rechercher que celui qui joue un rôle secondaire (TF, 28.10.2001, 5P.308/2003, consid. 2.4 publié in SJ 2004 I p. 250).

6.3 En l'espèce, l'atteinte à la personnalité résulte de la publication d'un texte rédigé par B. sur internet, soit plus précisément sur le blog de ce dernier, hébergé par X. sur son propre site internet. Si le prénommé est l'auteur originaire de la lésion aux intérêts personnels, la recourante, en lui fournissant l'espace internet sur lequel il a pu créer son blog, a permis la diffusion du billet incriminé auprès du public et d'un large cercle de lecteurs. Elle ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'elle déclare se borner à «mettre à disposition des internautes une structure de communication» et n'être «qu'un intermédiaire qui participe [...] à la propagation» de l'information et la rend «accessible sans en être l'auteur». En définitive, si elle n'est pas l'auteur de l'atteinte, elle a contribué à son développement et, partant, y a participé conformément à l'art. 28 al. 1 CC. Lorsqu'elle prétend que l'on ne saurait comparer la position de l'hébergeur de blogs à celle d'un journal qui publie des lettres de lecteurs, elle semble méconnaître que la légitimation passive n'est pas liée à la maîtrise ou non du contenu des propos rapportés. De même, elle tombe à faux lorsqu'elle se prévaut du fait qu'il lui serait impossible de contrôler constamment le contenu de tous les blogs hébergés. Ces éléments, en particulier le devoir d'attention et de contrôle requis de chacun, ressortissent à la question de la faute qui n'est pas pertinente dans le cadre des actions défensives du droit de la personnalité (cf. Deschenaux/Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., 2001, 670a). La recourante se méprend aussi lorsqu'elle prétend que reconnaître la légitimation passive de l'hébergeur de blogs met en péril les fournisseurs d'accès qui se verront désormais actionnés en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral. Ce faisant, elle se réfère ainsi aux actions réparatrices – qui ne sont pas en cause en l'espèce – réservées par l'art. 28 al. 3 CC pour lesquelles les art. 41 ss CO prévoient des conditions particulières. En effet, si, dans ce cadre, le lésé peut également choisir contre qui il veut agir, ce choix sera toutefois limité par le fait qu'il ne peut s'adresser qu'à ceux dont il parvient à prouver la faute, exigence qui

n'est pas posée pour les actions défensives. Pour le surplus, il n'appartient pas à la justice, mais au législateur, de réparer les «graves conséquences» pour internet et pour les hébergeurs de blogs auxquelles pourrait conduire l'application du droit actuel. Enfin, du fait que le lésé peut choisir contre qui il veut agir, on ne voit pas en quoi la recourante serait traitée différemment de l'Etat de Genève qui a publié sur son site internet le rapport de minorité présenté le 8 avril 2008 devant le Grand Conseil genevois dans lequel B. aurait tenu des propos semblables à ceux figurant dans le blog. Dans le cadre des actions défensives du droit de la personnalité, la recourante ne saurait se délier de sa responsabilité en accusant un tiers d'être aussi responsable.

7.
(...)

Remarques Le fait que cet arrêt du Tribunal fédéral ne soit pas destiné à publication est une première indication intéressante. Le critérium de la publication n'est certes pas toujours pertinent, mais il peut, comme en l'espèce, orienter la réflexion lorsqu'il s'inscrit dans une logique de confirmation d'une doctrine quasi unanime. La question de la responsabilité des blogs hébergés a été abordée il y a de cela plusieurs années déjà (Ciola-Dutoit/Cottier, Le droit de la personnalité à l'épreuve de blogs, *medialex* 2008, 72; Werro, Les services Internet et la responsabilité civile, *medialex* 2008, 119 s.). Ce nonobstant, comme le relevait le Professeur Cottier, les arrêts sont rares, et le Tribunal fédéral n'a abordé la problématique des blogs qu'à quelques reprises (sous l'angle notamment du secret rédactionnel selon l'article 28a CP: TF, 10. 11. 2010, 1B.44/2010; cf. également Barrelet/Werly, Droit de la communication, Berne 2011, 1420). Cet arrêt du Tribunal fédéral mérite donc réflexion.

Le premier point rappelé avec force par le Tribunal fédéral a trait à la nécessaire distinction entre les actions défensives prévues par le droit de la personnalité et les actions réparatrices du droit de la responsabilité civile. La qualité pour défendre diffère selon le type d'action, ce qui influe sur le sort des litiges. La «Tribune de Genève» excipait de l'impossibilité de comparer la position de l'hébergeur de blogs à celle d'un journal publiant des lettres de lecteurs. Selon les juges fédéraux, la notion de maîtrise du contenu des propos rapportés ne saurait influencer sur la question de la qualité pour défendre. Celle-ci est largement reconnue dans le cadre des actions défensives, et il suffit d'avoir joué un rôle même secondaire dans la création ou le développement de l'atteinte pour devoir en répondre. Il est donc impossible de se soustraire à l'action défensive par exemple en implémentant un disclaimer (ATF 106 II 92), en faisant approuver par les éditeurs, respectivement par les auteurs les conditions d'utilisation ou encore en les incitant à déclarer qu'ils sont seuls responsables de leurs billets et que le média est ainsi dédouané (l'avocat de l'auteur du billet incriminé le mentionne sur son blog: <http://poggia.blog.tdg.ch>, le contenu des blogs n'engage pas la rédaction de la «Tribune de Genève»). Dans un autre grief, la «Tribune de Genève» évoquait l'impossibilité de contrôler tous les contenus. Ce faisant elle tentait de se dédouaner en soutenant n'avoir pas commis de faute. Or la faute n'entre en considération que dans le cadre de la réparation du dommage (art. 28 al. 3 CP pour lesquelles les articles 41 et suivants CO prévoient des conditions particulières). Le Tribunal fédéral rejette donc cet argumentaire en

précisant également que le fait que la procédure n'ait pas été dirigée contre tous les tiers impliqués ou susceptibles de l'être ne permet pas de se délier de sa responsabilité.

L'avocat de la «Tribune de Genève» relève avec pertinence (<http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/Le-Tribunal-federal-deboute-la-Tribune/story/29415630>) le fait que l'arrêt ne sonne pas le glas des blogs hébergés par des plates-formes médiatiques en Suisse. Il soutient toutefois que la position des médias est fragilisée par la possibilité d'action des personnes se plaignant d'une atteinte illicite à leur personnalité dès lors que même pris à partie à tort ceux-ci devront se défendre, ce qui générera des frais très importants. Cette position ne saurait être suivie pour plusieurs motifs. L'arrêt n'indique pas si une requête de retrait du billet litigieux avait été formulée avant la saisine des autorités judiciaires. On peut le penser dès lors qu'il est mentionné que la recourante a indiqué n'avoir aucune objection à le faire sur ordre de la justice. Selon la doctrine (Ciola-Dutoit/Cottier, Le droit de la personnalité à l'épreuve de blogs, *medialex* 2008, 80) devient complice celui qui bien qu'ayant pris connaissance des informations illicites soit fortuitement soit à la suite d'un avertissement donné par un tiers ne prend pas les mesures adéquates pour y remédier. En clair et pour éviter d'être attiré dans une procédure défensive du type de celle ayant conduit à l'arrêt du Tribunal fédéral, la «Tribune de Genève» avait la possibilité de retirer le billet litigieux à première réquisition. Le retrait d'un contenu fait en effet partie de la liberté éditoriale, à l'instar de ce qui se produit pour les lettres de lecteurs. Un média d'une telle importance est à l'évidence à même d'identifier un billet générant des difficultés légales. Il le fait au quotidien, avec succès, s'agissant des commentaires d'articles. Dès lors, il dispose de la connaissance et des moyens nécessaires pour traiter rapidement les griefs qui pourraient être émis relativement à un billet. En l'occurrence, le texte apparaît à première lecture susceptible d'engendrer un conflit. En sus, il lui est possible de se retourner contre l'auteur de l'atteinte en vertu du contrat qui les lie, fut-ce-t-il gratuit, si les conditions générales prévoient un engagement de bonne conduite.

La question qui demeure ouverte est à l'évidence celle de la réparation, soit celle de la commission d'une faute. Il n'est pas possible d'y répondre sans savoir si une demande préalable au dépôt d'une requête de mesures provisionnelles a été formulée. Si tel devait avoir été le cas, à l'aune du texte du billet litigieux, de sa virulence, on peut légitimement craindre une condamnation. Affaire à suivre donc.

Les hébergeurs suisses de sites internet réunis sous l'égide de l'association sectorielle SIMSA (Swiss Internet Industry Association) ont récemment adopté un code de conduite (disponible à cette adresse: http://static.simsa.ch/1362151411/130201_simsa_cch_public_web.pdf). Il se base sur le principe de notification et de retrait (Notice and Take Down). Le code de conduite définit le traitement des plaintes impliquant notamment les droits de la personnalité. S'il s'agit, semble-t-il, d'une réponse qui peut paraître adéquate en ce qu'elle vise à limiter la possibilité d'agir en réparation (dès lors que l'action semble devenir la règle), cette initiative ne saurait avoir un quelconque effet sur la possibilité d'agir de manière défensive comme dans le cas d'espèce. Seule une modification législative peut entrer en considération. De ce point de vue, espérons que le postulat 11.3912 intitulé «Donnons un cadre juridique aux médias sociaux» (BO 2011 CN, session d'hiver 5.12–23.12, séance du 23. 12. 11) fasse l'objet d'un traitement diligent et que chacun puisse exprimer ses doléances.

Sébastien Fanti, avocat, Sion

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

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

13-63

Suggestive Vorwürfe gegen Gouverneur ohne genügende Faktenbasis

Ansehensschutz; Berichtigungspflicht; Berufsethik; Genugtuung; Medienfreiheit; Politiker; Tatsachengrundlage; Verleumdung; Werturteil; Zeitung; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Novaya Gazeta & Borodyanskiy c. Russland» vom 28. März 2013 (N° 14087/08)

Die in Grossauflage erscheinende russische Zeitung «Novaya Gazeta» publizierte 2006 in der Print- und der Onlineausgabe einen kritischen Bericht über betrügerische Darlehensgeschäfte, in die u. a. ein erfolgreicher Geschäftsmann aus Kasachstan verwickelt sei, der den grössten Getreideproduzenten der Region Omsk kontrolliere. Ein solcher Erfolg wäre undenkbar ohne das Wohlwollen des regionalen Gouverneurs. Auf Zivilklage des angegriffenen Gouverneurs wurden der Zeitungsverlag und die verantwortlichen Medienschaffenden zur Bezahlung von Genugtuung und zur Publikation einer Richtigstellung verurteilt.

Nach einhelliger Auffassung der 5. EGMR-Kammer respektiert diese Sanktion die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Publikation erörtere zwar eine Frage von allgemeinem Interesse, bei der auch eine gewisse Dosis journalistischer Übertreibung, Provokation und harscher Wortwahl zu tolerieren sei. Der Zeitungsartikel suggerierte aber ein persönliches Verhältnis zwischen dem kasachischen Geschäftsmann und dem Gouverneur und damit auch eine gewisse Verwicklung in die betrügerischen Machenschaften. Diesen reputationsschädigenden Vorwurf konnten die Medienschaffenden auf keinerlei tatsächliche Grundlage stützen. Die unbegründete Behauptung missachtete daher die berufsethische Anforderung, wonach verlässliche, auf ausreichender Recherche beruhende Informationen zu veröffentlichen sind.

Ganz allgemein gewinne die Achtung der Regeln journalistischer Berufsethik immer mehr an Gewicht. Ein Grund dafür sei die wachsende Bedeutung der traditionellen wie auch der elektronischen Medien in der heutigen, von immer mehr Informationen und Informierenden geprägten Welt.

13-64

Pamphlet gegen Theaterdirektor beruhte auf ausreichender Tatsachengrundlage

Ansehensschutz; Beleidigung; Faktenbasis; Interview; Meinungsfreiheit; Schauspieler; Strafklage; Theaterdirektor; Übertreibung; Werturteil; Wochenzeitung; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Niculescu-Dellakeza c. Rumänien» vom 26. März 2013 (N° 5393/04)

Ein Schauspieler kritisierte 2001 in einem Fernsehinterview und in einem offenen Brief in Lokalzeitungen den Direktor des Nationaltheaters Craiova. Er warf ihm vor, verschiedene Funktionen zu kumulieren und öffentliche Gelder zu verschleudern. Auf Straf- und Zivilklage des Direktors wurde der Schauspieler zu einer Geldstrafe sowie zur Leistung einer Genugtuungssumme verurteilt.

Einstimmig betrachtet die 3. EGMR-Kammer die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als unverhältnismässig. Die Vorwürfe seien in gutem Glauben und gestützt auf eigene Nachforschungen geäussert worden. Sie entbehrten auch nicht jeder tatsächlichen Grundlage, wurden doch gegen den Theaterdirektor verschiedene Verfahren eröffnet. Die scharfen und zum Teil unangemessenen Formulierungen respektierten den weit gesteckten Rahmen zulässiger Übertreibung und Provokation.

13-65

Satire ist kein Freipass für Diffamierungskampagne

Ansehensschutz; Beleidigung; Genugtuung; Kampagne; Satire; Schädigungsabsicht; Vorstrafe; Wochenzeitung; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Zulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «SC ABB Trading SRL & Vasile Dragomir c. Rumänien» vom 12. März 2013 (N° 54372/07)

Der Chefredaktor einer lokalen Wochenzeitung führte eine eigentliche Diffamierungskampagne gegen den Journalisten einer anderen Zeitung, weil dieser den Arbeitgeber seiner Gattin kritisiert hatte. Die Wochenzeitung stellte den Journalisten wegen früherer Straftaten (Diebstahl, Vergewaltigung) an den Pranger und wiederholte die entsprechenden Vorstrafen in acht späteren Ausgaben. Darüber hinaus wurde er in einem weiteren Artikel als Idiot bezeichnet und mit Affen verglichen: «de face, s'apparente à un gorille écrasé et de profil, à un

chimpanzé coiffé», qui est «entré dans le journalisme par hasard et où il est resté en raison de circonstances douteuses et de son culot d'idiot» et «qui provoque en duels idiots ceux auxquels il ne peut pas faire du chantage».

Gestützt auf Art. 998 f. des rumänischen Zivilgesetzbuchs wurden der Zeitungsverlag und der Chefredaktor zur Bezahlung einer Genugtuung verurteilt. Nach einstimmiger Auffassung des EGMR respektiert diese Sanktion offenkundig die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) und daher ist die Beschwerde als unzulässig abzutun.

Zwar habe die Wochenzeitung mit dem Enthüllen der kriminellen Vergangenheit eine allgemein interessierende Debatte über die Glaubwürdigkeit des fraglichen Journalisten anstossen wollen. Die achtfache Wiederholung dieser (wahren) Vorwürfe kam aber einer Kampagne gleich, welche die Limite freier Äusserung überschritt.

Auch die beleidigende Beschreibung des Äusseren ging dem Gerichtshof zu weit. Selbst in satirischer Form sprengte sie die Grenze zulässiger Übertreibung und Provokation. Dabei ging es nicht um das Aufrütteln des Publikums, sondern um eine grundlose Beleidigung.

Anmerkungen Dies ist für einmal kein Grenzfall. Gewisse Publikationen schiessen selbst dann weit über das Ziel hinaus, wenn sie im Ansatz ein allgemein interessierendes Thema aufgreifen und im Kern auch zutreffen. Mag das Enthüllen der kriminellen Vergangenheit einer in der Öffentlichkeit wirkenden Person (Journalist) legitim sein, so ist es die maliziöse achtfache Wiederholung dieser Information nicht. Einer von reiner Schädigungsabsicht getriebenen publizistischen Abrechnung mag der Gerichtshof keinen Schutz gewähren. Es versteht sich, dass solche Exzesse die im Interesse einer robusten öffentlichen Debatte weit gezogenen Grenzen erlaubter Polemik überschreiten. Wer andere durch eigentliche Diffamierungskampagnen unbegründet fertigmacht, dem vermag auch der Hinweis auf die satirische Natur einzelner Äusserungen wenig zu helfen.

Von ähnlichen Überlegungen lässt sich auch die schweizerische Ziviljustiz leiten. Entartet die an sich legitime Erörterung eines öffentlich interessierenden Themas ohne sachlichen Grund zu einer Hetzkampagne gegen eine Einzelperson, so darfeingeschritten werden (vgl. etwa BGer, 20. 6. 2012, 5A_888/2011, E. 7.4, medialex 2012, 166 ff., zur Verunglimpfung einer Fernsehmoderatorin). Bei solch grundlosen persönlichen Angriffen hat das Bundesgericht den Einwand einer Verletzung der Garantie freier Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) mit knapper Begründung vom Tisch gewischt (E. 7.5). Damit bewegt es sich auf der Linie der Strassburger Rechtsprechung. Sie erledigt entsprechende Fälle im Verfahren für offensichtlich unbegründete Beschwerden.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-66

Beschwerde gegen strafrechtliche Verurteilung von File-Sharing-Betreibern vom EGMR abgewiesen

Meinungsäusserungsfreiheit; Urheberrecht; Verhältnismässigkeit

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Neij und Sunde Kolmisoppi c. Schweden» vom 19. Februar 2013 (40397/12)

Der EGMR hat eine von zwei Mitbegründern der File-Sharing-Website «The Pirate Bay» erhobene Beschwerde abgewiesen. Die beiden Beschwerdeführer hatten sich gegen eine strafrechtliche Verurteilung wegen Urheberrechtsverletzungen zur Wehr gesetzt. Der EGMR vertritt in seinem Urteil die Ansicht, dass mit der Verurteilung in das Recht der beiden Beschwerdeführer auf freie Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) eingegriffen wurde. Dieser Eingriff sei aber zulässig, da er auf einem Gesetz beruhe, ein legitimes Interesse verfolge und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei.

Zwei Mitbegründer von «The Pirate Bay» wurden in Schweden letztinstanzlich zu acht bzw. zehn Monaten Freiheitsstrafen und Schadenersatz in der Höhe von ungefähr 5 Millionen Euro verurteilt. Bei «The Pirate Bay» handelt es sich um die weltweit grösste BitTorrent-Tracker-Website. Den Nutzern der Website wurde ermöglicht, mit anderen Nutzern in Kontakt zu treten, um dann untereinander direkt Musik, Filme und Computerspiele auszutauschen. Die beiden Mitbegründer gelangten gegen die Verurteilung an den EGMR und stützten sich dabei auf das Recht auf freie Meinungsäusserung nach Art. 10 EMRK. Sinngemäss machten die beiden geltend, sie könnten nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass Nutzer von «The Pirate Bay» urheberrechtlich geschützte Werke ausgetauscht hätten. Sie hätten bloss die Absicht gehabt, mit «The Pirate Bay» den Datenaustausch im Internet zu vereinfachen.

Der EGMR hält zu Beginn seiner Erwägungen fest, gemäss Art. 10 EMRK habe jedermann das Recht, über das Internet Informationen zu empfangen und weiterzugeben. Mit «The Pirate Bay» seien zwar finanzielle Interessen verfolgt worden. Trotzdem falle die Vereinfachung des Austauschs von urheberrechtlich geschütztem Material unter Art. 10 EMRK. Folglich tangiere eine deswegen ausgesprochene Verurteilung die Meinungsäusserungsfreiheit der beiden Beschwerdeführer. Ein solcher Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäusserung sei nur dann rechtmässig, wenn er auf einem Gesetz beruhe, ein in Art. 10 Abs. 2 EMRK genanntes legitimes Interesse verfolge und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei. Der EGMR kommt zum Schluss, dass die Verurteilung eine ausreichende Grundlage im schwedischen Urheberrechtsgesetz hat. Zudem werde damit ein legitimes Ziel, nämlich der Schutz des Urheberrechts, verfolgt. Somit war die entscheidende Frage, die der EGMR zu beurteilen hatte, ob für den Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäusserung ein dringendes soziales Bedürfnis

vorlag und er damit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war.

Der EGMR wägt somit zwei entgegenstehende Interessen gegeneinander ab, welche beide durch die EMRK geschützt werden. Auf der einen Seite das Recht auf freie Meinungsäusserung der Mitbegründer von «The Pirate Bay», auf der anderen Seite das Recht der Urheberrechtsinhaber, gegen Urheberrechtsverletzungen geschützt zu werden. Der EGMR hält fest, dass den schwedischen Behörden bei solchen Entscheiden ein grosser Ermessensspielraum zustehe. Wie weit dieser Beurteilungsspielraum sei, hänge unter anderem von der Art der Informationen ab. Die vorliegend verbreiteten Informationen könnten nicht denselben Schutz beanspruchen wie beispielsweise politische Äusserungen und Debatten. Weil die schwedischen Behörden zudem gesetzlich verpflichtet gewesen seien, die Inhaber von Urheberrechten gegen Verletzungen zu schützen, hätten gewichtige Gründe für die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der beiden Beschwerdeführer bestanden. Zudem hätten es die beiden trotz ausdrücklicher Aufforderung unterlassen, die urheberrechtlich geschützten Werke von ihrer Webseite zu entfernen. Deshalb beurteilt der EGMR die ausgesprochene Freiheitsstrafe und den zu bezahlenden Schadenersatz nicht als unverhältnismässig. Er kommt vielmehr zum Schluss, dass der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK notwendig war, und beurteilt die erhobene Beschwerde als offensichtlich unbegründet.

Anmerkungen Nur wenige Tage nach dem Urteil Ashby Donald gegen Frankreich (vgl. dazu die Besprechung in der vorliegenden Nummer) hat der EGMR im Verfahren gegen zwei führende Mitglieder von «The Pirate Bay» (TPB) einen zweiten Entscheid zum Spannungsfeld zwischen Urheberrechten und Meinungsfreiheit im Internet gefällt. Im Jahre 2009 waren die beiden Beschwerdeführer vom Stockholmer Bezirksgericht zu je einem Jahr Gefängnis und einer Busse von rund 3,3 Millionen Euro verurteilt worden, weil sie es mit einer Torrent-Track-Software den Nutzern von TPB ermöglichen, in Kontakt mit anderen Nutzern zu treten und mit diesen ohne Inanspruchnahme eines zentralen Servers urheberrechtlich geschützte Musik- und Filmwerke auszutauschen. Dieses (später von einem Appellationsgericht nur unwesentlich abgeänderte) Urteil ist in die Geschichte eingegangen, weil es der schwedischen Piratenpartei als neuer Protestbewegung gegen das Urheberrecht bei den Wahlen ins Europäische Parlament 2009 zum Gewinn eines Sitzes verhalf und anschliessend die Ausbreitung von Piratenparteien über ganz Europa begünstigte.

Der EGMR anerkennt in seinem Urteil die grosse Bedeutung des Internets als Speichermedium riesiger Datenmengen und als Plattform, die einer breiten Öffentlichkeit Zugang zu und Austausch von Informationen ermöglicht. Er betont, dass Art. 10 EMRK nicht nur den Inhalt dieser Informationen schützt, sondern auch die technischen Mittel, die zu ihrer Verbreitung oder ihrem Empfang dienen. Hinter diesen hehren Grundsätzen zugunsten der freien Kommunikation im Internet blieb der EGMR bei seinen konkreten Abwägungen zwischen dem Schutz der Urheberrechte Dritter und den Kommunikationsanliegen der Betreiber einer Internetplattform dann aber deutlich zurück. Wie bereits im Fall Ashby Donald billigte der EGMR dabei den nationalen Behörden einen besonders weiten Ermessensspielraum zu. Er führte an, dass

TPB kommerziell betrieben werde und die Art des Materials, das über eine File-Sharing-Plattform ausgetauscht werde, nicht mit politischer Information zu vergleichen sei, deren Schutz praxisgemäss eine strenge Aufsicht des EGMR verlange. Angesichts der erwähnten massiven Reaktion einer breiteren Öffentlichkeit auf die schwedischen Urteile erstaunt diese lapidare Folgerung des EGMR doch etwas. Der Gerichtshof würdigte zwar die Natur und die Schwere der vom letztinstanzlichen schwedischen Gericht verhängten Strafen, fand diese aber nicht im Widerspruch zum Grundsatz seiner Rechtsprechung stehend, dass Eingriffe in die Meinungs- und Informationsfreiheit verhältnismässig sein müssen. Das Urteil bestätigt den bereits durch das Urteil Ashby Donald gewonnenen Eindruck, dass der EGMR die Hürde für die Korrektur eines nationalen Urteils sehr hoch ansetzt, wenn der Meinungs- und Informationsfreiheit urheberrechtliche Interessen entgegenstehen.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

13-67

Ungenügend begründete Verurteilung nach Kritik an Spitaldirektor

Ansehensschutz; Beleidigung; Genugtuung; Medienfreiheit; Public figure; Spitaldirektor; Wahrheitsbeweis; Wochenzeitung; Zivilklage

Art. 6 Abs. 1, 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Bugan c. Rumänien» vom 12. Februar 2013 (N° 13824/06)

Der Chefredaktor der rumänischen Wochenzeitung «Ziar de Sinaia» publizierte 2005 vier kritische Berichte über den Direktor des städtischen Spitals (u. a. wegen Managementfehlern, verbaler Ausfälligkeiten und Einschüchterung von Ärzten). Wegen Verletzung des Persönlichkeitsschutzes (Art. 998 f. des rumänischen Zivilgesetzbuchs) verurteilte ihn die rumänische Justiz zur Bezahlung einer Genugtuung an den klagenden Spitaldirektor.

Der EGMR stellt einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) fest. Die Berichterstattung habe Angelegenheiten von öffentlichem Interesse thematisiert und der eingeklagte Journalist die Wahrheit seiner Behauptungen bewiesen. Dennoch bejahte die rumänische Justiz mit Hinweis auf die beim Spitaldirektor ausgelösten negativen Gefühle die zivilrechtliche Haftung. In den Augen des Gerichtshofs vermag dies die Sanktionierung von Kritik an einer öffentlichen Person nicht zu rechtfertigen, zumal die fraglichen Formulierungen die Grenze zulässiger journalistischer Zuspitzung respektiert hatten. Mangels ausreichender Begründung war die zivilrechtliche Beschränkung der Meinungsfreiheit daher unverhältnismässig.

Eine 5 : 2-Mehrheit wirft der rumänischen Justiz auch eine Missachtung der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1) vor, da die zweite Instanz ihren Schuldspruch ohne persönliche Anhörung

des Angeschuldigten gefällt hatte. Die Gerichtsminderheit ist der Ansicht, dass die vom Angeschuldigten vorgebrachten (medizinischen) Gründe für seine Verhinderung nur teilweise überzeugend waren.

13-68

Wahrheitsbeweis für Werturteile: Medienfreiheit missachtet

Ansehensschutz; Beleidigung; Genugtuung; Persönlichkeitschutz; Wahrheitsbeweis; Werturteil; Wochenzeitung; Zivilklage

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1. Kammer) «OOO Ivpress u. a. c. Russland» vom 22. Januar 2013 (N° 33501/04, 38608/04, 35258/05 und 35618/05)

Wegen beleidigender Publikationen über regionale Prominenz (z. B. Direktoren und hochrangige Amtsträger) wurden der Medieninhaber und zwei Journalisten der russischen Wochenzeitung «Ivanonvo-Press» in vier zivilrechtlichen Verfahren zur Bezahlung von Genugtuungssummen (zwischen 85 und 575 Euro) und in einem Fall zur Publikation des Gerichtsurteils verurteilt. In allen vier Fällen stellt der Gerichtshof einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) fest.

Die russische Ziviljustiz habe die gebotene Abwägung zwischen dem Ansehensschutz und dem Recht der Medienschaffenden auf Veröffentlichung allgemein interessierender Informationen unterlassen. Sie verzichtete auch auf die notwendige Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen. In allen Fällen urteilte sie gegen die Medienschaffenden, weil diesen der Beweis für die Wahrheit ihrer Behauptungen nicht gelungen war. Da sich die Wahrheit von Werturteilen gar nicht beweisen lässt, ist nach Auffassung des EGMR die Meinungsfreiheit verletzt. Dass die zugesprochenen Geldsummen selbst nach russischem Lebensstandard moderat waren und es sich lediglich um zivilrechtliche (also nicht um strafrechtliche) Sanktionen handelte, vermöge an der Konventionswidrigkeit nichts zu ändern.

13-69

Gebrauch kurdischer Sprache im Wahlkampf rechtfertigt keine Sanktion

Aufrechterhaltung der Ordnung; Kundgebungen; politische Werbung; Sprachenfreiheit; Strafe; Wahlen

Art. 10, 14 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Sükran Aydin u. a. c. Türkei» vom 22. Januar 2013 (N° 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 und 14871/09)

Weil sie sich an verschiedenen Wahlveranstaltungen in kurdischer Sprache an das Publikum gewandt hatten, wurden Kandidierende durch die türkische Strafjustiz zu Freiheits- und Geldstrafen verurteilt. Vorgeworfen wurde ihnen die Verletzung einer damals geltenden Gesetzesvorschrift, welche den Gebrauch anderer als der türkischen Sprachen in Wahlkampagnen an Radio, Fernsehen und anderswo mit Freiheitsstrafe von sechs bis zwölf Monaten bedroht.

In ihrem einstimmigen Urteil kommt die 2. EGMR-Kammer zum Schluss, dass die türkische Gesetzesbestimmung konventionswidrig ist. Sie zweifelt bereits daran, dass die Beschränkung der Meinungsfreiheit dem von der Türkei behaupteten legitimen Eingriffszweck (Aufrechterhaltung der Ordnung gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK) zu dienen vermag. Die Vorschrift sei in einer demokratischen Gesellschaft jedenfalls nicht notwendig. Grundsätzlich sind EMRK-Vertragsstaaten nach den Worten des Gerichtshofs zwar befugt, den Sprachgebrauch während Wahlkampagnen zu regeln und vernünftige Beschränkungen vorzuschreiben. Das Totalverbot nicht türkischer Sprachen sei aber konventionswidrig. Der Gerichtshof erinnert daran, dass ein Teil des Publikums an den Wahlveranstaltungen (v. a. Ältere und Frauen) gar kein Türkisch verstand. Durch eine solche Strafnorm verliere das Recht zur Verbreitung und zur Kenntnismahme politischer Ideen seinen Sinn.

13-70

Verurteilung von Modefotografen stellt keine Verletzung von Art. 10 EMRK dar

Meinungs- und Pressefreiheit; Urheberrecht

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (5. Kammer) «Ashby Donald u. a. c. Frankreich» vom 10. Januar 2013 (36769/08)

Drei Modefotografen wurden wegen Verletzung des Urheberrechts von Modeschöpfern verurteilt, weil sie ohne deren Autorisierung Bilder einer Modeschau im Internet veröffent-

licht hatten. Der EGMR sieht in dieser Verurteilung keinen Verstoß gegen Art. 10 EMRK.

Die drei Modefotografen Ashby Donald, Madeira Moraes und M. Caisse gelangten gegen ein Urteil der französischen Court de Cassation an den EGMR. Im angefochtenen Urteil wurde ihnen verboten, Fotos von einer Modeveranstaltung ohne Einwilligung der Modedesigner, deren Kleider auf den Bildern abgebildet waren, zu veröffentlichen. Die drei Modefotografen machten vor dem EGMR geltend, sie würden durch dieses Verbot in ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 10 EMRK) verletzt.

Der EGMR führt in seinen Erwägungen aus, es existiere eine Wechselwirkung zwischen dem Urheberrecht auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite. Es gebe Ausnahmen, in denen die Meinungsfreiheit eingeschränkt werden dürfe, beispielsweise aus politischen Gründen, wobei solche Einschränkungen zurückhaltend anzunehmen seien. Das Urheberrecht und die Rechte am geistigen Eigentum seien im Zusatzprotokoll der EMRK geschützt, wobei das geistige Eigentum von der EMRK nicht uneingeschränkt geschützt werde. Vielmehr müssten im konkreten Einzelfall das Recht des Urhebers und die Meinungs- und Informationsfreiheit der Medien und ihrer Nutzer gegeneinander abgewogen werden. Das Recht auf Meinungsfreiheit, so der EGMR weiter, stelle eine wesentliche Grundlage für eine demokratische Gesellschaft dar und sei eine der wichtigsten Bedingungen für die Entwicklung und Entfaltung des Einzelnen. Das Gericht ruft ins Gedächtnis, dass Art. 10 EMRK auch für die Kommunikation im Internet gelte und dort sogar eine besondere Schutzwirkung entfalte. Ein Eingriff in Art. 10 EMRK sei daher nur unter drei sehr strengen Voraussetzungen zulässig: Ein Eingriff muss gesetzlich vorgeschrieben sein, eines oder mehrere zulässige Ziele verfolgen (im vorliegenden Fall den Schutz des geistigen Eigentums oder den Schutz des Werkes) und nach Art. 10 Abs. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Diese Einschränkungen seien allerdings eng auszulegen, und eine Notwendigkeit dafür müsse überzeugend nachgewiesen werden.

Zum konkreten Fall führt der EGMR aus, Modezeitschriften würden einen Fünftel aller verkauften französischen Presseprodukte ausmachen und seien deshalb von überragendem allgemeinem öffentlichem Interesse. Es stelle einen unrechtmässigen Eingriff dar, wenn die Medien nicht mehr über die aktuellen Ereignisse im Modebusiness informieren dürften, denn die Öffentlichkeit habe ein Recht darauf, über die aktuellen Geschehnisse in der Modewelt informiert zu werden. Eine weitere Tatsache spricht nach Ansicht des EGMR ebenfalls dafür, den Schutz des Urheberrechts restriktiv auszulegen: Die Designer hätten sich selber dafür entschieden, ihre Mode im Rahmen von Modeschauen zu präsentieren, und zu diesen Präsentationen auch die Medien eingeladen, um öffentliche Beachtung zu erhalten. Die Modeschöpfer könnten sich daher nicht darüber beklagen, dass die Verbreitung ihre Erwartungen übertroffen habe, und nun vom Staat verlangen, dass dieser die Presse so weit einschränkt, dass es ihren willkürlichen Vorstellungen entspricht.

Letztendlich kommt der EGMR aber doch zum Schluss, dass keine Verletzung der Meinungs- und Pressefreiheit vorliegt. Denn die umstrittenen Fotografien seien auf einer Internetseite veröffentlicht worden, die von zwei der drei Antragsteller betrieben werde. Diese hätten damit das Ziel verfolgt, die Fotos zu

verkaufen oder sie gegen Entgelt zugänglich zu machen, und damit in erster Linie kommerzielle Interessen verfolgt. Deshalb sei kein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse gegeben, und die Urheberrechtsverletzung überwiege im konkreten Fall die Meinungs- und Pressefreiheit. Die Antragsteller müssten im vorliegenden Fall einen Eingriff in die Meinungs- und Pressefreiheit hinnehmen, da eine zulässige Ausnahme gegeben sei und Art. 10 EMRK nicht verletzt werde. Denn der Eingriff in die Meinungsfreiheit sei gesetzlich geregelt, und es werde damit ein legitimes Ziel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK verfolgt, namentlich der Schutz der Rechte der Modehäuser, deren Produkte auf den Fotografien abgebildet waren.

Anmerkungen Das Urteil Ashby Donald gegen Frankreich hat international Aufsehen erregt. Der EGMR anerkennt hier zum ersten Mal ausdrücklich, dass eine Verurteilung von Journalisten wegen Verletzung von Urheberrechten Dritter den Anforderungen zu genügen hat, die aus der Meinungs- und Informationsfreiheit erwachsen. Das bedeutet, dass der mit der Verurteilung verbundene Eingriff gesetzlich abgestützt, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss. Wie der Gerichtshof betont, ist der Schutz von Urheberrechten als Schutz der Rechte Dritter im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt. Weil Anliegen des geistigen Eigentums selbst durch Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK geschützt sind, handelt es sich beim Schutz von Urheberrechten fraglos um ein wichtiges Ziel. Diesen Umstand hat der Gerichtshof auch bei der Ermittlung des den nationalen Behörden im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zustehenden Ermessensspielraums berücksichtigt. Gemäss ständiger Praxis des EGMR ist der Ermessensspielraum nationaler Behörden bei Eingriffen in Art. 10 EMRK dann klein, wenn es um Meinungsäusserungen oder Informationen zu Fragen von allgemeinem öffentlichem Interesse geht. Der EGMR anerkennt zwar, dass Modeschauen regelmässig eine breite Öffentlichkeit zu interessieren vermögen. Im konkreten Fall stand für den EGMR aber im Vordergrund, dass die Beschwerdeführer mit der Publikation ihrer Fotos im Internet primär wirtschaftliche Ziele verfolgten. Damit beurteilte der EGMR deren Meinungsäusserung als «commercial speech» und folgte, dass die französischen Behörden über einen besonders weiten Ermessensspielraum verfügten, um die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. In einem Konflikt zwischen Urheberrechten und kommerzieller Meinungsäusserung gelte dies umso mehr, als die tangierten Interessen Dritter selbst durch die EMRK bzw. ihre Protokolle geschützt sind.

Die drei Modefotografen waren von den französischen Gerichten zu Bussen zwischen 3000 und 8000 Euro sowie 255 000 Euro Schadenersatz verurteilt worden, weil sie ohne Erlaubnis der Organisatoren einer Modeschau Bilder derselben im Internet publiziert und zum Verkauf angeboten hatten. Der EGMR fand weder die Bussen noch die hohe Schadenersatzsumme als in einem Missverhältnis zum Ziel stehend, das mit der Durchsetzung des Urheberrechts verfolgt wird. Das Urteil zeigt, in welchem Mass die Festlegungen Strassburgs zum Ermessensspielraum nationaler Behörden den Ausgang eines Verfahrens nach Art. 10 EMRK vorsprengen.

Prof. Christoph Beat Graber, Luzern

13-71

Whistleblower im Geheimdienst durfte Medien einschalten

Abhörskandal; Amtsgeheimnis; Datenschutz; Geheimdienst; Klassifizierung; Medienkonferenz; Meinungsfreiheit; Telefonüberwachung; Ultima Ratio; Vernichtung; Whistleblower

Art. 6 Abs. 1, 8, 10, 13 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) «Bucur & Toma c. Rumänien» vom 8. Januar 2013 (N° 40238/02)

Der in einer militärischen Einheit des rumänischen Überwachungsdienstes SRI tätige Constantin Bucur stellte verschiedene Unregelmässigkeiten bei der Telefonabhörung fest. So wurden viele Medienschaffende, Politiker und Geschäftsleute abgehört. Nachdem er amtsintern vergeblich auf die Missstände hingewiesen hatte, wandte er sich an einen für die Aufsicht über den SRI zuständigen Parlamentarier, der ihm den Gang an die Öffentlichkeit empfahl. An einer stark beachteten Medienkonferenz präsentierte Bucur 1996 auf Tonbandkassetten gespeicherte Mitschnitte von seines Erachtens illegalen Telefonabhörungen.

Die den Medien enthüllten Informationen waren als hoch geheim («ultrasecret») klassifiziert. Whistleblower Bucur wurde nach einem langjährigen Verfahren wegen Geheimnisverletzung (und auch wegen des vorherigen Diebstahls der Audiokassetten) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zwei Jahren verurteilt. Diese Sanktion missachtet nach einhelliger Auffassung des EGMR die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Bucurs Vorgehen erfüllte alle Voraussetzungen, die der Gerichtshof für ein menschenrechtlich zulässiges Aufrütteln der Öffentlichkeit aufgestellt hat. So gab es keinen realistischen anderen Weg zur Behebung des gravierenden Missstandes. Der Gerichtshof bemängelt auch, dass die rumänische Regierung die hoch geheime Klassifizierung der veröffentlichten Informationen nicht begründet hatte (was die rumänische Militärjustiz auch nicht überprüfte und dadurch die in Art. 6 Abs. 1 garantierte Verfahrensfairness verletzte). Der gutgläubige Whistleblower hatte ausreichenden Grund zur Annahme, dass seine Behauptungen zutrafen. Die Aufdeckung der behaupteten Unregelmässigkeiten war gerade in einem ehemals kommunistischen (Überwachungs-)Staat von so hohem Stellenwert, dass sie schwerer wog als das Schadenspotenzial (Beeinträchtigung des Vertrauens der Bevölkerung in die geheimdienstliche Tätigkeit).

Ebenfalls verletzt wurden die Menschenrechte des Medienschaffenden Mircea Toma, dessen Telefongespräche mit Bewilligung der Staatsanwaltschaft abgehört worden waren. Die Rechtmässigkeit der Abhörung selber kann der EGMR zwar nicht überprüfen, da Toma sie zu spät gerügt hatte. Der Gerichtshof beanstandet aber auch die Aufbewahrung der fraglichen Aufnahmen. Im rumänischen Recht fehle es an ausreichenden Garantien für die Vernichtung nicht mehr benötigter Aufzeichnungen. Es bestehe daher ein erhebliches Risiko, dass sich die Aufnahmen noch immer in den Händen des SRI befin-

den. Dies missachte den Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK). Darüber hinaus wurde mangels einer wirksamen Anfechtungsmöglichkeit gegen die Aufbewahrung auch Art. 13 EMRK verletzt. Der Gerichtshof spricht Toma und seiner Tochter je 7800 Euro Genugtuung zu. Constantin Bucur erhält eine Genugtuung von 20000 Euro.

Anmerkungen Das EGMR-Urteil «Bucur und Toma gegen Rumänien» ist in zweifacher Hinsicht von kommunikationsrechtlichem Interesse:

1. Primär geht es um das Recht von Geheimnisträgern, vermutete Missstände an die Medien zu tragen und dadurch die ihnen auferlegte Diskretionspflicht zu brechen. Die umfangreiche Urteilsbegründung wendet die von der Grossen Kammer im Fall N° 14277/04 «Guja c. Moldawien» aufgestellten Kriterien zur Wünschbarkeit und zu den Grenzen des Whistleblowing an. Die etablierten Voraussetzungen für den ausnahmsweise zulässigen Gang an die Öffentlichkeit haben den Gerichtshof in den vergangenen Jahren ab und zu beschäftigt (vgl. etwa das Urteil N° 28274/08 «Heinisch c. Deutschland», medialex 2011, 215, und den Zulässigkeitsentscheid N° 49001/07 «Bathellier c. Frankreich», medialex 2011, 34). Mit jedem weiteren von Strassburg beurteilten Einzelfall werden die Konturen des menschenrechtlich Zulässigen deutlicher. In der vorliegenden Angelegenheit vermögen die Ausführungen der einstimmig urteilenden 3. EMGR-Kammer einzuleuchten.

2. Daneben betrifft der Fall die heimliche Überwachung von Zeitungsredaktionen und Journalisten. Zu dieser medienrechtlich wichtigen Thematik gibt die Begründung allerdings wenig her. Zum einen war die Rechtmässigkeit der Telefonüberwachung selber in Strassburg kein Thema, denn der Journalist hatte es verpasst, sie innerhalb der 6-Monats-Frist seit Kenntnis der Abhörung zu rügen. Zum anderen befassen sich die Ausführungen über die Aufbewahrung bzw. Vernichtung der Gesprächsaufnahmen nicht spezifisch mit der Situation von Medienschaffenden. Die Argumentation des EGMR wäre wohl identisch gewesen, wenn sich eine Politikerin, ein Geschäftsmann oder sonst jemand gegen die rumänische (Nicht-)Regelung der Speicherung und Löschung solcher sensibler Informationen beschwert hätte. Massgebend für die konventionsrechtlichen Anforderungen an die (heimliche) Überwachung Medienschaffender bleibt daher das EGMR-Urteil N° 3915/06 «Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V c. Niederlande», medialex 2013, 44 ff.

Dr. iur. Franz Zeller, Bern

13-72

Sperre von Google Sites verstiesst gegen Art. 10 EMRK

Freiheit der Meinungsäusserung; gerichtliche Überprüfung; Willkür

Art. 10 EMRK

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2. Kammer) «Ahmet Yildirim c. Türkei» vom 18. Dezember 2012 (3111/2010)

Die von einem türkischen Strafgericht angeordnete generelle Sperre von Google Sites in der Türkei verstösst gegen Art. 10 EMRK. Der EGMR begründete sein Urteil damit, dass diese Sperrung sich willkürlich ausgewirkt habe und nur eine ungenügende gerichtliche Überprüfung stattgefunden habe.

Ein türkisches Strafgericht ordnete im Jahr 2009 die Sperrung einer Internetseite an, deren Betreiber beschuldigt wurde, den türkischen Staatsgründer Atatürk zu verunglimpfen. Zur Ausführung dieser Sperre wurde die türkische Telekommunikationsdirektion (TIB) verpflichtet. Kurz darauf ersuchte die TIB das Gericht, die Sperre auf Google Sites als Ganzes auszuweiten. Dies sei die einzige Möglichkeit, den Zugang zur Website mit den verunglimpfenden Inhalten zu blockieren, da der Betreiber dieser Website im Ausland lebe. Die TIB sperrte schliesslich den Zugang zu Google Sites in der Türkei. Von dieser Sperre war auch der türkische Doktorand Ahmet Yildirim betroffen, der auf seiner Website seine wissenschaftliche Tätigkeit dokumentierte und Meinungen zu verschiedenen Themen publizierte. Die Website von Ahmet Yildirim hatte keinen Bezug zur beanstandeten Website, die Atatürk verunglimpfte. Weil Ahmet Yildirim als Folge der Sperre von Google Sites nicht mehr auf seine eigene Website zugreifen konnte, gelangte er an den EGMR und machte eine Verletzung von Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) geltend.

Der EGMR hält fest, dass das Internet heutzutage eines der wichtigsten Mittel zur Ausübung des Rechts auf Meinungs- und Äusserungsfreiheit sei. Er ist deshalb der Ansicht, dass die vom türkischen Strafgericht angeordnete Sperre das Recht von Ahmet Yildirim auf freie Meinungsäusserung tangiere. Die erwähnte Massnahme stellt nach Ansicht des Gerichts eine Verletzung von Art. 10 EMRK dar, soweit sie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, eines oder mehrere legitime Ziele verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft für die Erreichung dieser Ziele notwendig ist. Zur gesetzlichen Grundlage führt der EGMR aus, die vom türkischen Strafgericht angewendete Rechtsnorm sehe vor, dass der Zugang zu Inhalten im Internet dann unterbunden werden könne, wenn sich aus diesen Inhalten ein ausreichender Verdacht auf Begehung einer Straftat ergebe. Im vorliegenden Fall seien allerdings weder Google Sites noch Ahmet Yildirim in ein Gerichtsverfahren involviert gewesen. Zudem sehe die gesetzliche Grundlage keine Sperre von ganzen Internet-Domains wie Google Sites vor. Auch sei nirgendwo ersichtlich, dass Google Sites darüber informiert wurde, illegale Inhalte zu hosten, oder sich geweigert hätte, die Website in Sinne einer einstweiligen Massnahme vom Netz zu

nehmen. Ebenfalls stellt das Gericht fest, dass die Verwaltungsbehörde TIB mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet wurde. Die Sperrverfügung habe sich nämlich zuerst nur auf eine spezifische Website bezogen. Es habe die TIB allerdings wenig Mühe gekostet, beim Gericht zu erreichen, die Sperre auf Google Sites auszudehnen.

Der EGMR betont, dass eine Einschränkung des Rechts auf Zugang zu einer Informationsquelle nur dann mit der EMRK vereinbar sei, wenn dafür eine ausreichend präzise gesetzliche Grundlage bestehe. Denn eine solche sei nötig, um das Ausmass des Verbots einzuschränken und eine gerichtliche Kontrolle sicherzustellen, damit Missbräuche vermieden werden können. Der EGMR bemängelte, der türkische Gerichtshof habe sich auf die Information der TIB verlassen und selber zu wenig geprüft, ob es im Sinne einer weniger weitreichenden Massnahme möglich gewesen wäre, nur die verletzende Website zu sperren. Zudem hat der türkische Gerichtshof nach Ansicht des EGMR die verschiedenen involvierten Interessen zu wenig abgewogen. Der Gerichtshof hätte nach Meinung des EGMR beachten müssen, dass eine Sperrung von Google Sites eine grosse Menge von Informationen unzugänglich macht und damit direkt in die Rechte der Internetnutzer eingreift. Der EGMR streicht ebenfalls hervor, dass Art. 10 Abs. 1 EMRK das Recht, Informationen und Ideen zu äussern, zu empfangen und zu verbreiten, «ohne Rücksicht auf Grenzen» garantiert. Somit kommt der EGMR zum Schluss, dass die Auswirkungen der zu beurteilenden Massnahme willkürlich waren. Zudem sei die gerichtliche Überprüfung der Zugangsblockade ungenügend gewesen, um Missbräuche vorzubeugen. Deshalb sieht der EGMR in der erwähnten Massnahme eine Verletzung von Art. 10 EMRK.

Remarques L'arrêt rendu par la CEDH convainc. Un résultat différent eût du reste été pour le moins surprenant. Dans un cadre pénal comme il en va en l'espèce, seul le contenu illicite doit être bloqué (ou supprimé ajouterons-nous suivant la législation applicable), sans entraîner des effets collatéraux indésirables qui déploieraient leurs effets à des contenus licites. De tels effets violeraient alors manifestement le principe fondamental de la légalité des délits et des peines. Telle était la solution regrettable à laquelle aboutissait l'art. 8 de la loi turque n° 5651.

Cet arrêt nous conduit à formuler deux remarques:

1. L'importance attachée au principe de proportionnalité, lequel suppose la mise en place d'un contrôle juridictionnel pour toute restriction posée aux droits fondamentaux et, dans le contexte qui nous intéresse, à toute limitation posée à un accès Internet. Dans ce cadre, on peut du reste se demander si la solution prônée par une loi comme la loi française HADOPI, envisagée dans d'autres Etats, satisfait à cette exigence, et par conséquent à l'art. 10 CEDH, en tant qu'elle est susceptible de conduire dans ses conséquences les plus extrêmes à une coupure pure et simple d'accès au réseau Internet. Nous laisserons à chacun le soin d'y répondre sans prétendre la trancher ici.

2. Ensuite, si la réponse apportée par la Cour à la question posée convainc donc s'agissant d'un site Internet considéré dans son ensemble, en irait-il de même dans l'hypothèse où la page web de la personne concernée contient à la fois des contenus licites et illicites?

En ce cas, le principe de la proportionnalité mentionné par la Cour prend toute son importance, puisqu'il faut alors s'attacher à déterminer quelle est la mesure proportionnée pour atteindre le but recherché. De deux choses l'une: lorsqu'un contenu isolé est considéré comme illicite, seul ce contenu devrait alors être retiré, à l'exclusion d'un blocage intégral du site; dans l'hypothèse en revanche où c'est l'intégralité de la page web qui peut être considérée comme revêtant un caractère illicite, c'est alors bien l'intégralité de la page qui doit être bloquée, respectivement retirée.

Enfin, on mentionnera l'intéressante opinion concordante émise par M. le Juge Pinto De Albuquerque, dans laquelle ce dernier s'interroge sur les principes devant être respectés par tout Etat membre pour restreindre la liberté d'expression ancrée à l'art. 10 CEDH dans le cadre de blocages d'accès à des sites Internet. A la suite de son analyse, et tout en relevant qu'un blocage «aveugle» affectant des populations entières ou des segments de population entiers n'est en aucun cas justifiable, M. le Juge De Albuquerque en conclut que les critères minimaux à remplir par une telle législation sont les suivants:

- 1) Une définition des catégories de personnes et d'institutions susceptibles de voir leurs publications bloquées (propriétaires nationaux ou étrangers de contenus, sites ou plateformes illicites, utilisateurs de ces sites ou plateformes, ou ceux qui mettent en place des hyperliens vers des sites ou plateformes illicites, ou qui souscrivent à de tels contenus, etc.);
- 2) Une définition des catégories d'ordonnances de blocage (sites, adresses IP, ports, protocoles réseaux, blocages de types d'utilisation comme les réseaux sociaux, etc.);
- 3) Une disposition sur le champ d'application territorial de l'ordonnance de blocage (régional, national, mondial);
- 4) Une limite à la durée d'une telle ordonnance de blocage;
- 5) L'indication des «intérêts», au sens de ceux qui sont exposés à l'art. 10 § 2 CEDH, qui peuvent justifier une ordonnance de blocage;
- 6) L'observation d'un critère de proportionnalité (équilibre entre la liberté d'expression et les intérêts concurrents poursuivis, tout en assurant le respect du noyau dur de la liberté);
- 7) Le respect du principe de nécessité (apprécier si l'ingérence promet de façon adéquate les intérêts poursuivis et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser ledit «besoin social»);
- 8) La détermination des autorités compétentes pour émettre une ordonnance de blocage motivée;
- 9) Une procédure à suivre pour l'émission de cette ordonnance (examen par l'autorité compétente du dossier à l'appui de la demande d'ordonnance et audition de la personne ou institution lésée);
- 10) La notification de l'ordonnance de blocage et de sa motivation à la personne ou à l'institution lésée;
- 11) Une procédure de recours de nature judiciaire contre l'ordonnance de blocage.

Prof. Philippe Gilliéron, Lausanne

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

13-73

Le travail des commissions parlementaires n'est pas soumis à la Loi sur la transparence

Accès à des dossiers de postulation; devoir de renseigner; pesée des intérêts

Art. 7, 8, 9 10 LTrans; 47 LParl

Recommandation du 25 mars 2013 du Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence

Le demandeur s'est vu refuser à juste titre par l'Office fédéral de la justice (OFJ) l'accès au dossier de postulation et au classement des candidats au poste de juge auprès de la Cour européenne, présentés par la Suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Néanmoins, l'OFJ devait lui transmettre une liste des documents officiels accessibles et l'inviter à préciser sa demande.

Le demandeur a requis de l'OFJ des documents et informations concernant la mise au concours du poste de juge au titre de la Suisse auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en 2010 et la sélection des candidats présentés par la Suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

L'OFJ n'ayant que partiellement accédé à sa requête, le demandeur a déposé une demande d'informations complémentaires, puis une demande en médiation auprès du Préposé.

Les procédures de mise au concours et de sélection sont intervenues sous l'égide du Département fédéral de justice et police (DFJP) et du Département des affaires étrangères (DFAE). La liste des candidats présélectionnés ainsi que leur dossier respectif, accompagnés de la liste des six candidats non sélectionnés ont ensuite été transmis à la Délégation parlementaire suisse auprès du Conseil de l'Europe (DCE) et à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ).

La Loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux auditions menées par les commissions parlementaires, qui est régi par la Loi sur le Parlement (art. 47 LParl); le Préposé constate que tel est en l'espèce le cas du classement des candidats. Dès lors, le droit d'accès à ce classement n'est pas reconnu au demandeur (art. 8 al. 1 LTrans).

L'autorité saisie d'une demande d'accès doit procéder à une pesée des intérêts en présence, soit la nature des données personnelles et la protection requise des personnes concernées.

La confidentialité des dossiers de postulation permet d'éviter que les potentiels candidats ne soient dissuadés de postuler par crainte des conséquences négatives qu'une non-sélection pourrait avoir sur leur avenir professionnel. En l'espèce, le Préposé constate l'absence d'intérêt public prépondérant à la transparence (art. 7 al. 2 LTrans), les documents requis ne pouvant pas être anonymisés (art. 9 al. 2 LTrans et art. 6 OTrans) eu égard au caractère singulier des dossiers de candidature et

des qualités intrinsèques de la liste et du classement des candidats. Le Préposé en conclut que l'OFJ a refusé à juste titre d'accorder l'accès à ces documents.

Selon l'art. 10 al. 3 LTrans, la demande d'accès doit être formulée de manière suffisamment précise. Toutefois, l'autorité doit renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et l'assister dans ses démarches (art. 3 al. 1 OTrans). Le demandeur n'a pas été invité à préciser sa demande d'accès (art. 7 al. 3 OTrans) et n'a pas reçu la liste des documents dont dispose l'autorité. Le Préposé est d'avis qu'il incombe à l'OFJ de transmettre au demandeur une liste des documents officiels concernés et d'inviter ce dernier à préciser sa demande et sur cette base d'apprécier si l'accès aux documents requis peut être accordé (art. 7 ss LTrans).

13-74

Im Auftrag einer parlamentarischen Kommission erstellte Dokumente unterstehen nicht dem Öffentlichkeitsgesetz

Parlamentarische Kommission; Spezialbestimmung; Vertraulichkeit

Art. 4 Bst. a BGÖ; Art. 47 Abs. 1 ParlG

Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 6. Dezember 2012 (EPA/Zusammenstellung über ausbezahlte Zulagen an die Bundesverwaltung)

Dokumente, die im unmittelbaren und besonderen Auftrag einer parlamentarischen Kommission durch die Bundesverwaltung erstellt wurden, unterstehen nicht dem Öffentlichkeitsgesetz. Für diese Dokumente kommt die Spezialbestimmung von Art. 47 ParlG (Vertraulichkeit von Kommissionsberatungen) zur Anwendung. Der EDÖB geht dann von einem unmittelbaren und besonderen Auftrag aus, wenn die Anweisung zur Erstellung eines bestimmten Dokuments explizit und schriftlich gegenüber der zuständigen Behörde erfolgte und aus den Unterlagen klar ersichtlich ist.

Ein Journalist verlangte beim Eidgenössischen Personalamt (EPA) Einsicht in «die vom EPA erarbeitete umfassende Zusammenstellung sämtlicher an die Bundesverwaltung ausbezahlten Zulagen, die im Tätigkeitsbericht 2011 der Finanzdelegation der eidgenössischen Räte erwähnt ist». Das EPA verweigerte den Zugang mit der Begründung, dass die verlangten Dokumente im Auftrag der FinDel erstellt worden seien und daher ein Anwendungsfall von Art. 47 Abs. 1 ParlG und somit eine Spezialbestimmung i. S. v. Art. 4 Bst. a BGÖ vorliege. Der Journalist gelangte daraufhin mit einem Schlichtungsantrag an den EDÖB.

Der EDÖB hielt zu Beginn seiner Erwägungen fest, dass die Organe der Bundesversammlung, darunter die FinDel, nicht zur Bundesverwaltung gehören und daher nicht unter das Öffentlichkeitsgesetz fallen. Weiter führte er aus, in Art. 4 Bst. a BGÖ werde statuiert, dass dem Öffentlichkeitsgesetz andere

Bundesgesetze vorbehalten bleiben, die bestimmte Informationen als geheim bezeichnen. Eine solche Spezialbestimmung könne unter anderem Art. 47 ParlG darstellen. Art. 47 Abs. 1 ParlG halte fest, dass Beratungen der Kommissionen – und somit auch der FinDel – vertraulich sind, da sie keine allgemein zugänglichen Informationsquellen darstellen. Diese Geheimhaltungsbestimmung gelte auch für die in den parlamentarischen Kommissionen und Delegationen beratenen Dokumente. Weiter hatte der EDÖB somit zu prüfen, ob auch Dokumente, welche vom EPA für die FinDel erstellt worden sind, unter diese Spezialbestimmung fallen. Er vertrat diesbezüglich die Ansicht, dass Dokumente, welche im unmittelbaren und besonderen Auftrag einer parlamentarischen Kommission durch die Bundesverwaltung erstellt worden sind, nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen. Für diese Dokumente sei Art. 47 ParlG massgebend, der deren Vertraulichkeit vorsehe. Der Zugang zu diesen Dokumenten könne von der Bundesverwaltung gestützt auf Art. 4 Bst. a BGÖ i. V. m. Art. 47 Abs. 1 ParlG verweigert werden. Für die Beurteilung eines Dokuments, so der EDÖB weiter, sei nicht der Adressatenkreis, sondern das Vorliegen eines ausdrücklichen Auftrags an die Bundesverwaltung zur Erstellung eines bestimmten Dokuments entscheidend. Dieser Auftrag müsse explizit und schriftlich gegenüber der zuständigen Behörde erfolgen und aus den Unterlagen klar ersichtlich sein.

In Bezug auf die zu beurteilenden Dokumente kam der EDÖB zum Ergebnis, dass die im Zugangsgesuch beantragte Zusammenstellung im ausdrücklichen schriftlichen Auftrag der FinDel vom EPA erstellt worden sei. Somit falle das Dokument unter die Vertraulichkeit gemäss Art. 47 ParlG, und es liege eine spezialgesetzliche Geheimhaltungsnorm gemäss Art. 4 Bst. a BGÖ vor. Daher gelange das Öffentlichkeitsgesetz vorliegend nicht zur Anwendung, womit kein Rechtsanspruch auf Zugang bestehe.

13-75

L'exploitation d'un blog personnel ne donne pas un droit préférentiel d'accès à l'information

Notion de médias au sens de la Loi sur l'information

Art. 19 al. 2 LInf

Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 29 janvier 2013 (601 2012-29)

Le recourant s'est vu refuser le droit d'enregistrer les séances publiques de la commune, au motif que son site Internet ne revêtait pas la qualité de média au sens de la Loi sur l'information.

Il s'appuyait sur la notion de média telle qu'elle est généralement acceptée en matière de protection de la personnalité pour affirmer que les règles en la matière s'appliquent également à la technologie d'Internet et que par conséquent son site doit être considéré comme un média. Il aurait donc, à ce titre,

droit d'effectuer les enregistrements des séances publiques et assurer leur retransmission sur son site (art. 19 al. 2 LInf).

La décision préfectorale litigieuse, confirmée par le Tribunal cantonal, affirme au contraire qu'aux termes des art. 17 à 19 LInf, il ne suffit pas de monter un site Internet ou blog pour acquérir la qualité de média. Pour ce faire, il est nécessaire de diffuser des contenus qui ont été triés et traités selon les critères professionnels du journalisme afin d'être portés à la connaissance du public. Entrent dans cette définition les médias offline (journaux, revues, agences d'informations, station de radio et TV, etc.) qui se manifestent aussi online, les offres journalistiques online spéciales (magazines, journaux, agences online), les bureaux de médias online et les contenus publiés sur ces sites du web.

En l'espèce, il a été considéré que le site web du recourant ne se distinguait pas d'un simple blog, destiné à défendre ses intérêts personnels. Si, dans certains cas, il peut s'avérer difficile de distinguer entre un média online s'adressant à un public limité et le blog d'un particulier éclairé, tel n'est pas le cas dans la présente affaire. Le site du recourant ne relève manifestement pas du journalisme, de sorte que l'intéressé ne peut pas se prévaloir de l'art. 19 LInf pour procéder, en qualité de média, à un enregistrement des séances publiques de la commune. Il ne suffit en outre pas de créer une société qui a pour but accessoire des activités dans le domaine de l'audiovisuel pour se voir reconnaître la qualité de média.

Remarques Au-delà de ses aspects anecdotiques – un conflit clochemerlesque entre un citoyen-agitateur et de raides autorités municipales –, cet arrêt tranche une question que le fulgurant développement d'Internet a propulsé à l'avant-scène du droit de la communication: qu'en est-il du régime juridique spécifique applicable aux médias à l'heure où les sites personnels, blogs et autres pages Facebook mettent la communication de masse à la portée du premier venu?

La question est d'importance, car les privilèges des médias ne manquent pas. Outre le droit de filmer les débats du législatif qui est l'enjeu du présent cas, on rappellera la consultation prioritaire de documents officiels sous embargo ou les facilités matérielles (bureaux, liaisons téléphoniques, places de parking, etc.) qui découlent de l'accréditation. Sans oublier ces prérogatives fondamentales que sont le secret rédactionnel (art. 28a CP), les restrictions posées à l'accès aux fichiers des journalistes (art. 10 LPD) et une protection accrue contre les mesures provisionnelles intempestives (art. 266 al. 3 CPC). Quoique éparpillés au hasard de textes législatifs divers et variés, ces droits tendent tous à favoriser l'activité des journalistes. Il faut en effet leur donner les moyens d'accomplir efficacement leur mission cruciale dans une société démocratique: contribuer à la formation de l'opinion publique et surveiller les organes étatiques.

La plupart de ces droits – et devoirs, car à la qualité de média sont aussi attachées des contraintes telles les obligations de publier un droit de réponse (art. 28g CCS) ou de désigner un rédacteur responsable (art. 322 CP) –, ont été consacrés en un temps où la presse écrite, la radio et la télévision régnaient sans partage sur la communication de masse; en bref, en un temps où Internet était encore dans les limbes. Vouloir aujourd'hui étendre ces prérogatives à tous les vecteurs de communication non strictement interpersonnels (comme la téléphonie) serait exagéré. Voici deux ans, le Tribunal fédé-

ral avait déjà fait sienne cette opinion en refusant à un site web personnel la protection accrue contre les mesures provisionnelles dont bénéficient les médias; la décision était pertinente, mais la motivation malheureusement laconique, pour ne pas dire lacunaire: les juges lausannois s'étaient contentés de prétendre tout de go qu'un simple «Internetauftritt» n'est pas assimilable à un média (TF, 4.5.2011, 5A_790/2010). On saura gré au Tribunal cantonal fribourgeois d'argumenter: s'appuyant à juste titre sur la casuistique du Conseil de la presse (notamment sa prise de position 11.2.2011, 29/2011), il affirme clairement qu'un régime de faveur doit être réservé à ceux qui traitent l'information suivant des critères professionnels. Autrement dit, seuls méritent des égards ceux qui déploient une activité d'information avec soin, rigueur et indépendance.

Ainsi ce n'est pas le moyen de communication (presse, radiodiffusion ou Internet) qui fait la différence, mais la diligence avec laquelle l'information est sélectionnée, présentée et, éventuellement, commentée. Que celui qui la traite soit lui-même un professionnel ou non ne saurait être décisif. Partant, la qualité de médias, et les privilèges et devoirs qui en découlent, devrait aussi être attribuée à l'exploitant d'un blog ou d'un site personnel pourvu qu'il publie dans le respect de la déontologie journalistique (ce qui était en l'espèce loin d'être le cas...). Ce point de vue n'est pas nouveau; le Conseil de l'Europe, soucieux de tirer les conséquences des bouleversements de «l'écosystème médiatique» qu'a causé Internet, l'avait déjà justifié avec précision et détermination dans sa Recommandation 2011/7 sur une nouvelle conception des médias. A lire (et à méditer) absolument!

Prof. Bertil Cottier, Lugano/Lausanne

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

13-76

Bundesgericht tritt auf Beschwerde gegen Wahlbarometer nicht ein

Beschwerdebegründung; Beschwerdelegitimation; Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 89 Abs. 1 BGG; Art. 98 Abs. 2 RTVG

Urteil des Bundesgerichts vom 15. Februar 2013
(2C_130/2013)

Das Bundesgericht hatte eine Beschwerde zu beurteilen, die sich gegen Sendungen richtete, die auf die vom gfs.bern erstellten Wahlbarometer Bezug nahmen. Es trat nicht auf die Beschwerde ein, da der Beschwerdeführer keine besondere Betroffenheit und nahe Beziehung zur Streitsache nachweisen konnte und es deshalb an der Beschwerdelegitimation fehlte. Ob der Beschwerdeführer trotz fehlender Beschwerdebefugnis in der Sache selber berechtigt war, die Kosten vor Bundesgericht zu beanstanden, liess es offen, da seine Beschwerde in diesem Punkt ungenügend begründet war.

Das Forschungsinstitut gfs.bern erstellte im Vorfeld der eidgenössischen Wahlen 2011 für die SRG insgesamt sieben Wahlbarometer, auf die in verschiedenen Sendegefässen Bezug genommen wurde. Der Beschwerdeführer, ein Mathematikprofessor und Publizist zur Problematik der Ungenauigkeit von Meinungsforschungsergebnissen, gelangte gegen die entsprechenden Ausstrahlungen an die UBI. Diese wies seine Eingaben ab, soweit sie darauf eintrat, weshalb der Beschwerdeführer ans Bundesgericht gelangte und verlangte, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, dass die tatsächliche Stimmzahl bei den Umfragen für jede Partei berücksichtigt und unter anderem geprüft werde, ob die Tatsache, dass die Unentschlossenen, welche bis zu 30% der teilnahmewilligen Wahlberechtigten ausmachten, den einzelnen Parteien zugeordnet würden, dem Sachgerechtigkeitsgebot genüge.

Das Bundesgericht prüfte zuerst die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers und stellte fest, dass dieser im Rahmen von Art. 89 Abs. 1 BGG durch die Streitsache stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswert nahen Beziehung zu dieser stehen müsse. Der Beschwerdeführer erfülle diese Voraussetzungen nicht. Er verfüge zwar über ein besonderes Fachwissen, doch bilde er weder Gegenstand der umstrittenen Sendung, noch werde in den beanstandeten Beiträgen in irgendeiner Form auf ihn oder seine Publikation Bezug genommen. Er werde durch den angefochtenen Entscheid rundfunkrechtlich nicht anders betroffen als irgendein anderer politisch sensibilisierter, medienkritischer Zuschauer. Es fehle ihm daher an der erforderlichen Beziehungsnähe zum Sendungsthema, weshalb auf seine Beschwerde in der Sache nicht einzutreten sei.

Ob der Beschwerdeführer berechtigt war, die ihm auferlegten Kosten vor Bundesgericht losgelöst von der fehlenden Beschwerdebefugnis in der Sache selber zu beanstanden, liess das Bundesgericht offen. Es begründete dies damit, dass die Eingabe des Beschwerdeführers in diesem Punkt den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genüge. In der Rechtschrift müsse in Auseinandersetzung mit den Darlegungen im angefochtenen Entscheid aufgezeigt werden, inwiefern dieser Recht verletzt. Der Beschwerdeführer beschränke sich darauf, seine materielle Kritik zu wiederholen, wie er sie gegen die einzelnen Sendungen vor der UBI vorgetragen hatte. Mit den Ausführungen der UBI, dass seine Eingaben als mutwillig zu gelten haben, weshalb ihm die entsprechenden Kosten im Rahmen von Art. 98 Abs. 2 RTVG aufzuerlegen seien, setzte er sich mit keinem Wort auseinander. Aufgrund dieser Ausführungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

13-77

Un concessionnaire télévisuel est lié par les obligations de son mandat de prestations

Diffusion de programmes différenciés; recours irrecevable

Art. 38 LRTV; art. 83 let. p LTF

Arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2013 (2C_629/2012)

Bien que déclarant le recours irrecevable pour incompétence *ratione materiae*, le Tribunal fédéral a jugé que le bénéficiaire d'une concession télévisuelle était tenu de se conformer aux termes de son mandat de prestations.

A la suite de l'arrivée dans sa zone de desserte de nouveaux fournisseurs de services de télécommunication (FST) refusant de participer au prélèvement de la taxe volontaire, la société C. a scindé son offre en deux: le signal entier n'est plus transmis qu'aux seuls FST acceptant de participer au prélèvement de la taxe, les autres ne recevant qu'une version allégée du programme.

Suite à une plainte, l'OFCOM a constaté le non-respect de la concession, motif pris de la violation de l'obligation de diffusion, et a prononcé l'obligation pour C. de livrer l'intégralité de son programme à tous les FST de sa zone de desserte.

Le Tribunal fédéral abonde dans ce sens, mais relève que selon l'art. 83 let. p LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications et de radio-télévision qui concernent une concession ayant fait l'objet d'un appel d'offres, ce qui est le cas en l'espèce, de sorte que le présent recours est irrecevable.

13-78

Keine rückwirkende Gebührenbefreiung

Rückwirkende Gebührenbefreiung; Radio- und Fernsehgebühren

Art. 64 Abs. 2 RTVV

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. März 2013 (A-4134/2012)

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte zum wiederholten Mal, dass eine Befreiung von den Radio- und Fernsehgebühren erst mit Einreichung eines schriftlichen Gesuchs gewährt werden kann. Eine rückwirkende Befreiung sei durch den Wortlaut des Gesetzes ausgeschlossen.

Ein Gebührenzahler verlangte die Rückerstattung der zwischen März 2007 und Februar 2012 entrichteten Radio- und Fernsehgebühren. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass er seit März 2007 Ergänzungsleistungen zur AHV/IV beziehe und deshalb ab diesem Zeitpunkt von der Gebührenpflicht befreit war. Die Billag AG und das BAKOM anerkannten zwar den

grundsätzlichen Anspruch auf Gebührenbefreiung, da aber erst im Januar 2012 ein schriftliches Gesuch eingereicht worden sei, wollten sie erst ab diesem Zeitpunkt eine Gebührenbefreiung gewähren. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid, da eine rückwirkende Befreiung von der Gebührenpflicht gesetzlich nicht vorgesehen sei (Art. 64 Abs. 2 RTVV).

13-79

Empfangsgebühren bei zwei Wohnungen

Radio- und Fernsehempfangsgebühr

Art. 68 RTVG

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Januar 2013 (A-6080/2011)

Die Entrichtung der TV-Empfangsgebühren am ersten Wohnsitz (Hauptwohnung) befreit nicht von der Verrechnung derselben für Geräte, die sich an einem zweiten Wohnsitz (Wochenaufenthaltswohnung) befinden, wenn diese Liegenschaft länger als sechs Monate im Jahr benutzt wird.

13-80

Le critère d'exonération basé sur la perception de prestations complémentaires AVS ou AI apparaît objectif

Exonération; redevances de réception radio et télévision

Art. 64 al. 1 ORTV

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 décembre 2012 (A-3863/2012)

Sur recours, le Tribunal administratif fédéral a confirmé les décisions successives de Billag et de l'OFCOM rejetant la demande d'exonération de la redevance TV de B., au motif que celui-ci ne percevait pas de prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI.

B. estime que ses moyens financiers très modestes remplissent les conditions permettant de le faire bénéficier d'une exonération. Il y voit une lacune de l'art. 64 al. 1 ORTV qu'il appartiendrait au Tribunal de combler.

La position du Tribunal administratif fédéral est la suivante: si l'exonération devait être accordée à toute personne disposant d'un faible revenu, il faudrait prendre pour critère la taxation fiscale, comme c'est le cas pour les subventions accordées pour le paiement des primes de l'assurance-maladie. Or, la surcharge de travail administratif engendrée par cette façon de procéder, si elle est justifiée s'agissant du paiement des primes d'assurance-maladie, qui sont élevées, apparaît to-

talement disproportionnée vu le montant relativement bas de la redevance de radio et de télévision en jeu. Le fait de choisir un système d'exonération fondé sur la perception de prestations complémentaires AVS ou AI repose donc sur des motifs objectifs et, partant, admissibles.

13-81

UVEK erteilt Radiokonzession erneut an Radio Grischa

Meinungs- und Angebotsvielfalt; Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; Radiokonzession

Art. 4 Abs. 2 KG; Art. 38, 44 Abs. 1 lit. g, 74 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 RTVG

Entscheid des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation vom 6. März 2013

Das UVEK hat die Konzession für ein Lokalradio in der Südostschweiz erneut an die Südostschweiz Radio/TV AG und ihr Programm Radio Grischa vergeben. Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das von einem Mitbewerber erstritten wurde, verpflichtete das UVEK, zu prüfen, ob die Südostschweiz Radio/TV AG über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese gegebenenfalls missbraucht. Nach eingehender Prüfung kam das UVEK zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei, und bestätigte seinen Entscheid vom Oktober 2008.

Mit Verfügung vom 31. Oktober 2008 hatte das UVEK der Südostschweiz Radio/TV AG eine Konzession mit Leistungsauftrag und Gebührenanteil im Sinne von Art. 38 RTVG für den Betrieb eines Lokalradios in der Südostschweiz (UKW-Versorgungsgebiet Nr. 32) erteilt. Die Mitbewerberin Radio Südost AG (in Gründung) hat daraufhin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Urteil vom 3. Dezember 2009 (A-7799/2008) zwar den Entscheid des UVEK, dass die Bewerbung der Südostschweiz Radio/TV AG besser sei als diejenige der Radio Südost AG. Trotzdem hob es den Entscheid der UVEK teilweise auf und verlangte vom UVEK eine vertiefte Abklärung, ob durch eine Konzessionserteilung an die Südostschweiz Radio/TV AG die Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g RTVG verletzt würde. Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt liegt gemäss Art. 74 Abs. 1 Bst. b RTVG vor, wenn ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung ihre beherrschende Stellung in einem oder mehreren relevanten Märkten missbraucht. Das UVEK musste also konkret abklären, ob die Südostschweiz Radio/TV AG, zu der das von ihr angebotene Radio Grischa gehört, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und, wenn ja, ob sie diese missbraucht.

Das UVEK prüfte in einem ersten Schritt das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Nach Art. 74 Abs. 2 RTVG konsultierte es zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG die WEKO. Die WEKO kam in ihrem Gutachten, das sich auf acht relevante Märkte in der

Südostschweiz stützt (TV, Radio, Print, Online und entsprechende Werbemärkte), zum Ergebnis, dass die Südostschweiz Mediengruppe im Markt für Leserinnen und Leser, im Printwerbemarkt sowie im Radiowerbemarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Das UVEK sah keinen Grund, am Ergebnis des Gutachtens der WEKO zu zweifeln, und folgte deshalb der Beurteilung dieses Gutachtens.

In einem zweiten Schritt hatte das UVEK zu untersuchen, ob die Südostschweiz Medien AG ihre marktbeherrschende Stellung in den genannten Märkten missbraucht. Zu diesem Zweck prüfte es zahlreiche Hinweise. Es konnte aber – mit Ausnahme eines Falles – keine Indizien für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung der Südostschweiz Medien im Markt für Leser und Leserinnen, im Markt für Printwerbung und im Radiowerbemarkt feststellen. Beim festgestellten Missbrauchssachverhalt handelt es sich nach Ansicht des UVEK um einen Einzelfall. Für einen systematischen und zukunftsgerichteten Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Südostschweiz Medien fand es in den umfangreichen eingereichten Unterlagen keine Anhaltspunkte. Das UVEK kam deshalb zum Ergebnis, dass die Südostschweiz Radio/TV AG die Konzessionsvoraussetzung von Art. 44 Abs. 1 lit. g RTVG erfüllt. Es erteilte deshalb die UKW-Radiokonzession für das Versorgungsgebiet Südostschweiz der Südostschweiz Radio/TV AG und wies das Gesuch der Radio Südost AG ab.

13-82

Falsche Bezeichnung als Hauptstadt nur Fehler in einem Nebenpunkt

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 22. Februar 2013 (b.661)

Die UBI wies eine Beschwerde gegen eine Kurznachricht ab, in der fälschlicherweise Tel Aviv als Hauptstadt von Israel bezeichnet wurde. Sie erkannte darin keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots, da dieser Fehler nur einen Nebenpunkt betraf.

DRS 1 berichtete in den «Nachrichten» in vier Sätzen über eine Gedenkveranstaltung zur Ermordung von Jizchak Rabin. Dabei wurde der Veranstaltungsort Tel Aviv als Hauptstadt von Israel bezeichnet. In dieser falschen Bezeichnung wollte ein Zuhörer eine bewusste Parteinahme gegen den Staat Israel und seine Rechtsposition betreffend Jerusalem erkennen und gelangte mittels Beschwerde an die UBI.

Die UBI ging mit dem Beschwerdeführer einig, dass die beanstandete Nachrichtenmeldung einen Fehler aufweise, indem Tel Aviv und nicht Jerusalem als Hauptstadt Israels bezeichnet wurde. Im Rahmen des behandelten Ereignisses – eine Veranstaltung im Gedenken an Jizchak Rabin – stelle dieser Fehler jedoch ein Nebenpunkt dar. Denn der umstrittene Status von Jerusalem bilde in keiner Weise Thema der beanstan-

deten Nachrichtenmeldung. Die wesentlichen Fakten zur Gedenkveranstaltung seien korrekt wiedergegeben worden, weshalb die Meinungsbildung der Zuhörer durch den Fehler nicht beeinträchtigt worden sei. Deshalb verneinte die UBI eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG und wies die Beschwerde ab.

13-83

Le délai de 20 jours pour déposer une plainte auprès du médiateur est péremptoire

Droit de réponse; plainte

Art. 28 g CC; art. 92 LRTV

Décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) du 7 décembre 2012 (b.659)

L'AIEP a déclaré irrecevable pour tardiveté une plainte déposée par T., qui s'est d'abord adressée à la RTS en demandant la rectification de points d'un reportage, et au médiateur seulement après le refus de la RTS, le délai de 20 jours étant échu dans l'intervalle.

Par courrier du 1^{er} juin 2012, T. a demandé à la RTS de clarifier certains points évoqués dans un reportage diffusé le 13 mai 2012, donnant une image négative de la raffinerie de Collombay, et de procéder à une rectification à l'occasion de la prochaine émission de «Mise au point». Suite au refus de la RTS d'y donner suite, T. a adressé une réclamation auprès du médiateur de la RTS en date du 15 juin 2012.

D'après l'art. 92 al. 1 LRTV, toute personne peut déposer une réclamation auprès de l'organe de médiation compétent dans un délai de 20 jours, impératif et péremptoire, à compter de la diffusion de l'émission rédactionnelle contestée.

Si le plaignant écrit d'abord au diffuseur dans le délai de 20 jours, les autorités de surveillance se réserveront le droit d'examiner si la lettre aurait dû être reçue à titre de réclamation et transmise à l'organe de médiation. Si tel est le cas, l'AIEP devra entrer en matière, même si la réclamation est parvenue au médiateur après le délai de 20 jours.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et de l'AIEP, s'il ne ressort pas clairement de la demande de l'utilisateur ou des circonstances de celle-ci que son auteur entend simplement obtenir des explications au sujet d'une émission, cette requête doit être interprétée comme une contestation et le diffuseur doit immédiatement informer l'utilisateur de la possibilité d'engager une procédure de réclamation.

L'échéance pour le dépôt d'une réclamation écrite auprès du médiateur expirait le 4 juin 2012. En faisant preuve d'un minimum de diligence, l'avocat de T. ne pouvait ignorer la procédure pour contester le contenu d'une émission rédactionnelle dans les délais légaux. De plus, afin de respecter le délai de 20 jours, il lui appartenait de déposer parallèlement à sa requête du 1^{er} juin 2012, une réclamation au sens de l'art. 92 LRTV et anticiper ainsi une réponse négative de la RTS.

Il n'est pas contraire au principe de la bonne foi que la RTS ait considéré cette requête comme une demande de droit de réponse (art. 28 g ss CC), par définition adressée au diffuseur, la plaignante lui ayant demandé de clarifier certains points du reportage et de procéder à une rectification. La RTS n'avait aucune raison de penser que T. souhaitait en réalité agir par la voie de la surveillance du contenu des émissions rédactionnelles au sens de la LRTV.

13-84

Berichterstattung über Asbest-Strafverfahren versties nicht gegen Sachgerechtigkeitsgebot

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 19. Oktober 2012 (b.655)

Mit Beschwerde vom 14. Mai 2012 gegen die SSR SRG hatte S., dessen Familie über lange Zeit Inhaberin der Eternit SpA war, geltend gemacht, dass die von der Sendung «Falò» am 8. September 2011 ausgestrahlte Reportage über die Gefährlichkeit des Asbests und die diesbezüglich hängigen Strafverfahren Art. 4 Abs. 2 RTVG verletzt hätte: Das Publikum sei während der Reportage nicht korrekt informiert worden und habe sich keine eigene Meinung bilden können. Die Beschwerde wurde von der UBI am 19. Oktober 2012 als unbegründet abgewiesen.

In den Erwägungen hielt die UBI zunächst fest, dass das Publikum sowohl zu Beginn als auch am Ende der Reportage darüber informiert worden sei, dass der Prozess von Turin noch hängig sei, und ging in der Folge auf die einzelnen Rügen ein. Dabei erklärte sie zuerst, dass die hohe Zahl der an Asbest Erkrankten bzw. Gestorbenen eine Tatsache sei. Zudem gehe aus einem für das Gericht in Turin erstellten Gutachten hervor, dass das italienische Eternit-Unternehmen sehr lange in den Händen der Familie des Beschwerdeführers gewesen sei. Die diesbezüglichen Darstellungen haben daher keine Falschinformation enthalten. Des Weiteren hätten die Erklärungen seines Bruders und von dessen Anwalt dazu beigetragen, dass das Publikum über die vom Unternehmen zum Schutz der Arbeitnehmer getroffenen Massnahmen informiert worden sei. Und obwohl der Turin-Prozess die Ansicht der Opfer wiedergebe, habe der Beschwerdeführer mehrmals die Möglichkeit gehabt, dazu Stellung zu nehmen. Davon habe er keinen Gebrauch machen wollen. Vielmehr sei das tatsächlich zweijährige Interview seines Rechtsanwalts so eingesetzt worden, dass es die Ansicht des Beschwerdeführers in Bezug auf den Turin-Prozess dargestellt habe. Zudem hätten das Interview mit seinem Bruder, die Erklärungen zu seinem Werdegang, seinen aktuellen Aktivitäten, seiner Menschenfreundlichkeit und seinem Engagement für eine nachhaltige Entwicklung ein vollständiges Bild von seiner Person abgegeben und zu einer Verbesserung des von ihm gewonnenen Eindrucks beigetragen. Zwar sei im Übrigen der

Tatsache zuzustimmen, dass die SSR mit der nonverbalen Kommunikation hätte vorsichtiger sein können, indem sie z. B. keine Bilder des Beschwerdeführers ausgestrahlt hätte, welche in keiner Verbindung mit dem Prozess standen, doch sei dadurch die Verantwortung des Beschwerdeführers nicht unterstrichen worden. Das Publikum sei von Anfang an darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Ansicht der Opfer im Zentrum der Reportage stand und dass das Turin-Gericht über die Verantwortung des Beschwerdeführers bzw. seines Unternehmens noch hätte befinden müssen; durch die gelieferten Informationen sei somit auch der Unschuldsvermutung des Betroffenen Rechnung getragen worden. Die UBI kam folglich zum Schluss, dass die Sendung lediglich die dramatische Lage der Opfer beschrieben und nicht nur die Prinzipien der Sachlichkeit, Wahrhaftigkeit, Transparenz und der journalistischen Sorgfalt eingehalten, sondern auch dem Publikum eine eigene Meinungsbildung ermöglicht hatte.

13-85

Beschwerde gegen «Arena» über Grundeinkommen teilweise gutgeheissen

Sachgerechtigkeitsgebot

Art. 4 Abs. 2 RTVG

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 19. Oktober 2012 (b.656)

Die UBI hiess eine Beschwerde gegen die Sendung «Arena» über die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» teilweise gut. Sie kam in ihren Erwägungen zum Ergebnis, dass in der Diskussion ein zentraler Aspekt der Volksinitiative, nämlich die unbezahlte Arbeit, welche besonders in diesem Bereich viel stärker engagierten Frauen betreffe, zu kurz gekommen sei. Deshalb habe sich das Publikum zum behandelten Thema keine eigene Meinung bilden können.

Die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» war am 27. April 2012 unter dem Titel «Geld für alle: Vision oder Spinnerei?» Thema der Sendung «Arena» im Schweizer Fernsehen. Gegen diese Sendung erhob B Beschwerde bei der UBI und machte geltend, das Thema sei nicht sachgerecht vermittelt worden. Konkret rügte sie insbesondere die in der Diskussion fast gänzlich fehlende Vertretung von Frauen und damit die fehlende Darstellung der Sicht der Frauen.

Die UBI untersuchte die Beschwerde unter dem Aspekt des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG. Zu Beginn seiner Erwägungen führte sie aus, dass Frauen in der Diskussion klar in der Minderheit gewesen seien. Der «Arena-Ring» mit den zentralen vier Diskussionsteilnehmern sei ausschliesslich mit Männern besetzt gewesen, und in der zweiten Reihe hätten sich lediglich zwei Frauen neben sieben Männern befunden. Allerdings war die UBI der Ansicht, dass eine derart zusammengestellte Diskussionsrunde nicht zwangsläufig zur Folge habe, dass ein Thema unvollständig dargestellt wird und sich das Publikum dazu keine eigene Meinung bilden kann.

Vielmehr sei programmrechtlich relevant, ob es die Veranstalterin unterlassen habe, das Sendethema unter einem für die Meinungsbildung des Publikums wesentlichen Aspekt zu beleuchten. In der beanstandeten Sendung sei viel über Arbeit gesprochen worden, die Debatte habe jedoch regelmässig die Erwerbstätigkeit betroffen. Hingegen seien mögliche Auswirkungen der Initiative auf die vielen Personen, die primär in privaten Haushalten, Familien, zugunsten pflegebedürftiger und behinderter Menschen sowie in zahlreichen Selbsthilfeorganisationen, sozialen und kirchlichen Institutionen viel wertvolle Arbeit leisten, nicht diskutiert worden. Angesichts der Bedeutung von unbezahlter Arbeit, namentlich in den privaten Haushalten und der Familie, war die UBI der Ansicht, dass es sich dabei nicht um einen Nebenpunkt handelt. Vielmehr sei dies ein zentraler Aspekt der Initiative, welcher die ganze Bevölkerung und ganz besonders die in diesem Bereich viel stärker engagierten Frauen betreffe. Dessen weitgehende Auslassung, so die UBI weiter, habe die Meinungsbildung des Publikums über die Initiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» erheblich beeinträchtigt. Die fehlende Transparenz diesbezüglich habe sich vor allem auch angesichts des fehlenden Vorwissens des Publikums negativ auf die Meinungsbildung ausgewirkt. Die UBI betonte zum Abschluss nochmals, dass die fehlende Teilnahme einer Fachfrau zum Sendethema nicht zwingend Ursache für die einseitige, tendenziell auf männliche Sichtweisen und Haltungen fokussierende Debatte gewesen sei. Im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit hätte die Veranstalterin nach Meinung der UBI andere Möglichkeiten gehabt, um das Thema aus einer eher weiblichen Sicht bzw. um eine auf spezifisch weibliche Themen fokussierte Sicht darzustellen. Aus den genannten Gründen kam die UBI zum Schluss, dass das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 2 RTVG durch die beanstandete Sendung verletzt wurde. Sie hiess die Beschwerde deshalb gut, soweit sie darauf eintrat.

3. Strafrecht – Droit pénal

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

13-86

L'obligation de garder le secret peut être déduite par voie d'interprétation

Distinction entre secret absolu et secret sur injonction; intérêt public à la publication; publication de débats officiels secrets

Art. 293 CP; art. 73 CPP

Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 6 mars 2013
(1B_480/2012)

Dans le cadre de la publication, par un quotidien, d'éléments d'une affaire judiciaire en cours, le Tribunal fédéral a considéré que, même si la source (non identifiée) de l'informa-

tion faisait partie du cercle de personnes visées par l'art. 73 al. 2 CPP – et donc a priori non soumises au secret, en l'absence d'obligation édictée par la direction de la procédure –, l'obligation pour la presse de garder le secret pouvait néanmoins être déduite par voie d'interprétation. Ceci sous réserve toutefois d'un intérêt public prépondérant à la publication, admis en l'espèce.

«Le Matin» a publié un article ayant pour objet l'enquête en cours au sujet d'un détenu mort dans sa cellule après avoir bouté le feu à son matelas. Cet article comprenait une retranscription anonymisée des bandes sonores des conversations tenues entre les membres de diverses autorités.

Le Ministère public central du canton de Vaud (MP) a classé la procédure qu'il avait ouverte contre A. pour publication de débats officiels secrets au sens de l'art. 293 CP; considérant qu'il s'était rendu coupable de cette infraction, il l'a néanmoins exempté de toute peine. Le Tribunal cantonal a réformé cette ordonnance, considérant que l'art. 73 du Code de procédure pénale suisse (CPP) n'imposait pas une obligation de garder le secret de l'enquête à un tiers tel qu'un journaliste.

Agissant par la voie du recours en matière pénale, le MP a demandé au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt.

L'art. 73 CPP prévoit désormais une distinction entre les personnes soumises au secret de manière absolue (les membres des autorités pénales, leurs collaborateurs, les experts mandatés, ainsi que, sur ordre de la direction de la procédure, la partie plaignante et les autres participants à la procédure, art. 73 al. 1 CPP) et celles qui ne doivent s'y soumettre que sur injonction de la direction de la procédure (art. 73 al. 2 CPP).

Cela étant, même si la source de l'intimé (non identifiée) fait partie du cercle de personnes visées par l'art. 73 al. 2 CPP, l'absence d'obligation édictée par la direction de la procédure ne signifie pas nécessairement que les actes litigieux n'étaient pas couverts par le secret. L'obligation de garder le secret peut en effet être déduite par voie d'interprétation. Par ailleurs, si les médias ne sont pas visés par l'art. 73 al. 2 CPP, l'interdiction qui leur est faite de publier des éléments ressortant de procédures non publiques au sens de l'art. 69 al. 3 CPP découle de l'art. 293 CP. Dès lors, le Tribunal fédéral a annulé la décision du Tribunal cantonal sur ce point.

Le MP a retenu une infraction à l'art. 293 CP, mais a constaté un intérêt public à la publication litigieuse, qui avait en effet permis de porter à la connaissance du public les circonstances de la mort de X., laquelle faisait débat dans l'opinion. La publication n'avait pas entravé ni mis en danger l'enquête ou les valeurs protégées par le secret de l'enquête, et elle avait été réalisée dans une forme adéquate et sans porter atteinte à une personne en particulier, les conversations ayant été anonymisées.

Le Tribunal fédéral retient que l'existence d'un intérêt public prépondérant à la publication s'oppose à une restriction de la liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH, contrairement à l'opinion du MP.

Le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt attaqué. Il a ajouté que l'ordonnance de classement du MP ne pouvait être confirmée pour autant, les conditions d'application de l'art. 293 CP n'étant pas clairement établies.

Remarques Dans ce jugement, le Tribunal fédéral est resté fidèle dans l'application de sa jurisprudence relative à l'art. 293 CP. Il a maintenu la conception formelle du secret, à savoir qu'il suffit que les actes, débats ou instructions concernés aient été déclarés secret par la loi ou une décision de l'autorité. Dans le cas d'espèce, les déclarations en question étaient considérées comme secrètes en vertu de l'art. 47 de la Loi sur le parlement. La publicité de peu d'importance ou le secret de Polichinelle (art. 293 al. 3 CP) n'a pas été analysée, celle-ci n'ayant pas été invoquée par le recourant. Il est intéressant de relever que malgré sa conception formaliste de l'art. 293 CP, le Tribunal fédéral a tout de même procédé à une pesée des intérêts pour déterminer si la condamnation était justifiée, alors que cette analyse n'était pas nécessaire. Nous constatons ici l'influence de l'arrêt Stoll (Arrêt de la CEDH Stoll c/Suisse du 10 décembre 2007) qui critique l'interprétation formaliste du Tribunal fédéral qui n'est pas conforme à l'art. 10 CEDH.

Il est à notre avis indispensable que le juge prenne en compte le contenu de l'information confidentielle et qu'il procède à une pesée des intérêts en présence pour déterminer si une restriction à la liberté d'expression est admissible. Pour rendre sa jurisprudence compatible avec la CEDH, le Tribunal fédéral flirte avec cette interprétation matérielle, sans toutefois franchir le cap pour déclencher un revirement de jurisprudence, ce qui est regrettable.

Les condamnations rendues pour publications de débats officiels secrets font systématiquement l'objet de critiques virulentes. Une initiative parlementaire est actuellement à l'étude demandant la suppression de cet article. Selon l'avis du Conseil fédéral du 7.5.2008 faisant suite à la motion du parlementaire Josef Lang, l'abrogation pure et simple de cet article ne serait pas la solution appropriée. Elle serait génératrice de lacunes dans la protection contre la divulgation des secrets. Le gouvernement privilégie donc la révision. Tout le monde semble être d'accord que le texte actuel de l'art. 293 CP ne convient plus, mais aucune évolution n'est intervenue depuis l'introduction de l'alinéa 3 en 1997. Cette fois-ci, le Tribunal fédéral a préféré jouer la carte de la sécurité juridique sans apporter la révolution tant attendue des fervents défenseurs de la liberté de la presse.

Alex Naray, avocat, assistant de recherche et d'enseignement à l'Université de Genève

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

13-87

Formeller Geheimnisbegriff bei Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

Formeller Geheimnisbegriff; materieller Geheimnisbegriff; Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen

Art. 190 BV; Art. 47 Abs. 1 ParlG; Art. 293 Abs. 1 StGB

Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2013 (6B_186/2012)

Das Bundesgericht hielt an seiner bisherigen Praxis fest, dem Tatbestand der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 Abs. 1 StGB) einen formellen Geheimnisbegriff zugrunde zu legen. Im konkreten Fall ging es um Aussagen an einer Subkommissionssitzung, die ein Journalist in einem Zeitungsartikel veröffentlicht hatte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die vorliegende Veröffentlichung sowohl bei der Annahme eines formellen als auch eines materiellen Geheimnisbegriffs gegen Art. 293 Abs. 1 StGB verstossen hätte.

Ein Journalist verfasste einen Zeitungsartikel, in dem er Äusserungen der Vorsteherin des EJPD und von zwei Mitgliedern des Nationalrats an der Sitzung der Subkommission EJPD/BK der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 17. Februar 2009 wörtlich zitierte. Gemäss dem Zeitungsbericht ging es an der Sitzung unter anderem um den Ressourceneinsatz bei den Strafbehörden des Bundes, bezüglich der Bundesanwaltschaft im Besonderen um die Einführung einer Leistungs- und Zeiterfassung. Die Vorsteherin des EJPD habe an dieser Sitzung sinngemäss zum Ausdruck gebracht, dass zwischen ihr und dem Bundesanwalt unterschiedliche Auffassungen betreffend Kompetenzen und Kontrollen bestehen und die Situation für sie nicht immer ganz einfach sei. Der Journalist wurde vom Einzelgericht des Bezirks Zürich der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen gemäss Art. 293 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Busse bestraft. Das Obergericht Zürich bestätigte die Busse, weshalb der Journalist ans Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht erläuterte in seinen Erwägungen, dass in der Lehre umstritten sei, ob dem Tatbestand von Art. 293 StGB ein formeller oder ein materieller Geheimnisbegriff zugrunde liege. Es sprach sich in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Praxis dafür aus, den formellen Geheimnisbegriff für Art. 293 StGB beizubehalten. Denn mit Art. 293 StGB werde ein Ungehorsam unter Strafe gestellt, nämlich die Missachtung der Geheimhaltungserklärung, welche durch behördlichen Beschluss oder Gesetz erfolgen könne. Zweck der Bestimmung sei es, den Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung innerhalb der staatlichen Organe vor Störungen zu schützen. Dabei liege das Tatunrecht in der Missachtung der Geheimhaltungserklärung. Zum konkreten Fall führte das Bundesgericht aus, dass Art. 47 Abs. 1 ParlG die Beratungen

von Kommissionen für vertraulich erkläre. Diese bundesgesetzliche Regelung sei für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend, wie sich aus Art. 190 BV ergibt. Deshalb sei es dem Bundesgericht verwehrt, die sich aus Art. 47 Abs. 1 ParlG ergebende Geheimhaltungserklärung in einem Strafverfahren wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen auf ihre Vertretbarkeit hin zu prüfen. Somit kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der beschwerdeführende Journalist den Tatbestand von Art. 293 Abs. 1 StGB erfüllt hatte, indem er eine durch ein Bundesgesetz (Art. 47 Abs. 1 ParlG) für geheim erklärte Verhandlung an die Öffentlichkeit gebracht hatte, ohne dazu berechtigt zu sein.

Das Bundesgericht führte weiter aus, dass der beschwerdeführende Journalist den Tatbestand von Art. 293 Abs. 1 StGB im Übrigen auch dann erfüllen würde, wenn man dieser Strafnorm einen materiellen Geheimnisbegriff zugrunde legen wollte. Der Gesetzgeber messe der Vertraulichkeit der Stellungnahmen an den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen erhebliches Gewicht zu, was man daran erkenne, dass die Vertraulichkeit in einem Bundesgesetz im formellen Sinne (Art. 47 ParlG) stipuliert werde. Nach der Abwägung des staatlichen Geheimhaltungsinteresses und des öffentlichen Informationsinteresses kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass «(...) das Geheimhaltungsinteresse deutlich überwog, da die inkriminierte Veröffentlichung einerseits nichts wesentlich Neues zur öffentlichen Debatte beitragen konnte und sie andererseits geeignet war, das konfliktbeladene Verhältnis zwischen der Vorsteherin des EJPD und dem Bundesanwalt zusätzlich zu belasten und damit eine Lösung zu erschweren». Deshalb bestand nach Ansicht des Bundesgerichts ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der veröffentlichten Äusserungen, welche unstreitig nicht allgemein bekannt waren und nach dem Willen des Geheimnisträgers geheim bleiben sollten. Folglich verstosse ein Schuldspruch wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 Abs. 1 StGB) auch bei Zugrundelegung eines materiellen Geheimnisbegriffs und der damit erforderlichen Interessenabwägung nicht gegen Bundesrecht.

4. Privatrecht – Droit privé

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

13-88

Keine Persönlichkeitsverletzung durch Äusserungen in Leserbrief

Gemischtes Werturteil; Persönlichkeitsverletzung

Art. 28 ZGB

Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012
(5A_489/2012)

Zwei Äusserungen in einem Leserbrief wurden vom Bundesgericht nicht als persönlichkeitsverletzend nach Art. 28 ZGB beurteilt. Bei den Aussagen handle es sich um gemischte Werturteile. Der Tatsachenkern treffe jeweils zu, und die vorgenommenen Wertungen seien im Rahmen des Zumutbaren, zu diesem Schluss kam das Bundesgericht.

Z. schrieb in einem Leserbrief, der in zwei Zeitungen veröffentlicht wurde, unter anderem folgenden Aussagen über X., Präsident des Tierschutzverbands R.: «Der kantonale Tierschutzverband bzw. dessen Präsident X. hat sich auf die Fahne geschrieben, die Jagd mit allen Mitteln zu bekämpfen»; «X. verbeisst sich wie ein Terrier ins Thema Jagd und stellt dabei wichtige Aufgaben in den Hintergrund»; «ein Hardliner wie Herr X.»; «missfällt der Privatkrieg des Herrn X.». Gegen diese Aussagen im beanstandeten Leserbrief reichte X. beim Bezirksgericht Weinfelden Klage wegen Verletzungen seiner Persönlichkeit ein. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, weshalb X. den Entscheid ans Obergericht des Kantons Thurgau weiterzog, das die Klage ebenfalls abwies. Deshalb gelangte X. mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragte, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben.

X. machte geltend, die Äusserung, er «bekämpfe die Jagd mit allen Mitteln», sei unwahr und damit persönlichkeitsverletzend. Das Bundesgericht führte aus, dass es sich bei der beanstandeten Äusserung um ein gemischtes Werturteil handle. Der Sachbehauptungskern, wonach sich X. gegen die Jagd einsetze, treffe angesichts seiner zahlreichen politischen Vorstösse und seiner Kritik gegenüber den Jägern zu. Die Bewertung, er bekämpfe die Jagd mit allen Mitteln und habe sich dies auf die Fahne geschrieben, möge zwar pointiert erscheinen, sei aber gerade auch im Gesamtzusammenhang des Leserbriefs vertretbar. Es werde damit für den Durchschnittsleser einzig zum Ausdruck gebracht, X. verfolge sein Ziel energisch und hauptsächlich in diese eine Richtung. Weiter brachte X. vor, bei der Aussage «er verbeisse sich wie ein Terrier in das Thema Jagd und stelle dabei wichtige Aufgaben in den Hintergrund» handle es sich um eine unwahre Tatsachenbehauptung. Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass es sich auch hierbei um ein gemischtes Werturteil handle, dessen Tatsachenkern wiederum

die prioritäre und hauptsächliche Bekämpfung der Jagd durch den Verband R. und X. betreffe. Z. tue mit seiner Äusserung kund, dass seines Erachtens der Verband R. und dessen Präsident andere wichtige Aufgaben des Tierschutzes sekundär behandelten. Eine solche Kritik muss sich eine Tierschutzorganisation, die häufig in der Öffentlichkeit auftritt und auch auf politischer Ebene aktiv ist, nach Meinung des Bundesgerichts gefallen lassen. Dasselbe gelte für ihren Präsidenten. Wer wie X. als Präsident einer Tierschutzorganisation mit einer gewissen Regelmässigkeit öffentlich in Erscheinung tritt, müsse in Kauf nehmen, dass über diese Tätigkeit und die dahinterstehenden Personen berichtet werde. Hinzu komme, dass die Diskussion um den Tierschutz und dessen Verhältnis zur Jagd von öffentlichem Interesse sei und auch breit und kontrovers geführt werde. Deshalb kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass das Obergericht korrekterweise keine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB angenommen hatte, und wies die Beschwerde in diesem Punkt ab. Was die von X. beanstandeten Aussagen betraf, er sei ein «Hardliner» und «führe einen Privatkrieg», trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein, da diese nicht ausreichend begründet worden sei, weil sie sich nicht mit der Begründung des Obergerichts auseinandersetze.

6. Wettbewerbsrecht – Droit de la concurrence

6.1 Kartellrecht – Droit des cartels

13-89

Publigruppe SA hat marktbeherrschende Stellung missbraucht

Marktbeherrschende Stellung; Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; relevanter Markt

Art. 4 Abs. 2, 7 Abs. 1, 2 lit. b, 49a Abs. 1 KG; Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU

Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012
(2C_484/2010)

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der WEKO und des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Publigruppe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften eine marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt innehatte. Diese Stellung habe sie missbraucht, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert sowie auch die Marktgegenseite benachteiligt habe. Aus diesem Grund bestätigte das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 KG und hiess auch die Belastung der Publigruppe SA mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. gut.

Die Publigruppe SA bezweckt, direkt oder durch Beteiligung an anderen Gesellschaften, die Entwicklung und Vermarktung von Werbung, Inseraten und Reklamen aller Art, die Herausgabe von Zeitungen und Publikationen sowie die Aus-

übung aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit Werbung. Neben anderen Geschäftssegmenten führt die Publigruppe SA auch «Media Sales», worin alle Medienvermarktungsaktivitäten der Gruppe vereint sind. Dazu zählen auch die Printmedienaktivitäten, die im Bereich Publipresse zusammengefasst sind. Dem Bereich Publipresse gehören vier Tochtergesellschaften an, die Publicitas SA, die Publicitas Publimag AG, die Publicitas Publimedia AG sowie die Publicitas Mosse AG. Diese vier Tochtergesellschaften sind wieder im Verein Schweizerischer Werbegesellschaften VSW zusammengeschlossen.

Das WEKO-Sekretariat eröffnete am 6. November 2002, insbesondere wegen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien, eine Untersuchung gemäss Kartellgesetz. Das WEKO-Sekretariat und die Publigruppe SA einigten sich in der Folge auf eine einvernehmliche Regelung, weshalb die WEKO am 5. März 2007 eine Verfügung erliess. Darin hielt die WEKO fest, dass die Publigruppe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publicitas Publimag AG, Publicitas Publimedia AG sowie Publicitas Mosse AG sowie des VSW im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die WEKO hielt in der Verfügung zudem fest, dass die Publigruppe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften und des VSW ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchte, indem sie sich weigerte, Berufs-Inseratevermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behinderte sowie gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte. Die Publigruppe SA wurde aufgrund dieses Verhaltens, gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG, mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. belastet. Gegen diese Verfügung der WEKO erhoben die Publigruppe SA, ihre Tochtergesellschaften und der VSW Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Diese Beschwerde wurde abgewiesen, weshalb die Publigruppe SA, ihre Tochtergesellschaften und der VSW ans Bundesgericht gelangten und beantragten, die Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 sei aufzuheben.

Das Bundesgericht hatte in seinem Entscheid unter anderem zu überprüfen, ob das Bundesverwaltungsgericht korrekterweise zum Ergebnis gekommen war, dass die Publigruppe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften und des VSW eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Als marktbeherrschend gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Um dies prüfen zu können, musste das Bundesgericht zuerst den relevanten Markt definieren. Dass der räumliche Markt die ganze Schweiz umfasst, war unumstritten. In zeitlicher Hinsicht war die Zeitperiode vom 1. April 2004 bis zum 30. November 2005 massgebend. Der sachliche Markt schliesslich umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht hatten den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in den Printmedien als sachlich relevanten Markt bestimmt. Die Publigruppe SA und ihre Tochtergesellschaften waren hingegen der Ansicht, dass der sachlich relevante Markt nicht nur die Printmedien umfasse, sondern auch die anderen

Werbeträger, insbesondere die Plakatwerbung (Aussenwerbung), die Direktwerbung und die elektronischen Medien. Das Bundesgericht führte zu dieser Frage Folgendes aus: «Es ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen, dass neue Technologien auch das Werbeverhalten beeinflussen werden. Bei alledem darf indes nicht übersehen werden, dass die Eigenschaften und Gestaltoptionen der Werbeträger sowie die anzusprechende Zielgruppe die massgebenden Kriterien für die Feststellung des sachlich relevanten Marktes sind, ist doch auf die Sicht der Marktgegenseite abzustellen. So wird deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass Radio-, Fernseh- und Pressewerbung unterschiedliche Märkte darstellen. Die Werbung in den unterschiedlichen Medientypen unterscheidet sich wesentlich aufgrund der Gestaltungsoptionen und des Adressatenkreises; jedes Medium weist hinsichtlich der Werbemöglichkeiten zudem unterschiedliche Eigenschaften und Vorteile auf.» Deshalb stützte das Bundesgericht den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, als sachlich relevanten Markt den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien zu bestimmen.

Nachdem der sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt bestimmt worden war, galt es zu eruieren, ob die Publigroupe SA und ihre Tochtergesellschaften marktbeherrschend waren. Entgegen deren Vorbringungen stellte das Bundesgericht klar, dass Art. 4 Abs. 2 KG festhalte: Der Markt, auf welchem Unternehmen «herrschen», ist derjenige Markt, wo diese sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Angesichts dieses Befundes ging das Bundesgericht von einem Marktanteil von 63% aus. Im Gegensatz zur Praxis der EU folgere die schweizerische Lehre und Praxis aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung. Allerdings bilde ein Marktanteil von über 50% ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Insofern spreche bei einem Marktanteil von 63% viel dafür, dass die Publigroupe SA mit ihren Tochtergesellschaften eine marktbeherrschende Stellung innehave. Diese «Vermutung» werde durch die Erhebungen und Abklärungen der WEKO, welche vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurden, bekräftigt. Daran möchten auch die Vorbringungen der Publigroupe SA und ihrer Tochtergesellschaften nichts zu ändern. Somit kam das Bundesgericht zum Schluss, das Bundesverwaltungsgericht habe zu Recht eine marktbeherrschende Stellung der Publigroupe SA im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien erkannt.

Das Bundesgericht kam weiter zum Ergebnis, dass die Publigroupe SA, ihre Tochtergesellschaften und der VSW – als marktbeherrschende Unternehmen – sich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 lit. b KG unzulässig verhalten haben, indem sie durch einzelne Ziffern der VSW-Kommissionierungsrichtlinien andere Unternehmen sowohl in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert als auch die Marktgegenseite benachteiligt haben. Es bestätigte deshalb den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts und wies die dagegen erhobene Beschwerde ab.

8. Ethik/Selbstregulierung – Ethique/autorégulation

8.1 Ethik des Journalismus – Ethique du journalisme

13-90

Une déclaration dépréciative à l'égard d'un groupe ou d'un individu doit atteindre une intensité certaine pour être considérée comme avilissante ou discriminatoire

Discrimination

Chiffre 8 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 15 mars 2013 (11/2013; LICRA c. «Le Temps»/«RTS Info»/«Tribune de Genève»)

Les articles litigieux indiquent ainsi l'origine de suspects: «deux hommes appartenant à une même famille d'origine marocaine» et «les deux frères, citoyens suisses d'origine marocaine, bien implantés dans la communauté israélite de Genève». Pour le Conseil de la presse, ni la mention de l'origine marocaine, ni celle de la communauté israélite ne font référence à des valeurs négatives en les généralisant. De même, il ne saurait être question de déclarations dépréciatives à l'égard de ces groupes.

13-91

Un sondage doit notamment indiquer sa représentativité et sa marge d'erreur

Exigences minimales; sondages

Directive 3.7 relative à la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 15 mars 2013 (12/2013; X. c. «Téléjournal»)

La directive 3.7 ne s'applique qu'à des publications dans lesquelles un sondage est un des sujets principaux. En revanche, il serait disproportionné de demander aux médias de donner toutes ces indications à chaque fois qu'ils mentionnent le résultat d'un sondage. En l'occurrence, le reportage ne parlait pas du sondage, qui n'était mentionné que dans l'introduction du présentateur.

13-92

Nichteintreten: keine Diskriminierung

Diskriminierung; Nichteintreten

Richtlinie 8.2 zur «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. März 2013 (9/2013; X. c. «Tages-Anzeiger Online»)

Beanstandetes Bild und dazugehörige Legende suggerieren nicht, der Koran sei an Zwangsheiraten, Misshandlungen und Ehrenmorden schuld.

13-93

La liberté du commentaire implique une large latitude quant au ton adopté

Accusations infondées; liberté de commenter

Chiffre 7 de la «Déclaration»

Prise de position du Conseil suisse de la presse du 8 mars 2013 (10/2013; X. c. «Le Nouvelliste»)

«Le Nouvelliste» a publié un article au sujet d'un site web d'articles érotiques qui propose entre autres 95 tailles différentes d'une marque de préservatifs, soulignant qu'il en avait «fallu du temps pour imaginer une telle gamme, aussi inutile que stupide. Créer une entreprise n'autorise pas à faire tout et n'importe quoi!». Le Conseil de la presse juge que même une critique exagérée utilisant des termes blessants est compatible avec la liberté de commenter, si l'exagération est facilement reconnaissable comme telle, et que reprocher à une entreprise de n'agir que dans un but lucratif est une appréciation relevant de la liberté du commentaire.

13-94

Nichteintreten wegen Gerichtsverfahren

Nichteintreten

Art. 10 Abs. 2 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (6/2013; X. c. «Blick»)

Da Beschwerdeführer auch Einleitung von Gerichtsverfahren in Aussicht stellte, trat der Presserat auf Beschwerde nicht ein.

13-95

Nichteintreten wegen offensichtlicher Unbegründetheit

Menschenwürde; Nichteintreten

Ziffer 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (7/2013; X. c. «Blick Online»)

Nichteintreten, da im beanstandeten Artikel nicht behauptet wurde, es bestehe ein Zusammenhang zwischen Amokläufen und Autismus.

13-96

Nichteintreten: keine Verletzung der Menschenwürde

Menschenwürde; Nichteintreten

Ziffer 8 der «Erklärung»; Art. 10 Abs. 1 Geschäftsreglement

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 15. Februar 2013 (8/2013; X. c. «Blick am Abend»)

Falsche Bildlegende zu Verhaftung eines Bahrainers versties nicht gegen Menschenwürde, da das Bild den Mann nicht in erniedrigender Weise zeigte.

13-97

Veröffentlichung von Bildern von zwei Toten

Identifizierende Berichterstattung

Ziffer 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (3/2013; Associazione Ticinese dei Giornalisti c. «Il Quotidiano»/«il Caffè»)

Der Presserat hiess den Rekurs der Associazione Ticinese dei Giornalisti (ATG) gegen die Sendung «Il Quotidiano» und die Wochenzeitschrift «il Caffè» gut. Die Ausstrahlung und Publizierung der Bilder zweier Opfer eines Tötungsdelikts mit anschliessendem Suizid ohne Zustimmung ihrer Verwandten und ohne Bestehen eines öffentlichen Interesses habe Ziffer 7 der «Erklärung» verletzt.

13-98

Anmerkung zu Leserbrief versties gegen «Erklärung»

Berichtigung; Entstellung von Informationen; Unabhängigkeit

Ziffern 2, 3, 5 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (4/2013; X. c. «Quartier-Anzeiger für Witikon und Umgebung»)

In einem redaktionellen Kommentar zu einem Leserbrief wurde ein unbelegter Vorwurf geäussert und nicht berichtigt, weshalb der Presserat ein Verstoss gegen Ziffer 3 der «Erklärung» feststellte.

13-99

Wahrheits- und Anhörungspflicht nicht verletzt

Anhörung bei schweren Vorwürfen; Wahrheit

Ziffern 1, 3 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 8. Februar 2013 (5/2013; Näf c. «Weltwoche»)

Meldung in Rubrik «Personenkontrolle» versties nicht gegen die Ziffern 1 und 3 der «Erklärung», da der Inhalt plausibel erschien und keine schweren Vorwürfe geäussert wurden.

13-100

«Tages-Anzeiger» durfte vorzeitig aus PUK-Bericht BVK publizieren

Indiskretionen

Richtlinie a.1 zur «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. Januar 2013 (1/2013; Kantonsrat Kanton Zürich c. «Tages-Anzeiger»/«Weltwoche»)

Dürfen Journalisten den vertraulichen Entwurf eines Untersuchungsberichts vorzeitig veröffentlichen, wenn dieser in einigen Wochen ohnehin publik wird? Für den Presserat kommt es darauf an, ob an dessen Informationen ein grosses öffentliches Interesse besteht. Und ob zu befürchten ist, dass die vorzeitige Veröffentlichung besonders schützenswerte Interessen beeinträchtigt.

Im Spätsommer 2012 veröffentlichte der «Tages-Anzeiger» vertrauliche Informationen aus dem ihm zugespielten Berichtsentwurf der Parlamentarischen Untersuchungskommission zu den Vorfällen rund um die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK). Der Kantonsrat des Kantons Zürich erstatete Strafanzeige und beschwerte sich beim Schweizer Presserat, der «Tages-Anzeiger» – und zusätzlich die «Weltwoche» – hätten die Bestimmungen des Journalistenkodex zur Veröffentlichung vertraulicher Informationen verletzt. Den beiden Medien wäre es möglich und zumutbar gewesen, bis zur geplanten Publikation des Berichts vor den Herbstferien zuzuwarten.

Der Presserat weist die Beschwerde ab. Bei der «Weltwoche» ist nicht erstellt, dass die Zeitschrift überhaupt über das vertrauliche Dokument verfügte und über die Übernahme von Formulierungen des «Tages-Anzeigers» hinaus daraus zitierte. Beim «Tages-Anzeiger» hält es der Presserat für legitim, dass dieser angesichts des grossen öffentlichen Interesses am Thema BVK nicht mehr als einen Monat mit der Veröffentlichung zuwartete – zumutbar wären einige Tage gewesen. Zumal nicht ersichtlich sei, inwiefern die vorzeitige Publikation äusserst schützenswerte Interessen beeinträchtigt.

13-101

Relevante Funktionen von Kolumnisten nennen

Kolumnen; Unabhängigkeit

Ziffer 2 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 9. Januar 2013 (2/2013; Gesellschaft Schweiz Israel c. «Basler Zeitung»)

Genügt es bei bekannten Kolumnisten, einmalig, bei der Einführung einer Kolumne, auf die gesellschaftlichen Funktionen des Autors hinzuweisen? Der Presserat empfiehlt, die Funktion(en) jedes Mal zu nennen, auch wenn dies nicht in jedem Fall notwendig sei. Zwingend ist die Nennung der Funktion dann, wenn sie für das Verständnis des konkreten Textes relevant ist.

Die Gesellschaft Schweiz-Israel beanstandete, Nationalrat Daniel Vischer habe sich in seiner Kolumne in der «Basler Zeitung» mehrfach zum Nahostkonflikt geäussert, ohne seine Funktion als Präsident der Gesellschaft Schweiz-Palästina offenzulegen. Der Presserat kommt nun zum Schluss, die Nennung der Funktion sei zwingend, weil sie nicht allgemein bekannt und für das Verständnis des beanstandeten Textes relevant sei. Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass Redaktionen bei jedem externen Text verpflichtet wären, mit unverhältnismässigem Aufwand nach möglichen Überschneidungen zwischen dem Thema einer Kolumne und einer Funktion des Autors zu forschen. Vorliegend hatte die Gesellschaft Schweiz-Israel die «Basler Zeitung» aber im Vorfeld der Publikation der beanstandeten Kolumne mehrfach auf Vischers Funktion als Präsident der Gesellschaft Schweiz-Palästina hingewiesen.

13-102

Zufällig mitgehörte Gespräche

Lauterkeit der Recherche; Privatsphäre

Ziffern 4, 7 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (76/2012; X. c. «Der Sonntag»/«Solothurner Zeitung»)

Dürfen Zeitungen private Gespräche verwerten, die von ihren eigenen JournalistInnen oder von Dritten zufällig mitgehört werden? Nur eingeschränkt, sagt der Presserat. Medien dürfen nicht alles, was Journalisten im öffentlichen Raum mitbekommen, medial auswerten. Handelt es sich aber um öffentliche Personen und ist der Gesprächsinhalt von öffentlicher Relevanz, ist die Publikation zulässig.

Sowohl «Der Sonntag» wie die «Solothurner Zeitung» benutzten Informationen, die in einem Zugabteil aufgeschnappt wurden, um ihre Polit-Klatschspalten zu füllen. Sie haben aber keine unlauteren Methoden benutzt, denn wer in einem Zug mit anderen Passagieren zufällig Gespräche anhört, betreibt weder verdeckte Recherchen noch muss er sich als Journalist vorstellen. Zudem ging es in den Gesprächen nicht um reine Privatangelegenheiten, sondern um für die Öffentlichkeit relevante Inhalte.

13-103

Diskriminierender Rundumschlag

Diskriminierung

Ziffer 8 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (77/2012; X./IG offenes Davos/VPOD Grischun c. «Gipfel Zytig»)

Dürfen sich Journalisten in humoristischen Beiträgen pauschalisierender Vorurteile gegenüber Nationalitäten oder ethnischen Gruppen bedienen? Der Presserat beantwortet die Frage differenziert: Diskriminierend ist eine Pauschalisierung, wenn sie mit einem erheblichen Unwerturteil verknüpft wird.

Im Sommer 2012 veröffentlichte die Davoser «Gipfel Zytig» zwei «humoristische» Beiträge, die zu Beschwerden an den Presserat führten. Zunächst forderte die Redaktion die Leserschaft in einem fiktiven «Wettbewerb» auf, Fragen zu einem Bild von asiatischen Studentinnen und Studenten zu beantworten. Eine Woche später veröffentlichte die Zeitung einen «Vorschlag für eine neue Schweizer Landeshymne». Mehrere Beschwerdeführende beanstandeten, mit dem «Wettbewerb» würden «Asiaten aufgrund ihres Aussehens aufs Übelste verunglimpft», und der Vorschlag für eine neue Landeshymne

habe mit seiner «schockierenden Fremdenfeindlichkeit» ein grosses mediales Echo ausgelöst.

Der Presserat beurteilt die beiden Beiträge unterschiedlich. Die Pauschalisierung, wonach alle Asiaten gleich aussähen, wird im beanstandeten Beitrag nicht mit einer Herabwürdigung dieser Gruppe verbunden. Demgegenüber bedient die «Gipfel Zytig» im «Vorschlag für eine neue Schweizer Landeshymne» mit einer Schimpftirade gegen verschiedene Nationalitäten reihenweise generalisierende Vorurteile gegen Ausländerinnen und Ausländer.

13-104

Trennungsgebot krass verletzt

Unzulässige Koppelung von redaktionellen Berichten und Werbung

Ziffer 10 der «Erklärung»

Stellungnahme des Schweizer Presserats vom 6. Dezember 2012 (78/2012; Vock c. «Rundschau Nord»/«Rundschau Süd»)

Darf eine Gratiszeitung von Parlamentskandidaten Geld dafür verlangen, dass sie deren politisches Programm im redaktionellen Teil wiedergibt? Selbstverständlich nicht, denn damit pervertiert sie den demokratischen Auftrag der Presse.

Doch für die Gratiszeitungen «Rundschau Nord» und «Rundschau Süd», vom Verlag Effingerhof AG in Brugg für den nordöstlichen Aargau herausgegeben, scheint genau dies ein gängiges Geschäftsmodell zu sein. Dies offenbart ein Fall, mit dem sich der Schweizer Presserat jetzt befassen musste. Im Vorfeld der Aargauer Grossratswahlen vom Herbst 2012 hatte der Verlag einzelne Politiker angeschrieben und den Abdruck ihrer Kernthesen offeriert – vorausgesetzt, die Kandidaten hätten bereits Anzeigen in den betreffenden Blättern geschaltet, würden dies umgehend tun – oder 550 Franken berappen.

Dies aber widerspricht dem Gebot der strikten Trennung zwischen redaktionellem Inhalt und Anzeigen, stellte der Presserat in einer Stellungnahme fest. Das journalistische Selbstkontrollorgan gibt damit dem Beschwerdeführer recht, dem Aargauer Juso-Präsidenten Florian Vock. Er war einer der Empfänger des beanstandeten Verlagsangebots.

«Das Vorgehen des Verlags Effingerhof, die Vorstellung von Kandidierenden für die Aargauer Grossratswahlen 2012 an eine wirtschaftliche Gegenleistung zu knüpfen, ist nicht nur demokratiepolitisch höchst bedenklich, sondern verstösst auch in stossender, krasser Weise gegen das Prinzip der Trennung von redaktionellen und kommerziellen Inhalten», argumentiert der Presserat. Er fordert den Verlag Effingerhof und die beiden Redaktionen dringend auf, ihre Praxis bei künftigen Wahlen zu ändern. Und präzisiert: «Wird die Publikation eines Kandidatenporträts an die Schaltung eines Inserats geknüpft, ist dieses Porträt zwingend als «Werbung», «Inserat» etc. zu kennzeichnen.»

Aufsätze/Etudes

Brunner Andreas, Die verlorene Ehre der Medien!?, in: *forumpoenale*, 02/2013, 5. 4. 2013.

Cottier Bertil/Fanti Sébastien, Heurs et malheurs de Google Street View devant les tribunaux suisses, in: *Revue Droit international, Commerce, Innovations & Développement*, 2011, p. 28–38.

Fanti Sébastien, Cloud computing: opportunités et risques pour les avocats, in: *Revue de l'avocat*, Basel 2/2013, S. 74–77.

Glasl Daniel/Müller Lucien, Die Unschuldsvermutung in der Medienberichterstattung: Präzisierungen zu Stellenwert, Inhalt und Anwendungsbereich, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Basel 2013, S. 85–108.

Hürlimann Brigitte, Die verlorene Ehre der Medien!? – Interessen der Strafverfolgung und der Parteien «contra» Anspruch der Medien auf Information, in: *forumpoenale*, 2013, 5. 4. 2013.

Schack Haimo, Miturheber, Gehilfen und Bearbeiter in der bildenden Kunst, Aktions- und Videokunst, in: *Kunst & Recht* 2012, Bern 2012, S. 123–145.

Schwarzenegger Christian, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322^{bis} StGB), in: *Liber amicorum für Andreas Donatsch: Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich 2012, S. 165–188.

Weder Ulrich, Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einnahmen und anderen Verfahrenshandlungen, in: *Liber amicorum für Andreas Donatsch: Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich 2012, S. 531–555.

Bücher/Livres

Rieder Stefan, Whistleblowing als interne Risikokommunikation: Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht, Zürich 2013.

Rigamonti Cyrill, Urheberpersönlichkeitsrechte: Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber- und Persönlichkeitsrecht, Bern 2013.

Weber Rolf H. et al. (Hrsg.), Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, Zürich 2012.

Zeitschriften/Revue

Bühlmann Lukas, Blog-Hoster sind mitverantwortlich für persönlichkeitsverletzende Blogbeiträge, in: *weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide*, 13. März 2013.

Kernen Alexander, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden, in: *Jusletter*, 4. 3. 2013.

Zimmerli Daniel, BGE «Publigroupe», in: *weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide*, 24. April 2013.

Ausgabe 5/2013 erscheint im Juni 2013



Anwaltsrevue / Revue de l'Avocat

Das Praxismagazin des Schweizerischen
Anwaltsverbands
L'organe professionnel de la fédération
Suisse des avocats

10 Hefte pro Jahr /
10 numéros par année, CHF 198.–
drahtgeheftet / broché, ISSN 1422-5778

Die Anwaltsrevue ist das offizielle Publikationsorgan des SAV/FSA. Sie berichtet monatlich über brisante berufs- und rechtspolitische Fragen, beleuchtet die aktuelle Rechtsentwicklung von allen Seiten und zeigt auf, was in der Praxis von Bedeutung ist.

La revue de l'avocat vous apporte des réponses à des questions brûlantes de politique professionnelle et juridique. Vous êtes informés la dernière évolution de droit. Vous savez ce qui compte dans la pratique. Vous découvrez des astuces pour la gestion de votre Etude.

www.anwaltsrevue.recht.ch

Stämpfli

Buchhandlung

Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77
Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempflishop.com

Wissen,
was Sache
ist

Ich bestelle ____ Ex.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift _____

13/312

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert.