

# Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung

Bruno Glaus

Dr. iur., Rechtsanwalt, Uznach

## I. Ausgangslage

Anfangs des dritten Jahrtausends ist vom «Zeitalter des pervasive computing» die Rede. Im März 2004 hat der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte eine umfassende Bestandesaufnahme veröffentlicht<sup>1</sup>. Mit «pervasive computing» umschreibt die Wissenschaft den Umstand, dass Computertechnik in immer mehr Gegenstände und Bereiche eindringt.<sup>2</sup> Dadurch wird kaum etwas vergessen und das Gespeicherte kann mit Suchmaschinen wieder gefunden werden. IT-Professor Friedemann Mattern erinnert daran, dass auch bei der Verjährung die «Gnade der Zeit» eine Rolle spiele, und meint, Vergessen habe auch mit Verzeihen zu tun.<sup>3</sup>

Die wachsende Bedeutung der Informationsverbreitung über Internet spiegelt sich auch in der Praxis des Schweizerischen Presserats<sup>4</sup>. Auch Juristen haben das Prob-

lem seit einiger Zeit erkannt. Schon 1995 mahnte Jean Nicolas Druey in seinem rechtsphilosophischen Traktat «Information als Gegenstand des Rechts», es gehe darum, die Speicherung und Verknüpfung als eigene Gefahren zu erkennen<sup>5</sup>.

## II. Aktuelle Rechtslage

### 1. Praxis des Bundesgerichts

#### A. Der Fall «Irniger»

Das Recht auf Vergessen ist vom Bundesgericht schon vor vielen Jahren unter der sehr allgemeinen Generalklausel von Art. 28 ZGB «entwickelt» worden. Als Radio DRS Ende der 70er Jahre eine Hörfolge über «Das Leben und Sterben des unwürdigen Diener Gottes und mörderischen Vagabunden Paul Irniger», welcher am 25. August 1939 in Zug hingerichtet wurde, ausstrahlen wollte, setzte der Sohn des Hingerichteten mit Erfolg ein Verbot durch. Der Sohn machte geltend, die Ausstrahlung des Hörspiels verletze seine Persönlichkeitsrechte, nämlich die Pietäts- und Ehrgefühle. Das Bundesgericht hielt letztinstanzlich fest<sup>6</sup>, bei einem Straftäter verlange schon allein das Ziel der Resozialisierung, «dass ...Vergessen eintreten kann» und zwar «das dem normalen Lauf der Dinge entsprechende Vergessen»<sup>7</sup>, auch wenn dieses nie vollständig sein könne. Vorbehalten bleibe ein überwiegendes wissenschaftliches und allenfalls auch künstlerisches Interesse.

Das Urteil stiess schon damals auf Kritik. Denn Irnigers Sohn, der seit seiner Kindheit einen andern Namen trug, klagte 40 Jahre nach der Hinrichtung des Vaters gegen Radio DRS, obwohl er sich Jahre zuvor bereits ausführlich in einer Boulevardzeitung zum Fall geäussert hatte. Das Bundes-

**Résumé:** *Sous le terme générique de «droit à l'oubli», le Tribunal fédéral a concrétisé une nouvelle facette de la norme générale de l'article 28 CC. La notion de «droit à l'oubli» est certes frappante, mais elle est floue. En effet, l'oubli en tant que tel n'existe pas. Face au droit à l'oubli, il y a le droit de se souvenir correctement. L'information n'est pas un bien dont on peut disposer, mais un processus. Comment va-t-on participer à ce processus et en assurer la qualité? Il s'agit d'assurer la proportionnalité dans l'exploitation et la dissémination d'informations personnelles au sens des dispositions régissant le traitement des données (art. 4 ss de la loi fédérale sur la protection des données).*

*On devrait statuer une obligation de mettre à jour les données d'archives qui sont dépassées et qui présentent la personne sous un faux jour.*

1 Eidg. Datenschutzbeauftragter, Elektronische Spuren und Datenschutz, Bern März 2004, zu speziellen Problemfällen siehe auch <http://www.internet4jurists.at/intern27a.htm>.  
2 MATTERN F. (Hrsg.), Total vernetzt - Szenarien einer informatisierten Welt, Berlin 2003.  
3 MATTERN F. in: P.Kirchschläger/Th.Kirchschläger/A.Belliger/D.Krieger, Menschenrechte und Terrorismus, Bern 2004, S.18.  
4 Erstmals in Stellungnahme Nr. 36/2000.  
5 DRUEY J., Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, S. 395.  
6 BGE 109 II 353.  
7 Das Bundesgericht räumt ein, dass das Vergessen nie vollständig sein könne, weil sich besonders Interessierte daran immer erinnern könnten. Das rechtfertige aber nicht, dass die noch nicht völlig ausgelöschte Vergangenheit durch ein Medium erneut in das Bewusstsein einer grossen Öffentlichkeit gebracht werde. Nach dem Verfahrensschluss und der für die aktuelle Berichterstattung notwendigen Zeitspanne lasse es sich «vom Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit her nicht mehr rechtfertigen, jemanden in der Öffentlichkeit mit einem Strafverfahren in Zusammenhang zu bringen».

**Zusammenfassung:**  
*Unter dem Begriff «Recht auf Vergessen» hat das Bundesgericht die Blankettnorm von Art. 28 ZGB um eine weitere Facette konkretisiert. Der Begriff ist zwar einprägsam, aber ungenau. Vergessen als solches gibt es nicht. Dem Recht auf Vergessen steht das Recht auf korrekte Erinnerung gegenüber. Information ist kein Gut, über das verfügt werden kann, Information ist ein Vorgang. Es geht um die Teilhabe und die Qualitätssicherung an diesem Vorgang. Es geht darum, die Verhältnismässigkeit bei der Auswertung und Weiterverbreitung von personenbezogenen Informationen gemäss den Grundsätzen der Datenbearbeitung in Art. 4 ff. DSGVO sicherzustellen. Es sollte eine Nachschreibpflicht bestehen, wenn der Datenbestand der Archive überholt ist und eine Person dadurch in einem falschen Licht erscheint.*

gericht beharrte indessen darauf, dass der Persönlichkeitsschutz des Art. 28 ZGB zwar nicht mehr im Namen des toten Vaters angerufen werden könne, wohl aber aus eigenem Persönlichkeitsrecht des Angehörigen. Das gestatte es dem Sohn, seine innere Verbundenheit mit dem Verstorbenen und allenfalls sein eigenes Ansehen zu wahren.

Das Bundesgericht hielt fest, es komme nicht darauf an, ob das Verhältnis der Angehörigen zum Verstorbenen besonders innig oder eher gespannt war. Entscheidend sei allein, dass seine Selbstfindung und seine Resozialisierung - der Sohn war ebenfalls straffällig geworden - erheblich gefährdet werde (allerdings substantiiert das Bundesgericht diese Feststellung in keiner Weise). Das Urteil enthält weitere Unschärfen und Unzulänglichkeiten, insbesondere bezüglich dem Wissenschaftsprivileg<sup>8</sup>.

#### B. Der Fall «Eibel»

Zwei Jahre später, 1985, setzte sich das Bundesgericht im Eibel-Entscheid erneut mit dem Recht auf Vergessen auseinander und knüpfte an den Irniger-Entscheid an: Medienberichte «über die frühere politische Haltung von Personen der Zeitgeschichte sind nicht widerrechtlich, allerdings nur, sofern sie der Wahrheit entsprechen. Insoweit gibt es kein «Recht auf Vergessen».<sup>9</sup> Medienfreiheit schliesst das Recht ein, über öffentliche Angelegenheiten zu berichten. Zu den öffentlichen Angelegenheiten zählen «auch die persönlichen Verhältnisse der im staatlichen Leben hervortretenden Personen, soweit sie für die staatliche Stellung der Betroffenen von Bedeutung sind».

#### C. Der Fall «Firmensanierer»

Erneut um die Erwähnung von zurückliegenden Vorstrafen ging es in einem Entscheid aus dem Jahr 1996<sup>10</sup>. Das Resozialisierungsziel erfordere, «dass das dem normalen Lauf der Dinge entsprechende Vergessen eintreten kann»; nach zehn Jahren lasse sich ein überwiegendes Informationsinteresse nur schwer begründen, argumentierte das Bundesgericht. Der Kläger, ein früherer Pleitier, sei weder eine «eigentlich berühmte Person» geworden, noch habe er ein öffentliches Amt ausgeübt. Das Gericht

verwies im übrigen darauf, dass in der Lehre, so u.a. vom Freiburger Strafrechtler Franz Riklin, die Ansicht vertreten werde, die Veröffentlichung einer gelöschten Vorstrafe sei stets unrechtmässig<sup>11</sup>.

Nicht hören mochte das Bundesgericht das Argument der Wirtschaftszeitschrift «Cash», der Mann delinquire offensichtlich im bisherigen Wirtschaftsbereich weiter, weshalb die Öffentlichkeit mit Hinweis auf die weit zurückliegende Vorstrafe vor ihm zu warnen sei. Immerhin dürfe die Zeitung Namen und Bild des «Sanierers» mit der Empfehlung publizieren, seine Dienste nicht mehr zu beanspruchen<sup>12</sup>.

#### D. Der Fall «Fasel-Bande»

Jüngst berichteten die Fachzeitschriften «*medialex*» und «Plädoyer» unter dem Titel «Recht auf Vergessen» über den Fall «Fasel-Bande»<sup>13</sup>. Ein früheres Mitglied der sogenannten «Fasel-Bande» erhielt 85'000 Franken Schadenersatz und 40'000 Franken Genugtuung, weil das «Journal de Genève» seine kriminelle Vergangenheit aus den späten 70er Jahren wieder ans Licht der Öffentlichkeit gezerrt hatte. Der inzwischen zum Internet-Verantwortlichen aufgestiegene Mann verlor deshalb seine Stellung in einer amerikanischen Firma, erlitt einen Zusammenbruch und bezieht seit 1999 eine IV-Rente.

<sup>8</sup> Dazu Fn 17.

<sup>9</sup> BGE 111 II 209 ff. Der Vorwurf des Landesverrats vermöge vor der «historischen Wahrheit» nicht zu bestehen und lasse Eibel in einem falschen Licht erscheinen, weshalb diese Äusserung als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren seien.

<sup>10</sup> BGE 122 III 449 ff.

<sup>11</sup> Dabei handelt es sich nur um eine zivilrechtliche «Unrechtmässigkeit», nicht um eine strafbare Persönlichkeitsverletzung. Vgl. dazu den Wortlaut von Art. 173 Ziff. 2 StGB.

<sup>12</sup> Kritisch STUDER P./MAYR VON BALDEGG R., Medienrecht für die Praxis, Zürich 2001, S. 110. Nachzutragen ist, dass es ein knapper Mehrheitsentscheid des Bundesgerichts war und dass der vom Bundesgericht geschützte Firmensanierer einige Zeit später in Österreich wegen Vermögensdelikten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

<sup>13</sup> BGE 5C.156/2003, vom 23. Oktober 2003, in *medialex* 2004, S. 57, mit Anmerkungen von D. BARRELET; Plädoyer 1/04 S. 67.

#### E. Der Fall «Tino» / Willi Wottreng

Im Dienste der korrekten Erinnerung wie auch des Nicht-In-Erinnerung-Gerufen-Werdens steht die Archiv-Gesetzgebung. Ein Entscheid aus dem Jahre 2001 setzt sich mit dem Archivierungsrecht und den Zugangsprivilegien auseinander.<sup>14</sup> Der Historiker und Publizist Willi Wottreng wollte Zugang zu den Zürcher Gerichtsakten des charismatischen «Hell's Angels»-Gründers «Tino», was ihm verwehrt wurde. Im Lichte der obgenannten Entscheide ist insbesondere folgende Feststellung von Interesse: Das Bundesgericht, das in früheren Entscheiden das Wissenschaftsprivileg höher gewichtet hatte als die blosse Medienfreiheit (die Wissenschaftlichkeit im konkreten Fall aber verneinte<sup>15</sup>), hält fest, der Bundesgesetzgeber habe bewusst «auf das problematische und letztlich nicht überprüfbare sog. Wissenschaftsprivileg verzichtet»<sup>16</sup>. Es gelte das Zugänglichkeitssprinzip unter dem Vorbehalt entgegenstehender Interessen. Dies im Unterschied zur Gerichtsarchivverordnung des Kantons Zürich<sup>17</sup>, welche das Wissenschaftsprivileg explizit erwähnt. Immerhin deutete das Bundesgericht an, unter welchen Vorsichtsmassnahmen d.h. sorgfältiger Güterabwägung, der Anspruchskonflikt allenfalls gelöst werden könnte<sup>18</sup>.

#### F. Der Fall Kraska und der Fall Proksch

Im vorliegenden Zusammenhang ist auch auf den Entscheid in der Sache Kraska gegen Tamedia AG hinzuweisen<sup>19</sup>. Das «Recht auf Vergessen» steht häufig in einem direkten Zusammenhang mit der Frage, ob zum früheren Zeitpunkt mit Namensnennung über ein Verfahren berichtet werden durfte und ob aktuell wieder mit Namensnennung (z.B. wegen eines andern Verfahrens) berichtet werden darf. Das Bundesgericht hielt in dieser Entscheidung folgendes fest: Die Gerichtsberichterstattung dient einer verlängerten Gerichtsöffentlichkeit. Es besteht an ihr ein erhebliches Interesse und zwar nicht nur bei letztinstanzlichen Urteilen. Namentlich im Strafprozess greife die Berichterstattung häufig in die Privat- oder gar Geheimsphäre ein. Deshalb erfolge die Gerichtsberichterstattung «normalerweise» in anonymisierter Form, «zumal die Namensnennung im Bereich des Strafrechts in den meisten

Fällen auch entbehrlich ist». Namensnennung könne nur «bei Personen der Zeitgeschichte je nach Interessenlage gerechtfertigt sein, wobei dieser Personenkategorie auch relativ prominente Personen zuzurechnen sind»<sup>20</sup>. Deshalb durfte der «Tages-Anzeiger» im konkreten Fall - entgegen der Meinung der beiden Vorinstanzen - mit Namensnennung und in gebührender Knappheit über das erstinstanzliche (noch nicht rechtskräftige) Urteil berichten. Allerdings muss, wo eine Berichterstattung mit Namensnennung erlaubt ist (wie dies zum Beispiel im Fall Proksch der Fall war, wo der Betroffene nichts gegen die Identifizierung eingewendet hatte), zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich lediglich um einen Verdacht handelt»<sup>21</sup>.

#### G. Schlussfolgerung

Die Fall-Beispiele zeigen: Trotz Öffentlichkeitsprinzip in Gerichtsverfahren ist Namensnennung, dort wo Resozialisierungsinteresse, Privatsphäre oder Pietät von Angehörigen einschneidend verletzt werden, nicht, bzw. nur in besonderen Ausnahme-

14 BGE 127 I 145 ff.

15 In der mündlichen Verhandlung hatte das Bundesgericht bezweifelt, dass eine Biographie überhaupt wissenschaftlich sein kann, zumal Wottreng von sich aus keine bestimmte wissenschaftliche Methodik (was immer das Bundesgericht darunter versteht) geltend mache. Wottreng selbst hat in der mündlichen Verhandlung angemerkt, dass die formalen Anforderungen an Wissenschaftlichkeit wie etwa Beleg der Quellen erfüllt wurden, indem er das Manuskript mit mehr als 900 Anmerkungen versehen habe (die dann aus optischen Gründen vom Verlag auf etwa 700 reduziert wurden). Ein früher veröffentlichtes Buch von Wottreng über das Zürcher Burg-hölzli hat ebenfalls mehr als 700 Anmerkungen.

16 BGE 127 I 154; in BGE 109 II 359 (Fall Irmiger) hatte das Bundesgericht «abgesehen von Ausnahmefällen» dem Medienschaffenden die höheren Weihen der Kunst oder der Wissenschaftlichkeit abgesprochen.

17 LS 211.16. Die Voraussetzungen für vorzeitige Einsicht sind für das allgemeine Archivgut weniger streng als für Gerichtsakten (vgl. BGE 127 I 145).

18 Dazu unter Ziffer III.3.

19 BGE 129 III 529.

20 A.a.O. (Fn 19), S. 533 mit Verweis auf BGE 126 III 209, 126 III 305 und 127 III 481. Das Bundesgericht folgt hier sinngemäss der Lehrmeinung von DENIS BARRELET in: *medialex* 4/98, S. 204ff. (vgl. dazu Ziffer II.3).

21 BGE 116 IV 38 (Fall Proksch in der Sache Luconia-Affäre): «Die Presse hat bei Berichterstattungen über hängige Strafverfahren der in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung Rechnung zu tragen. Daraus folgt insbesondere, dass bei der Schilderung einer nicht rechtskräftig beurteilten Straftat nur eine Formulierung zulässig sein kann, die hinreichend deutlich macht, dass es sich einstweilen nur um einen Verdacht handelt und die Entscheidung des zuständigen Strafgerichts noch offen ist. Dies ist bei der Auslegung von Art. 173 StGB, insbesondere von dessen Ziffer 2, zu berücksichtigen» (E. 5a).

fällen, bei Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe, zulässig. Auch dort, wo die Namensnennung einmal zulässig war, ist wegen des blossen natürlichen Zeitverlaufs ein «Recht auf Vergessen» zu beachten. Und dieses Recht ist keineswegs eine nur dem resozialisierten Straftäter vorbehalten Wohlthat.

## 2. Praxis des EGMR

Die in *medialex* 3/04 referierte Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25.05.2004 in Sachen Österreichischer Rundfunk gegen Österreich liegt auf der Linie der bundesgerichtlichen Praxis<sup>22</sup>. Noch stärker als das Bundesgericht betont der EGMR die Einzelfall-Beurteilung und das Erfordernis, nur das zu verbieten, was im konkreten Kontext notwendig ist, um den Schutz der Persönlichkeit zu gewährleisten. Es ging um folgenden Sachverhalt: Anlässlich einer Pressekonferenz zur Reform des Untersuchungsverfahrens nahm der Justizminister auf die Briefbombenverfahren 1995 Bezug. Der Minister nannte unter anderen auch den Namen von B., der im Briefbomben-Prozess freigesprochen, aber wegen eines Verstosses gegen den österreichischen Rassismus-Artikel verurteilt worden war. ORF berichtete über die Pressekonferenz ohne den Namen von B. zu erwähnen, zeigte aber ein Bild von B. vor der Gerichtsverhandlung im Briefbombenverfahren aus dem Jahre 1995.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stützte den Entscheid der Vorinstanz, welche urteilte, die Bildveröffentlichung verletze die Persönlichkeitsrechte von B. Anders als in einem früheren Fall hatte das höchste Gericht Österreichs nicht jegliche Veröffentlichung des Bildes des Betroffenen verboten - das wäre ein Verstoß gegen Art.10 EMRK gewesen. Vielmehr wurde dem ORF verboten, die Bild-

veröffentlichung im erwähnten ganz spezifischen Kontext vorzunehmen. Die Bildveröffentlichung füge der Behördeninformation nichts Substantielles bei, was im öffentlichen Interesse liege. In diesem Kontext liege umgekehrt gerade die Nichtveröffentlichung im überwiegenden Interesse der Resozialisierung von B., urteilte der EGMR - wie schon die Vorinstanz. Hervorzuheben ist, dass der ORF das Bild drei Jahre nach dem Freispruch in der Hauptanklage und drei Monate nach Haftentlassung veröffentlichte, der Gerichtshof einen Anspruch auf Nicht-In-Erinnerung-Rufen somit bereits vor Ablauf von 10 Jahren annahm.

Um das Recht auf korrekte Erinnerung und weniger um den Anspruch auf Vergessen ging es im Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht in der Sache *Plon* gegen Frankreich<sup>23</sup>. Das Gericht hielt fest, einer Buchpublikation (über den früheren Gesundheitsstand des verstorbenen Präsidenten Mitterrand) könne allenfalls ein überwiegendes Interesse («*besoin social*») im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK unmittelbar nach dem Tod des verstorbenen Präsidenten Mitterrand entgegenstehen, später aber müsse dieses Interesse zurücktreten. Zwar wurde die vorsorgliche Massnahme, welche die Angehörigen Mitterrand erwirkt hatten, als rechtmässig betrachtet<sup>24</sup>, nicht aber das vorinstanzliche Urteil im ordentlichen Verfahren, das ein unbefristetes Publikationsverbot vorsehen wollte. Dafür lägen die Voraussetzungen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht mehr vor.

## 3. Praxis des Presserates

Vorweg ist festzuhalten, dass der Presserat wiederholt festgestellt hat, der Schutz der Privatsphäre der Betroffenen und ihrer Angehörigen (sic!) erfordere «grösste Zurückhaltung bei einer identifizierenden Berichterstattung»<sup>25</sup>. Der Presserat hat sich überdies in drei Stellungnahmen mit Aspekten des pervasive computing auseinandergesetzt. Eine erste (grundlegende) Stellungnahme des Plenums geht auf das Jahr 2000 zurück und handelt von «Journalistischer Ethik im Internet»<sup>26</sup>. Der Presserat stellt fest, dass nur ein kleiner Teil im World Wide Web journalistische Publikation sei. Dazu zählt er die Websites von Off-

22 *medialex* 3/04, S. 168f., mit Kommentar von D. BARRELET.

23 EMGR Nr. 58148/00 publ. in *medialex* 3/04, S. 162.

24 Was BARRELET in *medialex* 3/04, S. 167 kritisiert, während er den Entscheid in der Hauptsache wohlwollend kommentiert.

25 Zur Praxis des Presserates vgl. *Vademekum* 02, S. 63 ff. Ausnahmen von der Namensnennung sind u.a bei Personen der Zeitgeschichte zuzulassen, wenn ein funktionaler Zusammenhang von Vorwurf und Tätigkeit besteht. Mehr dazu unter [www.presserat.ch](http://www.presserat.ch), Praxis zu Ziffer 6.1.3.

26 Stellungnahme Nr. 36/2000.

line-Medien, die auch online auftreten, spezielle journalistische Online-Angebote, Online-Medienbüros usw. Auf diese Online-Angebote kommen die medienethischen Grundsätze zur Anwendung.

Die Sorge um die Glaubwürdigkeit der Medien und um den Schutz der Privatsphäre sei berechtigt, schreibt der Presserat, weil auch «unbestätigte oder gar falsche Meldungen aus dem Internet Eingang in die renommierten Medien fanden und finden»<sup>27</sup>. Deshalb sei «insbesondere» darauf zu achten, dass offen gelegt werde, wie mit personenbezogenen Daten umgegangen werde, dass Fehler berichtigt würden und - dies ist im vorliegenden Kontext beachtenswert - «Feedback-Stimmen aus dem Nutzerkreis ermöglicht und veröffentlicht werden» (Feststellung 2).

Folgerichtig hat der Presserat ein Jahr später festgestellt, ein Medium sei berufsethisch verpflichtet, eine Gegendarstellung «zumindest solange online zugänglich zu machen, als auf diese Weise auch auf den Hauptartikel zugegriffen werden kann»<sup>28</sup>. Das muss durch Verlinkung geschehen. Und einmal mehr hat der Presserat grundsätzlich festgehalten, Medien sollten «kritischen Reaktionen auf Medienberichte grosszügig Raum geben».

Leider hat der Presserat drei Jahre später (2003) das im Grundsatz-Entscheid 2000 erwähnte Bedürfnis nach nachträglicher Aktualisierung von Datenbeständen nicht mehr oder jedenfalls nicht in gewünschter Weise beachtet<sup>29</sup>. Er hielt es nicht für nötig, die Nicht-Eintretensbestimmung von Art. 15 Ziff. 5 des Geschäftsreglements des Presserats zumindest unter bestimmten Umständen in Frage zu stellen. Der Presserat tritt danach auf eine Beschwerde nicht ein, «wenn die Publikation des beanstandeten Medienberichts länger als ein Jahr zurückliegt». Dabei hatte die betroffene Zeitung dem Presserat das Terrain vorzüglich geebnet, indem sie festhielt, es handle sich bei der Beschwerde um ein grundsätzliches Problem: ob Archive als historische Dokumente erhalten werden müssten oder ob diese Archive im Laufe der Zeit an sich überprüft und korrigiert werden müssten. Dabei würden sich freilich eine Reihe schwieriger Fragen bezüglich des Missbrauchs und der praktischen Durchführbarkeit stellen<sup>30</sup>.

#### 4. Lehrmeinungen zur Namensnennung und zum Recht auf Vergessen

Nebst dem vom Bundesgericht in BGE 122 III 449 ff. zitierten Franz Riklin<sup>31</sup> hat sich insbesondere Denis Barrelet zur Namensnennung (insbesondere in Strafverfahren) und zum droit à l'oubli und seinen Schranken geäussert<sup>32</sup>. Barrelet vertritt die Auffassung, Namensnennung bei Gerichtsverfahren sei grundsätzlich nicht bzw. nur mit einem besonderen Rechtfertigungsgrund zulässig<sup>33</sup>. Im Ergebnis ist Barrelet zuzustimmen, allerdings ist seine Begründung unvollständig<sup>34</sup> (siehe dazu nachfolgend Ziffer III.3).

Barrelet leitet das Recht auf Vergessen aus dem strafrechtlichen Anspruch auf Resozialisierung ab, weist dann aber zu Recht darauf hin, der Anspruch sei auch in weiteren Fällen denkbar, überall dort, wo jemand früher unehrenhaftes Verhalten zu Tage gelegt habe. Auch hier erfordere die Güterabwägung - wenn auch weniger kategorisch als beim Straftäter - allenfalls einen Verzicht auf Namensnennung.

Barrelet wiederholt in seiner Kommentierung der EGMR-Praxis<sup>35</sup>, was er Jahre zuvor bereits in *medialex*<sup>36</sup> ausgeführt hatte: Eine Bildveröffentlichung oder Namensnennung könne dem Interesse an einer Resozialisierung eines Straftäters diametral ent-

27 Stellungnahme Nr. 36/2000 E.6.

28 Stellungnahme Nr. 46/2001 (S. c. Weltwoche); Diese Stellungnahme deckt sich mit der Praxis des Deutschen Presserats: [http://www.verdi.de/0x0ac80f2b\\_0x00041637](http://www.verdi.de/0x0ac80f2b_0x00041637). Nach diesem ist das «Recht auf Vergessen» eine «Facette» des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Bei der Verwendung von personenbezogenen Daten sind besondere Anforderungen an die Einhaltung von Sorgfaltspflichten (bei der Güterabwägung) zu stellen. Deshalb musste auch der Presseratsentscheid online publiziert und verlinkt werden.

29 Stellungnahme Nr. 38/2003.

30 Der Presserat hat es versäumt, zwischen selbstverschuldeter Unterlassung einer sofortigen Berichtigung und sachlich begründeter Nachschreibung wegen grundlegend veränderten Verhältnissen zu unterscheiden. Vgl. dazu die praktischen Beispiel unter Ziffer IV.4 am Schluss des Beitrags.

31 F. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 § 7 N 18.

32 D. BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998 S. 357 ff., 380 f.

33 D. BARRELET, La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias, in: *medialex* 4/98, S. 204.

34 Kritisch zu Barrelet MATTHIAS SCHWAIBOLD in *medialex* 1/99, 55. 9. Auch Schwaibold unterlässt aber den Hinweis auf Art. 12 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 3 DSG, welcher bei besonders schützenswerten Personendaten einen Rechtfertigungsgrund verlangt. Dies entspricht der Praxis des Presserates, vgl. dazu Vademekum 02, S. 63 ff.

35 *medialex* 3/04, S. 168.

36 *medialex* 4/98, S. 204 ff.

gegenstehen. Was einmal erlaubt gewesen sei, könne im Verlauf der Zeit unzulässig werden. Andernfalls wäre ein Mensch ein Leben lang stigmatisiert, was dem Konzept einer zivilisierten Justiz zuwiderlaufe. Nebenbei bemerkt Barrelet, dass dies auch der Praxis des Schweizerischen Presserats entspreche, die allerdings nicht in allen Redaktionsstuben Spuren hinterlassen habe.

Auch Brückner<sup>37</sup> würdigt - ausgehend vom Firmensanierer-Entscheid - das «Recht auf Vergessen». Selbst eine wahrheitsgemässe Berichterstattung über eine in der Vergangenheit zurückliegende Verurteilung könne persönlichkeitsverletzend sein beim Fehlen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes. Es gelte bei der Güterabwägung der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (ohne dass Brückner explizit auf Art. 4 DSGVO verweist). Dabei sei insbesondere zu würdigen, ob ein Schutzinteresse der Bevölkerung bestehe und/oder der Betroffene selbst wieder das Rampenlicht gesucht habe - so jüngst der Fall Borgatte - alias Lardelli - welcher in Jona die Bevölkerung mit einem Sex-Club-Projekt auf Trab hält.

Wesentlich ist Brückners Anmerkung in einer Fussnote: «Der Begriff des «Rechts auf Vergessen» sei einprägsam, aber ungenau. Es geht nicht um das Vergessen - dieses entzieht sich rechtlicher Einflussnahme - sondern um die Unterlassung des öffentlichen In-Erinnerung-Rufens. Im privaten Rahmen ist die Erwähnung zurückliegender Verurteilungen zulässig, sofern nicht die Schranke der Ehrverletzung gemäss Art. 173 ff. StGB überschritten wird»<sup>38</sup>.

Brückner folgt damit der Auffassung von Druey, ohne explizit darauf Bezug zu nehmen. Drueys Thesen sind die folgenden: Der Grundsatz von Treu und Glauben ist die «normerzeugende Kraft aller menschlichen Kontakte»<sup>39</sup>. Information ist kein Gut, sondern ein Vorgang<sup>40</sup>. Es darf nicht um Beschränkung der Information gehen, sondern um die Teilhabe daran, «um allenfalls die Qualität sicherzustellen»<sup>41</sup>. Nicht die Unterbindung, sondern die Reichweite des Informationsaktes ist das Problem. Auch in der deutschen Lehre wird diese Auffassung vertreten: «Datenschutz ist nicht programmiertes Vergessen, sondern reflektiertes Bewahren»<sup>42</sup>. Statt rechtlich sanktionierter Löschung von Daten wird für die «Notwendigkeit zeitlicher Barrieren der Verwertung» plädiert. Informations- und Kommunikationsfähigkeit setzen Erinnerung, nicht Vergessen voraus.

Das Prinzip der Unverzichtbarkeit der Erinnerung kommt in den Archivgesetzen zum Ausdruck. Erinnerung muss an die Bereitschaft geknüpft werden, eine verlängerte Verarbeitung durch schärfere Verwertungsbeschränkungen sicherzustellen, dies unter Respektierung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>43</sup>. Diese Thematik ist nicht nur die des Persönlichkeitsschutzes, sondern auch die von Treu und Glauben<sup>44</sup>. Wer Informationen zurückhalten will, muss sich auf eine soziale Wertung stützen, wonach das Zurückhalten dem Verbreiten vorzuziehen ist<sup>45</sup>. Es bedarf der Institutionen, welche für die Selbstreinigung des Informationsprozesses und der Entscheidungsprozesse sorgen<sup>46</sup>, «maîtriser et non paralyser» müsse das Ziel sein<sup>47</sup>, schreibt Druey. Es geht darum, die Speicherung und Verknüpfung als eigene Gefahren zu erkennen, als Vorgänge also (...). Massgebend ist die Art der Verwendung<sup>48</sup>.

Das Bundesgericht hat sich im Wottreng-Entscheid betreffend Zugang zum Archiv-Material in Druey's Richtung bewegt, wenn es folgendes festhielt: «Sowohl die Einsicht nach Ablauf der Schutzfrist als auch die vorgängige Einsicht bedeuten keine freie Verfügbarkeit über die gewonnenen Daten zu Lasten der betroffenen Personen. Vielmehr greift hier der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB ein. Die Einsicht nehmende Person darf die dem Archiv entnommenen Informationen nicht durch Be-

37 BRÜCKNER C., Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz 498 ff.

38 BRÜCKNER (Fn 37), Rz 498 N 60.

39 DRUEY (Fn 5), S. 314 mit Verweis auf seinen Aufsatz «Privatrecht als Kontaktrecht». Daraus lassen sich die Informations- und Bearbeitungspflichten ableiten.

40 DRUEY (Fn 5), S. 364 und S. 393.

41 DRUEY (Fn 5), S. 394.

42 SIMITIS S. in: <http://www.studgen.uni-mainz.de/sose99/schwerp2/expose/simitis.htm>, ders. Programmierter Gedächtnisverlust oder reflektiertes Bewahren. Zum Verhältnis von Datenschutz und historischer Forschung, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd.2, Berlin u.a. 1987.

43 SIMITIS (Fn 42), a.a.O.

44 DRUEY (Fn 5), S. 364.

45 DRUEY (Fn 5), S. 361.

46 DRUEY (Fn 5), S. 394.

47 DRUEY (Fn 5), S. 389 mit Verweis auf den Rapport de la Commission Informatique et Libertés, Paris 1975.

48 DRUEY (Fn 5), S. 395

kanntmachung, Aufmachung oder Publikation in einer Art verwenden, die den Betroffenen in seiner Persönlichkeit verletzen würde. Dem Archivbenutzer kommt Verantwortung für den Persönlichkeitsschutz zu (...). Dies bedeutet, dass insbesondere bei der vorgängigen Archiveinsicht der Schutz allfällig betroffener Privatpersonen nicht allein durch die Bewilligungsbehörde wahrzunehmen ist»<sup>49</sup>.

Und das Bundesgericht hält einige Seiten später fest, es sei dabei zwischen den Interessen des Betroffenen, jenen der Angehörigen und Dritter zu unterscheiden. Die Verbreitung wahrer Tatsachenbehauptungen kann insbesondere wegen der Form der Darstellung persönlichkeitsverletzend und somit unzulässig sein<sup>50</sup>.

### III. Anspruch auf Vergessen und Anspruch auf Wahrhaftigkeit

#### 1. Unterschiedliche Rechtsgrundlage für Radio, Fernsehen und andere Medien

Bedürfnis oder gar Anspruch auf Vergessen stehen in einem Spannungsfeld zum Wahrhaftigkeitsgebot<sup>51</sup> und zur Wahrheitspflicht (Richtigkeitsgebot)<sup>52</sup>. Die beiden Begriffe könnten die Vermutung nahe legen, die Bürger hätten gegenüber den Medien einen verfassungsmässig garantierten Anspruch, «die Wahrheit» zu erfahren. Dem ist nicht so: Weder aus der Meinungs- und Informations-, noch aus der Medienfreiheit lässt sich ein Anspruch auf wahre Berichterstattung durch die Medien ableiten. Auch ein genereller Anspruch auf korrekte Erinnerung kann nicht aus der Verfassung abgeleitet werden.

Das Bundesgericht hat lediglich negativ ausgeführt, die Medien hätten kein schutzwürdiges Interesse, Unwahrheiten zu verbreiten; die Verbreitung von Unwahrheit sei an sich widerrechtlich, soweit es sich nicht bloss um eine «journalistische Ungenauigkeit» handle<sup>53</sup>. Aber nur Radio- und Fernsehen sind gemäss Art. 93 BV auf sachgerechte und damit - gemäss Gerichtspraxis - wahrhaftige Berichterstattung (auch in Sachfragen) verpflichtet. Wahrhaftigkeit ist Teil der journalistischen Sorgfaltspflicht und bedeutet nach der Praxis der UBI und der dazu gehörenden Bundesgerichts-Praxis, «nichts zu sagen oder zu zeigen, was

nicht nach bestem Wissen und Gewissen für wahr gehalten wird»<sup>54</sup>. Das Gebot kann auch durch Auslassungen und Reduktion verletzt werden. Die Print-Medien mögen, was bloss Sachinformationen betrifft, auch Unwahrheiten schreiben - Märchen erzählen -; solange sie dabei nicht eine Person in ein «falsches Licht» rücken, verletzen sie nicht unmittelbare Rechtspflichten.<sup>55</sup>

Allerdings dürfen staatliche Behörden die Akkreditierung von Fachberichterstattem mit dem Wahrhaftigkeitsgrundsatz koppeln. Wer über klar rekonstruierbare Ereignisse falsch informiere, verstosse nicht nur gegen ein ethisches Gebot, sondern auch gegen eine «sich aus der Pressefreiheit mittelbar ergebende Pflicht», erkannte das Bundesgericht und hiess ein Informationsreglement des Kantons Nidwalden gut, welches den Entzug der Akkreditierung vorsah, «wenn die Wahrheitspflicht bei der Berichterstattung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt wird.» Das Bundesgericht hielt fest, Vorgänge, die sich auf eine ganz bestimmten Art abgespielt haben und die auch ohne grosse Schwierigkeiten richtig erkennbar sind, seien auch so wiederzugeben<sup>56</sup>.

#### 2. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes auf alle Medien

Nur die personenbezogenen Informationen, die sogenannten Personen-Daten, müssen in allen Medien richtig sein. Dies ergibt sich aus den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes.

In der Minelli-Entscheidung BGE 127 III 481 hat das Bundesgericht bestätigt, dass das Datenschutzgesetz mit den Datenbearbeitungsgrundsätzen auch auf die Medien anwendbar ist, da diese Grundsätze ledig-

49 BGE 127 I 155.

50 BGE 127 I 160 mit Verweis auf BGE 126 III 405 und 122 II 449. Nicht nur die Tatsachenbehauptung selbst, auch die Würdigung von Tatsachen kann persönlichkeitsverletzend sein.

51 STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn 12), S. 42ff.

52 Art. 5 DSGVO: «Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über die Richtigkeit zu vergewissern. Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden».

53 BGE 126 III 305 (Büsi-Skandal).

54 Fallbeispiele bei STUDER/MAYR VON BALDEGG, Fn 12), S. 44 ff. und 177.

55 BGE 126 III 305 (Büsi-Skandal)

56 STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn 12), S. 16 mit Verweis auf BGE 107 la S. 304 ff. (Journalisten-Union gegen Nidwaldent).

lich «das Recht der Persönlichkeit des Zivilgesetzbuches ergänzen und konkretisieren»<sup>57</sup>. Im Ergebnis ist dem Bundesgericht zuzustimmen: Die personenbezogene Medien-Information - darunter fällt jegliche identifizierende Berichterstattung über natürliche und juristische Personen - muss nach Datenbearbeitungsgrundsätzen nach Treu und Glauben erfolgen und sie muss verhältnismässig und richtig sein.

#### IV. Persönliche Würdigung / Thesen

##### 1. Im Zeitalter des Computers gibt es kein Vergessen

Recht auf Vergessen ist ein unzulänglicher Begriff für ein an sich berechtigtes Anliegen. Nicht alles und jedes soll jederzeit beliebig aufgegriffen und verbreitet werden können. Das gilt nicht nur für Straftaten. Niemand soll ein Leben lang auf einer einmal geäußerten Meinung behaftet werden, wenn er längst seine Meinung geändert hat (dazu mehr unter Ziffer IV.4). Vergessen im Sinne von Durchstreichen gibt es nicht<sup>58</sup> - auch psychologisch gesehen nicht. Der Hamburger Psychoanalytiker, Kunst- und Medienwissenschaftler Karl-Josef Pazzini sagt es so: «Was einmal in der Welt ist, kann man nur formal negieren. Und die Negation, die macht es stark, vielleicht sogar stärker als ohne Negation, die Negation läßt es mit Energie auf»<sup>59</sup>. Was ungeschehen gemacht werden soll, schafft Tabus und davon ausgehend Symptome, Neurosen, blinde Flecken. Bedeutendes kann aus psychologischer Sicht nicht gelöscht, es kann nur erledigt, aufgearbeitet oder als abgeschlossen auf die Seite gelegt werden, um Platz für Neuorientierung zu schaffen.

##### 2. Archive sollen nachgeschrieben werden

Neuorientierung setzt Aktualisierung der Information voraus. Historische Wahrheit soll nicht vernichtet, sondern mit neuen Erkenntnissen angereichert werden. Maîtriser - non paralyser. Es geht um Qualitätssicherung, nicht um Informationsverhinderung. Qualität und Aktualität setzen dynamische Archivierung voraus. Archiviertes soll ergänzt, präzisiert, aktualisiert, nachgeschrieben und, wo notwendig, korrigiert werden. Zugriff und Verlässlichkeit der Archive müssen verbessert werden, meinen auch Studer und Mayr von Baldegg<sup>60</sup>. Vereinzelt gewähren Redaktionen schon heute aufgrund von Fairnessüberlegungen Nachschreibemöglichkeiten ausserhalb von Gegendarstellungen und Berichtigungsverfahren oder sie sperren alte Bilder, um zu verhindern, dass Abgebildete erneut kompromittiert werden (z.B. Unfallopfer oder die Aufnahme eines halb nackten Bankdirektors an der Streetparade 1997, welche später als Titelbild der Zeitschrift Marketing&Kommunikation verwendet wurde).

Das Datenschutzgesetz nennt in Art. 15 lediglich folgende Rechtsbehelfe: die Berichtigung, die Sperrung, den Vormerk oder die Vernichtung von persönlichkeitsverletzenden Personendaten. Gestützt darauf hatte das Kreisgericht Gaster-See mit Urteil vom 24.09.1998 dem Verlagshaus Ringier verordnet, einen ehrverletzenden Artikel in sämtlichen analogen und digitalen Archiven des Verlags zu löschen<sup>61</sup>.

Es stellt sich die Frage, ob aus dem Gesetz eine eigentliche Pflicht zur Fortschreibung des Archivs abgeleitet werden könnte. Diese Frage ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der alte (nichtaktualisierte) Datenbestand eine Person in einem falschen Licht erscheinen lässt. Eine einmal richtige Tatsachendarstellung kann zwischenzeitlich überholt sein. Eine Berichterstattung über ein erstinstanzliches Urteil findet dann in den Medien keine Fortsetzung mehr, wenn sich die Parteien zweitinstanzlich in einem Vergleich auseinandersetzen - um nur ein Beispiel zu nennen. Unter solchen Umständen soll einem Betroffenen - wenn er in einem falschen Licht erscheint - eine Nachschreibung gewährt werden. Medien-

57 BGE 127 III 481; gleicher Ansicht GLAUS in NZZ vom 2. September 1997; beide widersprechen der Minderheitsmeinung von STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn 12), S.128. Auch dieses Urteil ist zwar auf Kritik gestossen: Das Bundesgericht habe seine eigene Praxis aus Art. 28 ZGB mit Zulassung der journalistischen Ungenauigkeit nicht mit den Datenschutzgrundsätzen abgeglichen.

58 Zwar wissen wir nach dem «Gesetz von Ebbinghaus», dass im Kopf gespeicherte Information verfallen, verblassen oder blockiert werden kann. Das betrifft aber nur die menschliche Erinnerung, nicht den Computer.

59 PAZZINI K. J., in: J. M. Hedinger/M. Gossli (Hrsg.), Kunst, öffentlicher Raum, Identität, Mocmoc das ungeliebte Denkmals, Sulgen/Zürich 2004, S. 42.

60 STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn 12), S.128.

61 Kritisch zu diesem weitreichenden rechtskräftigen Entscheid STUDER/MAYR VON BALDEGG (Fn 12), S. 91: Das Archiv, an dem sich Ringier beteiligt, ist eine selbständige juristische Person; Teilhaber sind auch andere Medien.



schaffende mögen einwenden, die Nachschreibung sei aufwändig, kaum umsetzbar, und Nachschreibung öffne Pressionsversuchen Tür und Tor. Auch hier gilt: Die Gefahr des Missbrauchs kann dem grundsätzlich legitimen Anliegen nicht entgegenstehen. Allzu defensiv denkenden Medienschaffenden ist überdies entgegenzuhalten, dass Redaktionen bisweilen weit mehr Aufwand betreiben, um berechtigte Anliegen um Gegendarstellung und Archivnachtrag abzuwehren, als ein Dutzend Nachschreibebegleichen verursachen würden.

### 3. Es geht um das Verwerten, nicht um das Vergessen

Es geht nicht um das Vergessen, sondern um das Verwerten, um die Reichweite der Information. Das Datenschutzgesetz setzt die Leitplanken für die Informationsverarbeitung mit den drei Blankettnormen in Art. 4 und 5 DSGVO<sup>62</sup>: Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit und Richtigkeit. Kriterien für die Beurteilung im Einzelfall sind:

- Inhalt der Information: je negativer desto zurückhaltender!
- Qualifizierung der betroffenen Person: Person der absoluten Zeitgeschichte, der relativen, ereignisbezogenen Zeitgeschichte, oder Person «im Zwischenbereich» (über die «gelegentlich berichtet werden darf», laut Bundesgerichtsurteil «Minelli»)?
- Anlass zur Datenbearbeitung: Wissenschaftliche Untersuchung, Kunstdiskurs, Geschichtsdiskurs oder Zufälligkeit?
- Reichweite / Verbreitungsgrad des Mediums: Massenmedium oder kleines Zielpublikum?
- Art der Darstellung (sachlich, reisserisch, kommentiert, unkommentiert)?
- Motiv des Verbreiters (Rachsucht, Diffamierung oder sachlicher Diskurs)?

Ohne explizit auf die drei erwähnten Datenbearbeitungsgrundsätze Bezug zu nehmen, würdigte das Bundesgericht den Fall Kraska nach solchen Kriterien (kurze Meldung in der Rubrik «In Kürze» über wahre Tatsachen auf Grund von Aktualität ohne Würdigung des erstinstanzlichen Urteils durch den «Tages-Anzeiger» mit genauer Quellenangabe «laut Gericht»: «Die Beklagten haben also das erstinstanzliche Urteil nicht zum Anlass genommen, die ur-

sprüngliche Geschichte nochmals in voller Länge aufzurollen oder neue Vorwürfe an den Kläger zu richten»<sup>63</sup>. Namensnennung sei deshalb zulässig gewesen, weil es sich um eine relativ prominente Person handle<sup>64</sup>. Wenn aber - um ein nichterfundenes Beispiel zu nennen - ein Politmagazin lediglich der Verunglimpfung wegen einen rechtskräftig verurteilten Journalisten über Jahre penetrant einen «Einbrecher» nennt, ergeben Motiv, Anlass und Inhalt der Information kaum den von Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO verlangten Rechtfertigungsgrund, welche den Willen des Journalisten auf Unterlassung der beiden Behauptungen überwiegen würden. Schon deshalb, weil wir es hier mit der Kategorie der «besonders schützenswerten Personendaten» zu tun haben<sup>65</sup>.

### 4. Ausdrückliche Willensäußerung ist ein Entscheidungskriterium

Der Gesetzgeber stellt auch auf den Willen des Betroffenen ab. Wer Personendaten bearbeitet, hat den ausdrücklichen Willen von betroffenen Personen zumindest zu registrieren. Vor allem bei besonders schützenswerten Personendaten. Das ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO. Bei besonders schützenswerten Personendaten müssen auch ohne Willensäußerung Rechtfertigungsgründe vorliegen (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSGVO). Bei der Würdigung der Rechtfertigungsgründe wird künftig die klar verschärfte EGMR-Praxis im Fall Caroline von Hannover zu berücksichtigen sein: Identifizierende und illustrierte Berichterstattung über Personen ohne öffentliche Funktionen, die das Privatleben tangierten, geniessen einen weniger weitgehenden Schutz

62 Art. 4 DSGVO: Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden (Abs. 1). Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Abs. 2). Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Abs. 3).

63 BGE vom 8. August 2003 (5C.104/2003).

64 A.a.O. Das Bundesgericht verweist auf BGE 127 III 481, 126 III 209 und 126 III 305.

65 Art. 3 lit. c DSGVO: Besonders schützenswerte Personendaten sind «Daten über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten (...) und administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen».

der Meinungsäusserungsfreiheit als Beiträge, die eine Debatte in einer demokratischen Gesellschaft untermauern<sup>66</sup>.

#### V. Abschliessende Feststellungen

1. Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes nähert sich unsere Rechtsprechung wegen der Güterabwägung im Einzelfall mehr und mehr dem angelsächsischen Case-law an. Das gilt auch bei Sachverhalten, in denen über identifizierende Berichterstattung zu entscheiden ist.

2. Güterabwägung hängt immer auch von den eigenen Wertmassstäben ab. Eine empfehlenswerte Kontrollfrage lautet: Wie würde ich den Fall beurteilen, wenn ich, meine Frau oder meine Kinder betroffen wären. Denn: Was Du nicht willst, das man Dir tut, das füg auch keinem andern zu.

3. Schon heute räumen einzelne Verlags-häuser aus blossen Fairness-Prinzipien Betroffenen unter bestimmten Umständen die Möglichkeit einer Nachschreibung ein. Wenn ein überholter Datenbestand im Archiv eine Person in einem falschen Licht erscheinen lässt, besteht gestützt auf Art. 15 DSGVO ein Rechtsanspruch auf Nachschreibung.

Es bleibt zu hoffen, dass sich die Selbstregulierungs-Praxis der Branche noch stärker in diese Richtung bewegt, ohne dass Gesetzgeber oder Richter den Tarif verschärfen müssen. ■

66 EGMR Nr. 59320/00 publ. in *medialex* 3/04, S. 158, kritisch dazu U. SAXER, an der Trendtagung Medienrecht 2004 in Zürich, sowie P. GLOTZ in «Sonntagsblick» vom 5. September 2004. - Eher gelassen Peter Studer im «Tages-Anzeiger» vom 4. September 2004.

#### L'AUTRE REGARD ..... DIE ANDERE SICHT



„Möglicherweise ist mein Aufsatz etwas zu langweilig.  
Mein Rechner hat sich in den Ruhemodus verabschiedet.“

# Droit de réponse en ligne: quo vadis?

*Bertil Cottier*

*Professeur de droit de la communication, Université de la Suisse italienne, Prévèrenge*

*Virginie Aguet*

*Avocate-stagiaire, diplômée en Droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies,  
Universités de Lausanne et Genève, Lausanne*

## I. Introduction

Le droit de réponse est en pleine évolution, en Suisse comme à l'étranger: l'année dernière le Tribunal fédéral autorisait, de manière limitée certes, de répondre par une image, et non par du texte comme l'avait prévu à l'origine le législateur<sup>1</sup>. Cet été, le parlement français consacrait expressément un droit de réponse en ligne par le biais de l'article 6 IV de la nouvelle loi «pour la confiance dans l'économie numérique»<sup>2</sup>. Dans les deux cas il s'agit de l'adaptation d'une institution, destinée à assurer l'égalité des armes, à des moyens de communication dont l'impact sur la société va croissant.

La présente contribution s'attachera à la

seule problématique du droit de réponse en ligne; notre propos est en effet de déterminer dans quelle mesure le droit de suisse pertinent (les articles 28g à 28l du Code civil) admet déjà pareille contre-attaque ou si une révision législative s'impose pour faire face aux spécificités de la communication sur Internet. La question est d'autant plus actuelle que le Conseil de l'Europe est en passe d'adopter une «Recommandation sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias»<sup>3</sup>.

Dans un premier temps, nous examinerons si le principe même d'un droit de réponse en ligne est concevable au regard des dispositions topiques du Code civil. Pareille interrogation liminaire est inéluctable, car à ce jour aucun tribunal suisse ne s'est prononcé à ce sujet<sup>4</sup>.

Nous nous pencherons ensuite sur les conditions posées à l'exercice du droit de réponse en ligne, en particulier sur la délicate question du délai dans lequel le droit de réponse doit être exercé. Nous nous concentrons aussi sur les modalités de la réponse en ligne; il est en effet patent qu'Internet a consacré des formes nouvelles de présentation de l'information (pop-up, banners, liens) qui peuvent entrer en considération. Enfin, Internet ne connaissant pas de frontières, nous abordons brièvement le droit international privé.

Notre tour d'horizon prendra en compte le droit suisse et le confrontera, le cas échéant, aux solutions déjà reconnues par certains pays: en effet outre la France, l'Allemagne<sup>5</sup> et la Finlande<sup>6</sup> ont aussi légiféré la matière; en outre la Cour suprême autrichienne<sup>7</sup> a pris deux décisions intéressantes concernant les pop-up. Nous revien-

**Zusammenfassung:** *Das Internet gestattet es jedem, sich gegenüber einem unbegrenzten Publikum zu äussern. Um die Waffengleichheit zu gewährleisten, ist es von grosser Bedeutung, auch dem Gegendarstellungsrecht seinen Platz im Cyberspace einzuräumen. Die einschlägigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs, die in technologischer Hinsicht neutral formuliert sind, stehen dem in keiner Weise entgegen; allerdings werden nach ausländischem Vorbild gleichwohl einige Änderungen erforderlich sein, um diese den Besonderheiten der Online-Kommunikation anzupassen. Die Anpassungen betreffen in erster Linie die Gegendarstellungsfrist und die Zeitdauer für ihre Verbreitung.*

- 1 ATF 130 III 1 et le commentaire de BARRELET D. in *Medialex* 2004, p. 51.
- 2 Journal officiel, n° 143 du 22 juin 2004 page 11168. Cette loi transpose en droit français la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. On notera que cette directive est muette sur le droit de réponse en ligne. On notera aussi que le législateur a choisi, à quelques aménagements près (délai, gratuité absolue notamment), d'aligner le droit de réponse sur les celles qui prévalent en matière de presse classique (cf. le renvoi à l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881). Au surplus, il a délégué au Conseil d'Etat la tâche de définir, le cas échéant, des modalités d'application spécifiques; pareil décret n'a pas encore été adopté.
- 3 Voir le projet du groupe de spécialistes sur les services en ligne et la démocratie (disponible sur le site du Conseil de l'Europe, [www.coe.int](http://www.coe.int)). On retrouvera sur ce site l'histoire d'un texte qui a suscité bien des controverses notamment quant à l'étendue du cercle des services en ligne soumis à réponse.
- 4 Une affaire a été soumise au Tribunal de première instance du district de Zurich, en septembre 2003; elle n'a finalement pas été jugée, les parties ayant accepté une solution transactionnelle par laquelle le défendeur acceptait de publier une réponse sur son portail (cas cité par RIEMER H. M., *Gegendarstellungsrecht* (Art.28g-28l ZGB), insbesondere offene und kontroverse Fragen, recht, 2004, p. 116).

**Résumé:** *Internet a permis à tout un chacun de s'exprimer à grande échelle. Pour assurer l'égalité des armes, il importe que le droit de réponse trouve aussi sa place dans le cyberspace.*

*Technologiquement neutres, les dispositions topiques du Code civil ne s'y opposent nullement ; à l'exemple de l'étranger, quelques retouches seront toutefois nécessaires afin de les adapter aux particularités de la communication en ligne. Ces aménagements visent en premier lieu le délai de réponse et la durée de sa diffusion.*

drons ponctuellement sur ces développements, ainsi que sur les solutions consacrées par le projet de Recommandation, au fil de notre exposé.

## II. Sur le principe d'un droit de réponse en ligne

### 1. Généralités

Le droit suisse, comme nombre de droits étrangers, n'ouvre un droit de réponse que contre les présentations défavorables qui sont l'oeuvre de «médias à caractère périodique» (art. 28g CC). Se posent alors deux questions fondamentales: d'abord de savoir si les services véhiculés par Internet peuvent être qualifiés de médias; ensuite de déterminer s'ils sont de parution récurrente. Avant de développer ces deux points, il importe de rappeler qu'Internet en soi n'est pas un média; à l'instar du papier, de la pellicule ou encore du disque, il n'est autre qu'un vecteur de services de communications - en l'occurrence électroniques - les plus divers: messagerie, téléphonie, radiodiffusion, forums de discussions, portails, etc. Comme nous allons le voir, certains de ces moyens de communication peuvent être qualifiés sans hésitations de médias périodiques, d'autres seulement sous certaines formes, d'autres pas du tout.

### 2. Un média

La définition classique du média est celle d'un service de communication de masse, autrement dit d'un service permettant d'atteindre un nombre étendu de destinataires. Le Tribunal fédéral n'a pas fixé de seuil quelconque en la matière; mais il a toujours été d'avis qu'une audience à la fois faible et contrôlable ôtait tout caractère de média au service considéré<sup>8</sup>.

On rappellera en outre que l'article 28g CC se veut dynamique: si le législateur de 1983<sup>9</sup> avait en point de mire la presse, la radio et la télévision, il était parfaitement conscient que l'évolution technique allait peu ou prou consacrer de nouveaux moyens de communication de masse et qu'il ne fallait pas se limiter à ces seuls médias<sup>10</sup>. Aussi a-t-il opté pour le terme générique de «médias», qu'il a exemplifié en citant nommément les trois formes classiques à l'époque. Pour sa part, le Tribunal

fédéral a constaté: «Es ist ungewiss, welche neuen Medienformen neben Presse, Radio und Fernsehen die zukünftige Entwicklung mit sich bringen wird. Unter gleichen Voraussetzungen soll aber der Anspruch auf Gegendarstellung gegenüber allen Medien Geltung haben, die Informationen verbreiten, unabhängig von der Technik der Verbreitung»<sup>11</sup>.

Cette approche évolutive du droit de réponse permet de considérer que tous les services en ligne qui s'adressent au public doivent être considérés comme un média au sens de l'article 28g CC. Il s'ensuit que le courrier électronique et la téléphonie sur Internet ne devraient échapper au droit de réponse que dans la mesure où ils véhiculent des messages de nature purement individuelle, c'est-à-dire non seulement de diffusion point par point, mais encore destinés à des correspondants isolés ou en petit nombre (ce qui à dire vrai est le cas le plus fréquent). Toutefois, lorsque l'on est en présence d'une communication pluriindividuelle (telle une liste de diffusion contenant une série de destinataires pas tous forcément connus de l'expéditeur), la qualification devient plus délicate. Il y a également lieu de tenir compte du fait que le courrier électronique, plus aisément que le courrier traditionnel, permet une circulation rapide, intégrale et à grande échelle

5 Voir l'article 14 du Staatsvertrag über Mediendienste de 1997.

6 Voir l'article 8 de la loi 460/2003 sur la liberté de la communication de masse (Lag om yttrandefrihet i mass kommunikation).

7 Oberste Gerichtshof, 15 octobre 2002 (4 Ob 177/02m, Wiener Werkstätten) et (4 Ob 174/02w, Boss-Zigaretten).

8 Voir notamment ATF 113 II 369 où il était question d'une revue de presse à usage interne diffusée à des personnes sélectionnées au sein de l'entreprise.

9 Les dispositions régissant le droit de réponse ont été adoptées le 16 décembre 1983 et sont entrées en vigueur le 1er juillet 1985.

10 Et ce contrairement aux pays qui nous entourent: La France, l'Allemagne et l'Autriche instituent le droit de réponse par référence au support de communication, respectivement dans les lois sur la presse et dans les lois sur l'audiovisuel; les conditions d'exercice varient d'ailleurs suivant le support considéré. Cette référence à des vecteurs précis explique pourquoi un tribunal français a, avant les aménagements entrepris récemment par le législateur, refusé d'accorder un droit de réponse à l'encontre de sites web (Tribunal de grande instance de Paris du 5 juin 2002).

11 ATF 113 II 213.

des messages, par le biais de la fonction «transférer». Cela dit, le paramètre de la vaste audience permet encore et toujours de faire la différence. Ainsi la messagerie électronique qui est utilisée pour communiquer à la ronde - tel est le cas notamment de *newsletters* distribués par *emails* - doit être qualifiée de média.

Il importe de souligner que le droit suisse ne conditionne pas le droit de réponse à une information d'un certain degré de qualité; au contraire du projet de recommandation du Conseil de l'Europe qui n'ouvre le droit de réponse que contre les communications «éditées». Partant, comme le relève le rapport explicatif, un minimum de soin dans le traitement de l'information est requis<sup>12</sup>. De fait, le Conseil de l'Europe souhaite restreindre le droit de réponse en ligne à des services qui non seulement visent un large public mais encore contribuent utilement à la formation de l'opinion publique. Le droit allemand s'inscrit dans cette ligne restrictive: le *Staatsvertrag über Mediendienste* souligne que seuls les services de communication qualifiés de «meinungsbildend» sauraient entrer en considération<sup>13</sup>. Le droit finlandais va encore plus loin, puisqu'il ne peut y avoir de réponse qu'à l'encontre des «publications en réseaux», notion qui n'implique pas nécessairement que le média considéré relève d'une activité journalistique proprement dite, mais exige néanmoins un certain professionnalisme.<sup>14</sup>

### 3. Un média périodique

D'emblée un rappel: cette condition est née de la volonté du législateur d'assurer efficacement l'égalité des armes; or, il ne peut y avoir de contre-attaque digne de ce nom que si le vecteur de diffusion est à répétition, permettant ainsi d'atteindre, par le biais d'une édition suivante, la même audience que celle qui a pris connaissance de l'attaque. Cela dit, la doctrine ne se montre pas trop stricte: une diffusion annuelle satisfait déjà à la condition de périodicité<sup>15</sup>; de même le rythme de parution peut être irrégulier.

Reste à examiner de plus près si les divers services en lignes remplissent ce critère décisif.

Les journaux en ligne d'abord; qu'ils ne soient qu'une réplique électronique d'un

médium sur papier ou qu'ils soient un médium sans contre-partie tangible, nul doute qu'ils doivent être considérés comme des médias périodiques. Il en va de même des services radiodiffusion en ligne, qu'il s'agisse de rediffusion (en direct ou en différé peu importe) de programmes déjà diffusés sur les ondes ou par le câble, ou qu'ils offrent un ensemble original de programmes diffusés uniquement par Internet (webcast).

Les forums de discussions ensuite; ces instruments de multilogue qu'Internet a popularisés satisfont également au critère de périodicité, s'ils ont un caractère actif; en d'autres termes, si des messages y sont continuellement postés. Cela dit, tant de par leur essence que de par leur mode de fonctionnement, ces moyens de communication favorisent la confrontation des points de vue. On est alors légitimé à s'interroger sur la raison d'être d'un droit de réponse en présence d'un médium qui se veut une plateforme ouverte aux contributions extérieures; la remarque vaut à tout le moins en ce qui concerne les forums non modérés<sup>16</sup>. En ce qui concerne les forums modérés, qui eux ne permettent pas une publication automatique des contributions, le droit de réponse conserve un sens: celui de contraindre le modérateur du site à publier la contribution, même si elle lui déplaît.

Qu'en est-il enfin des «sites» web en général, notamment des portails d'entreprises commerciales ou d'associations à but idéal, voire mêmes des pages de personnes privées? Comme le soulignent nombre d'auteurs<sup>17</sup>, tout est affaire de maintenance régulière du site considéré. Si celui-ci fait

12 Voir le projet d'exposé des motifs, ad 10. Dans une première mouture le droit de réponse n'était envisagé qu'à l'encontre des seuls services des communication professionnels. Pareil critère n'avait guère de sens dans le monde d'Internet où tout un chacun peut désormais s'ériger en communicateur de masse avec très peu de moyens.

13 Voir également la décision du Landgericht Düsseldorf du 29 avril 1998, 12 O 132/98, lequel a refusé un droit de réponse à l'encontre du portail d'une entreprise commerciale.

14 Articles 2 et 8 de la loi sur la liberté de la communication de masse.  
15 Voir notamment TERCIER P., Le nouveau droit de personnalité, Zurich 1984, ad 1340.

16 Ce d'autant que dans les messages qui paraîtraient sous forme de droit de réponse devraient en outre satisfaire aux conditions d'exercice posées par les articles 28g et 28 h CC (notamment la restriction de la réponse à des faits et l'obligation de concision).

17 Voir notamment RIEMER, (n. 4), p. 115 et la doctrine citée.

l'objet d'une mise à jour à intervalles plus ou moins fixes et qu'il permet en outre de prendre connaissance de la réponse dans les mêmes conditions que celles qui ont présidé à la publication du message contesté, rien ne s'oppose à un droit de réponse. Dès lors, la nature institutionnelle, commerciale, sociale ou purement privée du site ne joue aucun rôle; et l'on peut très bien imaginer un droit de réponse contre une information parue sur le site web personnel d'un citoyen lambda, pourvu que ce site soit renouvelé de temps à autre<sup>18</sup>.

A ce stade, on en vient à douter carrément de la pertinence de la condition de périodicité en présence d'un site web. En effet, mieux que tout autre vecteur de communications, celui-ci est en soi propre à assurer l'égalité des armes de par sa stabilité. Les informations qu'il diffuse restent en effet le plus souvent accessibles très longtemps aux mêmes conditions qu'au jour de leur mise en ligne. Dès lors, tant que l'information controversée est présente on devrait pouvoir faire valoir un droit de réponse. Autant dire qu'un site web de par sa continuité est finalement «plus que périodique» et, partant, se prête idéalement à l'exercice du droit de réponse... Quoi qu'il en soit, on comprend désormais pourquoi le législateur français a évincé le critère de périodicité dans le contexte des services de communication en ligne.

### III. Les modalités d'exercice du droit de réponse en ligne

#### 1. Le délai

Face à un média diffusé en continu se pose tout d'abord la question du point de départ du délai pour demander l'insertion d'une

réponse. Deux dates sont envisageables:

- le jour de diffusion de l'information; c'est la solution consacrée par le droit suisse pour les médias conventionnels (art. 28i, al.1 CC); c'est aussi celle retenue par le Projet de recommandation du Conseil de l'Europe; ou
- le jour où l'information contestée cesse d'être mise à disposition du public; c'est la solution envisagée à l'origine par la loi française; elle fut finalement censurée par le Conseil constitutionnel pour des raisons guères convaincantes liées à l'égalité de traitement entre les médias conventionnels et les médias en ligne<sup>19</sup>.

Ce nonobstant, notre préférence va indiscutablement à la seconde solution, laquelle offre un mode de calcul adapté aux particularités de diffusion des informations en ligne. En effet, au contraire d'une émission de télévision qui véhicule des messages instantanés, ou d'un quotidien qui se renouvelle chaque jour, les informations en ligne sont disponibles en permanence, parfois même pendant de longues périodes. Le fait qu'elles aient paru depuis un certain temps - ce que d'ailleurs l'internaute peut ignorer - ne les prive pas nécessairement de leur impact. Ainsi, tant que l'information contestée est accessible, un droit de réponse doit pouvoir être demandé. Cela vaut également selon nous - même si le droit de réponse pourrait dans un tel cas apparaître comme illimité - pour les archives en ligne qui, grâce aux moteurs de recherche, sont non seulement accessibles en tout temps mais encore très aisément, au contraire des archives «classiques». Cela étant, si les services en ligne exigent un décalage du *dies a quo* par rapport au droit actuel, le mécanisme du double délai prévu par le droit suisse peut être conservé: la personne intéressée disposerait alors, pour demander l'insertion de sa réponse, d'un délai vingt jours à compter de la date où elle prend connaissance de la déclaration incriminée sur Internet et, au plus, de trois mois à compter de la cessation de sa mise en ligne.

#### 2. Le destinataire de la demande de réponse

L'entreprise de médias qui sera saisie d'une demande de réponse est celle qui diffuse le message sous sa propre responsabilité<sup>20</sup>,

18 Cette approche est identique à celle du législateur français qui a lui étendu le droit de réponse aux services de communication en ligne non professionnels (article 6 IV de la loi sur la confiance dans l'économie numérique). Cela dit, dans un premier temps l'Assemblée nationale avait restreint le droit de réponse aux services de presse en ligne; le Sénat (à l'unanimité!) corrigea le tir en relevant que l'identification de ces services devenait de plus en plus délicate en raison de la confusion de genres générées par la convergence.

19 Cette solution a été déclarée contraire à la constitution française, car elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi en prévoyant que les délais d'exercice du droit de réponse et de prescription courent à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public pour les messages exclusivement communiqués en ligne, alors que, pour les autres messages, ces délais courent à compter du premier acte de publication (décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496, du 10 juin 2004).

soit celle qui décide en dernier ressort qu'une information sera diffusée<sup>21</sup>. S'agissant des journaux en ligne, l'article 322 CP, qui oblige l'entreprise de presse à publier un *impresum*, devrait s'appliquer sans difficulté aux journaux diffusés en ligne. Il sera dès lors facile d'identifier le destinataire de la demande.

S'agissant des portails web, les choses se compliquent; d'abord parce que plusieurs acteurs peuvent de prime abord entrer en considération: l'exploitant du site, le fournisseur d'hébergement, voire le fournisseur d'accès. De fait, ces deux derniers opérateurs sont à exclure, car ils n'ont aucune influence sur le contenu du site. C'est donc à l'exploitant du site, en tant qu'éditeur en prise direct avec le contenu, que devra être adressée la demande de réponse. Encore faut-il pouvoir l'identifier. Le droit suisse ne connaît aucune obligation pour l'éditeur en ligne de dévoiler son identité sur son site, ce qui peut remettre en cause l'efficacité du droit de réponse. Sauf peut-être pour les noms de domaine avec extension «.ch», dont l'attribution est gérée par la société Switch<sup>22</sup>; en effet, la personne qui souhaite exploiter un site à cette enseigne doit fournir ses coordonnées complètes, notamment en vue du paiement de l'abonnement annuel. Par ailleurs, des serveurs annuaires, du type whois, renseignent sur l'exploitant d'un site. Ceux-ci ont cependant deux défauts: d'une part, ils ne sauraient être tout à fait fiables et, d'autre part, ils sont sans doute inconnus de la plupart des internautes.

Trois solutions sont cependant envisageables pour assurer l'identification de l'exploitant du site. Premièrement, on pourrait le contraindre à publier sur sa page d'accueil un *impresum*. Pareil alignement sur le régime de la presse se justifierait par le fait que celui qui diffuse des informations sur le web encourt, s'agissant de leur contenu, une responsabilité similaire à l'éditeur classique. Deuxième solution: s'inspirer du droit français<sup>23</sup> et obliger l'exploitant du site qui désire garder l'anonymat à publier, en lieu et place, le nom de son hébergeur, lequel aura connaissance des coordonnées de son client et en aura vérifié l'exactitude; ainsi sera-t-il en mesure, le cas échéant, de faire suivre les demandes de réponse qui lui seront adressées. Dernière possibilité: per-

mettre l'exécution du droit de réponse contre l'hébergeur, si l'exploitant est inconnu ou refuse d'insérer la réponse sur son site<sup>24</sup>. Cette solution, efficace entre toutes, risque cependant de se heurter au mauvais vouloir des entreprises d'hébergement, certainement peu enclines à intervenir directement sur le contenu d'un site pour y insérer une réponse.

### 3. La forme

Dans sa conception originelle, la réponse ne pouvait être publiée que sous forme écrite. On sait que le Tribunal fédéral a récemment admis qu'une photo pouvait répondre à une autre photo<sup>25</sup>. Avec les moyens de communication en ligne qui privilégient le multimédia, il y a lieu de se montrer encore plus souple quant à la forme de la réponse. En effet, en présence de supports combinant, avec force, images, sons, films et textes, toute limite quant au vecteur de l'expression risque de réduire l'impact de la réponse, et en conséquence de mettre en péril le principe cardinal de l'égalité des armes.

### 4. La longueur

L'article 28h CC prévoit que la réponse doit être concise et limitée à l'objet de la présentation contestée; cette double condition peut s'appliquer telle quelle à la réponse en ligne. Des restrictions quantitatives, comme un nombre maximal de signes ou encore une taille maximale à l'écran, n'ont guère de sens: le volume de la réponse doit pouvoir varier en fonction de celle du message litigieux et de la quantité d'informations controversées sujettes à réponse.

L'existence sur Internet de capacités de stockage si ce n'est considérables, du moins sans commune mesure avec celles qu'offre le support papier, ne saurait justifier une extension quelconque de l'étendue de la réponse. Ainsi, la proposition, faite dans le cadre de la consultation sur le projet de Re-

20 TERCIER P., Erste Erfahrungen mit dem neuen Persönlichkeitsrecht, RDS 106 II pp. 87ss, spéc. p. 194.

21 ATF 113 II 213 c. 2d.

22 <http://www.switch.ch>.

23 Art. 43-10 de loi 2000-719 du 1er août 2000.

24 Voir CHERPILLOD I., Information et protection des intérêts personnels: les publications des médias, in RDS 1999 II p. 87 ss, en particulier p. 174.

25 ATF 130 III 1, déjà cité en introduction.

commandation<sup>26</sup>, d'offrir au répondant la possibilité d'insérer un lien à l'endroit de l'information litigieuse et de permettre par ce renvoi à un site exploité par le répondant une contre-attaque sans limites de longueur, méconnaît le but même du droit de réponse: à savoir opposer la version des faits du répondant à celle du message litigieux. Le droit de réponse n'a nullement pour objectif d'offrir une tribune au répondant ni de lui donner l'occasion de poursuivre le débat, de faire de la propagande ou encore de soigner son image. Cela dit, rien ne devrait empêcher le répondant d'insérer dans sa réponse un lien vers le site d'un tiers. Le répondant n'ayant aucune maîtrise sur le contenu de ce site, cette solution, qui a d'ailleurs déjà reçu l'aval du Tribunal fédéral, est moins problématique sous l'angle de l'égalité des armes<sup>27</sup>.

##### 5. De nouveaux modes de diffusion de la réponse?

La solution la plus simple, reprise des médias classiques, est l'insertion de la réponse sur la page même où l'information contestée a été diffusée, ou l'est encore. Mais Internet offre des instruments innovants qui permettent d'envisager de nouveaux modes de diffusion de la réponse. A commencer par l'insertion d'un lien à l'endroit où l'information litigieuse est diffusée. Dans ce cas, il importe cependant de tout faire pour que la personne qui lit l'article litigieux prenne également connaissance de la réponse ou à tout le moins soit consciente de son existence. Dès lors, le lien, qui devra nécessairement pointer vers une autre page exploitée par l'entreprise de média (mais pas nécessairement située sur le même site que celui qui a diffusé le message litigieux) devra être inséré de manière bien

visible, par exemple en caractère gras à la fin de l'article. Il devra en outre s'agir d'un lien profond qui, à son activation, «transporte» l'internaute directement sur la page web où est publiée la réponse.

Une autre innovation est l'insertion de la réponse dans une fenêtre pop-up, soit un espace d'écran qui s'ouvre automatiquement à chaque fois qu'une page donnée est appelée. La réponse s'affichant indépendamment de la volonté de l'internaute, cette solution a le grand avantage de le mettre inévitablement en présence de la contre-attaque; à défaut de la lire, l'internaute aura eu son attention attirée sur son existence et ne pourra aller plus avant dans la consultation du site sans refermer le pop-up. Ce mode de diffusion ne ressortit pas à la théorie: il a été ordonné, à deux reprises, par la Cour suprême autrichienne. Certes, il ne s'agissait pas de la diffusion d'un droit de réponse proprement dit, mais de la publication judiciaire d'un jugement sur le portail de la partie condamnée; il n'en demeure pas moins que la technique du pop-up - en l'espèce il recouvrait un quart de la surface de l'écran - appartient désormais au registre des instruments du droit de la communication<sup>28</sup>. Reste que cette technique est efficace, peut-être même trop: d'abord elle peut apparaître invasive à l'internaute, lequel, rappelons-le, est, qu'il le veuille ou non, confronté avec un message qui lui «saute à la figure»; en outre et surtout, on doit se demander si une réponse aussi intempestive est conforme au principe de l'égalité des armes (à moins, bien sûr, que l'information litigieuse n'ait elle-même été diffusée par ce biais).

Quoi qu'il en soit, le pop-up présente deux inconvénients majeurs. D'une part, il est habituellement utilisé pour véhiculer de la publicité, si bien que les internautes, sans prêter attention à son contenu, le ferment immédiatement, par effet réflexe. D'autre part nombre d'internautes installent des firewalls, destinés à bloquer l'arrivée des pop-up, afin d'éviter d'indésirables messages commerciaux<sup>29</sup>.

L'avant-projet de recommandation du Conseil de l'Europe évoquait deux autres modes de diffusion<sup>30</sup>. D'abord la publication de la réponse non sur la page où se trouve le message litigieux, mais sur la pa-

26 Voir le rapport de Rémi Sermier sur l'avant-projet de Recommandation, disponible sur le site [www.coe.int](http://www.coe.int).

27 Arrêt du 15 septembre 2003 (5C.135/2003), lien pointant vers le site de la ville de Genève qui contenait des informations présentant le requérant sous un jour favorable.

28 Décisions citées en note 7 et disponibles sur le site [http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4\\_174\\_02w.htm](http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4_174_02w.htm).

29 Voir TONNINGER B., Pop-up-Fenster für Urteilsveröffentlichungen im Internet nur sehr eingeschränkt geeignet, *Ecolex* 2003, p. 770 ss.

30 Dans les versions successives du projet de recommandation, le Conseil de l'Europe a renoncé à décrire les modalités de diffusion de la réponse, laissant ce point à l'appréciation des Etats membres.



ge d'accueil du média en ligne. Cette solution séduisante dans le monde de l'édition papier (être en première page, c'est l'assurance d'être vu) l'est beaucoup moins dans le monde d'Internet: le recours accru aux liens profonds fait perdre de son efficacité à pareille mise en évidence. En effet, le lien profond permet de sauter par-dessus la page d'accueil; conséquence: l'internaute est directement dirigé sur le message litigieux sans même savoir que celui-ci a fait l'objet d'une réponse. Dernière solution: diffuser la réplique dans un secteur du site réservé aux réponses. Cette solution n'est, elle aussi, qu'apparemment opérante: un espace dédié, même s'il est bien visible et facile d'accès, n'offre aucune garantie que l'internaute prête attention à la réponse. Souvent, cette dernière sera «enfouie» sous de nombreuses autres réponses et, en l'absence de moteur de recherche, quasiment introuvable.

#### 6. La durée de la diffusion

Cette question requiert des aménagements spécifiques afin d'assurer l'égalité des armes dans le monde des sites web, caractérisé par une diffusion continue. C'est ainsi que la réponse devra être accessible aussi longtemps que l'information contestée demeure en ligne<sup>31</sup>. Ce n'est pas tout: il importe d'éviter que le média saisi réagisse à une demande d'insertion d'une réponse par le retrait du message litigieux, faisant ainsi obstacle à la publication de la réponse. Dès lors, il sera nécessaire de prévoir un délai minimum de publication de la réponse que le message litigieux soit ou non encore présent. Nous suggérons à cet égard trois mois.

#### IV. Les problématiques de droit international privé en bref

Dans le cyberspace, le droit international privé revêt toute son importance. D'une part l'internaute peut consulter une information depuis pratiquement n'importe quel point du globe; d'autre part, le fournisseur de contenu a certes introduit ses données sur le web depuis un lieu précis, situé dans un Etat précis, mais celui-ci peut ne pas correspondre avec le lieu où est situé le serveur sur lequel ces données sont stockées. Dans ces circonstances d'ubiquité, la détermination du droit applicable et, le cas échéant, du for compétent peut s'avérer délicate.

En droit suisse, l'article 33 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé renvoie pour toutes les atteintes aux intérêts personnels aux dispositions relatives aux actes illicites (art. 129 ss LDIP). Ainsi, celui qui entend ouvrir action en exécution du droit de réponse peut agir au lieu de son domicile ou, à défaut, de sa résidence habituelle; s'il n'a ni domicile, ni résidence habituelle en Suisse, il peut saisir le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat (art. 129 LDIP). Trouver un for en Suisse est donc aisé. En revanche, déterminer quel est le droit applicable l'est moins. A cet égard, l'article 139 al. 2 LDIP dispose que le droit de réponse à l'encontre des médias à caractère périodique est exclusivement régi par le droit de l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée. Malgré ce que laisse entendre la rédaction peu claire de cet article, c'est bien le droit du lieu de l'action qui est déterminant, le lieu du résultat n'étant pas pertinent. En matière de presse, c'est ainsi le droit du lieu de l'édition qui s'applique, alors que le lieu de l'impression est sans importance. Pour déterminer l'Etat de parution, s'agissant d'imprimés périodiques, on se fonde sur le lieu indiqué dans la publication elle-même, peu importe le lieu où l'imprimé a effectivement paru. Ce dernier n'a d'importance que si aucun lieu de publication n'est indiqué. Si, au contraire, plusieurs lieux (situés dans des Etats différents) sont mentionnés, le lésé aura le choix de préférer le droit de l'un ou de l'autre Etat. De même, s'agissant de l'Etat de diffusion d'une émission de radio ou de télévision, il faut entendre l'Etat où se trouve le siège du radiodiffuseur, et non pas le lieu effectif de l'émetteur ou encore les divers lieux de réception<sup>32</sup>.

En relation avec Internet, il faut considérer que le lieu de l'action est celui depuis lequel les informations sont mises en ligne. Ainsi, s'agissant d'un journal électronique, le droit de l'Etat de publication est celui de l'Etat de la résidence habituelle ou de l'établissement de l'éditeur<sup>33</sup>. En d'autres

31 Voir BÄNNINGER B., Die Gegendarstellung in der Praxis, thèse Zurich 1998, p. 161.

32 Sur ces points, voir DUTOIT B., Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3ème éd., Bâle 2001, p.453 s.; DASSER F., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, Bâle 1997, commentaire ad art. 139 LDIP, n. 22.

33 DUTOIT (n. 32), ibidem.

termes, le lieu de parution d'une publication sur Internet est localisé, à l'instar de la presse classique, au siège du diffuseur<sup>34</sup>. Du même avis, Von Hinden va jusqu'à proposer une présomption réfragable en faveur de la résidence habituelle de l'auteur de l'information si celui-ci est une personne physique; pour les entreprises de médias, il s'agira de leur centre de décision<sup>35</sup>.

Dans le sillage de ces points de vue doctrinaux, le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt rendu en matière pénale, qu'était déterminant pour fonder la compétence des autorités le lieu où les données étaient envoyées sur le réseau et non celui du serveur où elles étaient stockées. En effet, ce n'est pas l'exploitation du serveur qui déclenche la diffusion des données, mais leur transmission pour stockage et publication sur ce serveur<sup>36</sup>.

Le lieu du serveur où sont stockées les informations - soit le lieu depuis lequel ces dernières sont accessibles pour l'internaute - n'est pas propre à déterminer le droit applicable: le lieu effectif du site web ou du serveur joue un rôle aussi négligeable que le lieu de situation de l'émetteur dans le cadre d'un programme de télévision. L'emplacement du serveur présente en outre le risque de manipulations: lorsque l'internaute choisit un serveur pour héberger son site, il n'est pas limité par les frontières géographiques; libre à lui de mettre les informations sur une installation localisée dans un Etat qui ignore le droit de réponse<sup>37</sup>. En outre, la plupart des internautes chargent un hébergeur du stockage de leurs informations. Ils n'ont, par conséquent, aucune influence sur la localisation du serveur; souvent même ils ignorent dans quel Etat leur intermédiaire exploite son serveur<sup>38</sup>.

Enfin, le lieu des installations techniques utilisées pour le transport des données - soit les différents emplacements des ordinateurs par où transite l'information lors de son périple depuis le serveur où elle est stockée jusqu'à l'ordinateur de l'internaute qui la sollicite - ne saurait non plus constituer un lieu de rattachement adéquat. En effet, le flux de données entre le serveur et l'internaute qui les appelle n'est pas soumis, en raison du système de routage propre à Internet, à un contrôle humain.

## V. Conclusions

Arrivés au terme de cette contribution, nous sommes en mesure de délivrer un certificat d'«internetocompatibilité» au droit de réponse tel qu'il est consacré actuellement par le droit suisse, lequel a l'avantage, en la matière, d'être technologiquement neutre. La mise en œuvre du droit de réponse en ligne ne rencontre en effet guère d'obstacles, sauf à procéder à l'un ou l'autre aménagement pour assurer l'égalité des armes, dans le cyberspace aussi: le *dies a quo* du délai de réponse et la durée de la diffusion de la réponse sont deux éléments qui requièrent certainement une adaptation législative.

Cela dit, au-delà des aspects purement juridiques de la problématique, d'aucuns pourraient douter de la raison d'être d'un droit de réponse en ligne. Au motif que le législateur a introduit le droit de réponse pour contrebalancer la toute puissance de la presse, de la radio ou de la télévision. Or les messages que véhicule Internet sont loin de bénéficier de l'impact des médias classiques: fruits de la communication volatile, spontanée et effrénée que permet la toile, ils sont, pour la plupart, de faible crédit. Reste qu'une diffusion très rapide, une réplique quasi instantanée et une accessibilité unique grâce aux moteurs de recherche leur confèrent souvent un impact tout aussi redoutable que ceux que diffusent les moyens de communication de masse classiques. Dès lors, un droit de réponse en ligne adéquat se justifie pleinement. ■

34 ROSENTHAL D., Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht, PJA 1997 p. 1340 ss, spéc. p. 1349.

35 VON HINDEN M., Persönlichkeitsverletzung im Internet: das anwendbare Recht, Tübingen 1999, p. 61 ss.

36 Arrêt publié in Revue des juristes bernois 1999 p. 703 ss.

37 Ceux-ci sont nombreux: le Royaume-Uni, la Suède et, pour ce qui concerne la presse écrite, les Etats-Unis entrent dans cette catégorie.

38 Sur ce point, voir VON HINDEN (n. 33), ibidem.

# Selbstregulierung und Selbstorganisation bei den elektronischen Medien

Rolf H. Weber\*

Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich

In vielen Wirtschaftsbereichen, insbesondere bei den elektronischen Medien, wird vermehrt eine politische Steuerungskrise diagnostiziert, die den Ruf nach alternativen Regulierungsmechanismen nach sich zieht. Verschiedene Gründe sprechen dafür, dass die überkommenen staatlichen und halbstaatlichen Organisationsformen angesichts der neueren technologischen Entwicklungen an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit stossen.<sup>1</sup>

Als neues Steuerungsinstrument tritt deshalb die Selbstregulierung stärker in den Vordergrund; dieses Prinzip lässt das Verhältnis zwischen Zivilgesellschaft und Staat, das eine zunehmende Vermischung öffentlicher und privater Bereiche zeigt, in ein neues Licht rücken, mit der Folge, dass der Staat in der «Mediengesellschaft» nicht länger allein eine übergeordnete Instanz darstellt, sondern die Rolle eines besonderen Akteurs übernimmt, wie kürzlich eine umfassende Studie aus theoretischer und aus empirischer Sicht untermauert hat<sup>2</sup>.

**Résumé:** *Le système de l'autorégulation se profile de plus en plus comme une solution de rechange utile aux dispositions contraignantes promulguées par l'Etat, et ce tout particulièrement lors de crises politiques. En comparaison du schéma classique, lesdites solutions privées de régulation présentent de nombreux avantages. Aussi, il serait tout indiqué de leur donner un rôle plus conséquent. Les recherches en la matière, qu'elles soient empiriques ou fortement documentées, tendent en effet toutes à prouver que coexistent des formes variées d'auto- et de co-régulation dans le monde des médias européens. Les recherches susmentionnées visent surtout à identifier les facteurs nécessaires ou de nature à favoriser l'efficacité de ces formes de régulation, ainsi que les particularités propres aux médias.*

## I. Theoretische Fundierung von Regulierungskonzepten

### 1. Mögliche Regulierungsformen

Dass es neben dem Marktversagen auch ein Politikversagen geben kann, ist eine schon 20 Jahre alte Erkenntnis<sup>3</sup>. Als Alternative zur staatlichen Gesetzgebung bietet sich indessen die Selbstregulierung an. Der Begriff der Selbstregulierung suggeriert, dass gesellschaftliche Kräfte ihre Tätigkeiten und Verhältnisse untereinander ohne staatliche Einwirkung selbst bestimmen. Solcherart verstandene Selbstregulierung ist im Zusammenhang mit den Medien hingegen nicht gemeint; die Selbstregulierung stellt vielmehr eine besondere Form der staatlich «begleiteten» Regulierung dar<sup>4</sup> und lässt sich insoweit von der (staatlichen) Regulierung abgrenzen, als bei ihr ein nicht-staatlicher Akteur im Zentrum steht und damit die Aspekte der Durchsetzung und Sanktionierung weniger gesichert sind<sup>5</sup>. Zwischenzeitlich ist auch anerkannt, dass es nicht nur eine einzige Form von «Selbstregulierung» gibt und dass dieser Begriff keine einheitliche Verwendung im Schrifttum gefunden hat bzw. finden kann<sup>6</sup>.

\* Meinem Assistenten, lic. iur. Dirk Spacek, danke ich für die Mithilfe bei der Ausarbeitung dieses Beitrages.

1 WILLKE H., Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme, Stuttgart/Jena 1995, 85; FLÜCKIGER A., Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, ZSR 2004 II 165. Der Befund, dass die traditionelle staatliche Regulierung immer mehr Mühe hat, sachgerechte Ordnungsstrukturen zu schaffen, zeigt sich noch stärker als bei den klassischen elektronischen Medien beim Internet, das sich durch eine dezentrale Infrastruktur auszeichnet (vgl. dazu WEBER R.H., Regulatory Models for the Online World, Zürich 2002, 57 ff)

2 Vgl. den Forschungsbericht «Selbstregulierung und Selbstorganisation», erstellt zuhanden des BAKOM vom Institut für Publizistikwissenschaft und Medienforschung (JARREN O./PUPPIS M./KÜNZLER M./SCHADE E./DONGES P./LEDERGERBER A./VOGEL M.) und vom Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht (WEBER R.H./DÖRR B.), beide Universität Zürich (hernach «IPMZ/ZIK-Bericht»); der nachfolgende Beitrag fasst die wesentlichen Ergebnisse des elektronisch verfügbaren Berichts zusammen (www.rwi.unizh.ch/zik und www.mediapolicy.ch) und bettet ihn in die neuere juristische Diskussion ein.

3 Vgl. WEBER R.H., Wirtschaftsregulierung in wettbewerbsspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, 35 f.

4 MADER L., Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, ZSR 2004 II 15, 43.

5 Dazu auch WEBER R.H./DÖRR B., Revitalisierung der Selbstregulierung im Medienbereich?, AJP 2002, 312, 316 f.

**Zusammenfassung:** *Als Alternative zur staatlichen Gesetzgebung bietet sich - insbesondere bei politischen Steuerungskrisen - die Selbstregulierung an. Vergleichend weisen alternative Regelsetzungsmechanismen gegenüber der traditionellen Regulierung zahlreiche Vorteile auf, weshalb es angebracht ist, der privaten Regelsetzung einen angemessenen Tätigkeitsbereich zu überlassen. Dokumentarische und empirische Untersuchungen belegen, dass im europäischen Medienwesen viele Formen der Selbst- und Co-Regulierung sowie Instrumente der Selbstorganisation bestehen. Gegenstand dieser Untersuchungen bilden vor allem die Erörterung zwingender oder begünstigender Faktoren für die Wirksamkeit dieser alternativen Regulierungsformen mit Blick auf medienbezogene Besonderheiten.*

Neuere Studien im Medienbereich unterscheiden zwischen folgenden Formen der durch Private vorgenommenen «Regelsetzung»<sup>7</sup>:

- Die Co-Regulierung bzw. regulierte Selbstregulierung zeichnet sich dadurch aus, dass die Formulierung, Implementierung und Durchsetzung von Regeln durch private Akteure erfolgt, jedoch ein Auftrag seitens des Staates vorliegt oder in gewissen Bereichen eine Zusammenarbeit mit einem staatlichen Akteur vorgesehen ist.
- Unter den Begriff der Selbstregulierung fallen jene Formen der Regelsetzung, die durch private Marktteilnehmer erfolgt, bindenden Charakter für die Branche aufweist und auch gewisse (private) Sanktionierungsmechanismen vorsieht.
- Falls sich die private Regelsetzung nur auf eine Institution oder Organisation bezieht, spricht das Schrifttum von Selbstorganisation.

Mit Bezug auf die Frage der Verbindlichkeit und der Öffentlichkeit der Regelsetzung lässt sich deshalb feststellen, dass in der Reihenfolge Selbstorganisation, Selbstregulierung, Co-Regulierung und schliesslich Regulierung der Verbindlichkeitscharakter graduell zunimmt, während in der umgekehrten Reihenfolge der Öffentlichkeitsgrad graduell abnimmt<sup>8</sup>.

Neuere Theorieansätze, insbesondere die Strukturations- und Organisationstheorie, haben in den letzten Jahren die Erfassung der Regelsetzungsformen verfeinert<sup>9</sup>. Weil Regeln danach aus Strukturen entstehen, lassen sich Selbstregulierung und Selbstorganisation als Transformation von Regeln auffassen, und zwar in kodifizierter und angewandter Form. Gleichzeitig bedeutet die Betonung des strukturellen Elementes, dass Selbstregulierung und Selbstorganisation auch Herrschaftsaspekte aufweisen, denn Leitbilder bleiben ohne normative Absicherung durch Sanktionen wirkungslos; diese Überlegung gilt insbesondere in denjenigen (nicht seltenen) Fällen, in denen die private Regelsetzung eine Reaktion auf (potentielle) staatliche Regulierungsversuche (sog. rekursive Regulation) darstellt<sup>10</sup>.

Die Theorie des reflexiven Rechts<sup>11</sup> untermauert den prozeduralen Hintergrund der

Regulierung als Form der «inneren Rationalität» sowie der Co-Regulierung als Form von «Normrationalität» bzw. «regulierter Autonomie»; zum Ausdruck kommt damit die Kombination von aktiver Förderung selbstregulierender Systeme und Vermeidung negativer externer Effekte mittels eines korrigierenden Eingreifens<sup>12</sup>.

Weil Regulierungen der Verlässlichkeit und Berechenbarkeit von Verhalten und Verhaltenserwartungen dienen, gleichzeitig hingegen auch Beweglichkeit hinsichtlich des Aufkommens neuer Tendenzen aufweisen müssen, kommen gesamthaft betrachtet beiden Regulierungssubjekten (privater Selbstregulator und Staat) eine wichtige Rolle zu<sup>13</sup>.

## 2 Vor- und Nachteile der Selbst- und Co-Regulierung

Zu den positiven Wirkungen von Selbst- und Co-Regulierungen gehören<sup>14</sup>:

- Mobilisierung von Fachwissen: Die Branchenteilnehmer können nicht nur in der Öffentlichkeit ihre Auffassungen bekannt machen, sondern sind direkt im «Gesetzgebungsprozess» beteiligt.
- Praxisnähe: Der Einbezug der Betroffenen lässt die Chance als gross erscheinen, dass brauchbare Regeln entstehen, die auch erwünschten Ethikpostulaten genügen.

6 Vgl. PRICE M.E./VERHULST S.G., Selbstregulierung und Verhaltenskodizes als Grundlage von Internet-Politik, in: Waltermann J./Machill M. (Hrsg.), Verantwortung im Internet, Gütersloh 2000, 141, 143.

7 Eingehender dazu JARREN O./WEBER R.H./DONGES P./DÖRR B./KÜNZLER M./PUPPIS M., Rundfunkregulierung. Leitbilder, Modelle und Erfahrungen im internationalen Vergleich, Zürich 2002, 107 ff; MADER (FN 4), 36 ff.

8 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 303.

9 Grundlegend A. GIDDENS, Die Konstitution der Gesellschaft. Grundzüge einer Theorie der Strukturierung, 3. Aufl. Frankfurt/New York 1995.

10 Dazu IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 19 ff.

11 Grundlegend TEUBNER G./WILLKE H., Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Steuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1984, 4 ff.

12 Dazu IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 32 ff.

13 RUCH A., Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet, ZSR 2004 II 381, 408 ff.

14 Vgl. WEBER/DÖRR (FN 4), 319 und 325 ff m.Verw.; vgl. auch RUCH (FN 13), 408 ff und 449 ff.

- Flexibilität: Im Unterschied zur staatlichen Gesetzgebung ist nicht ein kompliziertes und langwieriges Verfahren zu durchlaufen, sondern private Verträge oder Verbandsbeschlüsse lassen sich (relativ) kurzfristig treffen; dieselbe Überlegung gilt für die Anpassung der Regeln an neue Erkenntnisse und Entwicklungen im sozialen Umfeld.
- Unabhängigkeit: Angesichts der verfassungsrechtlich geschützten Unabhängigkeit der Medien wird davon ausgegangen, dass politische Einflüsse weniger wahrscheinlich sind als im demokratischen Gesetzgebungsprozess.
- Niedrige politische Kosten: Die politischen Kosten der Regulierung sind gering, weil im System der Selbstregulierung der staatliche Regulierer entlastet wird.
- Internationalität: Selbstregulierungen sind im Gegensatz zu staatlichen Gesetzen nicht durch das Territorialitätsprinzip begrenzt und damit grenzüberschreitend wettbewerbsfähig.
- Wirkungsgrad: Der Wirkungsgrad von Selbstregulierungsnormen kann hoch sein, weil private Normen den Betroffenen oft besser bekannt sind als staatliche Normen.

Selbst- und Co-Regulierungen weisen indessen auch gewisse Nachteile bzw. Problemstellungen auf, die sich nicht übersehen lassen<sup>15</sup>:

- Demokratiedefizit: Die private Regelung erfolgt nicht in einem demokratisch legitimierten Prozess, sondern durch teilweise zufällig zusammengesetzte Gremien; der Miteinbezug aller betroffenen Akteure ist somit nicht gesichert.
- Einzelfallbezogenheit: Entscheide werden regelmässig gestützt auf konkrete Vorfälle getroffen, ohne dass übergeordnete staatliche Ziele eine Rolle spielen; auch fehlt eine eigentliche Qualitätskontrolle.
- Beschränkte Verbindlichkeit: Je nach Ausgestaltung ist die private Regelung nicht für alle Marktteilnehmer verbindlich.
- Beschränkte Durchsetzbarkeit: Private Anordnungen lassen sich nicht staatlich erzwingen (Fehlen des Zwangsvollstreckungsapparates); bei der Co-Regulierung ist immerhin ein subsidiäres Ein-

greifen des Staates denkbar; als Sanktionen kommen insbesondere «Bussen» (Konventionalstrafen) und der Ausschluss aus dem Verband in Frage.

Ungeachtet des Nachteils der beschränkten Verbindlichkeit bzw. Durchsetzbarkeit von Selbstregulierungen lässt sich aber nicht übersehen, dass private Regelsetzungen regelmässig erhebliche faktische Bindungswirkungen zeitigen, die auf Aspekten der Akzeptanz, des Vertrauensprinzips oder der drohenden staatlichen Gesetzgebung beruhen<sup>16</sup>. Letztlich erfordert eine adäquate Regulierung die Wahl des richtigen Instruments für einen bestimmten Gegenstand; dabei spielen Wertungen, gesellschaftliche Ansprüche, Traditionen und Steuerungsbedürfnisse eine massgebliche Rolle<sup>17</sup>.

### 3. Vor- und Nachteile der Selbstorganisation

Regeln der Selbstorganisation weisen ähnliche Charakteristiken auf wie die Selbst- bzw. Co-Regulierung; entsprechend ist von ähnlichen Stärken und Schwächen auszugehen<sup>18</sup>. Der Wirkungskreis ist immerhin insoweit enger, als bewusst nur die Angehörigen des eigenen Unternehmens und nicht alle Marktteilnehmer derselben Branchen angesprochen sind; daraus ergibt sich auch eine grössere Heterogenität der Regeln, wenn nicht bewusst versucht wird, zumindest denselben (Minimal-)Standard wie konkurrierende Unternehmen zu erreichen<sup>19</sup>.

Im Gegensatz zur Selbstregulierung lässt sich die Selbstorganisation zudem nicht nur durch eine «Regelsetzung» positiv beeinflussen, sondern auch andere Vorkehrungen, etwa die Personalführung/Arbeitsabläufe, die Programmplanung, die Ressourcensteuerung und die (interne) Qualitätskontrolle<sup>20</sup>.

15 WEBER/DÖRR (FN 5), 319 f. m. Verw; RUCH (FN 13), 449.

16 Vgl. WEBER R.H., Stärken und Schwächen der Selbstregulierung im Medienbereich, Medienwissenschaft Schweiz 1/2002, 25, 28; WEBER/DÖRR (FN 5), 321 f.

17 RUCH (FN 13), 450.

18 Zur Entwicklung der Selbstorganisationsinstrumente aus den Massnahmen der Selbstkontrolle vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 41 ff.

19 Zu den «Angleichungstendenzen» bei den Redaktionsstatuten vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 78 ff.

20 Vgl. dazu IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 91 ff, 293 f.

#### 4. Zwischenfazit

Die theoretischen Überlegungen zu den Regulierungsformen lassen es als angebracht erscheinen, der privaten Regelsetzung einen angemessenen Regelungsbereich zu überlassen. Der Staat hat aber einen regulativen Rahmen bereitzustellen, denn ihm obliegt letztlich eine Gewährleistungs- bzw. Auffangverantwortung, die greifen muss, um negative Folgen der Selbstregulierung und der Selbstorganisation auszugleichen. Angesichts der verfassungsrechtlichen Rahmenordnung in der Schweiz ist ein ausgebautes Selbstregulierungsregime somit in eine quasi-richterliche Überwachungsstruktur einzubetten<sup>21</sup>.

## II. Empirische Erfahrungen mit der Selbstregulierung und der Selbstorganisation

Empirische Untersuchungen zur Selbstregulierung und zur Selbstorganisation liegen nur beschränkt vor; der IPMZ/ZIK-Bericht betritt deshalb in vielen Bereichen Neuland und untersucht mit guten Gründen Fragen der Implementierung, der Bewertung und der Erfolgsfaktoren entsprechender Vorgehensweisen<sup>22</sup>. Die Frage, welche Faktoren erfüllt sein müssen, damit Formen der Selbstregulierung und Instrumente der Selbstorganisation hinsichtlich der von den beteiligten Akteuren angestrebten Ziele wirksam werden können, verdient deshalb Beachtung.

### 1. Komponenten der privaten Regelsetzung

Eine empirische Untersuchung der Formen der Selbstregulierung und der Instrumente der Selbstorganisation setzt eine länderübergreifende Betrachtungsweise voraus. Besondere Erfahrungen in diesem Bereich weisen die nordischen Staaten Europas auf.

Aus diesem Grunde hat der IPMZ/ZIK-Bericht Presseombudsmänner, Presseräte, freiwillige Selbstkontrollorganisationen, Rundfunkräte und vergleichbare Organisationen nordischer Länder in die Untersuchungen miteinbezogen<sup>23</sup>. Komponenten jeder Art von staatlicher Regelsetzung sind die Vorgaben an die Regulierung, und zwar in inhaltlicher, struktureller und prozeduraler Hinsicht; weiter als bedeutungsvoll erweisen sich die Aspekte der Durchsetzung und der Sanktionierung<sup>24</sup>.

Um die einzelnen Formen der Regulierung beurteilen zu können, sind Erfolgsfaktoren zu formulieren; der IPMZ/ZIK-Bericht orientiert sich an folgenden Erfolgsfaktoren<sup>25</sup>:

- Einbindung in bestehende Regulierung;
- Unabhängigkeit der Regulierenden von den Regulierten;
- Beteiligung des Staates;
- Ausreichende Ausstattung;
- Fachwissen und Know-How;
- Klare Verfahren und Verantwortlichkeiten;
- Transparenzregeln;
- Einbezug der Öffentlichkeit;
- Wirksame Sanktionierung;
- Zielgerichtetheit und Effizienz der Massnahmen;
- Bekanntheitsgrad der Regulierung;
- Akzeptanz der Regulierung durch die Marktteilnehmer;
- Interessenübereinstimmung innerhalb der Akteure.

Die Beurteilung der einzelnen Faktoren lässt sich auf der Basis der vorhandenen Dokumente (Gesetze, Verordnungen, internen Reglemente, Beschlüsse) und/oder anhand der praktischen Handhabung vorhandener Regeln in der Praxis vornehmen. Die Dokumentenanalyse ist dabei eine Desk Research, die praktische Umsetzung bedarf der (empirischen) Befragung der betroffenen Personen.

### 2. Erfolgsfaktoren und Bewertung der Selbstregulierung

Der IPMZ/ZIK-Bericht kommt mit Bezug auf die Selbstregulierung (bzw. Co-Regulierung) gestützt auf die dokumentarischen und empirischen Analysen zu folgenden Resultaten<sup>26</sup>:

(1) Allgemein anerkannt ist die Notwendigkeit der Unabhängigkeit der Regulieren-

21 Vgl. bereits WEBER/DÖRR (FN 5), 327.

22 Zu den theoretischen Grundlagen IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 64 ff; zu den vorhandenen Regulierungen in der Schweiz vgl. WEBER/DÖRR (FN 5), 313 ff.

23 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 14, mit jeweiligen Hinweisen zu den konkreten Ausgestaltungen der Selbstregulierungsorganisationen.

24 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 286.

25 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 69 ff; vgl. auch RUCH (FN 13), 412 zur Frage der Legitimation und Akzeptanz.

26 Vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 106 ff, 247 ff, 289 ff; vgl. auch BRUNNER U., Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung im Umweltrecht, ZSR 2004 II 315, 366 und 367 ff; RUCH (FN 13), 408 ff.

den von den regulierten Unternehmen; auch im Falle einer privaten Regelsetzung ist eine klare Trennung zwischen der die Regeln aufstellenden und durchsetzenden Organisation und den betroffenen Unternehmen herbeizuführen.

(2) Wichtig für den Erfolg der Selbstregulierung ist die Akzeptanz der Regeln bei den Betroffenen; sobald Selbstregulierungen nicht mehr durch den Befolgungswillen der ihnen Unterworfenen gedeckt sind, fällt die Legitimation zur Regulierung dahin<sup>27</sup>. Medienunternehmen und Medienschaffende können also durch Zustimmung zu den Selbstregulierungen deren Effizienzgrad erhöhen.

(3) Überwiegend wird in der Medienbranche von der Annahme ausgegangen, die aktiv bewirkte Transparenz hätte eine positive Auswirkung auf die Akzeptanz der Selbst- bzw. Co-Regulierung (z.B. durch Rechenschaftsberichte oder Öffentlichkeitsarbeit); Transparenz verkleinert auch das Risiko willkürlicher Entscheidungen.

(4) Ob der Einbezug von Öffentlichkeit zwecks Erhöhung der Transparenz sich positiv auf die Selbstregulierungen auswirkt, ist umstritten; kritisch wird insbesondere vermerkt, die Auswahl der Öffentlichkeitsvertreter sei oft arbiträr und verstärke das Risiko der Verfolgung von Partikularinteressen.

(5) Der Bekanntheitsgrad der Selbstregulierungen wird als positiver Faktor in Nordeuropa stärker bewertet als im deutschsprachigen Raum; damit Selbstregulierungen für die von ihnen Betroffenen auch berechenbar sind, ist zudem eine sachgerechte Information an die Betroffenen erforderlich<sup>28</sup>.

(6) Unterschiedliche Auffassungen herrschen zur Frage vor, ob die Beteiligung des Staates ein Erfolgsfaktor der Selbstregulierungen sei; zwar wird nicht verkannt, dass die Co-Regulierung gewisse Mängel einer rein privaten Regulierung ausmerzen vermag, doch beeinträchtigen staatliche Interventionen auch die Unabhängigkeit der Medien. Grundsätzlich hat eine Selbstregulierung ein Ziel mit erwiesenem Allgemeininteresse zu verfolgen, unterstützt durch eine angepasste flankierende staatliche Regulierung<sup>29</sup>; zudem sollten den von

der Selbstregulierung Betroffenen auch adäquate Rechtsmittel zur Verfügung gestellt werden, um deren rechtmässige Anwendung zu gewährleisten<sup>30</sup>.

(7) Uneinigkeit herrscht auch in der Einschätzung zur Frage, ob ein wirksames Sanktionierungsregime den Erfolg von Selbstregulierungen ausmacht; nicht nur spielen kulturelle Faktoren eine Rolle, sondern auch die Frage, welcher Art die Sanktion sein soll, z.B. moralischer Reputationsschaden oder Geldstrafe.

Gesamthaft gesehen kommt der IPMZ/ZIK-Bericht zum Ergebnis, dass die skeptische Einschätzung von Formen der Selbstregulierung in früheren Studien zu relativieren ist. Insbesondere bei langjähriger Erfahrung und Ausbildung einer entsprechenden Verantwortungskultur, die nicht stark verpolitisiert ist, kann die Selbstregulierung positive Wirkungen entfalten. Problematisiert wird immerhin die Tendenz bei den Gerichten, ethische Verhaltensanforderungen, die in Selbstregulierungskodizes enthalten sind, zur Grundlage von Urteilen zu machen und damit einer Juridifizierung der moralischen Aspekte Vorschub zu leisten<sup>31</sup>.

### 3. Erfolgsfaktoren und Bewertung der Selbstorganisation

Mit Blick auf die Wirkungen von Selbstorganisations-Massnahmen kommt der IPMZ/ZIK-Bericht zu folgenden Ergebnissen<sup>32</sup>:

(1) Die angemessene innerbetriebliche Verortung der eingesetzten Instrumente ist ein Erfolgselement; postuliert wird die Ansiedlung der Selbstorganisation auf einer höheren unternehmerischen Ebene, um Legitimation und Akzeptanz zu stärken. Umstritten ist hingegen die Frage, ob das Controlling auf Direktions- oder Abteilungsebene einzuführen sei<sup>33</sup>.

27 ZUFFEREY J.-B., (Dé-, re, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière : Thèses pour un état des lieux en droit suisse, ZSR 2004 II 487, 596.

28 RUCH (FN 13), 409.

29 BRUNNER (FN 26), 367; vgl. auch Ruch (FN 13), 412.

30 ZUFFEREY (FN 27), 594 f.

31 Vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 286 f.

32 Vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 102 f., 109 ff., 264 ff., 295 ff.

33 Zu den Aktionsebenen des Controlling im Besonderen IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 97, 99.

(2) Übereinstimmung herrscht ebenso mit Bezug auf die Akzeptanz der Selbstorganisation durch die Redaktionen und die publizistische Leitung als Erfolgsfaktor; die Akzeptanz ist insbesondere von Bedeutung, wenn die Zielsetzung der Selbstorganisationsinstrumente jene einer Dienstleistung für die Programmgestalter ist.

(3) Auch die Akzeptanz der Selbstorganisationsinstrumente durch die Unternehmensleitung ist ein Erfolgsfaktor; das Management muss überzeugt sein, dass diese Instrumente einen bestimmten Nutzen bringen.

(4) Ergänzend tragen klar festgelegte Arbeitsweisen und Ziele zur Wirkung von Selbstorganisationsinstrumenten bei; solche Ziele sollten sich vor allem durch Praxisnähe auszeichnen.

(5) Dem Aspekt der Sanktionierung der Nichteinhaltung von internen Regeln wird eine gewisse Bedeutung zugemessen, sofern der Sanktionenkatalog ausreichend weit und flexibel umschrieben ist.

(6) Weitere (selbstverständliche) Erfolgselemente der Selbstorganisationselemente sind die Kontinuität der Massnahmen sowie die ausreichende finanzielle und personelle Ausstattung. Hingegen haben die empirischen Untersuchungen die Hypothese nicht erhärtet, dass konkrete Rechenschaftspflichten einen Erfolgsfaktor für die Selbstorganisation darstellen.

(7) Die Beteiligung von Dritten an der Selbstorganisation wird als problematisch oder gar als unerwünscht erachtet (z.B. Vertraulichkeitsaspekt).

Gesamthaft betrachtet können Selbstorganisationsinstrumente wie Planungs-, Steuerungs- und Informationsvorkehren die «Produktqualität» im elektronischen Me-

dienbereich verbessern; unternehmensexterne Regulierungen welcher Intensität auch immer lassen sich durch interne Massnahmen indessen nicht ersetzen<sup>34</sup>.

### III. Lehren für künftige Regulierungen

#### 1. Heterogenität und «Kulturabhängigkeit»

Die dokumentarischen und empirischen Untersuchungen des IPMZ/ZIK-Berichts zeigen, dass in Europa eine grosse Zahl von Formen der Selbst- und Co-Regulierung sowie der Instrumente der Selbstorganisation bestehen. Diese Vielfalt bzw. Heterogenität basiert auf politischen Systemmerkmalen sowie auf Kultur- und Organisationsunterschieden. Länderübergreifend lassen sich deshalb Erkenntnisse nicht einfach «kopieren», sondern die Einbettung in die nationale Sozial- und Kulturphilosophie ist unumgänglich und der Kreis der Selbstregulierer muss eine gewisse Homogenität aufweisen, denn je mehr verschiedene Erwartungen eine Regulierung zu erfüllen hat, desto schwieriger wird das Unterfangen<sup>35</sup>.

Neben den politisch-kulturellen Strukturen sind auch die Organisationsstrukturen von grosser Bedeutung; gerade in einem sozial sensitiven Bereich wie dem Rundfunk kann es nationale Befindlichkeiten geben, die dazu führen, dass einzelne Erfolgsfaktoren in verschiedenen Ländern divergierende Einschätzungen erfahren. Ungeachtet dieser allgemeinen Einschränkungen zeigt aber der IPMZ/ZIK-Bericht dennoch gewisse übereinstimmende Erkenntnisse, die sich für die künftige Diskussion in der Schweiz fruchtbar machen lassen.

#### 2. Wirksamkeit von Regulierungen

Als zwingende Erfolgsfaktoren, die bestimmte Formen der Selbst- und Co-Regulierung wirksam machen<sup>36</sup>, nennt der IPMZ/ZIK-Bericht<sup>37</sup>:

- Akzeptanz durch die regulierten Unternehmen;
- Unabhängigkeit des Regulierers von den regulierten Unternehmen;
- Ausreichende finanzielle und personelle Ausstattung;
- Klar festgelegte Verfahren und Verantwortlichkeiten; Zielgerichtetheit der Regulierungen.

34 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 294 f.

35 Vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 284 f, 298 ff; vgl. auch RUCH (FN 13) allgemein zur «Eignung» der Selbstregulierung (411) und zur «Homogenität» als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine effiziente Selbstregulierung (451).

36 Zu den allgemeinen Faktoren der Transparenz, Verlässlichkeit (Rechtssicherheit), Zielgerichtetheit vgl. auch WEBER (FN 16), 27.

37 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 304; vgl. auch II. 2 und 3.



Faktoren, die einen positiven Einfluss ausüben, ohne zwingend notwendig zu sein, sind:

- Verantwortlichkeit durch Einbezug der Öffentlichkeit;
- Verantwortlichkeit durch Transparenzvorschriften;
- Bekanntheitsgrad der Organisation und etwaiger Beschwerdeverfahren;
- Fachwissen und Professionalität der Beteiligten.

Entgegen einer landläufigen Meinung haben die empirischen Untersuchungen des IPMZ/ZIK-Berichts zum Ergebnis geführt, dass die Wirksamkeit von zwei Faktoren als umstritten zu gelten hat:

- Beteiligung des Staates an der Selbstregulierung;
- Wirksame Sanktionierungsmechanismen auf der privaten Ebene.

Mit Blick auf die Instrumente der Selbstorganisation erscheinen folgende Faktoren als notwendig, um deren Wirksamkeit zu begründen<sup>38</sup>:

- Akzeptanz durch die Redaktionen und die publizistische Leitung;
- Akzeptanz durch die Unternehmensleitung;
- Klar festgelegte Arbeitsweisen;
- Angemessene innerbetriebliche Verortung;
- Ausreichende finanzielle und personelle Ausstattung;
- Kontinuität der Selbstorganisation.

Die Instrumente der Selbstorganisation müssen also in das bestehende Normengefüge einer Organisation eingebunden sein und die Kulturen der Organisation berücksichtigen. Zusätzliche begünstigende, aber nicht zwingende Faktoren für Instrumente der Selbstorganisation sind Sanktionierungsmöglichkeiten im weiten Sinne sowie interne Rechenschaftspflichten.

Hingegen besteht eine Präferenz dafür, Instrumente der Selbstorganisation tatsächlich als interne Vorkehrungen auszugestalten und Dritte nicht einzubeziehen, weil dadurch in verschiedener Hinsicht kontraproduktive Auswirkungen eintreten könnten.

### 3. Differenzierung zwischen den Medien?

Nicht nur in der Schweiz, sondern auch in andern Ländern zeigt sich, dass den verschiedenen Formen der Selbstregulierung und der Selbstorganisation im Pressebereich mehr Vertrauen geschenkt wird als bei den elektronischen Medien. Teilweise mag diese Tendenz mit der historischen Entwicklung korrelieren; teilweise ist der stärkere Einfluss des Staates im Rundfunk aber auch auf strukturelle Gegebenheiten zurückzuführen, insbesondere die Tatsache, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter oft eine (sehr) starke Marktposition innehat<sup>39</sup>.

Gerade diejenigen Länder (insbesondere die Schweiz und Deutschland), die einen grossen Wert auf die Erbringung des (wie auch immer umschriebenen) Service Public durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter legen, neigen dazu, der Co-Regulierung gegenüber der reinen Selbstregulierung im Rundfunk den Vorzug zu geben. Selbst wenn die Unabhängigkeit der Medienunternehmen zu gewährleisten ist, hat der Staat nach dieser Betrachtungsweise doch sicherzustellen, dass die grundlegenden Informations- und Bildungsziele eine sachgerechte Beachtung finden. Dennoch zeigen die Erfahrungen in verschiedenen (vor allem nordischen) Ländern, dass den Privaten ein ausreichender Raum zur Ausarbeitung und Durchsetzung selbstregulativer Bestimmungen und Selbstorganisationsinstrumenten eingeräumt werden sollte; staatliche Interventionen sind nur bei Versagen der Selbstregulierung legitimiert. Diese Einschätzung bedeutet gleichzeitig, dass die Weiterentwicklung «reiner» Presseräte zu eigentlichen, umfassend tätigen Medienräten sachgerecht ist; Medienschaffende sollten beim Rundfunk dieselbe Verantwortung tragen wie bei den Printmedien, denn die ethischen und moralischen Werte gelten unabhängig von der Verbreitungstechnologie im gesamten Mediensektor<sup>40</sup>. ■

38 IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 305.

39 Vgl. auch WEBER/DÖRR (FN 5), 315 f.

40 Vgl. IPMZ/ZIK-Bericht (FN 2), 309 und WEBER/DÖRR (FN 4), 327.