

# Neue Entwicklungen im schwedischen Medienrecht

Katrin Lindenberg

Lic. iur., Kiel

**Résumé:** *Le droit suédois des médias se modernise par étapes depuis quelques années. Aussi bien la loi sur la presse que la loi sur l'expression d'opinions à la radio et à la télévision ont subi des modifications partielles, alors même qu'une nouvelle réglementation générale prenant en compte les nouveaux médias n'a pas abouti. De même, la nouvelle loi sur la responsabilité pour les «panneaux d'affichage» électroniques ne concerne qu'un aspect particulier. Il est fort probable que dans un futur proche, le champ d'application de la loi sur la presse et sur l'expression d'opinions va être étendu aux sites web. Cela ne devrait pas se passer automatiquement, mais seulement à la condition qu'un éditeur responsable ait été désigné et qu'une preuve de publication ait été délivrée.*

Seit einigen Jahren erfährt das schwedische Medienrecht eine schrittweise Modernisierung. Das Pressegesetz vom 5. April 1949 und das auf Rundfunk und Fernsehen anwendbare Meinungsäußerungsgesetz vom 14. November 1991 haben zwar partielle Änderungen erfahren, eine umfassende Neuregelung unter Berücksichtigung der Neuen Medien ist aber bisher nicht erfolgt. Auch das am 1. Mai 1998 in Kraft getretene Gesetz über die Haftung für elektronische «Schwarze Bretter» betrifft nur einen Teilbereich.

## Regelungsgrundlagen

Das schwedische Recht garantiert die Presse- und Informationsfreiheit nicht nur in der Verfassung, sondern auch in zwei ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Gesetzen: dem Pressegesetz und dem Meinungsäußerungsgesetz. Während das Pressegesetz hauptsächlich auf Druckschriften Anwendung findet, regelt das Meinungsäußerungsgesetz die Freiheit der Meinungsäußerung in Radio, Fernsehen, Film und ähnlichen Medien. Beide Gesetze treffen sowohl zivil- und strafrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Regelungen. Sie garantieren die Freiheit, seinen Gedanken und Ansichten in den genannten Medien Ausdruck zu verleihen und geben Informanten grundsätzlich das Recht auf Anonymität. Eine Vorzensur ist nur bezüglich öffentlich gezeigter Filme zulässig. In Kapitel 2 garantiert das Pressegesetz das Recht auf Akteneinsicht. Es enthält weiter einen Katalog sogenannter Pressestraftaten, auf den das Meinungsäußerungsgesetz verweist. Eine Bestrafung ist nur möglich, wenn das Pressegesetz einen entsprechenden Tatbestand enthält.

Sowohl das Presse- als auch das Meinungsäußerungsgesetz enthalten Rege-

lungen über die straf- und zivilrechtlich verantwortliche Person. Grundsätzlich sind der Herausgeber beziehungsweise bei nicht-periodischen Schriften ihr Verfasser für den Inhalt allein verantwortlich. Nur unter bestimmten Voraussetzungen geht die Verantwortlichkeit auf die subsidiär haftende Person über.

## Änderungen des Presse- und des Meinungsäußerungsgesetzes

Während in den siebziger Jahren vor allem Vorschriften über den Informantenschutz und das Recht auf Akteneinsicht geändert wurden, betreffen neuere Änderungen hauptsächlich den Anwendungsbereich des Presse- und des Meinungsäußerungsgesetzes.

Bereits zum 1. Januar 1992 wurde der Anwendungsbereich des Pressegesetzes durch die sogenannte Beilagenregel erweitert. Darunter fallen Radioprogramme und technische Aufzeichnungen, durch die der Eigentümer einer periodischen Schrift deren Inhalt oder Teile davon «unverändert» verbreitet. Dies kann etwa durch CD-ROMs oder Websites geschehen. Zum gleichen Zeitpunkt ist die sogenannte Datenbankregel in Kraft getreten. Sie erstreckt den Anwendungsbereich des Meinungsäußerungsgesetzes auf Informationen, die ein Unternehmen der Medienbranche auf besondere Anforderung bereithält. Dies gilt nur, soweit der Dienst online angeboten wird, und der Empfänger dessen Inhalt nicht verändern kann.

Eine neuere Änderung betrifft ebenfalls das Meinungsäußerungsgesetz: Seit Januar 1999 ist es auch auf sogenannte technische Aufzeichnungen anwendbar, vorausgesetzt dass sie in Schweden verbreitet werden. Unter technischen Aufzeichnungen versteht das Gesetz Aufzeichnungen,

die Text, Bild oder Ton enthalten und nur mit einem technischen Hilfsmittel erfasst werden können, etwa CD-ROMs und Disketten. Sie müssen Angaben über ihren Hersteller sowie Zeit und Ort der Herstellung enthalten und ihren Herausgeber erkennen lassen. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Presse- und des Meinungsäusserungsgesetzes ausgenommen ist seit Januar 1999 die Kinderpornographie.

### Gesetz über die Haftung für elektronische «Schwarze Bretter»

Eine Sonderregelung im elektronischen Bereich enthält das Gesetz über die Haftung für elektronische «Schwarze Bretter» vom 12. März 1998 (SBG). Es findet Anwendung auf «Dienst[e] für die elektronische Vermittlung von Mitteilungen» (§ 1 SBG), die aus «Text, Bild, Ton oder sonstige[n] Informationen» bestehen können. Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nach § 2 SBG die blossere Bereitstellung von Netzen, Intranets und durch das Pressegesetz und das Meinungsäusserungsgesetz geschützte Dienste. «Mitteilungen, die nur für einen bestimmten Empfänger oder einen bestimmten Kreis von Empfängern bestimmt sind (elektronische Post)» werden ebenfalls nicht erfasst. Im einzelnen wirft der Anwendungsbereich Abgrenzungsschwierigkeiten auf. So ist etwa der Begriff der elektronischen Post ungeklärt. Während die Gesetzesmaterialien an einer Stelle darauf abstellen, dass der Absender oder die Adressaten seiner Mitteilung selbst bestimmt, scheint an anderer Stelle auch die Zahl der Teilnehmer Berücksichtigung zu finden.

Das Gesetz verpflichtet den Diensteanbieter unter Strafandrohung, jeden, der sich dem Dienst anschliesst, über die Identität des Anbieters und das Ausmass, in dem eingesandte Mitteilungen für andere Anwender zugänglich werden, zu informieren. Ausserdem ist der Anbieter verpflichtet, eingesandte Mitteilungen zu entfernen oder ihre Weiterverbreitung auf andere Weise zu verhindern, soweit

ihr Inhalt den Tatbestand der Aufruhr, Volksverhetzung, Kinderpornographie oder Darstellung sexueller Gewalt erfüllt oder gegen das Urhebergesetz verstösst. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist in § 7 SBG mit Strafe bedroht. Um seine Aufsichtspflicht erfüllen zu können, ist der Anbieter im übrigen verpflichtet, den Dienst zu beaufsichtigen.

### Reformbestrebungen

In näherer Zukunft ist damit zu rechnen, dass der Anwendungsbereich des Presse- und des Meinungsäusserungsgesetzes auf Websites ausgedehnt wird. Dies soll dem Vorschlag einer parlamentarischen Untersuchungskommission zufolge nicht automatisch geschehen, sondern erst nachdem ein verantwortlicher Herausgeber ernannt und ein sogenannter Herausgabebeweis geliefert wurde.

Zudem griff bereits die Regierungsvorlage zur Änderung des Presse- und des Meinungsäusserungsgesetzes zum 1. Januar 1999 die Frage nach einem von der Verbreitungstechnik unabhängigen Gesetz auf. Denkbar wäre auf lange Sicht ein einheitliches Gesetz mit allgemeinen Bestimmungen und Sonderregeln für bestimmte Medien. ■

#### Weiterführende Hinweise:

- Schwedische Gesetze und Gesetzesmaterialien sind über die Website des Schwedischen Reichstages unter <http://www.riksdagen.se/debatt/> auf Schwedisch zugänglich. Eine englische Übersetzung des Pressegesetzes findet sich unter [http://www.uni-wuerzburg.de/law/sw03000\\_.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/sw03000_.html)
- Zu den Änderungen des Presse- und des Meinungsäusserungsgesetzes zum 01.01.1999 siehe Regierungsvorlage Proposition 1997/98: Nr. 43.
- Zum Gesetz über die Haftung für elektronische «Schwarze Bretter» siehe LINDENBERG, K., Haftung für elektronische «Schwarze Bretter» in Schweden – Übersetzung mit Einführung, in: K&R 2001 [im Druck]. Dem Gesetz sind der Bericht der IT-Kommission Statens offentliga utredningar [SOU] 1996: Nr. 40 Elektronisk dokumenthantering und die Regierungsvorlage Proposition 1997/98: Nr. 15 vorausgegangen.

**Zusammenfassung:**  
*Das schwedische Medienrecht erfährt seit einigen Jahren eine schrittweise Modernisierung. Sowohl das Pressegesetz als auch das auf Radio und Fernsehen anwendbare Meinungsäusserungsgesetz haben partielle Änderungen erfahren, auch wenn eine umfassende Neuregelung unter Berücksichtigung der Neuen Medien bisher nicht erfolgt ist. Auch das neue Gesetz über die Haftung für elektronische «Schwarze Bretter» betrifft nur einen Teilbereich.*

*In näherer Zukunft ist damit zu rechnen, dass der Anwendungsbereich des Presse- und des Meinungsäusserungsgesetzes auf Websites ausgedehnt wird. Dies soll jedoch nicht automatisch geschehen, sondern erst nachdem ein verantwortlicher Herausgeber ernannt und ein sogenannter Herausgabebeweis geliefert wurde.*

# Droit d'auteur et Internet: une question de «business models»?

Jacques de Werra

Dr en droit, avocat, actuellement à la Columbia University School of Law, New York

**Zusammenfassung:**  
*Weder das Recht noch die Technik können der Piraterie im Bereich des Urheberrechts auf dem Internet Herr werden. Dies ist zumindest die Voraussage einer renommierten amerikanischen Beratungsfirma. Im Oktober 2000 schloss die Bertelsmann-Gruppe mit Napster eine Vereinbarung, wonach diese ihre Klage gegen die kalifornische Start-up-Firma zurückzieht und Napster im Gegenzug nur noch verschlüsselte Musikdateien seinen Abonnenten abgibt. Diese Vereinbarung dürfte die Musikindustrie revolutionieren. Auch die Buchverleger versuchen neue kommerzielle Verkaufsmodelle. Es ist schwierig vorausszusagen, wie erfolgreich diese Modelle sein werden und welche Rolle das Urheberrecht in diesem dezentralisierten, digitalisierten Universum spielen wird. Die dezentralisierte Architektur des Internets lässt jedoch vermuten, dass es immer möglich sein wird, den gewünschten Content von irgendeiner Piratenseite zu erhalten.*

Dans un document explicitement intitulé «Content out of Control» publié en septembre 2000, Forrester Research Inc., cabinet d'études stratégiques américain spécialisé dans les nouvelles technologies, a prédit que ni le droit, ni les moyens technologiques (notamment le cryptage des œuvres) ne parviendront à vaincre la piraterie du droit d'auteur sur Internet. Selon ce rapport, les principaux perdants seront les maisons de disques et les éditeurs, qui verront leur rôle d'intermédiaires toujours plus menacé tant par les auteurs, désormais en mesure de distribuer directement leurs œuvres, que par les utilisateurs, qui auront de moins en moins besoin de leurs services, grâce à la technique du partage de fichiers («Peer-to-Peer file sharing»). Forrester Research prévoit ainsi que les pertes que subiront les grands labels de musique et les maisons d'édition se chiffreront à 3.1 et 1.5 milliards de dollars respectivement en 2005. Le rapport en conclut logiquement que ces industries seront contraintes de développer de nouveaux modèles économiques («business models») pour survivre.

Plusieurs événements de l'actualité récente permettent précisément de constater l'apparition de nouvelles stratégies adoptées en vue de tirer profit du marché en ligne. Le cas de Napster constitue évidemment l'exemple phare de ce phénomène. Ainsi, à la fin du mois d'octobre 2000, le groupe Bertelsmann a secoué l'industrie du disque en annonçant la conclusion d'un accord avec Napster (par sa filiale de musique BMG). Selon les termes de cet accord, Napster s'est engagée à mettre en place un système d'échange sécurisé de fichiers musicaux dont l'accès sera réservé aux abonnés de ce service payant un montant mensuel forfaitaire (on parle de 4.95 dollars par mois). Pour sa part, Bertelsmann s'est engagée à renoncer à ses prétentions dans

le cadre du procès intenté contre la start-up californienne dès que le nouveau système sera mis en place. Cette transaction ne met donc pas fin à la procédure judiciaire, qui est toujours pendante en appel en Californie, les quatre autres labels de musique n'ayant au demeurant pas décidé de conclure une transaction similaire avec Napster.

En décembre 2000, les actifs de Scour, autre start-up californienne qui offrait un système de partage gratuit de fichiers audiovisuels et musicaux aux utilisateurs d'Internet similaire à celui de Napster (Scour Exchange) ont été repris par l'entreprise CenterSpan, cette dernière ayant déclaré son intention de lancer également un service de partage de fichiers sécurisé en tirant profit du réseau de clients de Scour (près de 5 millions d'utilisateurs). Ce rachat est intervenu dans le cadre de la procédure de faillite que Scour a été contrainte d'entamer suite aux actions judiciaires intentées contre elle par l'industrie du cinéma pour violation du droit d'auteur.

## Les tribunaux dépassés

Il se pourrait que la stratégie adoptée par Bertelsmann (et suivie par CenterSpan) constitue la première manifestation d'un changement radical susceptible de révolutionner l'industrie de la musique. En estimant que les procédures judiciaires pour violation du droit d'auteur ne seront à terme pas en mesure de juguler la piraterie sur Internet, Bertelsmann a en effet réalisé la nécessité de changer de stratégie et s'est désormais donnée pour objectif d'acquiescer et de fidéliser (au moins une fraction de) l'immense clientèle de Napster (plus de 40 millions de utilisateurs) en leur proposant une plate-forme d'échange de fichiers musicaux sécurisée. Même si le succès du nouveau Napster reste incertain (dans quelle mesure les utilisateurs gra-

tuits de Napster vont-ils accepter de devoir s'abonner à ce service?), la stratégie adoptée par Bertelsmann paraît seule tenir compte de la réalité d'Internet. En effet, certaines applications informatiques de distribution de fichiers (tels que Gnutella ou Freenet) permettent - aujourd'hui déjà - à leurs utilisateurs d'échanger des fichiers en dépit de l'inexistence d'une base de données centrale répertoriant les fichiers disponibles. Par conséquent, dans un tel univers complètement décentralisé, il n'est plus possible de mettre un terme aux innombrables échanges de fichiers (susceptibles de violer le droit d'auteur) en recourant aux tribunaux, faute d'existence de défendeur(s) localisable(s), soit en particulier d'une entreprise commerciale générant le répertoire de fichiers (comme l'a fait Napster). Il n'y a dès lors pratiquement plus de moyen de contrôler le contenu circulant sur Internet. Dans ces circonstances, l'adoption d'une stratégie fondée sur d'autres éléments (comme la fidélisation de la clientèle par un système d'abonnement) paraît indispensable.

### Les livres aussi

Quoi qu'il en soit, les grands groupes ne sont pas les seuls à vouloir préserver leur position sur Internet. En effet, des démarches ont aussi été entreprises par certains auteurs souhaitant également exploiter les ressources offertes par le nouveau médium, avec ou sans l'assistance de leurs éditeurs. Ainsi, une publication faite exclusivement sous forme de livres électroniques (e-Books) a séduit Frederick Forsyth, le célèbre auteur britannique. Depuis début novembre 2000, cet auteur a déjà fait paraître les trois premières d'une série de cinq nouvelles (intitulée «Quintet») sur le site de son éditeur, le paiement du prix du livre étant érigé en condition d'accès.

Cette expérience fait suite à celle lancée en été 2000 par Stephen King, le plus populaire auteur de littérature d'épouvante, ce dernier ayant décidé de publier une œuvre («the Plant») exclusivement sur Internet selon un système extrêmement innovateur. La publication devait en effet se produire chapitre par chapitre, les lecteurs étant invités à acquitter un faible montant (un ou deux dollars selon la

taille du chapitre), sans toutefois que le paiement ne soit érigé en condition d'accès au chapitre concerné (contrairement aux nouvelles de Frederick Forsyth). Stephen King avait toutefois indiqué qu'il ne publierait les chapitres suivants que si 75% du lectorat ayant déchargé le chapitre précédent s'acquittait de la redevance due. La notoriété du roi de l'épouvante n'a toutefois pas suffi. A la fin novembre 2000, Stephen King a déclaré qu'il cessait - à titre provisoire, tout au moins - la publication de son œuvre après le sixième chapitre, après avoir constaté que le public ne payait plus les redevances fixées.

### Un avenir incertain

Quelles conclusions tirer de ces expériences? Il est clair que, quelle qu'elle soit, toute stratégie commerciale ne pourra pas s'imposer contre la volonté des consommateurs. Si le coût d'abonnement du futur Napster s'avérait trop élevé par rapport à la qualité des services offerts, les consommateurs le désertent et tenteront de se procurer le contenu recherché par d'autres moyens, même illégaux. La nature décentralisée d'Internet fait en effet qu'il sera vraisemblablement toujours possible de se procurer le contenu souhaité auprès de sites pirates ou encore d'utiliser un logiciel de décryptage permettant de déjouer la protection technique des œuvres.

Quel sera donc la fonction du droit d'auteur? Difficile également de le dire. On sait en tous les cas que les industries des médias (en particulier la musique et le cinéma) ont placé de grands espoirs et investi des ressources considérables dans le développement de solutions technologiques destinées à protéger les œuvres numériques. Il reste à voir si ces moyens technologiques, qu'il s'agisse des mesures de protection techniques des œuvres (protection contre l'accès et/ou la copie) ou des systèmes de gestion de droits d'auteur (Digital Rights Management), qui sont protégés légalement, seront suffisamment efficaces pour assurer la protection des intérêts des auteurs. ■

#### Pour en savoir plus:

The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age (ouvrage édité par le National Research Council américain), [www.nap.edu/books/0309064996/html](http://www.nap.edu/books/0309064996/html).

Lire aussi en page 12.

**Résumé:** Ni le droit, ni les moyens technologiques ne viendront à bout de la piraterie du droit d'auteur sur Internet. Telle est du moins la prédiction d'un cabinet d'études stratégiques américain renommé. En octobre 2000, le groupe Bertelsmann a conclu un accord avec Napster, selon lequel il renoncera à son action en justice si la start-up californienne met sur pied un échange sécurisé de fichiers musicaux réservé à des abonnés payants. Cet accord semble annoncer un changement radical susceptible de révolutionner l'industrie de la musique. Les éditeurs de livres eux aussi s'essayaient à de nouveaux modèles commerciaux. Il est difficile de prédire le succès de ces nouveaux modèles, de même que le rôle que jouera le droit d'auteur dans un univers numérique décentralisé. La nature décentralisée d'Internet fait qu'il sera vraisemblablement toujours possible de se procurer le contenu souhaité auprès de sites pirates.

# Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter?

Christoph Born

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Medienschaffende geben täglich eine Vielfalt von Äusserungen Dritter wieder, sei es in der Form der indirekten Rede oder als wörtliches Zitat. Ist der Inhalt solcher Äusserungen widerrechtlich, stellt sich die Frage, wann und inwieweit die Medienschaffenden für deren Wiedergabe haften, auch wenn weder der Inhalt noch die Formulierung von ihnen stammt. Die Antwort auf diese Frage ist vielschichtig, zumal durch die Verbreitung widerrechtlicher Äusserungen in den Medien sowohl zivil- als auch strafrechtliche Tatbestände erfüllt werden können.

## I. Zivilrechtliche Tatbestände

Die Widerrechtlichkeit von in den Medien verbreiteten Äusserungen kann im Zivilrecht insbesondere in einer Verletzung von Art. 28 ff. ZGB (Verletzung in der Persönlichkeit) und von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 9 UWG (unlauterer Wettbewerb) bestehen. Bei Verstössen gegen diese Normen ist zwischen der verschuldensunabhängigen und der verschuldensabhängigen Haftung zu unterscheiden.

Die Folgen der verschuldensunabhängigen Haftung können in der gerichtlichen Feststellung bestehen, dass eine bestimmte Äusserung widerrechtlich war, sowie in der Verpflichtung, das Urteil oder eine Berichtigung zu publizieren oder Dritten mitzuteilen (beim Persönlichkeitsschutz: Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB; beim unlauteren Wettbewerb: Art. 9 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 UWG). Ein Feststellungsurteil oder die gerichtliche Verpflichtung zu einer Publikation setzt kein Verschulden der Medienschaffenden voraus. Es genügt, dass die Äusserung widerrechtlich ist.

Die Folgen der verschuldensabhängigen Haftung können in der Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz, zur Bezahlung einer Genugtuungssumme oder zur Herausgabe des Gewinnes liegen (bei Persönlichkeitsverletzungen: Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 ff. und 49 OR; beim unlauteren Wettbewerb: Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 41 ff. und 49 OR). Voraussetzung einer solchen Verpflichtung ist aber immer das Vorliegen eines Verschuldens seitens der Medienschaffenden.

## II. Strafrechtliche Tatbestände

Strafnormen, die durch Äusserungen in den Medien verletzt werden können, sind vor allem die Bestimmungen über die Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB), über den unlauteren Wettbewerb (vor allem Art. 3 lit. a UWG) sowie über die Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB). Im weitesten Sinn gehören auch die Strafbestimmungen zur Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB) und zur Pornografie (Art. 197 StGB) dazu. Gegen letztere können zum Beispiel (je nach Wortlaut) die Inserate, in denen Telefonsex angeboten wird, verstossen

Bei der strafrechtlichen Beurteilung einer Äusserung in den Medien ist die spezielle medienrechtliche Kaskadenhaftung zu beachten. Gemäss Art. 27 Abs. 1 StGB ist der Autor oder die Autorin allein strafbar, wenn die strafbare Handlung in einer Veröffentlichung in einem Medium besteht und sich in dieser erschöpft. Früher sprach man in diesem Zusammenhang bekanntlich von einem Pressedelikt, heute - nach der Revision des Medienstrafrechts<sup>1</sup> - ist der Begriff Mediendelikt wohl

**Résumé:** La jurisprudence concernant la responsabilité des journalistes pour la reproduction de propos illicites de tiers était depuis longtemps très sévère et parfois peu adaptée à la tâche publique particulière des médias. Depuis quelques années, une différenciation s'esquisse dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle tend à exclure la responsabilité du journaliste pour la reproduction de propos de tiers portant atteinte à la personnalité, dans des conditions très précises. Par contre, dans le domaine pénal, le Tribunal fédéral a aggravé la responsabilité des organes de presse, en rendant impossible l'invocation du privilège des médias selon l'art. 27 CP dans les cas de racisme (art. 261<sup>bis</sup> al. 4 CP).

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht), BBl 1996 IV 525 ff.

**Zusammenfassung:** Die Rechtsprechung zur Haftung von Medienschaffenden für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter war während langer Zeit sehr streng und wurde der besonderen öffentlichen Aufgabe der Medien nicht in allen Fällen gerecht. Seit einigen Jahren zeichnet sich in der bundesgerichtlichen Praxis jedoch eine Differenzierung ab, welche die Haftung der Medienschaffenden für die Verbreitung persönlichkeitsverletzender Äusserungen Dritter unter ganz bestimmten Voraussetzungen ausschliesst. Im strafrechtlichen Bereich hat das Bundesgericht das Haftungsrisiko von Redaktionsangehörigen hingegen verschärft, indem es die Anwendung der Medienprivilegien nach Art. 27 StGB im Falle von Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB) verneinte.

treffender. Kein Mediendelikt liegt vor, wenn sich die strafbare Handlung nicht in der Veröffentlichung erschöpft, d.h. wenn sie zum Beispiel (auch) den Tatbestand des Betrugs oder der Erpressung erfüllt.

Ist ein Mediendelikt zu beurteilen, und kann der Autor nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden, so ist der verantwortliche Redaktor oder, wenn ein solcher fehlt, jene Person strafbar, die für die Veröffentlichung verantwortlich ist; dies jedoch nur dann, wenn der Redaktor oder die verantwortliche Person die Veröffentlichung der widerrechtlichen Äusserung nicht verhindert haben. Haben sie dabei vorsätzlich gehandelt, droht ihnen Gefängnis oder Busse. Bei Fahrlässigkeit lautet die Strafe auf Haft oder Busse (Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 322<sup>bis</sup> StGB)<sup>2</sup>.

Art. 322 Abs. 2 StGB verlangt, dass Zeitungen und Zeitschriften in einem Impressum u.a. den verantwortlichen Redaktor angeben müssen. Tun sie es nicht, wird der Leiter des Medienunternehmens mit Busse bestraft (Art. 322 Abs. 3 StGB).

Wird die widerrechtliche Äusserung eines Dritten zum Beispiel in der Form eines Zitates oder einer Antwort im Rahmen eines Interviews in einem Medium publiziert, stellt sich unter dem strafrechtlichen Aspekt die Frage, wer in diesem Fall Autor ist. Gemäss Definition des Bundesgerichts ist Verfasser bzw. Autor nicht nur, «wer einen Artikel für die Presse verfasst, sondern auch, wer ihn als eigene Meinungsäusserung zur Publikation übergibt oder sich in anderer Weise als Verfasser ausgibt und die Verantwortlichkeit hierfür übernimmt»<sup>3</sup>. Demzufolge haben zumindest diejenigen Personen, die ihre Antworten in einem Interview vor der Veröffentlichung vorgelegt bekommen und sie genehmigt haben, als Autorinnen oder Autoren im Sinne von Art. 27 Abs. 1 StGB zu gelten.

2 Zu den Grenzen der Kaskadenhaftung vgl. CH. BORN, Strafbarkeit von Redaktionsmitgliedern: Die Bedeutung der pressemässig unbedingt notwendigen Mitwirkung, *medialex* 1998, S. 240; F. RIKLIN, Kaskadenhaftung - quo vadis? *medialex* 2000, s. 199 ff.  
 3 BGE 73 IV 220.

Wird in einem Printmedium ein ganzer Artikel einer Drittperson veröffentlicht, ist diese als Autor/in fraglos allein strafbar. Dasselbe gilt auch bei Äusserungen in Inseraten oder Werbesendungen. Anders ist es hingegen bei Zitaten mit rassendiskriminierendem Inhalt<sup>4</sup>.

### III. Zivilrechtliche Haftung

#### 1. Für persönlichkeitsverletzende Äusserungen Dritter

##### A. Verschuldensunabhängige Haftung

Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann jeder, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, «zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen». Schon der Gesetzestext macht deutlich, dass jede Person, die in irgendeiner Form an der Entstehung und Verbreitung einer persönlichkeitsverletzenden Äusserung mitwirkt oder mitgewirkt hat, ins Recht gefasst werden kann. Für Medienschaffende bedeutet dies im Grundsatz, dass sie stets für die Wiedergabe persönlichkeitsverletzender Äusserungen Dritter haften, auch wenn diese Wiedergabe in Zitatform oder als Antwort in einem Interview erfolgt<sup>4a</sup>. Diese Haftung erstreckt sich auf alle, die an der Publikation mitgewirkt haben, d.h. auf den Dritten, der die Äusserung getan hat, auf den Verfasser oder die Verfasserin des journalistischen Beitrages, auf das Verlagsunternehmen und sogar auf den Zeitungsverleger oder die Kioskfrau<sup>5</sup>. Sie alle kann der Verletzte ins Recht fassen und die gerichtliche Feststellung der Persönlichkeitsverletzung beantragen sowie verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB)

Wie bereits erwähnt, besteht dieser Klageanspruch unabhängig davon, ob die Verletzer ein Verschulden trifft oder nicht.

4 Vgl. Ziffer IV 2 B hinten.  
 4a Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil bekräftigt, dass sich ein Presseunternehmen der Verantwortung für seine Berichterstattung nicht dadurch entziehen kann, «dass es sich darauf beruft, es habe lediglich die Behauptung eines Dritten wiedergegeben» (BGE 126 III 308).  
 5 BGE 113 II 216.

Auch kommt es nicht darauf an, ob die persönlichkeitsverletzende Äusserung im redaktionellen Teil eines Mediums oder im Inserate- bzw. Werbeteil veröffentlicht wurde.

Diese Praxis galt schon, bevor Art. 28 ZGB im Zuge der Revision verdeutlicht wurde<sup>6</sup>. So wurde 1980 die «Weltwoche» vom Bundesgericht verpflichtet, einen Vergleich zu publizieren, den ein Rechtsanwalt mit einer Leserbriefschreiberin abgeschlossen hatte. In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht zwar fest, dass die Persönlichkeit in erster Linie der Leserbriefschreiberin zur Last falle. Der Verlag der «Weltwoche» habe den Leserbrief aber abgedruckt und damit erst der Öffentlichkeit und einem weiteren Leserkreis zugänglich gemacht, weshalb er für die begangene Persönlichkeitsverletzung mitverantwortlich sei<sup>7</sup>.

Gleichermassen kann die verletzte Person ihren Feststellungs- und Berichtigungs- bzw. Veröffentlichungsanspruch gegenüber dem Medienunternehmen geltend machen, wenn dieses Inserate publiziert, die persönlichkeitsverletzende Äusserungen enthalten<sup>8</sup>.

Diese Praxis ist in den letzten Jahren in Bezug auf journalistische Veröffentlichungen etwas differenziert worden: Bei der Beurteilung eines Artikels in der «Berliner Zeitung BZ» vom 3. August 1992, in dem der zum Teil persönlichkeitsverletzende Inhalt einer kritischen Schrift über einen Verein wiedergegeben wurde, kam das Bundesgericht - gestützt auf verschiedene Lehrmeinungen, darunter auch solche aus Deutschland - zum Schluss, dass der Verfasser des Zeitungsartikels selber keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung begangen habe. In diesem Entscheid stellte das Bundesgericht die folgenden medienrechtlich bedeutenden neuen Grundsätze auf: «Die Verbreitung einer widerrechtlichen persönlichkeitsverletzenden Presseäusserung kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtmässig sein. Sie ist es zumindest dann, wenn die fremde Äusserung vollständig und wahrheitsgetreu dargestellt wird (objektiv richtige Wiedergabe), als solche gekennzeichnet ist und nicht als Originalmeldung des Verbreiters, gewissermassen die eigene Sicht aufzeigend, erscheint (er-

kennbare Distanzierung) und die Kenntnis davon für den Leser von Wert (Informationsinteresse) ist»<sup>9</sup>.

Diese Grundsätze bekräftigte das Bundesgericht in einem späteren Entscheid, in dem es um eine Meldung in einer Tageszeitung ging, der ein Pressecommuniqué der Stadtpolizei Bern zu Grunde lag, das eine persönlichkeitsverletzende Anschuldigung enthielt. Da es sich um die Wiedergabe einer Pressemitteilung einer Behörde handelte, wandte das Bundesgericht in diesem Fall Art. 27 Ziff. 5 StGB (neu: Art. 27 Ziff. 4 StGB) analog auch im Zivilrecht an<sup>10</sup>. Diese Bestimmung besagt, dass die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen einer Behörde straflos ist. Zu diesen öffentlichen Verhandlungen gehören gemäss Bundesgericht auch schriftliche Unterlagen, soweit sie öffentlich zugänglich sind, sowie behördliche Pressekonferenzen.

#### B. Verschuldensabhängige Haftung

Gemäss Art. 28 Abs. 3 ZGB bleiben einer Person, die in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wurde, die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe des Gewinnes vorbehalten. Auch diese Klagen können grundsätzlich gegen jeden und jede, der oder die an der Verletzung mitgewirkt haben, geltend gemacht werden. Voraussetzung ist aber, dass diese Mitwirkenden ein Verschulden trifft, d.h. dass ein fahrlässiges oder gar vorsätzliches Handeln vorliegt. Ob ein Verschulden zu bejahen oder zu verneinen ist, muss in jedem Fall aufgrund der speziellen Umstände abgeklärt werden. Bei der journalistischen Tätigkeit wird das Verschulden u.a. dann bejaht, wenn journalistische Sorgfaltspflichten verletzt werden<sup>11</sup>. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist oder nicht, kommt es nicht darauf an, ob eine widerrechtliche

6 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II 636 ff.

7 BGE 106 II 99.

8 BGE 113 II 216.

9 *Medialex* 1996, S. 41. ff.

10 *Medialex* 1997, S. 33 ff.

11 Vgl. dazu L. BAUMANN, *Presse und unlauterer Wettbewerb*, Bern 1999, S. 87 ff. und R. Baur, *UWG und Wirtschaftsberichterstattung*, Zürich 1995, S.137 ff.

Persönlichkeitsverletzung oder eine Unlauterkeit vorliegt<sup>12</sup>.

Die Sorgfaltspflicht der für den Inserate- bzw. Werbeteil verantwortlichen Personen ist in Bezug auf persönlichkeitsverletzende Inhalte ebenfalls nicht anders zu beurteilen als bei Inseraten oder Werbesendungen mit unlauteren Äusserungen<sup>13</sup>.

Was die zivilrechtliche verschuldensabhängige Haftung von Medienleuten anbetrifft, sind nur wenige Urteile bekannt geworden. So entschied das Obergericht des Kantons Zürich im Jahr 1989, dass Regionalzeitungen auf die Seriosität von Meldungen, die von anerkannten Welt-nachrichtenagenturen stammen, vertrauen und sie unrecherchiert übernehmen dürfen<sup>14</sup>. Gemäss einem Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau im Jahr 1996 dürfen sich Medienschaffende auf die Richtigkeit amtlicher Verlautbarung verlassen, ohne sie grundsätzlich in Frage zu stellen und mit Nachrecherchen auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen zu müssen<sup>15</sup>. Im Prozess, in dem ein Industrieunternehmen von der «Weltwoche» CHF 15 Mio. Schadensersatz verlangte, kam es nicht zu einer Beurteilung der Sorgfaltspflichten, da das Bundesgericht den geltend gemachten Schaden als nicht genügend substantiiert erachtete<sup>16</sup>.

## 2. Für unlautere Äusserungen Dritter

### A Verschuldensunabhängige Haftung

Grundlage des Klageanspruches wegen unlauteren Wettbewerbs ist Art. 9 UWG. Dieser Anspruch steht jedem zu, der «durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt

wird». Wie im Falle einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung kann der Betroffene beim Richter die Feststellung der Widerrechtlichkeit beantragen sowie verlangen, «dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird» (Art. 9 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 UWG). Obwohl die Formulierung in Art. 9 UWG nicht derart deutlich wie in Art. 28 Abs. 1 ZGB ist, gilt auch im UWG, dass bei den verschuldensunabhängigen Ansprüchen der Kreis der für die Veröffentlichung verantwortlichen Personen gross ist: «Jeder, der in irgendeiner Art adäquat kausal am Wettbewerbsverstoss beteiligt war oder für den Störungszustand verantwortlich ist, kann in Anspruch genommen werden (...). Passivlegitimiert sind deshalb neben dem Verfasser vor allem die verantwortlichen Redaktoren und der Verleger, aber auch der Drucker bzw. das Druckunternehmen, der Setzer, Verbreiter und Herausgeber eines Presseproduktes»<sup>17</sup>.

Dasselbe gilt für Wettbewerbsverstösse im Anzeigen- bzw. Werbeteil eines Mediums. Neben dem primär verantwortlichen Werbetreibenden oder der Werbeagentur, welche die Anzeige kreiert hat, können auch die für den Anzeigenteil verantwortliche Person, der Verleger und unter bestimmten Umständen auch der Drucker, Setzer, Verbreiter und Herausgeber des Medienproduktes eingeklagt werden<sup>18</sup>.

Wie bei der Rechtsprechung zur Wiedergabe persönlichkeitsverletzender Äusserungen lässt sich auch in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum UWG eine Differenzierung erkennen: Die Zeitschrift «K-Tip» berichtete in ihrer Ausgabe im Jahr 1992 über eine Studie der Caritas Schweiz, in der das unsorgfältige Vorgehen der Bank Prokredit bei der Gewährung von Kleinkrediten beanstandet wurde. Im genannten Artikel wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Untersuchung keine Repräsentativität im wissenschaftlichen Sinn beanspruchen kann. Das Bundesgericht erachtete die Art und Weise, wie der «K-Tip» den Inhalt der Studie wiedergegeben hatte, nicht als unlauter. Gemäss seinen Erwägungen ist eine Kritik nur dann irreführend und unlauter, wenn sie beim Durchschnittsleser falsche Vorstellungen erweckt. Dies ist

12 Vgl. deshalb auch Ziffer III 2 B hinten.

13 Vgl. Ziffer III 2 B hinten.

14 SJZ 1989, S. 359 ff.

15 *Medialex* 1996, S. 163 f.

16 BGE 122 III 219 ff.

17 P. SCHALTEGGER, Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, Zürich, 1992, S. 58 f.

18 SCHALTEGGER, a.a.O., S. 68.



dann zu verneinen, wenn zwar auf eine nicht absolut erhärtete Untersuchung abgestellt wird, gleichzeitig aber die Aussagekraft in realistischer Weise relativiert wird<sup>19</sup>.

Damit können sich die Medienschaffenden auch im UWG-Bereich der Haftung für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter entziehen, wenn sie sich deutlich genug davon distanzieren oder diese deutlich relativieren.

#### B. Verschuldensabhängige Haftung

Gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG kann der durch eine Wettbewerbsverletzung Betroffene «nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes klagen». Wie bei der verschuldensunabhängigen Haftung können diese Klagen gegen all diejenigen Personen geltend gemacht werden, die an der unlauteren Handlung mitgewirkt haben (vom Dritten, der die Äusserung getan hat, bis zur Kioskfrau). Voraussetzung ist, dass diese Personen ein Verschulden trifft.

Bei der Publikation einer unlauteren Äusserung im redaktionellen Teil eines Mediums ist das Verschulden u.a. dann zu bejahen wenn journalistische Sorgfaltspflichten verletzt wurden<sup>20</sup>. Der Massstab, mit dem die Verletzung gemessen wird, ist derselbe wie bei den Persönlichkeitsverletzungen. Im Rahmen der Herstellung eines Mediums trifft die ausgeprägteste Sorgfaltspflicht natürlich den Verfasser oder die Verfasserin. Aber auch die verantwortlichen Redaktionsmitglieder haben ein bestimmtes Mass an Sorgfalt zu erfüllen. Dieses Mass darf aber nicht überspannt werden, denn Redaktionsmitglieder sind nicht in der Lage, alle ihnen vorgelegte Mitteilungen auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen<sup>21</sup>.

Dasselbe gilt für unlautere Äusserungen, die im Anzeigen- bzw. Werbeteil eines Mediums erscheinen. Die Inserate müssen zwar grundsätzlich auf ihre UWG-Konformität überprüft werden. Die Prüfungspflicht ist allerdings auf grobe und eindeutige Wettbewerbsverstösse beschränkt sowie auf Fälle, in denen Anhaltspunkte für unlauteren Wettbewerb bestehen, zum

Beispiel aufgrund einer ernst zu nehmenden Vorwarnung<sup>22</sup>.

Diese Grundsätze gelten auch bei der Beurteilung der verschuldensabhängigen Haftung für persönlichkeitsverletzende Äusserungen im Werbeteil eines Mediums.

### IV. Strafrechtliche Haftung

#### 1. Haftung des Autors/der Autorin

##### A. Grundsatz

In einem nicht veröffentlichten Urteil hat das Bundesgericht 1994 ausführlich Stellung bezogen zur Frage der Strafbarkeit der Journalistinnen und Journalisten für die Wiedergabe von Äusserungen Dritter in einem Zeitungsartikel. Einer der Kernsätze der Urteilsbegründung lautet: «Der Journalist kann sich seiner journalistischen und strafrechtlichen Verantwortung für einen von ihm geschriebenen Zeitungsartikel nicht kurzerhand dadurch entledigen, dass er in «heiklen» Punkten die Äusserungen Dritter zitiert»<sup>23</sup>. Im betreffenden Fall hatte eine Journalistin im «SonntagsBlick» über den von dritter Seite gegen einen Nationalrat erhobenen Vorwurf der Steuerhinterziehung berichtet. Sie wurde letztlich wegen übler Nachrede zu einer Busse von CHF 500.– verurteilt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, der inkriminierte Zeitungsartikel enthalte nicht eine blosser Mitteilung des Verdachts auf Steuerhinterziehung, sondern dieser Verdacht sei durch die Wiedergabe des Inhaltes der Strafanzeige «für den Leser erkennbar weiterverbreitet» worden<sup>24</sup>. Mit anderen Worten: Das Bundesgericht warf der Journalistin vor, nicht einfach eine Äusserung eines Dritten wiedergegeben zu haben, sondern den Vorwurf in den Augen der Leserschaft als eigenen verbreitet zu haben.

19 BGE 123 III 354 ff., zusammengefasst und kommentiert in ZBJV 1999, S. 752 und kritisiert von BAUMANN, a.a.O., S. 83.

20 Vgl. Ziffer III 1 B vorne sowie Anm. 11

21 SCHALTEGGER, a.a.O., S. 60 f.

22 F. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 270 f.

23 Urteil 6S.504/1993/cw vom 26. Mai 1994, S. 10.

24 Urteil 6S.504/1993/cw vom 26. Mai 1994, S. 10.

Ob eine bloss Mitteilung (Meldung) ehrverletzender Äusserungen Dritter stets als tatbestandsmässiges Weiterverbreiten zu qualifizieren ist, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen. Es hat diese Frage bis heute noch nicht beantworten müssen.

Es sei hier daran erinnert, dass diese (strafrechtliche) Haftung nur für den Autor oder die Autorin eines Beitrages in einem Medium gilt. Für alle andern zu einem Medienbetrieb gehörenden Personen gelten die Bestimmungen über die Kaskadenhaftung (Art. 27 StGB).

#### **B. Haftung für ehrverletzende Äusserungen Dritter**

Im Jahr 1992 prägte das Bundesgericht in einem Verfahren, in dem es um den Ruf eines verstorbenen Anwaltes ging, den Leitsatz, dass das Weiterverbreiten ehrverletzender Äusserungen grundsätzlich auch dann strafbar ist, wenn dies als blosses Zitat erfolgt<sup>25</sup>.

Gelingt den Medienschaffenden hingegen der Beweis dass die von ihnen verbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht oder dass sie ernsthafte Gründe hatten, sie in guten Treuen für wahr zu halten, sind sie nicht strafbar. Darüber hinaus geniessen die Medienschaffenden aber nach den klaren Worten des Bundesgerichts keine Privilegierung, abgesehen von der bereits erwähnten Ausnahmeregelung des Art. 27 Abs. 4 StGB, wonach die wahrheitsgetreue Berichterstattung über die öffentliche Verhandlung einer Behörde gerechtfertigt ist<sup>26</sup>.

#### **C. Haftung für unlautere Äusserungen Dritter**

Im «Bernina»-Fall hielt das Bundesgericht fest, dass ein Journalist «durch eigene oder Wiedergabe fremder Äusserung in den Medien über Unternehmungen und ihre Ware etc. gewisse Straftatbestände des UWG erfüllen» kann<sup>27</sup>. Diese Praxis

wurde im bereits erwähnten Urteil wegen Ehrverletzung in Bezug auf das UWG ausdrücklich bestätigt<sup>28</sup>.

Was dem Journalisten im «Bernina»-Fall zum Verhängnis wurde, war die Tatsache, dass das Bundesgericht zur Auffassung gelangt war, er habe sich zum «Sprachrohr» des Interviewpartners gemacht. Dabei stützte es sich auf die gesamte Aufmachung des Artikels, insbesondere auf die Titel und die Einleitung. Diese Sichtweise schliesst zumindest die Annahme nicht aus, dass die Wiedergabe einer unlauteren Äusserungen Dritter dann nicht strafbar ist, wenn sie mit einer deutlich erkennbaren Distanzierung verbunden wird. Unter diesem Aspekt drängt es sich m.E. auf, die differenzierte Praxis des Bundesgerichts zur Verbreitung persönlichkeitsverletzender Äusserungen Dritter im Zivilrecht auch im Strafrecht anzuwenden<sup>29</sup>.

#### **D. Haftung für rassendiskriminierende Äusserungen Dritter**

Im Jahr 1996 publizierte der «Beobachter» ein Interview, das in einer Antwort der befragten Person eine rassendiskriminierende Äusserung enthielt. Für diese Antwort wurde der Interviewpartner im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB in der Folge rechtskräftig verurteilt. Im Strafverfahren gegen die beiden Journalisten, die an diesem Interview mitgewirkt hatten, kam die Bezirksanwaltschaft Zürich zuerst zum Schluss, dass der «Beobachter»-Redaktor, der das Interview niedergeschrieben hatte, Mitverfasser und somit grundsätzlich auch für das inkriminierte Zitat strafrechtlich belangt werden könne (was m.E. nicht richtig ist, da das Interview dem Interviewpartner vorgelegt und von diesem genehmigt worden war).

Die Frage, ob der Redaktor letztlich den Tatbestand des Verbreitens im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB erfüllt hatte, verneinte die Bezirksanwaltschaft jedoch mit der Begründung, das Interview sei nicht ohne Kontext abgedruckt worden, sondern es stehe als Teil mehrerer Artikel über dasselbe Thema da. In der betreffenden Ausgabe habe sich der «Beobachter» zudem nicht nur direkt von der inkriminierten Antwort distanziert, sondern diese auch verurteilt<sup>30</sup>.

25 BGE 118 IV 153 ff.

26 BGE 118 IV 161.

27 BGE 117 IV 193 ff.

28 BGE 118 IV 160 ff.

29 Vgl. dazu Ziffer III 1 A vorne.

30 Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 27. Januar 1999, S. 13 ff.

Diese Begründung steht zum einen im Einklang mit der differenzierten neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Verbreitung persönlichkeitsverletzender Äusserungen Dritter. Sie ermöglicht es den Medienschaffenden zum andern, sich in geeigneter Weise mit rassistischen Äusserungen Dritter auseinanderzusetzen und diese auch zu zitieren, ohne sich dafür in jedem Fall strafbar zu machen.

## 2. Haftung der für die Veröffentlichung verantwortlichen Person

### A. Für ehrverletzende und unlautere Äusserungen

Wie bereits ausgeführt<sup>31</sup>, hilft die strafrechtliche Kaskadenhaftung den Medienschaffenden bei der Verbreitung ehrverletzender und unlauterer Äusserung Dritter nichts, wenn sie den Beitrag selber verfasst haben. Die Normen der Kaskadenhaftung bringen aber insofern eine Entlastung für Redaktionsmitglieder, als diese sowie alle andern an der Herstellung des Medienproduktes beteiligten Personen grundsätzlich nicht belangt werden können, wenn der Autor oder die Autorin bekannt und in der Schweiz vor Gericht gestellt werden kann<sup>32</sup>.

### B. Für rassendiskriminierende Äusserungen

In Bezug auf das erwähnte Interview im «Beobachter» vertrat die Bezirksanwaltschaft die Auffassung, dass die Bestimmungen über die Kaskadenhaftung gemäss Art. 27 StGB auch bei Rassendiskriminierungsdelikten anwendbar sind, d.h. dass nur der Autor oder die Autorin bestraft werden kann. Deshalb erklärte sie den Journalisten, der während des Interviews die Fragen gestellt, an der Abfassung aber nicht beteiligt war, als nicht strafbar<sup>33</sup>.

In der Literatur ist die Frage, ob Art. 27 StGB auch bei Verstössen gegen Art. 261<sup>bis</sup> StGB bzw. gegen einzelne Absätze dieser Norm anwendbar ist, umstritten (wie auch in bezug auf die Strafbestimmungen über die Gewaltdarstellung und die harte Pornografie)<sup>34</sup>. Mit Urteil vom 10. August 1999 hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 27 StGB im Zusam-

menhang mit Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB nicht anwendbar ist. Das Kantonsgericht des Kantons Waadt hatte zuvor einen Buchhändler in Montreux freigesprochen, der ein revisionistisches Buch eines französischen Autors angeboten und verkauft hatte. Auf eine Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft hin hob das Bundesgericht diesen Freispruch auf. In seiner Begründung stellte es zwar fest, dass bei der Verbreitung eines Buches mit rassendiskriminierendem Inhalt die beiden Voraussetzungen von Art. 27 StGB erfüllt sind (nämlich dass die strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen wurde und sich in dieser Veröffentlichung erschöpft). Dies genüge aber nicht in allen Fällen; wo eine gesetzliche Bestimmung gerade zum Ziel habe, die Veröffentlichung bestimmter Inhalte zu verhindern, würde die Anwendung von Art. 27 StGB diesem Ziel zuwiderlaufen. Dies sei nicht nur bei den Bestimmungen über die Gewaltdarstellungen und die harte Pornografie, sondern auch bei Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB der Fall.

Mit diesem Urteil, das mit guten Gründen kritisiert wurde<sup>35</sup>, hat das Bundesgericht im strafrechtlichen Bereich für Medienunternehmen und Redaktionsmitglieder das Risiko erhöht, für die Wiedergabe einer rassistischen Äusserung einer Drittperson oder für die Veröffentlichung eines Inserates mit rassistischem Inhalt strafrechtlich belangt zu werden.

Es bleibt abzuwarten ob das Bundesgericht seine Praxis, die sich nur auf den vierten Absatz der Rassismuskategorie bezieht, in der Zukunft präzisieren wird. Zu prüfen wäre zudem, ob diese Rechtsprechung im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 23. September 1994 i.S. Jersild vs. Dänemark<sup>36</sup> vor Art. 10 EMRK standhält.

31 Ziffer II vorne.

32 Vgl. dazu Ziffer II vorne

33 Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 27. Januar 1999, S. 11 f.

34 Vgl. dazu die Anmerkungen von F. RIKLIN, *medialex*, 1999, S. 252 f. sowie ders., Kaskadenhaftung - quo vadis?, *medialex* 2000, S. 199 ff.

35 Anm. 34 sowie Bemerkungen von D. SCHLEIMINGER UND CH. METTLER, *AJP* 2000, S. 1039 ff.

36 Ser A/298 Z. 35, in deutscher Sprache auszugsweise wiedergegeben in: F. HÄNNI, Die schweizerische Anti-Rassismuskategorie und die Massenmedien, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 127 ff.

## V. Bedeutung für die Medienschaffenden

Die gesetzlichen Bestimmungen und die Rechtsprechung zur zivil- und strafrechtlichen Haftung der Medienschaffenden für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter sind, was den Grundsatz anbetrifft, streng.

Den Folgen dieser Haftung können die Medienschaffenden am ehesten dadurch entgehen, indem sie

- die fremde Äusserung vollständig und korrekt wiedergeben,
- die fremde Äusserung als solche kennzeichnen,
- jeden Eindruck vermeiden, dass die fremde Äusserung mit ihrer Sicht übereinstimmt,
- die fremde Äusserung nur wiedergeben, wenn daran ein Informationsinteresse besteht.

Die letzten beiden Punkte zu befolgen, ist für die Medienschaffenden nicht einfach. Die Frage, welchen Eindruck - insbesondere welchen Gesamteindruck - ein Artikel oder eine Sendung erweckt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Rechts- und nicht eine Tatfrage, die der Richter aus der Sicht des sogenannten Durchschnittslesers entscheidet. Der Journalist oder die Journalistin kann somit noch so überzeugt sein, sich von der widerrechtlichen Äusserung genügend distanziert zu haben, entscheidend ist letztlich die Inter-

pretation des urteilenden Richters, eine Situation, die im Medienrecht immer wieder zu grosser Rechtsunsicherheit führt<sup>37</sup>.

Ferner ist auch die Frage, ob und wann die Publikation einer Äusserung im öffentlichen Interesse liegt, eine Rechtsfrage, die letztlich der Richter in Abwägung der verschiedenen Interessen entscheidet.

Hilfreich dürfte in jedem Fall sein, die Sicht der Personen, die von der fremden widerrechtlichen Äusserung betroffen sind, in etwa gleichgewichtig ebenfalls wiederzugeben. Auch zurückhaltende oder offen gehaltene Formulierungen können zur Eindämmung des Haftungsrisikos beitragen (vor allem bei der Titelauswahl). Hinter der Sprache verstecken können sich die Medienschaffenden jedoch nicht<sup>38</sup>.

Ein Patentrezept, wie die Haftung der Medienschaffenden für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen generell vermieden werden kann, gibt es nicht. Ein gewisses (Berufs-)Risiko ist stets vorhanden. Werden die genannten Punkte eingehalten wird dieses zumindest erheblich reduziert. ■

37 Vgl. dazu CH. BORN, Schafft den «Durchschnittsleser» ab!, sic! 1998, S. 517 ff.

38 BAUMANN, a.a.O., S. 99 ff. mit weiteren Hinweisen.

# Nouveaux délits informatiques sur Internet

Laurent Moreillon

Professeur de droit pénal à l'Université de Lausanne

## I. Introduction

Le titre II e de la partie spéciale du code pénal suisse (infractions contre le patrimoine) a fait l'objet d'une profonde révision, entrée en vigueur le 1er janvier 1995<sup>1</sup>. S'agissant de la criminalité informatique, le législateur a introduit de nouvelles dispositions telles que la soustraction de données (art. 143 CP), l'accès indu à un système informatique (art. 143<sup>bis</sup> CP), la détérioration de données (art. 144<sup>bis</sup> CP), enfin l'obtention frauduleuse d'une prestation fournie par un ordinateur (art. 150 al. 4 CP).

Longtemps présentée comme une adaptation législative à la criminalité informatique, le cadre fixé par les nouvelles incriminations s'avère aujourd'hui dépassé. On peut dire que, six ans après l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, certains comportements tels que le spamming, le flooding ainsi que le e-bombing échappent à toute incrimination pénale. Avant de décrire ces nouveaux comportements informatiques illicites, il faut rappeler très brièvement l'étendue des art. 143, 143<sup>bis</sup>, 144<sup>bis</sup> et 150 al. 4 CP.

## II. Droit positif

La protection pénale conférée par le législateur dans la nouvelle de 1995 a été avant tout patrimoniale. Il s'est agi de sanctionner principalement le fait de pénétrer indûment dans l'ordinateur d'autrui, d'y détruire des données personnelles ou d'en copier les informations. A cet égard, le but assigné au droit pénal s'est avéré limité : la protection a été circonscrite aux données virtuelles informatiques, soit aux informations relatives à «un état de fait, représenté sous forme de lettres, de noms, de

signes, de dessins, qui sont transmis, traités et conservés en vue d'une utilisation ultérieure»<sup>2</sup>. Restrictivement, et même si la protection s'étend aussi bien au logiciel qu'aux données personnelles<sup>3</sup>, elle ne déploie ses effets «qu'à partir de sa saisie et de son stockage dans un ordinateur ou dans un système analogue de traitement de données»<sup>4</sup>. Echappe ainsi à l'incrimination toute utilisation abusive ou intempestive des données «patrimonialement» protégées.

### 1. Soustraction de données (art. 143 CP)

La soustraction de données est visée à l'art. 143 CP. Cette disposition entend réprimer le vol de données, c'est-à-dire l'obtention illégitime de données incorporelles que le droit pénal ne permettait guère de punir jusqu'alors<sup>5</sup>. D'emblée, le cadre décrit est limité. Ce que l'on réprime ici, c'est l'appropriation illégitime de données<sup>6</sup>. Qui plus est, la donnée doit être protégée contre tout intrus par un système de sécurité placé par le détenteur (mot de passe, codification, etc.). La disposition, on le voit, est d'application limitée.

### 2. L'accès indu à un système informatique (art. 143<sup>bis</sup> CP)

Cette disposition vise précisément le hacking. Le hacker, c'est l'intrus. C'est celui qui pénètre le système informatique en déjouant les codes de passe et qui ne fait que «visiter» le site. L'intrusion dans le

### Zusammenfassung:

*Der strafrechtliche Schutz von Computerdaten und elektronischen Daten (unbefugtes Datenbeschaffung, unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem und Datenbeschädigung) scheint bereits sechs Jahre nach deren Inkrafttreten am 1. Januar 1995 infolge neuer Tatbestände wie Spamming, E-Bombing und Flooding veraltet. Gewisse materielle Teilsaspekte der neuen Kriminalitätsformen (Ausser-Betrieb-Setzen eines Computers oder Zusatzgerätes, unbefugtes Benutzen elektronischer Geräte) dürfen zwar von den geltenden Rechtsregeln erfasst werden oder unter den Geltungsbereich des UWG fallen. Ganzheitlich betrachtet kann jedoch das geltende Strafrecht den neuen Deliktformen nicht wirksam entgegen treten. Die vom Bundesrat begrüßte Motion der Nationalrätin Simonetta Somaruga, welche eine Strafverfolgung dieser Verhaltensweisen fordert, ist zu begrüßen.*

1 Sur ces questions, voir notamment FF 1991 II 933 ss, spéc. 937.

2 Message du Conseil fédéral à l'appui de la révision des infractions contre le patrimoine, FF 1991 II 933 et ss, spéc. 953.

3 FF 1991 II 951 et 953.

4 FF 1991 II 952.

5 FF 1991 II 977 et 979.

6 FF 1991 II 948; voir aussi J. REHBERG/N. SCHMID, *Strafrecht III*, Zurich 1997, p. 146 et les références citées.

**Résumé:** *La protection pénale des données informatiques et électroniques, insérée dans le code pénal suisse le 1er janvier 1995 (répression du hacking, du sabotage de données et de l'appropriation de données électroniques) s'avère d'ores et déjà dépassée, six ans plus tard, par l'émergence de nouveaux comportements illicites, soit le spamming, l'E-bombing et le flooding. Certains aspects matériels de cette nouvelle forme de criminalité peuvent tomber sous le coup de la loi pénale actuelle (mise hors d'usage d'un ordinateur ou d'un logiciel, utilisation induite d'un appareil électronique) ou encore tomber sous le coup de la LCD. Toutefois, le droit pénal suisse demeure dans la quasi-totalité des cas sans remède face à ce nouveau type de criminalité. On ne peut que saluer la motion de la conseillère nationale Simonetta Somaruga, acceptée par le Conseil fédéral, qui demande la répression de ces comportements.*

système d'autrui est un fait de plus en plus banal, même s'il est parfois purement spectaculaire. A la base, le hacker est une personne qui a du plaisir à explorer en détail un système programmé et à étendre au maximum ses connaissances. Pour certains auteurs, c'est un «spéléologue» de données informatiques ou un «bidouilleur de génie, plus inoffensif qu'un vilain pirate sans foi ni loi». Le hacker ne fait finalement que visiter un site, le plus souvent officiel. Il tente de percer les défenses afin d'en démontrer la fragilité<sup>7</sup>. En fin de compte, le hacker c'est celui qui viole le domicile informatique d'autrui.

L'article 143<sup>bis</sup> CP définit un pur délit de comportement. L'infraction définit en outre de mise en danger abstraite. C'est la paix informatique qui est ici protégée<sup>8</sup>.

### 3. La détérioration de données (art. 144<sup>bis</sup> CP)

Le législateur n'a pas seulement réprimé la simple ballade sur les sites d'autrui. Il a érigé en infraction, à l'art. 144<sup>bis</sup>, tout acte de sabotage. Cette dernière acception doit être comprise dans un sens large. Il s'agit de toute modification, de tout effacement ou mise hors d'usage de données enregistrées ou transmises électroniquement<sup>9</sup>. L'art. 144<sup>bis</sup> ch. 2 dispose en outre que toute personne qui aura fabriqué, importé, mis en circulation, promis, offert ou d'une quelconque manière rendu accessibles des logiciels dont il savait ou devait présumer qu'ils devaient être utilisés dans un but de sabotage, ou qui aura fourni les indications en vue de leur fabrication, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Pour le Conseil fédéral, toutes les formes de détérioration de données sont visées par cette disposition, qui permet de réprimer aussi l'introduction d'un virus infor-

matique dans un système de traitement de données. De fait, dès qu'il y a mise hors d'usage, il y a infraction à l'art. 144<sup>bis</sup> chiffre 1<sup>er</sup> CP<sup>10</sup>. L'auteur de l'infraction ne peut être qu'un tiers qui, de plus, n'est pas légitimé à utiliser les données et n'a en conséquence aucun droit d'en disposer<sup>11</sup>. A la différence des art. 143 et 143<sup>bis</sup> CP, cette disposition définit un délit de résultat. Il n'est cependant pas nécessaire que le lésé subisse un dommage patrimonial<sup>12</sup>.

### 4. L'obtention frauduleuse d'une prestation d'un ordinateur ou d'un logiciel (art. 150 al. 4 CP)

Cette disposition est de portée limitée. Il faut en effet que l'auteur, «sans bourse délier», ait obtenu une prestation d'un ordinateur ou d'un appareil automatique. L'infraction vise le vol de temps machine. Il faut donc que l'appareil ait été mis à la disposition d'un «public» moyennant une rétribution. Echappe à l'incrimination tout vol de «temps machine» entre particuliers ou lorsque la prestation n'était pas à l'origine soumise à rémunération<sup>13</sup>.

## III. Nouveaux comportements délictueux

Les nouveaux comportements délictueux sont apparus depuis l'entrée en vigueur des dispositions précitées et sont essentiellement au nombre de trois: le flooding, le spamming, le e-bombing. Il convient tout d'abord de décrire ces nouveaux comportements avant de déterminer dans quelle mesure le droit positif permettrait, à certaines conditions, de les réprimer en tout ou en partie.

### 1. Le spamming

De façon très générale, le spamming désigne les envois en masse de courrier élec-

7 Sur ces questions, voir notamment PATRICK GALLEY, Terrorisme informatique: quels sont les risques?, in Publications de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne, Lausanne 1996, p. 12.

8 Sur ces questions, voir notamment JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, partie spéciale I, p. 253 et 254, Zurich 1997; REHBERG/SCHMID, op. cit., p. 149 ss et les références citées.

9 REHBERG/SCHMID, op. cit., p. 159.

10 FF 1991 II 982.

11 NILAUS SCHMID, RPS 113 (1995), p. 32; HURTADO POZO, op. cit., p. 263, n° 954.

12 SCHMID, loc. cit., p. 33; HURTADO POZO, op. cit., p. 265 et 266.

13 Sur ces questions, voir notamment HURTADO POZO, op. cit., p. 307 et les références citées; REHBERG/SCHMID, op. cit., p. 201; FF 1991 II 1000

tronique<sup>14</sup>. Plus précisément, le spamming consiste à expédier plusieurs messages identiques à une multitude de groupes de discussion usenet. On parle alors de multipostage abusif ou, selon la méthode employée, de postage croisé abusif. Le nombre de messages expédiés et la méthode employée déterminent généralement le degré de nocivité des articles postés sur les groupes de discussion<sup>15</sup>. Selon l'office québécois de la langue française, le spamming peut se définir comme l'action d'inonder de nombreux groupes de nouvelles usenet ou groupes de discussion utilisant internet, avec le même message, inutile, souvent provocateur et sans rapport avec le sujet de discussion, causant ainsi une véritable pollution des réseaux<sup>16</sup>.

Pratiquement, le «spamming» peut se matérialiser par une campagne publicitaire effectuée sous forme d'envoi massif de courriers à raison de centaines voire de milliers par jour, à des destinataires ou à des internautes qui ne les ont pas sollicités. Ainsi, tout utilisateur de courrier électronique, dont l'adresse a été, une fois ou l'autre, rendue publique, est susceptible de recevoir un «spamm». Pratiquement, l'envoi courant est réalisé de la façon la plus banale possible: le «spammer» ne fait que recourir à un serveur de mail qu'il a le droit d'utiliser. Cela peut être l'entreprise qui dispose de lignes louées. Plus subtilement, le «spammer» cherche à agir «masqué». Il tentera de s'introduire dans le serveur d'un autre pour inonder les internautes d'informations non sollicitées. Techniquement, le destinataire peut installer des filtres «anti-spamm». Cependant, l'opération est complexe et il peut arriver que le filtre bloque certains courriers légitimes<sup>17</sup>. De fait, le «spamming» est susceptible d'entraîner non seulement l'engorgement de la boîte e-mail, mais également un ralentissement du temps de connexion, une saturation du système, le blocage du système, une destruction de ce dernier, enfin, une augmentation des coûts<sup>18</sup>.

Le «spamming» tombe-t-il sous le coup de la loi suisse? Suivant les effets du «spamm», on peut envisager, ça ou là, l'application de certaines dispositions pénales précitées.

En particulier, si le «spamming» rend hors d'usage le «mailbox» ou la connexion au réseau, on pourrait envisager l'application de l'art. 144<sup>bis</sup> CP. Cette disposition ne semble en effet pas définir une mise hors d'usage définitive. Aux yeux du Conseil fédéral, l'art. 144<sup>bis</sup> englobe toutes les formes d'atteinte «qui n'aboutissent pas forcément à la destruction des données, mais dont les effets sont comparables, dans la mesure où l'ayant droit est empêché d'accéder aux données et les utiliser»<sup>19</sup>. A cet égard, le Message se veut exemplatif: l'art. 144<sup>bis</sup> CP vise par exemple la transformation induite d'un mot de passe, d'un système de codage, etc.<sup>20</sup>

Sur ce point, le droit suisse pourrait s'inspirer de solutions rendues notamment en droit étranger. Ainsi, en droit français, dès qu'il y a entrave, même limitée dans le temps, il y a «détérioration de données». Pour la Cour d'Appel de Paris, il faut se tourner vers le sens commun et considérer que toute action ayant pour effet de ralentir ou de paralyser le système est une entrave<sup>21</sup>. Plus particulièrement, l'infraction est réalisée par «l'envoi automatique de messages ainsi que l'utilisation de programmes simulant la connexion de multiples ordinateurs aux autres serveurs concernés, ayant eu des effets perturbateurs sur les performances des systèmes de traitement automatisé et (...) ayant entraîné un ralentissement de la capacité des serveurs»<sup>22</sup>.

Il peut arriver que le «spamm» ne bloque pas le réseau. Tout au plus, l'action impor-

14 Voir sur ces questions, Communications du Préposé fédéral à la protection des données, décembre 1999, [www.edsb.ch](http://www.edsb.ch).

15 Voir sur ces questions ERIC LABBE, Pourriel, Pollipostage et référencement abusif: le spamming dans tous ses états, in *Juricom-net*, Droit des technologies de l'information, [www.juricom.net/pro/1/cns\\_19990401.htm#2](http://www.juricom.net/pro/1/cns_19990401.htm#2).

16 MARCEL BERGERON/CORINNE KEMPA/YOLANDE PERRON, *Vocabulaire d'internet: vocabulaire anglais/français*, 2ème éd., publication du Québec 1997 p. 93; voir également le site internet de l'Office de la langue française québécois, [www.olf.gouv.qc.ca/service/pages/internet2.html](http://www.olf.gouv.qc.ca/service/pages/internet2.html).

17 Sur ces questions, voir notamment LAMY, *Droit de l'informatique et des réseaux*, guide, édition 2000 n°s 3682 ss.

18 Ibidem.

19 FF 1991 II 982.

20 Ibidem.

21 Cour d'appel de Paris du 5.4.1994, JCP éd. E 1995 I 461.

22 Ibidem.

tune l'internaute. Une infraction est-elle encore concevable dans le cas particulier?

On pourrait certes concevoir l'application de l'art. 179<sup>septies</sup> CP, qui réprime l'abus d'installation téléphonique. Certains auteurs, certes avec prudence, proposent cette solution<sup>23</sup>. Cependant, les conditions posées par cette disposition sont extrêmement limitées. En particulier, l'acte n'est punissable qu'à la condition que l'auteur ait agi par «méchanceté» et «espièglerie». Le Tribunal fédéral a récemment défini ces deux notions<sup>24</sup>. Il y a méchanceté lorsque le dommage et le désagrément procurent à l'auteur un sentiment de satisfaction. Il y a enfin espièglerie lorsque l'auteur agit un peu «follement» par bravade ou sans scrupules, dans un but de satisfaire un caprice momentané. On le voit, rares sont les cas où le spamming remplit ces conditions. De surcroît, il faut rappeler que l'art. 179<sup>septies</sup> CP définit une contravention qui n'est punissable que des arrêts ou de l'amende. Le temps d'identifier l'auteur, l'infraction pourrait être prescrite (art. 109 CP). Qui plus est, compte tenu de la portée limitée de ce type de délit, on imagine mal une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière de spamming(!).

A certains égards, le spamming peut caractériser un acte de concurrence déloyale. Tel sera le cas du «spammer» qui use de méthodes de vente particulièrement agressives. Son comportement pourra tomber sous le coup de l'art. 3 let. h LCD. Certains auteurs sont favorables à l'application de cette disposition<sup>25</sup>. A cet égard, on doit signaler une décision, rendue le 17 mai 2000 par la Commission suisse pour la loyauté, qui considère que le fait d'envoyer par fax des publicités non sollicitées à des consommateurs est déloyale et viole l'art. 4.2 des règles et usances en matière de publicité loyale<sup>26</sup>.

On peut également imaginer une infraction à l'art. 35 de la loi fédérale sur la protection des données<sup>27</sup> dans la mesure où un tiers a communiqué indûment au «spammer» une adresse e-mail, ainsi que toute donnée personnelle secrète et sensible. Là également, la disposition est d'un intérêt limité. L'infraction se limite à nouveau à une simple contravention punie des arrêts ou de l'amende. La victime aurait de fait la charge d'identifier l'auteur comme celle d'obtenir sa condamnation dans un délai de prescription de deux ans. L'application demeure avant tout théorique.

Mises à part ces dispositions, éparses, qui pourraient trouver application, force est de constater que le spamming, demeure non punissable. D'où l'intervention, en été 2000, de la conseillère nationale Simonetta Somaruga, qui a demandé au Conseil fédéral de réprimer ce type de comportement, par l'introduction de nouvelles dispositions pénales dans la loi sur les télécommunications. Le 2 octobre 2000, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter la motion.

## 2. L'E-bombing

L'E-bombing ou mail bombing ou Junk e-mail est un dérivé du spamming. Il s'agit d'un courrier électronique importun, adressé massivement à l'internaute, et destiné habituellement à la poubelle<sup>28</sup>. Pratiquement, l'auteur «bombarde» la boîte de courrier électronique par l'envoi d'une quantité astronomique de messages<sup>29</sup>.

En tant que situation proche du spamming, la répression de l'E-bombing est la même. Là également, une interprétation téléologique des dispositions existantes permettrait d'en réprimer certains aspects. La répression devrait figurer aux côtés du spamming.

## 3. Le flooding

Le flooding est la démarche inverse du spamming ou du E-bombing. Plutôt qu'inonder l'internaute de messages inutiles, l'auteur cherche à bloquer le système pendant plusieurs heures ou plusieurs jours en raison d'une multitude de de-

23 Voir notamment sur ces questions DAVID ROSENTHAL, Unverlangte Werbe-E-mail ohne Rechtsfolgen, in *medialex* 1999, p. 203, spéc. p. 204.

24 ATF 121 IV 131, spéc. 137.

25 LUKAS FÄSSLER, Unverlangte Werbe-Mails mit Rechtsfolgen, 2000, pp 1-2, in [www.jurisnet.ch/specials](http://www.jurisnet.ch/specials).

26 Cette solution est précisément signalée par FÄSSLER, op. cit. p. 2.

27 Loi fédérale sur la protection des données, RS 235.1.

28 BERGERON/KEMPA/PERRON, op cit. (n. 16).

29 Sur ces questions, voir notamment LABBE, op. cit. (n. 15).



mandes de recherches envoyées au rythme d'un mégabite/seconde et relayé par des batteries d'ordinateurs installées dans le monde entier<sup>30</sup>. On pensera tout particulièrement au blocage des moteurs de recherches Yahoo, Amazon.com et CNN.com des 8 et 9 février 2000<sup>31</sup>.

Dans la mesure où l'auteur agirait par méchanceté ou espièglerie, on pourrait appliquer au floodier l'art. 179<sup>septies</sup> CP. S'il s'agit d'un blocage momentané, on pourrait concevoir, à la rigueur du droit, l'application de l'art. 144<sup>bis</sup> CP. On le voit cependant, ces dispositions n'ont pas été érigées en 1995 pour réprimer ce type de comportement. Là également, le droit pénal positif suisse présente de nombreuses lacunes qu'il conviendrait de combler à brève échéance.

#### 4. Droit applicable

La loi suisse est-elle applicable lorsque la spammer, l'e-bomber ou le floodier agit depuis l'étranger? Là également, le droit pénal se montre souvent bien incapable de donner des solutions adaptées à la réalité informatique. Tout va dépendre du type d'infraction en cause. Si l'acte délictueux a pour effet de détruire des données, le comportement réprimé s'apparentera à un délit matériel (art. 144<sup>bis</sup> CP). En pareil cas, la loi suisse sera applicable, l'infraction étant réputée commise tant au lieu où l'auteur a agi qu'à celui où le résultat s'est produit (art. 7 CP)<sup>32</sup>. Plus délicate est la question de savoir si l'effet se limite à une mise hors d'usage temporaire. Peut-on encore admettre l'existence d'un délit matériel ou délit de lésion? Enfin, qu'en est-il lorsque le comportement ne fait qu'importuner le destinataire du message? Bien souvent, l'infraction punissable décrira plus un délit de comportement (délit formel ou délit de mise en danger abstraite) qu'un délit de résultat. Tel est notamment le cas du hacking (art. 143<sup>bis</sup>)<sup>33</sup>.

Aux yeux du Tribunal fédéral, la théorie de l'ubiquité (art. 7 CP) n'est cependant pas applicable aux délits formels ainsi qu'aux délits de comportement<sup>34</sup>: «Il ne peut y avoir de résultat au sens technique (de l'art. 7 CP) que pour une catégorie d'actes punissables, à savoir les délits matériels (Erfolgsdelikte)»<sup>35</sup>. En matière de dé-

lits informatiques commis depuis l'étranger, bon nombre d'infractions échappent ainsi à l'application du droit suisse<sup>36</sup>.

La solution conférée par le Tribunal fédéral aux délits de mise en danger est largement critiquée en doctrine<sup>37</sup>. Le Tribunal fédéral l'admet, mais confirme cependant toujours la règle<sup>38</sup>. Tout au plus a-t-il récemment limité la portée de cette jurisprudence, à tout le moins en matière de délits contre l'honneur commis depuis l'étranger non dépourvus d'effets en Suisse<sup>39</sup>. L'infraction serait réalisée en Suisse à la condition que le message soit adressé à un cercle déterminé de personnes. Cette solution n'est guère plus satisfaisante: l'auteur ne serait punissable qu'à la condition qu'il ait visé et choisi un internaute déterminé ou déterminable. Tout acte de spamming, d'e-bombing et de flooding à large échelle demeurerait impuni. A notre avis, l'art. 7 CP devrait être applicable à tout les délits de lésion ou de comportement. D'ailleurs, même en présence d'un délit de mise en danger, l'infraction n'est souvent révélée que parce qu'un certain résultat s'est produit.

#### 5. Tendances

Le législateur suivra-t-il les appels du pied de certains parlementaires? Si l'on parle de spamming ou d'e-bombing publicitaire, les tendances ne vont pas forcément dans le sens souhaité. Ainsi, en droit communautaire, il faut signaler l'existence de la directive du 8 juin 2000<sup>40</sup>, relative à certains aspects juridiques du commerce

30 Sur ces questions, voir notamment LAMY, op. cit. (n. 17).

31 Sur ces questions, voir LAMY, op. cit. (n. 17); voir également CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrecht in Internet, in RPS 2000 p. 109 ss.

32 Dans le même sens, SCHWARZENEGGER, loc. cit., p. 122.

33 SCHWARZENEGGER, ibidem.

34 ATF 105 IV 326, JT 1981 IV 95 et ATF 109 IV 1, cons. 3b, JT 1984 IV 30.

35 ATF 125 IV 241 ss, spéc. 244 cons. 4c.

36 SCHWARZENEGGER, loc. cit., p. 122 ss; voir aussi M. A. NIGGLI/F. RIKLIN/G. STRATENWERTH, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, avis de droit, in *medialex* 2000, Sonderausgabe, p. 27.

37 SCHWARZENEGGER, loc. cit., p. 122 ss; ROBERT ROTH, Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international, in RPS 1994 I, p. 6 s. et les références citées.

38 ATF 125 IV 241, spéc. 244 cons. 4c.

39 ATF 125 IV 177.

40 JOCE L / 178/1; voir aussi: <http://europa.eu.int/comm/internal-market/en/media/elecomm/>.

électronique, qui se borne à exiger, à son art. 7, que les Etats membres prennent des mesures visant «à garantir que les prestataires qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres opt-out dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communications peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières». Vœux pieux, non contraignants, et totalement dépourvus de sanctions...

#### IV. Conclusion

La protection pénale des données informatiques et électroniques, insérée dans le code pénal suisse lors de la révision entrée en vigueur le 1er janvier 1995 (répression du hacking, du sabotage de données et de l'appropriation de données électroniques) s'avère d'ores et déjà dépassée, six ans plus tard, par l'émergence de nouveaux comportements illicites, soit le spamming, l'E-bombing et le flooding. Certains aspects matériels de ces

nouvelles formes de criminalité peuvent tomber sous le coup de la loi pénale actuelle (art. 144<sup>bis</sup> - mise hors d'usage d'un ordinateur ou d'un logiciel, art. 179<sup>septies</sup> - utilisation induite d'un appareil électronique) ou encore tomber sous le coup de la LCD (art. 3 let. h). Toutefois, le droit pénal suisse demeure dans la quasi-totalité des cas sans remède face à ces nouveaux types de comportements.

Sans tenir compte de l'état des travaux du droit communautaire, il appartiendra au législateur de réprimer de telles agressions informatiques. A cet égard, la notion de territorialité, définie aux art. 3 et suivants CP devrait être assouplie. Bien souvent, le spamming, l'E-bombing ou le flooding sont le fait de délits transnationaux. Que l'infraction définisse un délit de mise en danger ou de résultat, la compétence du droit pénal suisse devrait être admise sans réserve. Dans la mesure où le message illicite peut être capté sur son territoire, le droit pénal suisse devrait être applicable. ■

# Informationsqualität – ausserververtragliche Qualitätsregeln

Rena Zulauf

Dr. iur., Zürich

Die journalistische Qualitätsdebatte ist im Gang. Während die Einen den «Ver-ein zur Qualitätssicherung im Journalismus» gründen, belächeln Andere das Thema als Pudding- oder Quarkdiskussion<sup>1</sup>. Der folgende Beitrag rollt die Auseinandersetzung aus juristischer Sicht auf und postuliert einen neuen, informationsrechtlichen Ansatz zur Problemlösung.

Die traditionelle juristische Auseinandersetzung hat sich bei Fragen journalistischer Qualität bis anhin vorwiegend am zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Schutz Privater vor verletzender Information), am Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Schutz des Wettbewerbs vor unlauterer Information), am Radio- und Fernsehgesetz (Schutz der Meinungsbildung vor unsachgerechter Information) sowie am Datenschutzgesetz (Schutz der Persönlichkeit vor Daten-Information) orientiert. Diese Grundlagen vermögen in manchen Fällen sowohl aus der Sicht der Betroffenen als auch der Medien nicht vollständig zu überzeugen, zumal dabei redaktionelle Arbeitsabläufe und ökonomische Bedingungen, unter denen Medienschaffende produzieren und ihre Arbeiten veröffentlichen, ausser Acht gelassen werden<sup>2</sup>. Die Diskrepanz zwischen dem traditionellen Ansatz und der Medienwirklichkeit lässt sich dadurch überwinden, indem einerseits die Information als solche ins Zentrum der juristischen Auseinandersetzung gerückt wird und andererseits die Informationsqualitätskriterien mit den journalistischen Sorgfaltspflichten in Relation gebracht werden.

## 1. Beispiele aus der journalistischen Praxis

1. In einem interviewartig gestalteten Artikel der Bodensee-Zeitung äusserte sich ein Nähmaschinenvertreter negativ über das Konkurrenzprodukt «Bernina». Er behauptete unter anderem, Bernina-Nähmaschinen seien beim Erscheinen auf dem Markt bereits technisch überholt. Dem Journalisten warf das Bundesgericht unlauteres Verhalten vor, weil er eventualvorsätzlich die Wiedergabe einer falschen Behauptung in Kauf genommen hat<sup>3</sup>.

2. Am 11. Januar 1999 strahlte das Nachrichtenmagazin «10 vor 10» die «Sensationsmeldung» aus, die baselstädtische Sanitätsdirektion habe einem 70-jährigen Patienten das zwischen 500'000 und einer Million Franken teure Medikament «novoSeven» verweigert. Die Geschichte stimmte nicht und der in Frage stehende Patient (ein ehemaliger Bundesrat, wie sich herausstellte) konnte bereits Monate zuvor mit anderen gängigen Medikamenten erfolgreich behandelt werden<sup>4</sup>.

3. Im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der Rolle der Schweiz im zweiten Weltkrieg publizierte die SonntagsZeitung im Januar 1997 einige wenige Sätze aus einem vertraulichen Strategiepapier des Schweizer Botschafters Carlo Jagmetti in den USA. Durch die verkürzte und dramatisierende Darstellung des Papiers, das beim Leser den Eindruck erweckte, Jagmetti würde in antisemitischer Weise einen unsachgemässen Einfluss amerikanischer Juden auf die amerikanische Politik

*Résumé: Les médias numériques ne font plus la distinction entre les formes de présentation, les canaux de diffusion et les appareils de réception. Aussi, le droit de la presse et de la radiotélévision se transforment en droit de l'information. La discussion juridique traditionnelle a résolu les problèmes de qualité dans le journalisme sans égard aux conditions du travail journalistique et à l'économie d'édition. Les aspects qualitatifs ne sont justiciables que si les critères de la qualité de l'information (exactitude, exhaustivité, sécurité, clarté, pertinence, compréhension, utilité, actualité) sont mis en relation avec la diligence journalistique (connaissance de la matière, transparence).*

1 Vgl. NZZ Nr. 258 vom 5.11.1999 «Pudding oder Quark? Oder beides?»

2 NOBEL P., Möglichkeiten einer tauglichen Selbstregulierung in der Presse – vom Konkreten zum Allgemeinen, *medialex* 1997, 87 ff, 90.

3 BGE 117 IV 193 ff.

4 Vgl. zum Ganzen: BaZ vom 13.1.1999, 3, «Kein «Fall Schaller» aber ein «Fall 10 vor 10».

**Zusammenfassung:** Die digitalen Medien unterscheiden nicht mehr zwischen Darstellungsformen, Verbreitungswegen und Wiedergabegeräten. Dadurch vollzieht sich ein Wandel vom Presse- und Rundfunkrecht zum Informationsrecht. Die traditionelle medienrechtliche Auseinandersetzung hat Probleme journalistischer Qualität bis anhin losgelöst von den journalistischen Arbeitsbedingungen und der Verlagsökonomie erörtert, obwohl diese in der Rechtswirklichkeit vermehrt in Vordergrund geraten. Qualitative Aspekte der Information sind nur dann justiziabel, wenn die Informationsqualitätskriterien (Richtigkeit, Vollständigkeit, Sicherheit, Klarheit, Schlüssigkeit, Aufnehmbarkeit, Nützlichkeit, Zeitgerechtigkeit) mit den journalistischen Sorgfaltspflichten (Sachkenntnis, Transparenz) in Relation gebracht werden.

(und gegen die Schweiz) anprangern, hatte die «Enthüllung» Jagmettis Rücktritt zur Folge<sup>5</sup>. Auf die Fälle wird am Schluss des Beitrages nochmals Bezug genommen (vgl. Teil V).

## II. Informationsqualität

### 1. Qualität

Qualität, verstanden als Eigenschaft, muss bestimmten Normen entsprechen, die sich von einem bestimmten Wertesystem ableiten lassen. Im Zuge der Internationalisierung ist es nahezu unmöglich geworden, ein Wertesystem zu finden, das auf einem gesamtgesellschaftlichen Konsens basiert<sup>6</sup>, weshalb die Qualität nicht eine absolute Grösse sein kann, sondern sich aus einer Vielzahl mehrdimensionaler Aspekte zusammensetzt, die sich gegenseitig relativieren<sup>7</sup>. Im Einzelnen hat die informationsrechtliche Doktrin<sup>8</sup> folgende **Informationsqualitätskriterien** entwickelt: 1) Richtigkeit, 2) Vollständigkeit, 3) Sicherheit, 4) Klarheit, 5) Schlüssigkeit, 6) Aufnehmbarkeit, 7) Nützlichkeit und Zeitgerechtigkeit.

### 2. Sorgfalt

Qualitative Aspekte der Information sind m.E. nur dann justiziabel, wenn sie mit einer bestimmten Tätigkeit in Verbindung gebracht werden können, d.h. wenn einer Person der Vorwurf nichtkonformen Verhaltens gemacht werden kann. Aus diesem Grund steht die **Informationsqualität** mit den allgemeinen<sup>9</sup> bzw. den journalistischen<sup>10</sup> **Sorgfaltspflichten** in einer Abhängigkeit.

Sorgfalt setzt stets das Vorhandensein einer primären Leistung voraus<sup>11</sup>. Das bedeutet, dass Sorgfalt zwei Komponenten aufweist: Einerseits verlangt sie, dass die primäre schuldnerische Leistungspflicht bzw. die konkrete Umsetzung der Leistungspflicht definiert wird und andererseits beschreibt sie das sachgerechte Verhalten im Hinblick auf den angestrebten Erfolg<sup>12</sup>. Der Anspruch auf Informationsqualität ist daher nur unter **Berücksichtigung des konkreten Umfelds der Medienschaffenden** möglich. Aus diesem Grund kann ein Anspruch wegen Verletzung der Informationsqualität nur dann entstehen, wenn einerseits die den Umständen des konkreten Einzelfalles angemessene Sorgfalt umschrieben wird und andererseits die Dimensionen der Informationsqualität innerhalb dieses Umfeldes konkretisiert werden. Dieser Ansatz erscheint als sachgerecht, zumal die journalistischen Arbeitsbedingungen und die Verlagsökonomie rechtlich berücksichtigt werden können<sup>13</sup>.

## III. Ausservertragliche Qualitätsregeln

### 1. Mängel der Anknüpfungskriterien der Haftung gemäss traditionellem Ansatz

Die Lehre zur **objektiven Widerrechtlichkeitstheorie**<sup>14</sup> knüpft an der Verletzung

5 Stellungnahme des Presserates Nr. 1/97 vom 4.4.1997 (Jagmetti/SonntagsZeitung).

6 SCHATZ H./SCHULZ W., Qualität von Fernsehprogrammen, Media Perspektiven 1992, 690 f.

7 Aus soziologischer Sicht RUSS-MOHL S., Der I-Faktor, Osnabrück/Zürich 1994, passim; RAGER G., Dimensionen der Qualität, in: BENTELE G./HESSE K. R. (Hrsg.), Publizistik in der Gesellschaft, Konstanz 1994, 189 ff, 193 ff; HALLER M./HOLZHEY H. (Hrsg.), Medien-Ethik, Opladen 1992, passim; WALLISCH G., Journalistische Qualität, Konstanz 1995, passim.

8 DRUEY J. N., Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, 243 ff; WEBER R. H., Information und Schutz Privater, ZSR 1999 II 3 ff, 60 ff; vgl. auch ZULAUF R., Informationsqualität, Diss. Zürich 2000, 100 ff; jüngst GASSER U., Zu den Möglichkeiten einer rechtlichen Erfassung von Medien- und Informationsqualität, ZSR 2000 I 379 ff.

9 Zum allgemeinen Sorgfaltsbegriff OSWALD CH., Analyse der Sorgfaltspflichtverletzungen im vertraglichen und im ausservertraglichen Bereich, Diss. Zürich 1988, 43 ff; WEBER R. H., Sorgfaltswidrigkeiten – quo vadis? ZSR 1988 I 39 ff, 46 ff; DERS., Berner Kommentar (2000), Art. 99 N 81 ff; FELLMANN W., Berner Kommentar (1992), Art. 398 N 17 ff; OFTINGER K./STARK E. W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Zürich 1995, 201 ff; SCHWENZER I., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 22.14 ff; BGE 104 II 28; 102 II 240; 100 II 337; 100 IV 79.

10 Zu den journalistischen Sorgfaltspflichten vgl. hinten IV.2.A.a.

11 GAUTSCHI G., Berner Kommentar (1971), Art. 398 N 21a: «Sorgfalt besteht nicht für sich selbst».

12 Ausführlich OSWALD CH. (FN 9), 45 ff.

13 Vgl. vorne I.

14 OFTINGER K./STARK E. W. (FN 9), 169 ff; SCHNYDER A. K., Basler Kommentar (1996), Art. 41 N

eines absolut geschützten Rechtsguts (Persönlichkeitsrecht, Eigentum, Immaterialgüterrecht) bzw. einer Schutznorm an. Weil das Vermögen kein absolutes Recht darstellt, ist es lediglich bei Vorliegen einer Schutznorm bzw. im Rahmen von Art. 41 Abs. 2 OR (Sittenwidrigkeit) geschützt. Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie erlaubt es, die Verletzung eines absoluten Rechts für sich allein als haftungsauslösend zu qualifizieren und verneint die Haftung, wenn «lediglich» das Vermögen verletzt wird, d.h. das Vermögen wird als «niedrigeres» Rechtsgut qualifiziert.

Die Unterscheidung verschiedener Schadensarten (Personen-, Sach- bzw. Vermögensschaden) ist, wie die in der Lehre umstrittenen «Kabelbruchfälle»<sup>15</sup> zeigen, problematisch: Führt die Zerstörung oder Beschädigung eines Kabels in einer Fabrik zu einem Stromunterbruch, so kann der Betriebsunterbruchschaden grundsätzlich nicht geltend gemacht werden, weil kein absolut geschütztes Rechtsgut (Eigentum) verletzt worden ist; die Haftung wird hingegen bejaht, wenn - wie im «Brutkastenfall»<sup>16</sup> - angebrütete Eier infolge des Stromunterbruchs verderben<sup>17</sup>.

Da es sich gemäss der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie bei der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts um ein sog. **Erfolgsunrecht** handelt, spielt es auch keine Rolle, auf welche Weise die Verletzung zustande gekommen ist<sup>18</sup>, d.h. dass - unter Vorbehalt eines Rechtfertigungsgrundes - von der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts auf die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung geschlossen werden kann. Diese Doktrin manifestiert sich für die Medien dahingehend aus, dass **jede** Berichterstattung, die z.B. Unwahrheiten über eine Person enthält - unabhängig von der angewendeten Sorgfalt bei den journalistischen Recherchen - das Kriterium der Widerrechtlichkeit erfüllt, sofern die unwahre Information persönlichkeitsverletzend ist.

Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die **Widerrechtlichkeit** die objektive, das **Verschulden** die subjektive Seite der Haftpflicht darstellt<sup>19</sup>. Die Problematik dieser Unterscheidung liegt darin, dass

einerseits für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit vorerst eine Verhaltensnorm eruiert werden muss, an die sich der Schädiger hätte halten sollen, und andererseits die subjektive Seite des Verschuldens letztlich von einem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff ausgeht, der sich an objektiven **und** subjektiven Kriterien misst<sup>20</sup>.

## 2. Neuere Entwicklungen in der Lehre

In Abkehr vom traditionellen Ansatz postuliert eine neuere schweizerische Lehrmeinung<sup>21</sup> die **ungerechtfertigte Verletzung einer Sorgfaltspflicht** als massgebendes Kriterium der Haftung: Verhält sich der Schädiger so sorgfältig, wie sich eine vernünftige Person in der gleichen Situation verhalten hätte, rechtfertigt es sich nicht, eine Haftung nur aus dem entstandenen Erfolgsunrecht zu bejahen; ist der Schaden hingegen auf ein Verhalten zurückzuführen, das den durchschnittlichen Anforderungen widerspricht, welche die Gesellschaft im Interesse des Zusammenlebens an ihre Mitglieder stellt, soll der Verletzte seinen Schaden grundsätzlich ersetzt erhalten.

### A. Vorteile der Haftungsanknüpfung an objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Geht man von dem modifizierten Verständnis der Haftungsvoraussetzungen aus, welches an der ungerechtfertigten Verletzung einer Sorgfaltspflicht an-

30; BREHM R., Berner Kommentar (1998), Art. 41 N 33 ff; BGE 115 II 18 f.

15 BGE 106 II 75 ff; 102 II 85 ff.

16 BGHZ 41, 123.

17 Zur Problematik KRAMER E.A., «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128 ff; ROBERTO V., Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff; HONSELL H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, 46.

18 MEILI A., Basler Kommentar (1996), Art. 28 N 45.

19 DESCHENAUX H./TERCIER P., La Responsabilité Civile, 2. éd. Berne 1982, 68; WEBER R. H. (FN 9), Sorgfaltswidrigkeiten, 40.

20 Statt vieler REY H., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zürich 1998, N 843 ff; vgl. auch BUCHER E., Verschuldensfähigkeit und Verschulden, in: BREHM E./DRUEY J. N./KRAMER E. A./SCHWANDER I. (Hrsg.), Festschrift Pedrazzini M. M., Bern 1990, 287 ff, 300 ff; zur Problematik der Berufung auf Schutznormen vgl. ZULAU R. (FN 8), 117 f.

21 WERRO F., Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, ZSR I 1997, 343 ff, 345 ff; SCHWENZER I., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, N 50.24; HONSELL H. (FN 17); ähnlich GEISER T., Der Historiker vor dem Zivilrichter, AJP 1992, 445 ff, 452.

knüpft, wird das Verhalten der schädigenden Person in das Zentrum der juristischen Auseinandersetzung gerückt. Damit wird statt auf die Art des eingetretenen Schadens auf das Verhalten des Schädigers, vorliegend der Medien, abgestellt, mithin das Erfolgsunrecht in ein **Verhaltensunrecht** umgemünzt<sup>22</sup>.

Voraussetzung des Ansatzes der objektiven Sorgfaltpflichtverletzung ist die Aufgabe des Konzepts der absoluten Rechtsgüter. Unabhängig vom verletzten Rechtsgut vermag ein schädigendes Verhalten dann keine Haftung auszulösen, wenn der eingetretene Schaden objektiv nicht vorausgesehen werden konnte. Ebenso wenig ist bei der Beurteilung des haftungsauslösenden Verhaltens die Art des eingetretenen Schadens (Personen-, Sach- oder Vermögensschaden) von Bedeutung<sup>23</sup>. In den Vordergrund der haftpflichtrechtlichen Prüfung rückt vielmehr die Formulierung der jeweiligen Sorgfaltpflichten.

Die objektive Sorgfaltpflichtverletzung als massgebendes Anknüpfungskriterium einer Ersatzpflicht ist dem Haftpflichtrecht nicht grundsätzlich fremd, sondern hat in die **Praxis des Bundesgerichts** bereits Eingang gefunden: Im Fall «VPM/Berner Zeitung»<sup>24</sup> geht das Bundesgericht zwar noch vom Schutz absolut geschützter Rechtsgüter aus, räumt jedoch ein, dass den Medien gewisse spezifische Sorgfaltpflichten auferlegt sind, deren Beachtung

zu einer Rechtfertigung des Verhaltens führen. Der Entscheid legt die Vermutung nahe, dass das Vorgehen nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie nicht mehr konsequent durchgeführt wird und nur dank systemfremder Anleihen zum gewünschten Resultat führt, zeigt aber auch, dass eine Neugliederung der Voraussetzungen nach Art. 41 OR letztlich weniger Folgen zeitigt, als auf den ersten Blick anzunehmen ist.

Die Anknüpfung der Haftung an die objektive Sorgfaltpflichtverletzung überwindet zudem ein **grundrechtliches Problem**, welches vom traditionellen Ansatz nur mangelhaft berücksichtigt worden ist: Gemäss heutiger Doktrin genügt irgendein Eingriff in die Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) bzw. in den Wettbewerb (Art. 2–8 UWG), um die Vermutung der Widerrechtlichkeit auszulösen<sup>25</sup>. Diese Regelung ist problematisch, weil dabei gleichzeitig eine grundrechtlich geschützte Position des Verletzten beeinträchtigt werden kann: Bei der Anwendung der zivil- und lauterkeitsrechtlichen Regeln stehen nämlich in der Regel nicht nur auf Seiten des Verletzten (Schutz der Privatsphäre, Art. 13 BV, Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV), sondern auch auf Seiten des Verletzten grundrechtlich geschützte Interessen auf dem Spiel, z.B. die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit (Art. 16 und 17 BV). Die zunehmende Ausdehnung und gesellschaftliche Bedeutung des Medienangebotes verlangt einerseits den verstärkten Schutz der Persönlichkeit bzw. des reibungslos funktionierenden Wettbewerbs; andererseits ist die Gefahr nicht zu verkennen, dass das Anliegen der freien Meinungsäusserung vernachlässigt wird<sup>26</sup>.

#### a) Journalistische Sorgfaltpflichten

Die **Rechtsprechung**<sup>27</sup> und der **Schweizer Presserat**<sup>28</sup> haben im Laufe der Zeit journalistische Sorgfaltpflichten konkretisiert. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden Gebote<sup>29</sup>: 1) Wahrhaftigkeit, 2) Sachkenntnis, 3) Transparenz, 4) Überprüfung übernommener Fakten, 5) Angemessenheit der Mittel, 6) Verarbeitung anderer Meinungen, 7) Unvoreingenommenheit und 8) sorgfältige Auswahl und Begleitung von Interviewten und Gästen.

22 WERRO F. (FN 21), 349 f; vgl. auch BGE 82 II 28.  
 23 WERRO F. (FN 21), 346 f, 367; vgl. auch KRAMER E. A. (FN 17), 132 ff, der die grundsätzliche Ersatzfähigkeit sämtlicher Schadensarten befürwortet.  
 24 BGE vom 7.6.1995 (5C.46/1995/ma), 12; *medialex* 1996, 43 f.  
 25 Vorbehaltlich des Rechtfertigungsgrundes z.B. des öffentlichen Interesses.  
 26 Vgl. MÜLLER J. P., Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, 223 ff; SAXER U., Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen: Eine Problemskizze, AJP 1993, 604 ff; BGE 123 IV 216; 113 Ia 320.  
 27 BGE 121 II 363 ff; 119 Ib 170 ff; 114 Ib 207 f; UBIE in VPB 1998, 445; 1998, 459; 1998, 899; 1997, 651; 1995, 111; 1995, 352; 1994, 373; 1993, 397 f; 1992, 208; 1992, 231; 1990, 64.  
 28 www.presserat.ch.  
 29 Vgl. dazu DUMERMUTH M., Rundfunkrecht, in: WEBER R. H. (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, SBVR, Basel 1996, N 73 ff; DERS., Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Diss. Bern, Basel 1992, 292 ff; GROB F., Die Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz, Diss. Zürich 1994, 157 ff; MÜLLER J. P./GROB F., Kommentar Bundesverfassung (1995), Art. 55bis N 54; SCHÜRMMANN L./NOBEL P., Medienrecht, 2. Aufl. Bern 1993, 196 f; BARRELET D., Droit de la Communication, Berne 1998, N 773 ff.

Eine Analyse der journalistischen Sorgfaltspflichten<sup>30</sup> kommt zum Schluss, dass die Medien insbesondere das **Gebot der Sachkenntnis** und das **Gebot der Transparenz** zu beachten haben. Die Postulierung weiterer Sorgfaltspflichten, insbesondere die Verarbeitung anderer Meinungen sowie das Gebot der sorgfältigen Auswahl und Begleitung von Interviewten und Gästen, liesse sich mit dem Grundsatz der Privatautonomie sowie dem Selbstbestimmungsrecht der Medien nicht vereinbaren und würde im Widerspruch zur Medien- und Meinungsfreiheit (Kriterium der Verhältnismässigkeit des Eingriffs) stehen. Angesichts der vermehrten Etablierung multimedialer Dienste und der damit verbundenen Möglichkeit zur «Vielkanal-Kommunikation» ist bei der Festlegung der Sorgfaltspflichten ein niedrigerer Massstab anzulegen im Vergleich zu den von der UBI entwickelten Kriterien, welche historisch bedingt auf einen durch die SRG/SSR beherrschten Rundfunkmarkt abgestimmt sind, bei dem private Veranstalter lediglich auf lokaler Ebene eine marginale Rolle spielen.

Vergleicht man den vorgeschlagenen haftpflichtrechtlichen Sorgfaltsmassstab mit den Standesregeln, fällt auf, dass der journalistische Berufskodex aber auch die Charta «Journalistische Qualität»<sup>31</sup> die Medientätigkeit strengerer Sorgfaltskriterien unterstellen. Es gehört aber zum Wesen freiwillig auferlegter Verhaltenskodizes, dass sie möglichst detailliert die Rechte und Pflichten einer Berufsgruppe umschreiben und je nach Fallkonstellation zu Gunsten bzw. zu Lasten der Berufsgruppe vom geltenden Recht abweichen.

aa) Die **Sachkenntnis** besteht aus zwei voneinander abhängigen Komponenten, nämlich (1) der **beruflichen Erfahrung**, dem **Bildungsgrad** sowie der **Fachkenntnis** und (2) der **Recherchiertätigkeit**, welche sich an den Kriterien der **Zumutbarkeit** und **Unvoreingenommenheit** misst<sup>32</sup>. Das Gebot der Sachkenntnis ist von besonderem Interesse, da es einerseits dem Gesetzgeber bekannte Sorgfaltspflichten aus dem Auftrags- und Arbeitsrecht (Art. 398 Abs. 1 i.V.m. 321e Abs. 2 OR)<sup>33</sup> aufnimmt und andererseits erlaubt, im Bereich der Recherchiertätigkeit redaktionelle und

verlagsökonomische Bedingungen (Infrastrukturen) zu berücksichtigen.

Die rechtliche Anerkennung der Pflicht zur Sachkenntnis ermöglicht eine individuelle, auf die Umstände des konkreten Einzelfalles abstellende Prüfung dessen, was Journalistinnen und Journalisten bei der Recherche und Aufarbeitung eines Themas zu beachten haben. Der Ansatz erlaubt z.B., dass von einer juristisch gebildeten Person eine grössere Sorgfalt bei der Gerichtsberichterstattung verlangt werden kann als von einem juristischen Laien. Zusätzlich ermöglicht die Anerkennung der Sachkenntnis, dass je nach Suggestivkraft und Breitenwirkung, die eine elektronisch verbreitete Information entfaltet, ein differenzierter und abgestufter Sorgfaltsmassstab für die unterschiedlichen (multimedialen) Informationsprodukte angesetzt werden kann. Mit einer im Rundfunk verbreiteten Information, die eine gewisse massenhafte und langandauernde Fesselungswirkung entfalten kann, ist nach dem vorgeschlagenen Ansatz sorgfältiger umzugehen als mit einer Information, die im «Einzelvertrieb» verbreitet wird, d.h. in ständigem Wechsel so ausgestrahlt wird, dass sie jederzeit von jedem Interessenten herausgegriffen und auf sein Endgerät geholt werden kann<sup>34</sup>.

bb) Das Gebot der **Transparenz** erlaubt dem Empfänger, eine Information zu würdigen, d.h. er kann sich ein **kontextbezogenes** Bild über die in der Berichterstattung erfolgten Aussagen verschaffen. Transparent ist eine Information dann, wenn der Empfänger die Information einordnen kann, indem er sich z.B. vergegenwärtigt, dass eine Information satirischer oder religiöser Natur ist, oder indem er den Sicherheitsgehalt einer Information – z.B. angesichts der Äusserung «gemäss unbestätigter Meldung» – relativieren kann. Das Transparenzgebot vermin-

30 Ausführlich ZULAUF R. (FN 8), 122 ff.

31 Die vom Verein zur Qualitätssicherung erlassene Charta «Journalistische Qualität» kann beim Medienausbildungszentrum MAZ, Luzern, bezogen werden.

32 Zum «Gebot der Professionalität» aus soziologischer Sicht SCHATZ H./SCHULZ W. (FN 6), 701 ff.

33 Vgl. dazu ZULAUF R. (FN 8), 145 ff.

34 BULLINGER M./MESTMÄCKER E.-J., Multimediadienste, Baden-Baden 1997, 51 ff; WEBER R. H., Neustrukturierung der Rundfunkordnung, Zürich 1999, 68 ff.

dert insbesondere die Gefahr manipulierter Information<sup>35</sup>.

**b) Relation Sorgfaltspflichten/  
 Informationsqualität**

Sorgfaltspflichten und Informationsqualitätskriterien stehen in einer gegenseitigen sachlichen Abhängigkeit. Während Sorgfaltspflichten gebotenes journalistisches Verhalten näher konkretisieren, umschreiben Qualitätskriterien minimale Anforderungen des Leistungsobjekts Information. Bei der haftpflichtrechtlichen Sorgfaltsprüfung ist daher zweierlei zu berücksichtigen: Einerseits sind die sich gegenseitig bedingenden Kriterien des Leistungsobjektes zu definieren, andererseits ist die Haftung an die Verletzung der Gebote der Sachkenntnis bzw. der Transparenz anzuknüpfen.

Dieser Ansatz ist der Lehre nicht fremd. Indem konstatiert wird, dass eine Recherche, die aus Zeitgründen nicht vertieft werden kann (=Richtigkeit, Zeitgerechtigkeit) eine Verletzung zu «heilen» vermag, wenn dem Publikum das Ausmass an Gewissheit bezüglich einer Information offengelegt wird (=Transparenz), setzt die Sorgfaltspflicht der Transparenz in Abhängigkeit zu den Informationsqualitätskriterien der Richtigkeit und Zeitgerechtigkeit<sup>36</sup>. Zur Verbreitung einer persönlichkeitsverletzenden Äusserung hält auch das Bundesgericht fest: «Denn die Verbreitung einer widerrechtlichen persönlichkeitsverletzenden Presseäusserung kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtmässig sein. Sie ist es zumindest dann, wenn die fremde Äusserung vollständig und wahrheitsgetreu (=Informationsqualität) dargestellt wird (objektiv richtige Wiedergabe), als solche gekennzeichnet ist und nicht als Originalmeldung des Verbreiters, gewissermassen die eigene Sicht aufzeigend, erscheint (er-

kennbare Distanzierung =Transparenz).»<sup>37</sup>

**B. Urteilsfähigkeit**

Angesichts der Haftung aus objektiver Sorgfaltspflichtverletzung erscheint es als sachgerecht, die Haftung zu bejahen, wenn sich die schädigende Person sozial inadäquat und objektiv schuldhaft verhalten hat<sup>38</sup>. Gemäss Werro<sup>39</sup> kann die Ersatzpflicht jedoch wegfallen, wenn der Schädiger aufgrund seiner **Urteilsunfähigkeit** (Kindesalter, Geisteskrankheit, Geisteschwäche und ähnliche Zustände [Art. 16 ZGB]) ausserstande war, sich so zu verhalten, wie es das gesellschaftliche Zusammenleben erfordert<sup>40</sup>. Dieser Ansatz, welcher denjenigen zur Rechenschaft zieht, der sich unvernünftig verhält, obwohl er zu vernunftgemäsem Handeln in der Lage gewesen wäre, erscheint als sachgerecht.

Der Ansatz der Urteilsfähigkeit hat zudem den Vorteil, dass von persönlichen Aspekten des Verschuldensbegriffs - denen nicht selten ein «moralisierender Unterton» anhaftet - Abstand genommen werden kann. Mit der Berücksichtigung persönlicher Elemente besteht insbesondere die Gefahr der Rechtsunsicherheit, da die gerichtliche Beurteilung subjektiver Elemente nur schwer justizabel ist und entsprechend kaum frei von Wertvorstellungen des urteilenden Richters erfolgt.

In der Praxis wird sich die Frage des Verschuldens selten stellen, weil der Geschädigte vorzugsweise nicht gegen die Journalistin oder den Journalisten, sondern gegen den Arbeitgeber, d.h. gegen das Medienunternehmen selber, vorgehen wird. Dieses haftet aus Art. 55 OR als **Geschäftsherrin**<sup>41</sup>. Damit das Unternehmen sich von einer Haftung befreien kann, muss ihm der Sorgfalts- und Entlastungsbeweis gelingen<sup>42</sup>.

**C. Rechtfertigungsgrund**

Steht fest, dass ein Schaden auf eine objektiv schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung zurückzuführen ist, muss gemäss Art. 41 OR geprüft werden, ob für das schädigende Verhalten ein Rechtfertigungs-

35 Vgl. zum Ganzen ZULAUF R. (FN 8), 127 ff.  
 36 DUMERMUTH M. (FN 29), Rundfunkrecht, N 76; ähnlich SCHÜRMMANN L./NOBEL P. (FN 29), 197.  
 37 BGE vom 7.6.1995, 12 (5C.46/1995/ma); *medialex* 1996, 43 f.  
 38 Vorbehalten bleiben die Rechtfertigungsgründe.  
 39 WERRO F. (FN 21), 355 f.  
 40 Vorbehaltlich Art. 54 OR.  
 41 Im Einzelnen SCHNYDER A. K. (FN 14), Art. 55 N 15 ff; BREHM R. (FN 14), Art. 55 N 45 ff; SCHWENZER I. (FN 9), N 23.22; REY H. (FN 20), N 927 ff; HONSELL H. (FN 17), 115 ff.  
 42 Vgl. BGE 110 II 464.



grund geltend gemacht werden kann<sup>43</sup>. Gelingt dies, ist das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten ausnahmsweise gerechtfertigt und eine Haftung entfällt mangels Widerrechtlichkeit.

#### IV. Fazit

Der vorliegende Ansatz zur Informationsqualität knüpft an die Formulierung journalistischer Sorgfaltspflichten an und setzt diese in Relation zu den Informationsqualitätskriterien. Der Ansatz weist eine Reihe von Vorteilen auf:

**1. Gleichbehandlung sämtlicher Qualitätsfragen:** Das Kriterium der Sorgfaltspflichtverletzung erlaubt es, sämtliche Fragen der Informationsqualität den gleichen Haftungsvoraussetzungen zu unterstellen. Der Ansatz geht vom Schutzobjekt der Information aus und ist damit in der Lage, eine Reihe von medienrechtlichen Fragen, die herkömmlicherweise mittels der Regeln des Persönlichkeitsschutzes (ZGB), des Lauterkeitsrechts (UWG), des Rundfunkrechts (RTVG), aber auch des Strafgesetzbuches (z.B. Art. 293 StBG) oder des Urheberrechts (URG) gelöst wurden, nach einheitlichen Kriterien anzugehen. Von der Sache her findet sich dieser Ansatz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 RTVG. Im Rahmen des Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebots prüft das Bundesgericht die Verletzung von Sorgfaltspflichten. Danach setzt ein Verstoss gegen die Programmvorschriften stets «eine Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht seitens der Medienschaffenden voraus, dies zwar nicht im Sinne eines subjektiv vorwerfbaren Verhaltens, jedoch im Sinne eines objektiven Verstosses gegen die Pflicht zur Sorgfalt und Lauterkeit»<sup>44</sup>. Die Anforderungen an die Sorgfalt sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht allgemein, sondern mit Blick auf die Umstände des Einzelfalles sowie den Charakter und die Eigenheit des Sendegefässes zu ermitteln<sup>45</sup>. In BGE 121 II 364 hält das Bundesgericht denn auch ausdrücklich fest: «Wenn in den Beiträgen (...) von einer «Aussperrung» die Rede war, so mag dieser Ausdruck juristisch unkorrekt gewesen sein. Der Bericht war indessen als Tagesaktualität zeitgebunden, vertiefte juristische Abklärungen

waren deshalb nicht möglich und rundfunkrechtlich nicht geboten.»<sup>46</sup>

**2. Berücksichtigung medienspezifischer Rahmenbedingungen:** Der Ansatz der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung nimmt vermehrt auf Stellung und Aufgabe der Medien Rücksicht, indem journalistische Rahmenbedingungen in die Urteilsfindung Eingang finden. Dabei kann die sog. Interessen- und Güterabwägung umgangen werden, die im Medienbereich nicht selten zwischen zwei nicht vergleichbaren Massstäben – nämlich dem Interesse eines Einzelnen einerseits und jenem der Öffentlichkeit andererseits – abwägt<sup>47</sup>.

**3. Schutz des Schwächeren:** Das Kriterium der Sorgfaltspflichtverletzung nimmt nicht nur auf die Rahmenbedingungen der Medien Rücksicht, sondern verbessert auch die Stellung der in den Medien porträtierten Dritten. Diese haben im Vorfeld eines Medienkontakts (z.B. vor einem Interview) oft nicht die Möglichkeit, einen Schutz gewährleistenden Vertrag (z.B. «allgemeine Geschäftsbedingungen für das Mediengespräch»<sup>48</sup>) abzuschliessen, und sind bei fehlender Erfahrung mit Gepflogenheiten der Medien (z.B. mit den vom Presserat entwickelten Spielregeln beim verabredeten Interview<sup>49</sup>) nicht vertraut.

43 Ausdrücklich Art. 28 Abs. 2 ZGB.

44 BGE 121 II 33; 116 lb 46.

45 BGE 121 II 364; 116 lb 46 f.

46 Vgl. auch BGE 114 lb 208: in diesem Entscheid hat das Bundesgericht eine Sendung für zulässig erklärt, die Gerüchte weitverbreitete, wonach ein Hotelier im Begriff sei, aus Finanznot sein Hotel zu verkaufen.

47 Vgl. unter vielen HUBMANN H., Wertung und Abwägung im Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 50 ff; DERS., Die Methode der Abwägung, in: HUBMANN H./HÜBNER H. (Hrsg.), Festschrift Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 173 ff; DRUEY J. N., Interessenabwägung – eine Methode?, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981 131 ff; DERS. (FN 8), 206 ff; HAEFELIN U., Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung, in: HALLER W./KÖZ A./MÜLLER G./THÜRER D. (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift Schindler D., Basel/Frankfurt a.M. 1989, 585 ff; SENN M. CH., Satire und Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1998, 66 ff; DERS., Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Rechtsfigur? *medialex* 1998, 150 ff; BORN CH., Schafft den «Durchschnittsleser» ab!, *sic!* 1998, 517 ff; ZULAUF R. (FN 8), 83 ff.

48 Vgl. dazu GLAUS B., Das Recht am eigenen Wort, Diss. Zürich 1997, 171 ff.

49 Stellungnahme des Presserates 1/96 vom 20.1.1996 (Cottier/Facts).

**4. Vorteile der Haftung aus objektiver Sorgfaltspflichtverletzung:** Die Anknüpfung an die objektive Sorgfaltspflichtverletzung überwindet die Diskriminierung der reinen Vermögensschäden. Dennoch wird die Haftung für zugefügten Schaden nicht einfach vermutet, sondern von qualifizierten Voraussetzungen abhängig gemacht. Die Anknüpfung an die objektive Sorgfaltspflichtverletzung bringt somit nicht nur dem Opfer, sondern auch dem Schädiger, d.h. den Medien, Vorteile: Wer in absolute Rechte eines anderen eingreift, ist nicht voraussetzungslos, sondern nur dann zu Schadenersatz verpflichtet, wenn er sich unvernünftig verhalten hat<sup>50</sup>.

## V. Praktische Relevanz

Nachfolgend werden die unter Teil I illustrierten Fälle nochmals aufgenommen, um die praktische Relevanz des Ansatzes der journalistischen Sorgfaltspflichtverletzung darzulegen:

1. In dem interviewartig gestalteten Artikel der Bodensee-Zeitung, der die Technik von Bernina-Nähmaschinen in Frage stellte, hat der Journalist dem Gebot der Sachkenntnis genügend Rechnung getragen, da er sich nach Massgabe seiner eigenen Sachkenntnis auf die Äusserungen des Fachexperten stützen durfte. Er hat aber auch das Gebot der Transparenz berücksichtigt, indem die Leserschaft des Artikels erkennen konnte, dass die Äusserung, Bernina-Nähmaschinen seien zum Zeitpunkt ihres Markteintrittes bereits

veraltet, einem Dritten zuzurechnen war und demnach eine Interessenposition wiedergab. Angesichts der nur schwer überprüfbaren Aussagen eines Fachexperten sowie der nur bedingt vorhandenen Möglichkeit, die Tragweite einer Experten-Auskunft richtig einzuschätzen, erübrigt sich die Anhörung der Gegenseite. Die Qualitätskriterien der Richtigkeit und Sicherheit können in diesem Falle nicht berücksichtigt werden; eine Haftung rechtfertigt sich daher nicht.

2. Im Fall «novoSeven» hätte die Richtigkeit der Meldung, einem 70-jährigen Patienten sei ein zwischen 500'000 und einer Million Franken teures Medikament verweigert worden, bei nur minimaler sachgerechter Recherchiertätigkeit überprüft werden können. Dem Qualitätskriterium der Zeitgerechtigkeit kann in diesem Fall keine Geltung beigemessen werden, da es sich um keinen Fall von Dringlichkeit handelte, zumal die «Geschichte» bereits mehrere Monate alt war.

3. Angesichts der zugespielten vertraulichen Informationen im Fall «Jagmetti» war die SonntagsZeitung in der Lage, sich ein fach- und sachgerechtes Bild über die Verhandlungen des Schweizer Botschafters zu verschaffen (Sachkenntnis). Durch die verkürzte Publikation und die ungenügende zeitliche Einordnung des Strategiepapiers hat die Zeitung den Sachverhalt ungenügend transparent gegen aussen kommuniziert und damit das Kriterium der Vollständigkeit verletzt.

Angesichts des vermehrten Aufkommens von Zielgruppen- und Spartenprogrammen, die Informationen nur sehr selektiv und einem abgegrenztem Publikum liefern, ist eine **vertragliche Haftungsgrundlage** heute durchaus denkbar (sog. Informationsverträge<sup>51</sup>). Die qualitativen Aspekte der Information werden in diesem Fall nach Massgabe der im Gesetz normierten Sorgfaltspflichten bestimmt<sup>52</sup>. ■

50 WERRO F. (FN 21), 367.

51 Umfassend EBNET P., Der Informationsvertrag, Baden-Baden 1995, passim; DRUEY J. N., Verträge auf Informationsleistung, in: FORSTMOSER P./TERCIER P./ZÄCH R. (Hrsg.), Festgabe Schlupe W. R., Zürich 1988, 147 ff; MEIER-HAYOZ A., Zum Informationsübermittlungsvertrag, in: FORSTMOSER P./TERCIER P./ZÄCH R. (Hrsg.), Festgabe Schlupe W. R., Zürich 1988, 191 ff; WEBER R. H. (FN 8), 46 f; HILTY R. M., Die Rechtsbeziehungen rund um den Information Highway, in: DERS. (Hrsg.), Information Highway, Bern/München 1996, 437 ff.

52 Zum Ganzen ZULAUF R. (FN 8), 135 ff.

## Zum Zeitfaktor bei superprovisorischen Massnahmen

Bundesgerichtsentscheid vom 3. Oktober 2000 (5P.342/2000)

*Die in Art. 28d Abs. 2 ZGB (Anordnung superprovisorischer Massnahmen) vorausgesetzte dringende Gefahr ist zeitlich zu verstehen und der Zeitfaktor muss die Anhörung der Gegenseite ausschliessen.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ende Mai 2000 brachte W.S. sein Buch «x» in den Handel. Darin findet ein früherer Finanzchef des Grasshopper Club Zürich Erwähnung. Dieser habe im «finanziellen Trauerspiel erster Güte» um den Fussballclub «eine ganz bedenkliche Rolle» gespielt (S. 108); er sei der «schlimmste Abzocker» gewesen, der die «Bücher ... führte beziehungsweise eben nicht führte», «für seine «Leistung» satte 700'000 Franken im Jahr abholte» und «an den Zahlen herumgefeilt [habe], dass es zum, Himmel stinkt» (S. 111 f.). Am 5. Juni 2000 stellte A.S., früher Finanzchef des Grasshopper Club, beim Amtsgericht Olten-Gösgen das Gesuch, W.S. unter Strafanordnung superprovisorisch anzuweisen, das Buch unverzüglich aus dem Handel zu ziehen und die weitere Inverkehrsetzung zu unterlassen. Die Amtsgerichtspräsidentin erliess ein entsprechendes Superprovisorium. Der dagegen eingereichte Rekurs wies das Obergericht des Kantons Solothurn ab.

### Aus den Erwägungen:

1.- a) Der angefochtene Entscheid ist kantonal letztinstanzlich (§ 243 i.V.m. § 300-304 ZPO/SO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht gegen kantonal letztinstanzliche Massnahmeentscheide die staatsrechtliche Beschwerde offen, da sie mit einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil i.S. von Art. 87 Abs. 2 OG (in der seit dem 1. März 2000 geltenden Fassung) verbunden sein können. Dieser kann darin liegen, dass eine spätere Anfechtung des Massnahmeentscheids wegen dessen Wegfalls mit dem Hauptentscheid nicht mehr möglich ist (BGE 118 II 369 E. 1 S. 371, 116 Ia 446 E. 2 S. 447). Der Nachteil ergibt sich somit nicht aus der Beeinträchtigung der materiellen Rechtsstellung des Beschwerdeführers, sondern aus der Verweigerung der späteren Verfassungskontrolle, d.h. aus der Beeinträchtigung seiner formellen Rechtsstellung. Diese Überlegungen müssen auch im Zusammenhang mit einer superprovisorischen Massnahme gelten. Das bedeutet, dass gegen ein Superprovisorium insofern staatsrechtliche Beschwerde geführt werden kann, als es von besonderen Voraussetzungen abhängig ist, die im Nachgang zum späteren Entscheid über ein Provisorium nicht mehr überprüft werden können (vgl. SOG 1990 Nr. 22). Die hier interessierende superprovisorische Massnahme ist zum Teil von derartigen besonderen Anforderungen abhängig (Art. 28d Abs. 2 ZGB). Insofern ist die staatsrechtliche Beschwerde daher zulässig.

b) Hinsichtlich derjenigen Voraussetzungen, die gemäss Art. 28c ZGB für vorsorgliche Massnahmen zum

Schutz der Persönlichkeit überhaupt gelten (für ein Superprovisorium wie für ein Provisorium), ist ein Nachteil im Sinne von Art. 87 OG indessen nicht gegeben. Insofern können Rügen auch noch im Anschluss an das Provisorium, welches das Superprovisorium ablösen wird, vorgebracht werden. Es kann bei einem Superprovisorium auch nicht erwogen werden, ob eine derartige Anordnung einen Endentscheid darstelle, dessen Anfechtung keinen irreversiblen Nachteil erfordert (vgl. BGE 118 II 369 E. 1 S. 371, mit Hinweisen); vielmehr handelt es sich bei einer bloss superprovisorischen Anordnung regelmässig um einen Zwischenentscheid. Mit seiner Rüge, es fehle an einem «besonders qualifizierten Nachteil», spricht der Beschwerdeführer eine der Voraussetzungen an, die nach Art. 28c ZGB auch für den Erlass eines Provisoriums gilt (Art. 28c Abs. 1 ZGB verlangt allgemein einen «nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil», Abs. 3 einen «besonders schweren Nachteil» bei Verletzung durch periodisch erscheinende Medien). Ob sie erfüllt ist, kann noch im Zusammenhang mit dem späteren Provisorium zur Diskussion gestellt werden. In dieser Hinsicht fehlt es daher an einem Nachteil im Sinne von Art. 87 OG, der nicht mit dem soeben erwähnten materiellen Nachteil gemäss Art. 28c ZGB verwechselt werden darf (BGE 116 Ia 446 E. 2 S. 447), und ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten.

Nach Auffassung des Beschwerdeführers kann zwar hier nicht mehr von einem Superprovisorium gesprochen werden, weil er mit seinem Rekurs vor Obergericht zu Wort gekommen ist und die obere kantonale Instanz somit nach Anhörung beider Parteien entschieden habe. Dass deswegen kein Superprovisorium mehr im Streit liege, trifft jedoch nicht zu. Das Obergericht hat den Rekurs abgewiesen und damit bloss über die angefochtene Verfügung der Amtsgerichtspräsidentin entschieden. Es hat selber keine vorsorgliche Anordnung getroffen. Umstritten ist daher nach wie vor die superprovisorische Massnahme.

c) Der Beschwerdeführer hat nicht nur den Entscheid des Obergerichts, sondern auch die diesem zugrunde liegende Verfügung angefochten. Ein solches Vorgehen ist namentlich dann zulässig, wenn die zweite kantonale Instanz nicht alle Fragen, die zum Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde gemacht werden, prüfen konnte (BGE 125 I 492 E., 1a/aa.S. 493, mit Hinweisen). So verhält es sich hier: Das Obergericht hat praxisgemäss (SOG 1990 Nr. 22) nur die Frage der Dringlichkeit überprüft, nicht aber den vom Beschwerdeführer ebenfalls vorgebrachten Einwand des Hinauszögerns seines Begehrens (vgl. Art. 28d Abs. 2/letzter Satzteil ZGB). Insofern kann der Beschwerdeführer auch die Verfügung der Amtsgerichtspräsidentin mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechten. Dass er die Be-

schwerde nicht gleichzeitig mit dem Rekurs an das Obergericht erhoben hat, sondern erst im Anschluss an dessen Entscheid, schadet nicht (BGE 120 Ia 19 E. 2b S. 23).

d) Die Legitimation des Beschwerdeführers zur staatsrechtlichen Beschwerde ist gegeben (Art. 88 OG). Die Beschwerdeschrift ist innert Frist eingegangen (Art. 89 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 OG). Auf das Rechtsmittel ist mit der oben erwähnten Einschränkung einzutreten.

2.- Der Beschwerdeführer rügt, die kantonalen Behörden hätten die zum Erlass eines Superprovisoriums erforderliche Dringlichkeit willkürlich bejaht. Die Massnahme könne ihren Zweck nicht mehr erreichen und sei in diesem Sinne auch nicht mehr dringlich. Er habe sein Buch am 26. Mai 2000, im Rahmen einer Pressekonferenz, vorgestellt, und der Name des Beschwerdegegners sei anschliessend in landesweit verbreiteten Zeitungen («Sonntagsblick» vom ... und «Blick» vom ... 2000) im Zusammenhang mit seinen Äusserungen erwähnt worden. Ab 31. Mai 2000 sei das Buch auch im Handel erhältlich gewesen; mit seinem Begehren vom 5. Juni 2000 habe der Beschwerdegegner Nachteile nicht mehr verhindern oder beseitigen können, und das Interesse an der Nichtweiterverbreitung begründe keine Dringlichkeit. Diese sei rein zeitlich zu verstehen, im Sinne einer nach Stunden oder Tagen bemessenen Frist zwischen dem Handlungszeitpunkt (Gesuchseinreichung) und dem Eintritt des befürchteten Ereignisses.

Richtig ist, dass die in Art. 28d Abs. 2 ZGB vorausgesetzte dringende Gefahr zeitlich zu verstehen ist; der Zeitfaktor muss die Anhörung der Gegenseite ausschliessen (SCHÜRMAN/NOBEL, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, S. 254; MEILI, Basler-Kommentar, N 2 zu Art. 28d ZGB). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist das Obergericht jedoch keineswegs in Willkür verfallen, wenn es eine solche Dringlichkeit bejaht hat. Die vom Beschwerdegegner befürchteten Nachteile können nicht als bereits vollständig eingetreten gelten, weil das Buch des Beschwerdeführers einige Tage vor der Gesuchseinreichung in verbreiteten Presseerzeugnissen vorgestellt worden und in den Handel gelangt ist. Das wäre höchstens der Fall, wenn zu erwarten wäre, dass im Handel kaum mehr Bücher abgesetzt werden können, z.B. weil die für die Leserschaft interessanten Passagen allesamt schon ausführlich publik gemacht worden sind. Indessen geht das Obergericht von der durchaus einleuchtenden und vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogenen Annahme aus, das Buch könne auch eine weitere Leserschaft als das «Blick»- und das «Sonntagsblick»-Publikum interessieren, und die Aussagen, an denen der Beschwerdegegner Anstoss nimmt, könnten deshalb weiteren Kreisen zur Kenntnis gelangen und dadurch zusätzliche Nachteile bewirken, wenn die Weiterverbreitung nicht sofort eingestellt werde. Die umstrittene Anordnung erscheint so betrachtet ohne weiteres als geeignet, und es kann nicht gesagt werden, das Obergericht habe das Erfordernis der dringenden

Gefahr in geradezu unhaltbarer Weise als erfüllt beurteilt (BGE 125 II 10 E. 3a S. 15, 123 II E. 4a S. 5). Seine Auslegung ist vielmehr nachvollziehbar.

3.- Der Beschwerdeführer wirft der Amtsgerichtspräsidentin ferner zumindest sinngemäss Willkür mit Bezug auf die Verneinung eines Hinauszögerns des Gesuchs um Erlass eines Superprovisoriums vor (zur Zulässigkeit der Anfechtung der Verfügung vom 6. Juni 2000 in diesem Punkt: E. 1c hiervor). Er macht geltend, der Beschwerdegegner habe mit seinem Gesuch über eine Woche und damit zu lange zugewartet. Laut Art. 28d Abs. 2 ZGB scheidet superprovisorischer vorsorglicher Rechtsschutz aus, wenn der Gesuchsteller sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert hat. Damit sind Situationen angesprochen, in denen der Gesuchsteller die zeitliche Dringlichkeit selber geschaffen hat (SCHÜRMAN/NOBEL, a.a.o., S. 254; MEILI, a.a.o., N 4 zu Art. 28d ZGB). Ist der erste Presseartikel mit Erwähnung der für den Beschwerdegegner nachteiligen Buchpassagen am Wochenende vom 27./28. Mai 2000 erschienen und das Buch am darauffolgenden Mittwoch, den 31. Mai 2000, in den Handel gelangt, hat der Beschwerdegegner höchstens wenige Tage zugewartet, bevor er einen Anwalt aufgesucht und ein Gesuch eingereicht hat. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der auf den Erscheinungstag folgende Werktag, der 1. Juni 2000, der Auffahrtstag war, und dass der 3. und der 4. Juni 2000 wieder auf ein Wochenende fielen, an dem sich der Beschwerdegegner nicht rechtlich beraten lassen konnte. Mit Blick auf die Gesuchseinreichung am 5. Juni 2000 kann daher ohne Willkür ein offensichtliches Hinauszögern des Gesuchs verneint werden, erst recht, wenn auch die rechtliche Komplexität der Materie in Rechnung gestellt wird. Die stillschweigend gezogene Folgerung der Amtsgerichtspräsidentin, der Beschwerdegegner habe die zeitliche Dringlichkeit nicht selbst geschaffen, ist in keiner Weise unhaltbar (BGE 125 II 10 E. 3a S. 15, 123 I 1 E. 4a S. 5).

4.- Aus diesen Gründen ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann (...). ■

#### ANMERKUNGEN:

Gemäss Medienberichten ist der vorliegende Rechtsstreit in der Zwischenzeit auf dem Vergleichswege erledigt worden. Aus Sicht der freien Meinungsäusserung gibt das Urteil dennoch Anlass zu einigen grundsätzlichen Überlegungen. Vorsorgliche Massnahmen gegen nachteilige Publikationen entsprechen zwar einem legitimen Anliegen der in ihren Persönlichkeitsrechten tangierten Personen. Preis des präventiven Rechtsschutzes ist allerdings ein empfindlicher Eingriff in die Meinungsfreiheit. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte überprüft vorherige Verbote gerade im Bereich gedruckter Informationen mit äusserster Sorgfalt, «weil Nachrichten ein vergängliches Gut sind und die Verzögerung ihrer Veröffentlichung auch nur für kurze Zeit sie jeglichen Wertes und Interesses berauben kann» (EGMR-Urteil «Observer & Guardian c. Grossbritannien» vom 26.11.1991, Ziff. 60, EuGRZ 1995, S. 20). Es besteht daher ein eminentes Bedürfnis, dass Publikationsverbote einer raschen und umfassenden (höchst-) richterlichen Überprüfung zugänglich sind. Die vorliegende Urteilsbegründung illustriert, dass die schweizerische Rechtslage diese Anforderung nicht zu erfüllen vermag.

Im Stadium der besonders einschneidenden superprovisorischen Anordnungen ist die rasche Kontrolle durch das Bundesgericht nur in engem Rahmen gewährleistet. Erst in einem späteren Zeitpunkt ist eine umfassende Prüfung der gesetzlichen Vorausset-

# L'avis des tribunaux

## Die Gerichte entscheiden

zungen für die Zulässigkeit von Publikationsverboten möglich, wie sie Artikel 28c des Zivilgesetzbuchs gerade im Hinblick auf drohende Vorzensur formuliert. Dies birgt das Risiko, dass ein (unverhältnismässiges) Veröffentlichungsverbot etliche Monate – wenn nicht Jahre – bestehen bleibt, obwohl eine Publikation beispielsweise offensichtlich einen Missstand von öffentlichem Interesse aufdeckt und dabei die Grenzen der wahrheitgetreuen Darstellung von Tatsachen und ihrer vertretbaren Wertung respektiert.

Überprüft hat das Bundesgericht immerhin den Einwand, das Publikationsverbot könne seinen Zweck nicht mehr erreichen, weil die Vorwürfe bereits öffentlich bekannt seien. Diese Überprüfung erfolgte allerdings nur unter dem engen Blickwinkel des Willkürverbots. Für eine (zumindest zeitweilige) Unterdrückung der Meinungsfreiheit genügt dem Bundesgericht die large Voraussetzung, dass die Gesetzesauslegung der kantonalen Zivil-

justiz nachvollziehbar ist. So mag es nachvollziehbar sein, dass das fragliche Buch eine noch weitere Leserschaft gefunden hätte als das – immerhin beträchtliche – Publikum von «Blick» und «Sonntags-Blick». Dass dies jedoch eine derart drastische Massnahme wie ein superprovisorisches Publikationsverbot rechtfertigt, ist angesichts der Strassburger Rechtsprechung höchst zweifelhaft. Der Gerichtshof hat wiederholt ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung von Informationen verneint, wenn deren Inhalt bereits öffentlich zugänglich und vermutlich einer grösseren Anzahl von Personen bekannt war (vgl. zuletzt das EGMR-Urteil «Fressoz & Roire c. Frankreich» vom 21.1.1999, Ziff. 53 = *medialex* 1999, S. 35f.) Dass eine Publikation noch weitere Kreise erreichen könnte, hat der Gerichtshof bislang nicht als Argument akzeptiert, welches eine Beschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertigen könnte.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Exonération de la redevance de réception radio-TV

Arrêt du Tribunal fédéral du 5 janvier 2001 (2A.283/2000)

*L'art. 45 ORTV prévoit la possibilité d'exempter de la redevance les personnes au revenu modeste. L'art. 3c LPC, qui détermine quels sont les éléments à prendre en compte dans le calcul de ce revenu modeste, ne mentionne pas les prestations complémentaires de l'AVS/AI, ce qui entraîne une inégalité de traitement entre des personnes touchant une rente supérieure au revenu modeste déterminant et les personnes ayant une rente inférieure au seuil mais touchant des prestations complémentaires. Cette inégalité est contraire à l'art. 8 Cst.*

### En fait (résumé):

Reconnu invalide à 100%, Daniel Viquerat bénéficie d'une rente entière d'invalidité d'un montant mensuel de 1'688 fr. ainsi que de prestations complémentaires s'élevant à 469 fr. par mois; il dispose ainsi d'un revenu annuel global de 25'884 fr. Le 27 avril 1998, il a déposé une demande d'exonération des redevances de réception radio-TV auprès de la société Billag, l'organe indépendant d'encaissement des redevances de réception. Cette demande a été rejetée, au motif que le revenu déterminant dépassait la limite de revenu annuel prévue par l'art. 46 ORTV. L'OFCOM et le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication ont confirmé la décision. Selon le Département, le revenu déterminant du recourant se compose exclusivement de la rente d'invalidité d'un montant de 20'256 fr. (1688 fr. x 12), il est donc supérieur au revenu modeste défini à l'art. 46 ORTV, qui s'élevait à 19'900 fr., soit aux cinq tiers du montant minimum de la rente AVS simple de 11'940 fr. par année.

### En droit:

3.- Le recourant soutient que la notion de revenu modeste contenue à l'art. 46 ORTV est inappropriée et crée une inégalité de traitement, dès lors que seule la rente AVS est prise en considération pour le calcul du revenu déterminant donnant droit à l'exonération de la redevance de réception de radio et télévision, à l'exclusion des prestations complémentaires. Des rentiers disposant des mêmes ressources grâce aux prestations complémentaires peu-

vent ainsi être ou non exonérés de la redevance uniquement parce que leur rente AVS est différente suivant la durée de leurs cotisations et de leur revenu moyen.

a) Saisi d'un recours de droit administratif, le Tribunal fédéral peut examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité des ordonnances du Conseil fédéral. S'agissant d'une ordonnance dépendante prise en vertu d'une réglementation législative, le Tribunal fédéral examine si le Conseil fédéral est resté dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi. Dans la mesure où la délégation législative n'autorise pas le Conseil fédéral à déroger à la Constitution, le Tribunal fédéral est également habilité à revoir la constitutionnalité des règles contenues dans l'ordonnance. Lorsque la délégation législative accorde au Conseil fédéral un très large pouvoir d'appréciation pour fixer les dispositions d'exécution, cette clause lie le Tribunal fédéral. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral ne saurait substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral et doit se limiter à examiner si l'ordonnance sort manifestement du cadre de la délégation législative octroyée au Conseil fédéral ou si, pour d'autres raisons, elle apparaît contraire à la loi ou à la Constitution (ATF 122 II 193 consid. 2c/bb p. 197; 120 Ib 97 consid. 3a p. 102; 118 Ib 81 consid. 3b p. 87, 367 consid. 4 p. 372).

La loi sur la radio et la télévision ne contient aucune disposition traitant de l'exonération de la redevance de réception. L'art. 55 LRTV prévoit uniquement, à son alinéa 3, que le Conseil fédéral règle les modalités d'application de la fixation du montant de la redevance. Le Conseil

fédéral dispose dès lors d'un large pouvoir d'appréciation pour édicter une réglementation qui reste dans les limites des garanties constitutionnelles. A cet égard, l'art. 12 Cst., qui garantit le droit à des conditions d'existence minimales, ne paraît pas applicable en l'espèce. Au vu de l'issue du recours la question n'a toutefois pas à être examinée plus avant.

b) Selon l'art. 45 al. 2 lettre a ORTV, à teneur du 23 juin 1999, en vigueur depuis le 1er août 1999, les personnes invalides à 50 % au moins, dont le revenu est modeste, peuvent, sur demande écrite, être exonérées de la redevance de réception radio et télévision; il en va de même pour les rentiers AVS dont le revenu est modeste (lettre b). L'art. 46 a 1. 1 ORTV définit comme modeste un revenu inférieur aux cinq tiers du montant minimum annuel de la rente AVS simple. L'alinéa 2 de l'art. 46 ORTV précise que sont considérés comme revenus tous les revenus au sens de l'art. 3c de la loi fédérale du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité (LPC; RS 831.30).

L'autorité intimée interprète cette disposition en ce sens qu'il y a lieu de s'en tenir strictement au renvoi à l'art. 3c LPC qui fixe de manière exhaustive les éléments à prendre en considération pour le calcul des revenus déterminants, en excluant certaines prestations mentionnées, à l'alinéa 2. Ainsi, elle ne tient compte des prestations complémentaires de l'AVS/AI et des prestations d'aide sociale ou à caractère d'assistance exclues des revenus déterminants par l'art. 3c al. 2 LPC (sur cette notion, voir la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances: ATF 123 V 184 consid. 3 p. 186, 116 V 328 consid. 1a p. 330 et lc p. 331 et arrêt non publié du 27 janvier 2000 (P 10/99) en la cause S. consid. 3) ni pour la définition du revenu modeste, ni pour celle du revenu déterminant de l'intéressé. Dès lors, le fait que le recourant n'a pas été exonéré de la taxe litigieuse est dû uniquement au montant de sa rente d'invalidité qui dépasse le montant du revenu modeste de l'art. 46 al. 1 ORTV.

c) L'autorité intimée fait valoir que la référence à un multiple du montant minimum annuel de la rente AVS simple permet de tenir compte de l'évolution des prix et des salaires, puisque le montant de la rente est périodiquement adapté à cette évolution, conformément à l'art. 33ter de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10). Cette référence n'est pas criti-

quable en soi. Elle ne doit cependant pas avoir pour résultat indirect de traiter différemment les personnes âgées ou invalides de condition modeste pour l'exonération de la taxe, selon qu'elles bénéficient ou non d'un revenu équivalent grâce aux prestations complémentaires. Or, tous les rentiers qui touchent de telles prestations parce que leur rente AVS/AI est insuffisante pour couvrir leurs besoins élémentaires entrent en principe dans la catégorie des personnes ayant un revenu modeste. Dans son message du 21 septembre 1964 relatif à un projet de loi sur les prestations complémentaires de l'AVS/AI, le Conseil fédéral relevait d'ailleurs qu'il était indispensable de créer un système de prestations sociales complémentaires, destiné à pourvoir les personnes les plus mal loties socialement d'un revenu minimum (FF 1964 11 p. 706). Le système de calcul de l'art. 46 ORTV s'écarte toutefois de ces considérations: se fondant sur la rente AVS simple, il ne tient pas compte du fait que cette rente varie selon la durée et le montant des cotisations et qu'elle peut être complétée ou non par les prestations complémentaires. Il ne correspond ainsi pas au but de l'art. 45 ORTV qui est précisément d'exonérer les personnes âgées ou invalides dont les conditions financières sont difficiles.

En l'état, le recourant soutient donc à juste titre que le système précité engendre une inégalité de traitement entre deux rentiers aux ressources identiques, dont l'un est exonéré de la redevance en raison de la modicité de sa rente, alors que l'autre ne l'est pas, parce que sa rente dépasse le seuil des cinq tiers de la rente AVS simple. Aucun critère objectif ne justifie en effet que le rentier qui a cotisé davantage à l'AVS soit défavorisé. En définissant de manière trop restrictive les notions de revenu modeste et déterminant, l'art. 46 ORTV a pour résultat que de nombreux rentiers AVS/AI dont les ressources à l'instar de celles du recourant, ne permettent pas la couverture des besoins personnels minimums, ne peuvent pas bénéficier de l'exonération de la redevance de réception.

Il s'ensuit que l'art. 46 ORTV est contraire au principe de l'égalité de traitement contenu à l'art. 8 Cst. Au demeurant, l'Office fédéral de la communication a admis que le régime de l'art. 46 ORTV comportait certaines injustices et qu'il s'efforceraient d'y remédier à l'occasion de la prochaine révision de l'ordonnance.

4.- Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, le recourant étant exonéré de la redevance de réception radio et télévision. ■

## «L'honneur perdu de la Suisse»: le public n'a pas pu former son opinion

Arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2000 (2A.12 et 13/2000)

*L'AIEP a correctement appliqué le droit fédéral en concluant que l'émission «L'honneur perdu de la Suisse» ne reflétait pas équitablement la diversité des opinions. Les émissions de journalisme engagé sont soumises à une obligation de diligence accrue. Ce n'est pas le contenu même de l'émission qui est condamné, mais uniquement la façon dont celle-ci a présenté aux téléspectateurs l'attitude de la Suisse durant la Deuxième Guerre mondiale, en faisant croire qu'il s'agissait de la vérité désormais admise par tous les historiens.*

### En fait (résumé):

La diffusion par la TSR de l'émission «L'honneur perdu de la Suisse» les 6 et 11 mars 1997 a fait l'objet de deux premières condamnations par l'AIEP le 27 octobre 1997, pour violation du droit des programmes. Suite à deux recours de droit administratif (les affaires étant toujours jointes) invoquant la violation du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral a donné gain de cause à la SSR et renvoyé l'affaire pour nouvelle décision (*medialex* 1999, p. 47 s.). Après un complément d'enquête, l'AIEP a rejugé l'affaire le 27 août 1999, en parvenant aux mêmes conclusions. Le Tribunal fédéral a rejeté les deux nouveaux recours de droit administratif déposés par la SSR.

### En droit:

**2.- b)** La qualité pour recourir contre une décision de l'Autorité de plainte se détermine exclusivement selon l'art. 103 OJ et ne résulte pas simplement de la participation à la procédure devant cette autorité. Conformément à l'art. 103 lettre a OJ, le recourant doit être touché par la décision attaquée plus que la généralité des administrés, et le rapport qu'il a avec l'objet du litige doit être particulier et digne d'autre pris en considération; le recourant doit avoir un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (ATF 125 II 497 p. 499).

**aa)** En tant que concessionnaire, la SSR a qualité, au sens de l'art. 103 lettre a OJ, pour recourir contre une décision constatant une violation du droit des programmes qui l'atteint dans son autonomie de concessionnaire garantie constitutionnellement (ATF 125 II 624, consid. 1 non publié; MARTIN DUMERMUTH, *Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz*, Bâle 1992, n. 7, p. 241/242).

**bb)** En l'espèce, Daniel Monnat n'a pas de responsabilité propre. Il est subordonné à la SSR pour qui il travaille. D'ailleurs, l'art. 70 al. 1 lettre c LRTV, qu'il invoque, ne lui a pas été appliqué dans le cas particulier. on ne voit dès lors pas en quoi les décisions attaquées, qui admettent la violation du droit des programmes (cf. l'art. 4 LRTV) par le diffuseur, le toucheraient personnellement. Seul l'intérêt de la SSR est en cause ici, même si Daniel Monnat est l'auteur de l'émission litigieuse. Ce dernier n'a donc pas la qualité pour recourir en l'espèce.

**cc)** Hans-Ulrich Jost est intervenu dans l'émission querrelée pour donner son point de vue en tant

qu'historien, soit comme expert. L'Autorité de plainte n'a formulé aucune critique sur sa position de spécialiste. Il ne saurait dès lors se prévaloir d'une atteinte personnelle du fait que les décisions entreprises reconnaissent la violation du droit des programmes (cf. l'art. 4 LRTV) par le diffuseur. Il y a donc lieu de lui dénier la qualité pour recourir. (...)

**5.- b)** Selon la jurisprudence, l'art. 4 LRTV soumet les programmes à une obligation d'objectivité: l'auditeur ou le téléspectateur doit pouvoir se faire l'idée la plus juste possible des faits et opinions rapportés et être à même de se forger son propre avis. Le principe de la véracité implique que le diffuseur restitue les faits objectivement; le téléspectateur doit être informé des points controversés pour qu'il puisse se faire son idée (ATF 119 Ib 166 consid. 3a p. 170; 116 Ib 37 consid. 5a p. 44). Les dispositions légales relatives aux programmes n'excluent ni les prises de position ou les critiques du concepteur de programmes ni le journalisme engagé, pour autant que la transparence à ce sujet soit garantie (ATF 121 II 29 consid. 3b p. 34). On parle de journalisme engagé lorsque le journaliste se fait l'avocat d'une thèse et émet des critiques spécialement acerbes (cf. par analogie la jurisprudence traitant de l'«anwaltschaftlicher Journalismus»: ATF 122 II 471 consid. 4a p. 478/479, 121 II 29 consid. 3b p. 34). De manière générale, les exigences à satisfaire doivent être établies dans le cas d'espèce eu égard aux circonstances ainsi qu'au caractère et aux particularités de l'émission (ATF 121 II 29 consid. 3a p. 33/34). Elles sont d'autant plus élevées que les critiques sont importantes: recherche très soignée, vérification scrupuleuse de toutes les sources d'information, renonciation à la divulgation d'informations dont l'authenticité est douteuse (MARTIN DUMERMUTH, op. cit., n. 8.2, p. 366). Ainsi, le journalisme engagé doit respecter des règles de diligence accrue. Les exigences d'objectivité et de transparence susmentionnées impliquent une différenciation précise des faits d'une part et de leur interprétation, voire de commentaires à leur sujet, d'autre part. En ce qui concerne l'autonomie du diffuseur quant à ses programmes, il faut prendre en compte qu'une intervention dans le cadre de la surveillance des programmes ne se justifie pas du seul fait qu'une émission n'est pas satisfaisante à tous égards, mais seulement lorsque, prise dans son ensemble, elle viole les exigences minimales du droit des programmes de l'art. 4 LRTV (arrêt non publié du 6 octobre 1997 en la cause F. contre Autorité de plainte et SSR, consid. 2). Par ailleurs, la doctrine a précisé que, lorsque la diversité des opinions doit résulter de plusieurs émissions, il faut évi-



demment que ces émissions aient entre elles un rapport thématique. Ce rapport existe lorsque les émissions ont le même sujet nettement défini ou lorsqu'elles forment un tout homogène ou encore lorsqu'elles ont été annoncées comme telles par le diffuseur (GABRIEL BOINAY/CATHERINE SCHALLENBERGER, La contestation des émissions de la radio et de la télévision, Porrentruy 1996, n. 154, p. 57). L'émission contestée traite d'un sujet historique - l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale - qui est redevenu d'actualité en raison de la question des fonds en déshérence. En diffusant une émission sur un sujet faisant l'objet d'un débat public, la SSR remplissait le mandat qui lui est attribué et, à juste titre, elle n'a pas essuyé de reproche à cet égard. Par son aspect historique, l'émission en cause se heurte à un problème de sources: les témoins des événements relatés se font rares et certains éléments pouvant expliquer les comportements de l'époque s'estompent, comme le relèvent les décisions attaquées. Dès lors, l'explication de faits historiques repose sur des hypothèses pouvant servir de base à l'élaboration de théories. Dans ces conditions, le journaliste doit vérifier ses hypothèses et, le cas échéant, les modifier même s'il n'est pas censé révéler une vérité absolue. Il doit impérativement respecter les règles de diligence journalistique. Ainsi, dans ce contexte, il doit en particulier indiquer les doutes qui subsistent, signaler les contradictions entre les témoignages et mentionner les interprétations divergentes soutenues par certains historiens. En raison de son caractère d'actualité, l'émission litigieuse s'inscrit dans un débat et peut être qualifiée de journalisme engagé au sens rappelé ci-dessus. Elle doit satisfaire à des exigences de diligence journalistique d'autant plus élevées qu'elle émet des critiques pouvant être spécialement douloureuses. Il convient de vérifier si les règles de diligence applicables en l'espèce ont été respectées, en précisant que ce contrôle doit être accompli compte tenu de la situation existant au moment où l'émission critiquée a été diffusée.

6.- a) L'émission contestée, qui s'intitule «L'honneur perdu de la Suisse», commence par évoquer l'histoire de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale, telle qu'elle est supposée avoir été vécue par la population de l'époque et enseignée dans les écoles durant des années. La Suisse est présentée comme un petit Etat courageux qui a résisté aux puissances démoniaques du nazisme. Bien que neutres, les Suisses étaient de coeur du côté de la démocratie, soit des alliés. Ils avaient dissuadé les nazis de les attaquer par leur détermination à résister, au besoin grâce au Réduit, sorte de forteresse inexpugnable dans les Alpes. Ils avaient fait preuve de générosité en accueillant près de 230'000 personnes fuyant les camps d'extermination et en recevant temporairement des enfants victimes de la guerre. La Suisse avait introduit le secret bancaire pour que les Juifs puissent mettre leurs économies à l'abri dans ce pays. Après ce rappel du «mythe», le journaliste déclare: «Le réveil a été plutôt brutal». L'émission se poursuit par des déclarations sévères de personnalités - juives, pour la plupart, sur l'attitude de

la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale, puis par des avis contrastés de Suisses ayant vécu cette époque et de jeunes ne la connaissant que par le «mythe». Vient ensuite une affirmation du journaliste révélant que, depuis vingt-cinq ans, des historiens qui se sont penchés sur cette période ont dévoilé une bonne partie de la vérité. Puis, l'émission décrit l'attitude de la Suisse, notamment de dirigeants politiques et militaires, durant la deuxième guerre mondiale, en soulignant leurs affinités supposées avec l'extrême droite et leurs velléités de rapprochement avec l'Allemagne. La question de l'antisémitisme suisse est ensuite analysée, ainsi que celle des relations économiques et financières entre la Suisse et l'Allemagne; l'émission souligne que le Réduit aurait servi les intérêts économiques de l'Allemagne et insiste sur le blanchiment de l'argent nazi par la Suisse de même que sur le rôle des banques et des assurances suisses dans l'affaire des fonds en déshérence. Le journaliste conclut ainsi: «Les experts de la commission Volker et les historiens de la commission Bergier vont sans doute confirmer que les élites politiques et économiques suisses de cette époque difficile se sont un peu trop bien adaptées aux circonstances. Leur plus grande faute, c'est sans doute de n'avoir pas reconnu et assumé cette attitude après la guerre. De ne pas avoir reconnu que les Suisses n'ont pas été des héros, mais des gens normaux ballottés par les éléments. Des Suisses qui ont bien su tirer parti, pour eux et pour leurs descendants, de la plus terrible crise mondiale du 20e siècle.»

b) L'Autorité de plainte, qui n'a pas critiqué le contenu de l'émission litigieuse, a estimé que la SSR avait violé l'art. 4 LRTV en utilisant une technique, qualifiée de journalisme engagé dans les décisions attaquées, qui n'aurait pas permis aux téléspectateurs de se faire leur propre opinion. La SSR n'aurait pas satisfait aux principes de diligence journalistique, puisqu'elle n'avait jamais laissé entendre qu'il existait des avis divergents parmi les historiens qui avaient pris leurs distances par rapport au «mythe» développé quant à l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale.

c) La SSR conteste que l'émission querellée puisse être considérée comme du journalisme engagé, auquel s'appliquent des règles de diligence spécialement sévères. Au demeurant, cette émission aurait de toute façon respecté de telles règles. Par ailleurs, la SSR se plaint d'abus du pouvoir d'appréciation. Elle reproche à l'autorité intimée d'avoir maintenu les conclusions de ses décisions du 24 octobre 1997, alors que l'instruction complémentaire en avait pratiquement anéanti l'argumentation, et d'être tombée dans l'arbitraire, en s'arrogeant le rôle de dernière instance de la science historique.

7.- a) Comme le relève l'Autorité de plainte, l'émission contestée oppose le «mythe» à la vérité que les historiens mettent à jour, sans faire état des controverses qui existent entre eux. Dans différents domaines tels que le fondement des relations économiques de la Suisse avec l'Allemagne nazie, la fonction du Réduit ou l'explication de l'indépendance de la Suisse, elle ne mentionne pas d'avis divergents, alors que ces questions sont loin de faire l'unanimité, comme l'a démontré l'Autorité de plainte. Dans le même ordre

d'idées, les décisions attaquées relèvent que l'émission querellée se contente de fournir une seule explication du comportement d'une personnalité comme le général Guisan, sans signaler qu'il en existe d'autres aussi valables, si ce n'est plus. Tout en reprochant au moins implicitement aux autorités suisses d'avoir trompé la population pendant une cinquantaine d'années avec un «mythe», l'émission litigieuse donne également, sans le dire, sa propre interprétation sans plus de nuances. Cette impression est du reste renforcée par des interviews: d'une part, des hommes et des femmes de la rue, qui ont vécu les événements en cause et expriment plus ou moins bien leurs émotions, défendent le «mythe» et, d'autre part, des historiens supposés maîtriser leur sujet avec rigueur apportent «la vérité». Comme l'Autorité de plainte le souligne à juste titre, l'émission querellée tourne en ridicule la génération de la guerre, en retenant des témoignages erronés, excessifs ou traduisant une autosatisfaction déplacée qui contrastent avec la logique froide des historiens. Cela donne à penser que l'interprétation développée dans l'émission contestée est corroborée par tous les spécialistes et qu'elle est donc le reflet d'une vérité historique unique. Il existe dès lors un risque qu'un mythe soit remplacé par un autre et seul le respect de règles de diligence journalistique strictes peut éviter un dérapage. En outre, l'émission ne remplace pas non plus toujours avec la précision souhaitable les événements historiques qu'elle évoque dans le contexte de l'époque. Elle tient compte de manière insuffisante de certains éléments importants (par exemple, les menaces pesant sur la Suisse vu son encerclement par les pays de l'Axe, l'attitude des autres pays neutres ou même alliés) pour que le téléspectateur puisse se forger une opinion ou les minimalise. Enfin, elle ne permet pas toujours de faire la différence entre les faits et les commentaires (cf. le discours prononcé le 7 mai 1995 par Kaspar Villiger).

**b)** La SSR soutient à tort que l'Autorité de plainte aurait dû tenir compte de l'ensemble de ses émissions pour juger si la diversité des opinions des historiens avait été représentée. Elle invoque à ce sujet l'émission spéciale sur le général Guisan du 19 février 1997 «La Suisse dans la tourmente» et le débat «La Suisse neutre ou pleutre» du 21 mai 1997; au surplus, elle annonce des compléments à l'émission litigieuse en fonction des résultats des travaux des commissions mises en oeuvre par le Conseil fédéral. On relèvera cependant que l'émission contestée apparaît comme un tout. Elle ne se réfère pas à l'émission antérieure du 19 février 1997 et ne mentionne pas l'émission ultérieure du 21 mai 1997. D'ailleurs, ces trois émissions n'ont pas été annoncées par la SSR comme formant un tout homogène et le téléspectateur ne pouvait pas se douter en regardant l'émission querellée qu'elle faisait partie d'un ensemble d'émissions, pour autant que tel ait effectivement été le cas.

**c)** L'émission contestée défend une position très critique face à l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale, ce qui est licite. Toutefois, elle omet d'indiquer qu'elle ne révèle pas «la vérité», mais une des

différentes interprétations expliquant les relations entre la Suisse et l'Allemagne durant la période précitée. Dès lors, le téléspectateur ne dispose pas de tous les éléments qui lui permettraient de forger sa propre opinion. De plus, l'émission en cause manque d'objectivité et de transparence, dans la mesure où elle ne mentionne jamais ni l'existence d'autres interprétations de l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale ni leur teneur, alors que celle qu'elle présente ne fait pas l'unanimité parmi les historiens. L'Autorité de plainte a rappelé le mandat culturel donné à la SSR, l'autonomie dont cette dernière jouit et les conflits pouvant intervenir entre ces deux éléments. Sur cette base, elle est arrivée à la conclusion que l'émission litigieuse n'avait pas violé l'art. 3 lettre d LRTV. L'Autorité de plainte a ensuite mentionné les principes applicables à l'information, en s'attachant spécialement au principe de la diligence journalistique. Elle a souligné les difficultés inhérentes aux émissions traitant de sujets historiques. Par ailleurs, elle a défini de façon précise son pouvoir d'examen. Après avoir ainsi délimité le cadre de son intervention, l'Autorité de plainte a procédé à l'analyse de l'émission contestée. Elle a étudié la construction de cette émission et la méthode utilisée dans la présentation du sujet. En outre, elle a fait des recherches pour vérifier si la diversité des points de vue était restituée avec une fidélité suffisante. C'est au terme d'un examen fouillé, que l'Autorité de plainte a estimé que l'émission litigieuse avait violé l'art. 4 LRTV. Elle n'a pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation. En effet, elle est restée dans le cadre de ses attributions, ce qui excluait, comme elle l'a elle-même souligné, qu'elle se prononce sur le déroulement et l'interprétation d'événements historiques, ainsi que sur la valeur des points de vue des historiens qui sont intervenus dans l'émission querellée. Les reproches qu'elle a faits à la SSR ne portent du reste pas sur le contenu de cette émission, mais uniquement sur la façon dont ladite émission a présenté aux téléspectateurs l'attitude de la Suisse durant la deuxième guerre mondiale. En définitive, on ne saurait critiquer l'Autorité de plainte qui, dans le respect du droit fédéral, a conclu à la violation, par l'émission contestée, de l'art. 4 LRTV qui est la concrétisation légale de l'art. 55<sup>bis</sup> al. 2 aCst. (...)

**d)** Au surplus, c'est à tort que la SSR se plaint de la violation de son indépendance (liberté d'opinion, des médias, de la science). Elle oublie que la liberté dont elle bénéficie n'est pas absolue, mais qu'elle est limitée par l'art. 4 LRTV qui doit appliquer l'Autorité de plainte. Le contrôle du respect de la disposition précitée par cette dernière ne saurait donc constituer en lui-même une atteinte à l'indépendance de la SSR.

**8.- a)** La SSR prétend que les décisions attaquées violeraient l'art. 10 CEDH. Cette disposition garantit la liberté d'expression qui comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées (art. 10 par. 1 CEDH). Cette liberté n'est pas absolue (art. 10 par. 2 CEDH).

**b)** D'après la jurisprudence, des restrictions à la liberté d'expression consacrée par cette disposition sont admissi-

bles si elles sont prévues par la loi, fondées sur un but légitime au regard de l'art. 10 par. 2 CEDH et nécessaires, dans une société démocratique, pour l'atteindre (arrêt non publié du 12 janvier 1996 en la cause B. contre Direction générale de l'Entreprise des PTT suisses, consid. 3b). Du reste, en matière de liberté d'expression, l'art. 10 CEDH ne garantit pas de meilleure protection que le droit constitutionnel non écrit (ATF 119 Ia 71 consid. 3a p. 73, 505 consid. 3a p. 506; 117 Ia 472 consid. 3b p. 477). Le Tribunal fédéral a également précisé que l'art. 10 CEDH ne donne pas une protection plus étendue que l'art. 5 LRTV au diffuseur - pour autant qu'il puisse s'en prévaloir. En effet, la liberté qu'il garantit de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans ingérence d'autorités publiques englobe la liberté de la radio et de la télévision, mais cette liberté n'est pas illimitée (ATF 122 11 471 consid. 4b p. 479).

c) Il y a lieu d'écarter le grief de la SSR. Les reproches faits par l'Autorité de plainte à la SSR sont fondés sur un but légitime au sens de l'art. 10 par. 2 CEDH, puisqu'ils visent à protéger le droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente.

9.- Vu ce qui précède, les recours doivent être rejetés dans la mesure où ils sont recevables. ■

#### REMARQUES:

Avec cette décision, les péripéties judiciaires de l'émission de la SSR sur «L'honneur perdu de la Suisse» (voir notamment

*medialex* 1998 p. 58 et 1999 p. 47) trouvent leur épilogue. Laissant de côté les polémiques autour de l'attitude de notre pays pendant la Deuxième Guerre mondiale, on retiendra que le Tribunal fédéral a pour la première fois donné des instructions concrètes aux producteurs qui souhaitent s'engager dans la voie périlleuse du journalisme à thèse. Soucieux de prévenir toute manipulation de l'information, les juges lausannois avaient déjà posé une obligation de transparence (ATF 121 II 29 et 122 II 471): le téléspectateur doit pouvoir se rendre compte que le journaliste a épousé une cause, autrement dit qu'il présente une thèse, mais non une vérité.

La présent arrêt apporte des éclaircissements sur le contenu de cette obligation de transparence. D'abord, le journaliste ne peut pas taire le fait qu'un sujet est controversé; si les avis sont divisés, la moindre des choses, c'est que le téléspectateur en soit averti. Ensuite, le journalisme engagé requiert une diligence professionnelle qualifiée: plus le journaliste se fait critique, plus il doit veiller à la véracité de ses accusations; pas question de se fonder sur des sources douteuses ou de seconde main. Pas question non plus de tourner en ridicule ou de dénigrer les témoignages qui vont dans un sens opposé. Enfin, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'exception de continuité dans la programmation: une émission peut être délibérément accusatoire, si elle a été précédée ou suivie par une diffusion privilégiant une thèse contraire. Cela dit, la continuité doit être reconnaissable pour le téléspectateur; en l'espèce, les producteurs laissaient accroire que l'émission litigieuse faisait à elle seule le tour du sujet et que le débat était clos.

Ces éclaircissements sont bienvenus, car nombre de politiciens persistent à voir dans l'article 4 LRTV - en clair l'injonction faite au journaliste de présenter «fidèlement les événements» - un commandement de neutralité. Avec la présente décision, le Tribunal fédéral rappelle une fois pour toutes à ces esprits chagrins que le journaliste peut défendre un point de vue. A condition toutefois de prendre certaines précautions afin de sauvegarder cette composante essentielle du statut de la radiodiffusion qu'est la libre formation de l'opinion des auditeurs et des téléspectateurs. Ce n'est pas trop cher payé....

PROF. BERTIL COTTIER, PRÉVÉRENGES

## Verbotenes Veröffentlichendes von Geheimnissen

Bundesgerichtsentscheide vom 5. Dezember 2000 (6S./425/2000 und 6P.105/2000; BGE-Publikation vorgesehen)

*Bei der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) ist allein massgebend, ob die Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen durch Gesetz oder durch Beschluss einer Behörde als geheim erklärt worden sind (formeller Geheimnisbegriff). Allerdings ist zu prüfen, ob es unter den konkreten Umständen vertretbar ist, die Tatsachen für geheim zu erklären.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

In der «SonntagsZeitung» vom 26. Januar 1997 erschienen zwei Artikel, welche mehrere Passagen aus einem laut den Artikeln «vertraulichen» Strategiepapier des damaligen Schweizer Botschafters in den USA, Carlo Jagmetti, wiedergaben. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten erstattete im Auftrag des Bundesrates Strafanzeige gegen Unbekannt wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB). Die Bundesanwaltschaft stellte das Verfahren ein und übertrug die Strafverfolgung wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) dem Kanton Zürich. Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich verurteilte den verantwortlichen Journalisten zu einer Busse von 800 Franken. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte den Schuldspruch. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde ab.

### Aus den Erwägungen (Zusammenfassung):

Im Urteil des Bundesgerichtes wird daran festgehalten, dass es bei der Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen um einen rein formellen Begriff des Geheimnisses geht. Massgebend ist allein, ob die Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen durch Gesetz oder durch Beschluss einer Behörde als geheim erklärt worden sind. Es kommt also nicht darauf an, dass die Tatsache nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, der Geheimnisträger sie geheim halten will und ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat. Auch der neue Art. 293 Abs. 3 StGB, wonach in Fällen, in denen das an die Öffentlichkeit gebrachte materielle Geheimnis «von geringer Bedeutung» ist, von Strafe abgesehen werden kann, ändert am Ergebnis nicht. Nach Ansicht des Bundesgerichtes betrifft Absatz 3 von Art. 293 StGB, der in den eidgenössischen Räten nur am Rande diskutiert wurde, nicht Geheimnisse im materiellen Sinn, sondern die unnötige, übertriebene,

schikanöse Geheimniskrämerei, mithin unnötige Geheimhaltungserklärungen.

«Die vom Beschwerdeführer geforderte Beschränkung des Tatbestands, soweit Medienschaffende betreffend, auf materielle Geheimnisse von erheblicher Bedeutung, deren Veröffentlichung den Staat in seinen Grundfesten erschüttern kann, geht über eine (verfassungs- und EMRK-konforme) Auslegung von Art. 293 StGB weit hinaus. Der Beschwerdeführer verlangt im Ergebnis eine diesbezügliche Sondernorm für Medienschaffende etwa des Inhalts, dass die Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen durch Medienschaffende nur dann strafbar ist, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von erheblicher Bedeutung ist. Dies ist indessen nicht mehr (einschränkende) Auslegung des geltenden Rechts, sondern eine Änderung des Gesetzes, mithin Rechtsetzung, die dem Bundesgesetzgeber vorbehalten ist. Es ist Sache des Gesetzgebers, zu prüfen, ob mit Rücksicht auf die Anliegen und Aufgaben der Medienschaffenden insoweit Sonderregeln zu schaffen seien. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts Schritte in diese Richtung getan. In der Auseinandersetzung um die Beibehaltung oder ersatzlose Streichung des gerade die Medienschaffenden betreffenden Art. 293 StGB hat der Gesetzgeber im Sinne eines Kompromisses der Bestimmung einen neuen Absatz 3 beigefügt, wonach der Richter von Strafe absehen kann, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis «von geringer Bedeutung» ist. Beim Tatbestand des diplomatischen Landesverrats im Sinne von Art. 267 StGB wurde die Tatbestandsvariante der Veröffentlichung eines Geheimnisses, dessen Bewahrung zum Wohle der Eidgenossenschaft geboten ist, neu privilegiert, indem Art. 267 Ziff. 2 StGB lediglich Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis (statt Zuchthaus [bis zu 20 Jahren] oder Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren gemäss Ziff. 1) androht (s. dazu Botschaft des Bundesrates, BBl 1996 IV 525 ff., 563; Verhandlungen der eidgenössischen Räte, AB 1997 N 405 f.; AB 1997 S. 585). Derartige Regelungen liessen sich nicht auf dem Wege der verfassungs- bzw. EMRK-konformen Auslegung erzielen, da sie über eine Auslegung hinaus gehen. Es ist somit auch Sache des Gesetzgebers, allenfalls erneut zu prüfen, ob Art. 293 StGB, der vor allem die Medienschaffenden betrifft, aufzuheben oder ob der Tatbestand - über die durch den neuen Absatz 3 geschaffene Kompromisslösung betreffend fakultatives Absehen von Strafe bei Veröffentlichung von Geheimnissen von geringer Bedeutung» hinaus - auf die Veröffentlichung von Geheimnissen «von erheblicher Bedeutung» oder ähnlich zu beschränken sei.» (...) «Ob eine Tatsache im materiellen Sinne geheim ist, ob sie allenfalls einerseits ein «Geheimnis von geringer Bedeutung» (Art. 293 Abs. 3 StGB) oder andererseits ein Geheimnis ist, dessen Bewahrung »zum Wohle der Eidgenossenschaft geboten« ist (Art. 267 StGB), bestimmt sich nach Inhalt und Gegenstand der Tatsache und jedenfalls nicht auch nach dem Umfang des öffentlichen Interesses an der Information. Dieses öffentliche Infor-

mationsinteresse und damit die Pressefreiheit sind mit anderen Worten insoweit keine relevanten Auslegungskriterien. Das Spannungsverhältnis, das in einem konkreten Fall zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und dem öffentlichen Informationsinteresse bestehen kann, betrifft nicht den Tatbestand, sondern allenfalls die Rechtswidrigkeit des tatbestandsmässigen Verhaltens. Der insoweit allein in Betracht fallende aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist aber nicht schon dann gegeben, wenn das öffentliche Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt vielmehr voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 120 IV 208 E. 3a S. 213, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer behauptet in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht nicht mehr, dass diese Voraussetzungen erfüllt seien. Die Pressefreiheit als solche ist, trotz ihrer erheblichen Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft, kein Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmässiges Verhalten von Medienschaffenden.»

Das Bundesgericht befand weiter, dass auch der in Art. 27<sup>bis</sup> StGB verankerte Quellenschutz die Bestrafung eines Medienschaffenden gemäss Art. 293 StGB wegen Veröffentlichung von «quellengeschützten» Informationen nicht verhindern könne.

«Der Vollständigkeit halber sei immerhin festgehalten, dass das Interesse an der Wahrung der Vertraulichkeit des fraglichen Strategiepapiers aus den von den kantonalen Instanzen genannten Gründen gewichtiger war als das Interesse des Publikums an der Kenntnisnahme der in der Zeitung veröffentlichten Passagen. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden. Die Wahrung der Vertraulichkeit des Strategiepapiers lag nicht nur im Interesse des Botschafters und des Bundesrates, sondern im Landesinteresse. Durch die Veröffentlichung einzelner Passagen konnten sowohl der Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung auf der schweizerischen Seite gestört als auch vor allem die ohnehin schwierigen Verhandlungen mit der Gegenseite zusätzlich erschwert und belastet werden, was nicht im Landesinteresse lag. Demgegenüber war das durch die reiserische Überschrift angestachelte kurzfristige Sensationsinteresse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme der in der Zeitung publizierten, aus dem Zusammenhang gerissenen Passagen aus rechtlicher Sicht von vergleichsweise geringer Bedeutung, zumal sich aus der vom Beschwerdeführer beanstandeten «Tonalität» des in einem bestimmten Kontext verfassten, internen Papiers, welches im Zeitungsartikel übrigens kurzerhand als inhaltlich banal disqualifiziert wurde, ohnehin keine eindeutigen und unstrittigen Schlüsse auf die «Mentalität» und gar auf die Eignung des Botschafters für die ihm gestellte Aufgabe ziehen liessen.» ■

## ANMERKUNGEN:

Art. 293 StGB und kein Ende. Es ist das Verdienst des Entscheiders, dass er versucht, die Diskussion über diese Norm aufzuarbeiten. Dabei wird etwas viel theoretischer Aufwand für eine simple Übertretung betrieben. Als Leser ist man schliesslich mehr verwirrt als aufgeklärt.

Dazu trägt zunächst bei, dass unterschiedliche Auffassungen über den Geheimhaltungswert des «vertraulichen» Strategiepapiers und die «Höhe» des öffentlichen Informationsinteresses bestehen. Nach Meinung der Vorinstanz (Zürcher Obergericht), aber auch des Bundesgerichts, wurde das in ausserpolitischen Belangen und im diplomatischen Verkehr unerlässliche Klima der Diskretion empfindlich gestört und die Verhandlungsposition der Schweiz geschwächt. Die Wahrung der Vertraulichkeit des fraglichen Strategiepapiers sei deshalb gewichtiger gewesen als das durch die reisserische Überschrift angestachelte kurzfristige Sensationsinteresse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme der publizierten, aus dem Zusammenhang gerissenen Passagen. Nach Meinung des Beschwerdeführers überwog hingegen das öffentliche Interesse an der Publikation ein allfälliges Geheimhaltungsinteresse. Dies vertrat auch der Presserat, der den Journalisten zwar wegen der durch eine problematische Verkürzung und die ungenügende zeitliche Einordnung des Strategiepapiers erfolgten Dramatisierung und Skandalisierung der Ansichten des Schweizer Botschafters in den USA rügte, im übrigen aber die öffentliche Relevanz und das öffentliche Interesse an der Publikation bejahte.

In rechtlicher Beziehung bestätigte das Bundesgericht die in der Judikatur und mehrheitlich in der Literatur vertretene Meinung, der Norm liege der formelle Geheimnisbegriff zugrunde. Im gleichen Atemzug wurde aber betont, im vorliegenden Fall seien materielle Geheimnisse verletzt worden, die u.a. ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse voraussetzen. Was den vor drei Jahren neu eingefügten Abs. 3 von Art. 293 StGB anbelangt, wonach der Richter von jeglicher Strafe absehen kann, wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist, widersprach das Bundesgericht der Auffassung, dank dieser Ergänzung sei nun bei Art. 293 StGB auf den materiellen Geheimnisbegriff abzustellen. Es meinte, anvisiert mit dem neuen Absatz sei die unnötige, übertriebene Geheimniskrämerei.

Demzufolge können m.E. fünf verschiedene Fälle unterschieden werden:

Fall 1: Es gibt Geheimnisverletzungen, bei denen eine übertriebene, schikanöse Geheimniskrämerei stattfand und damit laut Bundesgericht eine unnötige Geheimhaltungserklärung erfolgte. Aber aufgepasst: Auch dann wird der Verletzer nicht etwa freigesprochen, sondern es erfolgt ein Schuldspruch ohne Ausfällung einer Strafe. Diese Konstellation war im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Fall 2: Es gibt Verstösse gegen Art. 293 Abs. 1 StGB, bei denen die Schwelle von Abs. 3 übersprungen wird, mithin eine formale Geheimhaltungserklärung vorliegt, die aus bundesgerichtlicher Sicht als vertretbar erscheint, weil sie den Prozess der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung eines staatlichen Organs vor Störungen schützt. Auch diese Konstellation lag nicht vor, weil ein materielles Geheimnis verletzt worden sei.

Fall 3: Es gibt vergleichbare Verstösse gegen Art. 293 Abs. 1, bei denen, wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall annahm, ein materielles Geheimnis (und damit ein berechtigtes staatliches Geheimhaltungsinteresse) verletzt wurde. Die zuletzt vorgenommene Unterscheidung zwischen Fall 2 und Fall 3 spielt für Journalisten insofern keine Rolle, als sie so oder so unter Art. 293 StGB fallen. Etwas anderes gilt für Beamte, da im zuletzt erwähnte Fall Art. 320 StGB den Art. 293 konsumieren würde.

Fall 4: Wenn der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ins Spiel kommt, muss eine Interessenabwägung ergeben, dass die Verletzung des Geheimnisses offenkundig weniger schwer wiegt als das Informationsinteresse, das der Täter zu wahren sucht. So interpretiert das Bundesgericht diesen Rechtfertigungsgrund. Zudem müsse die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Zieles notwendiges und angemessene Mittel sein, d.h. diesbezüglich den einzig möglichen Weg darstellen (BGE 120 IV 203). Dieses weitere Kriterium ist stark auf die Situation von Beamten zugeschnitten, die zunächst den amtsinternen Weg vergeblich ausgeschöpft haben müssen, bevor sie allenfalls die Flucht in die Öffentlichkeit antreten dürfen. Aus journalistischer Sicht ist das Kriterium des «einzig möglichen Weges» wenig tauglich. Nach Meinung des Bundesgerichts waren die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen «ohnehin nicht erfüllt».

Fall 5: Wie wirkt sich Art. 10 EMRK aus, eine Norm, die bisher in Strassburg liberal interpretiert und verschiedentlich restriktiven Mediennormen oder restriktiven Interpretationen in einzelnen Staaten zum Verhängnis wurde? Die Kritiker von Art. 293 folgern aus der EMRK, diese Norm sei nur auf Publikationen anwendbar, die materiell so bedeutend sind, dass deren strafrechtliche Verfolgung in einer demokratischen Gesellschaft i.S. von Art. 10 Ziff. 2 EMRK notwendig ist. Eingriffe in die Informationsfreiheit seien deshalb nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig, wo es um Geheimnisse von ausserordentlicher Bedeutung und Wichtigkeit gehe, deren Veröffentlichung der Staat in seinen Grundfesten erschüttern könne. Umgekehrt falle eine Verurteilung nach Art. 293 StGB mit Rücksicht auf Art. 10 EMRK dann ausser Betracht, wenn das öffentliche Interesse an der Information das Interesse der Behörde an der Geheimhaltung überwiege. Diametral entgegen gesetzt argumentiert das Bundesgericht. Diese Auffassung gehe über eine verfassungskonforme und EMRK-konforme Auslegung von Art. 293 StGB weit hinaus.

Im Ergebnis ist dieser Entscheid für Behörden, welche mit der Anwendung von Art. 293 StGB liebäugeln, dienlich, weil er für Einzelfragen einsetzbare Textbausteine liefert. Ansonsten bewegt er sich wegen seiner restriktiven Auffassung zum Anwendungsbereich des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen und der Zurückhaltung, welche er gegenüber dem möglichen Einfluss von Art. 10 EMRK entgegenbringt, auf ausgefahrenen Spuren. Er argumentiert defensiv. Die Konstruktion von Beispielen, bei denen der erwähnte Rechtfertigungsgrund oder Art. 10 EMRK den Anwendungsbereich von Art. 293 einschränken, bleibt der Phantasie des Lesers überlassen. Deshalb ist es erfreulich, dass der Betroffene diesen Fall vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte überprüfen lassen will. Wie immer auch Strassburg entscheidet, die Chancen sind gross, dass er Klärungen gegenüber der verworrenen Rechtslage bringt, wie sie sich nach dem hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid präsentiert.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

L'avis des tribunaux

.....  
Die Gerichte entscheiden

### **Catalogues de musée et droit d'auteur**

Arrêt du Tribunal fédéral du  
17 octobre 2000 (4c.113/2000)

La publication d'un catalogue comprenant des reproductions d'œuvres plastiques d'une exposition tempo-

raire tombe sous le coup de l'exception prescrite à l'art. 26 LDA. Elle n'est dès lors pas sujette à indemnisation. Dans le différend opposant le Musée d'art et d'histoire de la Ville de Genève (MAH) et ProLitteris, le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la décision de la Cour de justice du canton de Genève. En août 1995, le MAH avait organisé une exposition temporaire au Musée Rath. A cette occasion, il avait transmis à ProLitteris une liste d'artistes et d'œuvres devant figurer dans le catalogue de l'exposition. ProLitteris avait autorisé le tirage de ce catalogue et fait parvenir sa facture

*media*  
L E X

1/01  
44

pour les reproductions contenues dans cet ouvrage sur la base de son Tarif image. Devant les autorités cantonales et fédérales, ProLitteris a vainement fait valoir que son Tarif image, ainsi que ses accords spéciaux avec le MAH n'étendent pas l'exception de catalogue au cas des expositions temporaires. Le Tribunal fédéral, suite à une interprétation historique de l'art. 26 LDA a confirmé que la teneur actuelle de cet article couvre également les expositions temporaires puisque la limitation aux œuvres se trouvant «à demeure» dans un musée a été volontairement biffée par le Conseil national. Dès lors, ni le Tarif image, ni un accord particulier avec ProLitteris ne sauraient déroger à cette règle impérative de la LDA. ■

### REMARQUES:

Cet arrêt précise un point essentiel en droit d'auteur et l'une de ses exceptions secondaires.

1. Le point essentiel est le caractère impératif des dispositions relatives aux exceptions que la loi apporte aux droits des auteurs (cons. 4). En particulier, ce caractère impératif n'est pas limité aux dispositions qui le mentionnent explicitement (cf. art. 24 al. 2 infine pour les copies de sauvegarde des programmes d'ordinateur). On ne raisonnera pas a contrario à partir de ces dispositions. Au contraire, on admettra d'emblée que les parties ne peuvent échapper à l'effet des exceptions des articles 19 ss par une convention. L'ATF reproduit dans la Semaine Judiciaire 1999, p. 353, est ainsi confirmé. A vrai dire, la dernière affirmation du considérant 4 in fine est plus prudente que le corps de ce considérant, car le Tribunal fédéral précise que «toute prestation conventionnelle supplémentaire est illicite et nulle ab initio au sens de l'article 20 alinéa 1 CO».

En revanche, le rabais de 30% accordé par ProLitteris n'est, semble-t-il, pas jugé contraire à la loi. Les exceptions au droit d'auteur revêtent donc un caractère semi-impératif; les sociétés de gestion peuvent renoncer à leurs droits, mais leurs contractants ne le peuvent pas. En somme, dans le système du Tribunal fédéral, les auteurs sont perdants à tout coup. D'ailleurs, le considérant sur la nullité de plein droit selon l'article 20 CO paraît excessif. Il s'agirait d'étudier de plus près si le but et le sens de la loi exigent que toute convention contraire soit en toutes circonstances déclarée comme nulle et de nul effet. Le comportement de l'autre partie ne sera pas indifférent à cet égard, et il convient qu'on puisse en tenir compte plus largement que selon l'article 2 alinéa 2 CC sur l'abus de droit applicable en toute hypothèse. En effet, il pourrait être abusif d'accepter un rabais, puis de remettre en cause d'autres obligations sous l'empire du contrat.

On peut se demander si les sociétés de gestion ne devraient pas définitivement renoncer à la pratique des rabais. Par le passé, rien n'a nui davantage à leur réputation que l'impression d'arbitraire qui s'en dégageait pour les intéressés. Compréhensible lorsqu'il s'agissait de persuader les entreprises de se rallier au principe de paiements point encore ancrés dans la loi, cette pratique des rabais n'est guère compatible avec l'égalité de traitement.

2. Le point secondaire concerne la portée de l'article 26 LDA. Selon ProLitteris, le texte allemand de la loi (*Art. 26 Museums-, Messe- und Auktionskataloge. Ein Werk, das sich in einer öffentlich zugänglichen Sammlung befindet, darf in einem von der Verwaltung der Sammlung herausgegebenen Katalog abgebildet werden; die gleiche Regelung gilt für die Herausgabe von Messe- und Auktionskatalogen*) impliquait que seules les collections appartenant aux musées bénéficieraient de l'article 26 LDA. C'était contraire à la volonté du législateur, et le Tribunal fédéral fait cesser une mauvaise querelle. Il n'est pas tout à fait exact (cons. 5c) que «l'exploitation normale de l'oeuvre ne (soit) en rien atteinte par sa reproduction dans ce catalogue de musée».

Elle l'est, mais peu, et le préjudice causé, minime, est justifié par l'intérêt de la Société, du moins dans l'optique du législateur, laquelle ne fait aucun doute, comme le relève le Tribunal fédéral.

PROF. FRANÇOIS DESSEMONTET, RUE



## Diffamation de la Fondation Hirondelle

Arrêt du Tribunal fédéral du  
1er novembre 2000 (6s.295/2000)

Le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un journaliste à deux mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 1'500 fr. pour diffamation contre la Fondation Hirondelle. Dans un article publié par «L'Objectif de Fribourg», le journaliste avait prétendu que la radio exploitée par la Fondation au Rwanda après le génocide de 1994 n'était nullement neutre et qu'on était en présence d'une «formidable escroquerie morale». Dans son recours, le journaliste affirmait notamment que l'intimée n'était pas directement lésée et que ses propos étaient couverts par la liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH. Le Tribunal fédéral a balayé ces deux griefs. «Lorsqu'une infraction n'est punie que sur plainte, toute personne lésée pourra porter plainte. Est lésé au sens de cette disposition le titulaire du bien juridique directement atteint [...]. Jouit du droit à l'honneur non seulement toute personne physique, mais toute personne morale ou entité capable d'ester en justice à l'exception des collectivités publiques et des autorités.[...] S'agissant d'une personne morale, il faut donc que l'atteinte soit dirigée contre elle en tant que telle, et non pas seulement contre les individus qui agissent pour elle.[...] Les articles incriminés citent nommément l'intimée à plusieurs reprises [...]. L'intimée est ainsi directement mise en cause comme ayant couvert et même cautionné, si ce n'est encouragé, un comportement malhonnête de la radio, qui, tout en s'affirmant comme une source d'information neutre et impartiale, aurait en réalité diffusé des informations tendancieuses, etc.» Aussi, l'intimée avait-elle bel et bien qualité pour se plaindre.

Le Tribunal fédéral, après avoir constaté qu'il s'agissait bel et bien d'un cas de diffamation au sens de l'art. 173 CP et que les preuves libératoires n'avaient pas été apportées, précise que la liberté d'expression garantie par la CEDH ne saurait couvrir un tel cas. En effet, la restriction en cause de la liberté d'expression repose sur une base légale ; elle répond à un intérêt légitime ; surtout, elle est proportionnée dès lors que le recourant n'a apporté ni la preuve de la véracité de ses propos ni de sa bonne foi. Le Tribunal fédéral confirme également la publication des conclusions du jugement telle qu'elle avait été ordonnée par le juge cantonal. Il rejette l'argument selon lequel la publicité faite au jugement cantonal par les médias a été suffisante. Cette publicité est intervenue après le jugement. Or le recours en nullité n'autorise pas la production de faits nouveaux. A relever que le journaliste avait également déposé un recours de droit public notamment pour arbitraire et violation du droit d'être entendu. Ce recours a lui aussi été rejeté (6P.68/2000). ■

### REMARQUES:

Quand un journaliste est obnubilé par des règlements de compte personnels au point d'en oublier son métier, il ne faut pas trop qu'il compte sur la compréhension du droit. L'arrêt, première

## L'avis des tribunaux

## Die Gerichte entscheiden

rement, rappelle qu'une personne morale aussi a un honneur, qu'elle peut défendre par la voie pénale, tout comme les personnes physiques. Cette protection n'est refusée qu'aux autorités et les corporations publiques. Deuxièmement, il confirme que la réputation professionnelle n'est pas protégée par l'art. 173 sur la diffamation. On peut donc dire de journalistes qu'ils travaillent mal. Mais en l'occurrence, les propos de Jean Musy sont allés au-delà. C'est bien la réputation d'honnêteté de la Fondation Hirondelle qu'ils mettaient en cause, en parlant d'une «formidable escroquerie morale». Affirmer d'une œuvre d'entraide qu'elle trompe gravement ses donateurs, même s'il ne s'agit pas d'une escroquerie au sens pénal du terme, c'est prétendre qu'elle est malhonnête. Restaient les preuves libératoires. A juste titre, le journaliste genevois a été autorisé à les apporter. Car si, de toute évidence, il a principalement voulu «dire du mal d'autrui», au sens du chiffre 3 de l'art. 173, on ne peut pas dire que l'autre condition posée pour exclure les preuves libératoires, le manque d'intérêt de la question pour le public, ait été remplie. S'interroger sur la neutralité de l'action de la Fondation Hirondelle au Rwanda était une action digne d'intérêt. Jean Musy n'ayant pas pu démontrer la vérité de ses propos, il lui restait la preuve de la bonne foi. Il pouvait le faire en montrant qu'il avait mis tout le soin nécessaire à vérifier ses informations. Il pouvait aussi – le Tribunal fédéral omet de le dire – montrer que ses sources étaient si fiables qu'un contrôle paraissait superflu. N'y parvenant pas, le Tribunal fédéral n'a pu que confirmer la peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis et l'amende de 1500 francs. Non sans avoir rappelé que l'art. 10 CEDH ne fait nullement obstacle à des condamnations de journalistes ayant lésé l'honneur d'autrui. L'alinéa 2 de cette disposition évoque expressément la protection de la réputation d'autrui. En Europe, une tendance se dessine visant à décriminaliser les atteintes à l'honneur pour confier leur répression aux seuls tribunaux civils. La Cour de Strasbourg n'a pas entériné cette tendance jusqu'ici. En Suisse, la question de savoir si les atteintes à l'honneur sont dangereuses pour l'ordre social au point de légitimer l'intervention du droit criminel n'occupe guère les esprits.

*PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN*

heimhaltung zur Auskunftserteilung verpflichtet sind (vgl. BGE 126 I 50 E. 2a S. 53). Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung ergibt sich damit aus dem Bundesrecht. (...) Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang gestützt auf BGE 126 I 50 weiter, dass die Staatsanwaltschaft das Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für die Überwachungsmaßnahmen hätte prüfen müssen. Indessen beruht ihre Auffassung auf einem unzutreffenden Verständnis des erwähnten Bundesgerichtsentscheides. Lediglich für den damals beurteilten Fall fügte das Bundesgericht im Hinblick auf ein allfälliges weiteres Vorgehen in jener Strafsache an, dass die Frage der gesetzlichen Grundlage, der Verhältnismässigkeit und der Einholung einer richterlichen Genehmigung von einer kantonalen Instanz zu überprüfen wäre. In keiner Weise sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Staatsanwaltschaft selber - über die Beurteilung durch den Präsidenten des Obergerichts hinaus - eine Prüfung vorzunehmen hätte.» ■

## Überwachung des E-Mail-Verkehrs

Bundesgerichtsentscheid vom  
7. November 2000 (1P.608/2000)

Zur Überwachung des E-Mail-Verkehrs braucht es gestützt auf die kantonalen Strafprozessordnungen eine richterliche Genehmigungsentscheidung. Dies ruft das Bundesgericht in einem neuen Urteil in Erinnerung (vgl. *medialex* 3/00, S. 167 ff.). «Das Bundesgericht hat in BGE 126 I 50 festgehalten, dass die materielle gesetzliche Grundlage für Überwachungsmaßnahmen in den anwendbaren Strafprozessordnungen zu finden sei. Die Bestimmungen des Strafprozessrechts vermögen demnach grundsätzlich den Eingriff in den Fernmeldeverkehr der Benutzer (Art. 13 Abs. 1 BV) unter der Voraussetzung einer richterlichen Genehmigung zu rechtfertigen. Demgegenüber befindet sich die Pflicht der Anbieterinnen von Fernmeldeleistungen, den zuständigen Justiz- und Polizeibehörden auf Verlangen Auskunft über den Fernmeldeverkehr von Teilnehmerinnen und Teilnehmern zu geben, im (eidgenössischen) Fernmeldegesetz. Art. 43 FMG verpflichtet zwar die Anbieterinnen zur Geheimhaltung. Indessen umschreibt Art. 44 FMG im Einzelnen, dass diese in Abweichung von der Ge-

.....  
**Fixe Preisobergrenzen**

Bundesgerichtsentscheid vom  
8. Dezember 2000 (2A./270/2000;  
BGE-Publikation vorgesehen)

Im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung eines Aufsichtsentscheides der Kommunikationskommission stellte das Bundesgericht fest, dass die Swisscom für eine Verbindung von einer öffentlichen Sprechstelle zu einer Gratisnummer einer anderen Fernmeldedienstanbieterin nicht mehr eine Grundgebühr von 24,7 4 Rappen pro Minute verlangen darf, sondern nur noch einen maximalen festen Zuschlag von 50 Rappen pro Anruf.

Gemäss Art. 66 Abs. 1 FMG ist die Swisscom bis zum 31. Dezember 2002 zur flächendeckenden Sicherstellung der Grundversorgung nach Artikel 16 Abs. 1 FMG verpflichtet, wofür sie eine entsprechende Konzession erhielt. Die Grundversorgungskonzessionärin ist insbesondere zu einer ausreichenden Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen verpflichtet. Gem. Art. 23 Abs. 1 Bst. FDV gilt eine Preisobergrenze von 50 Rappen für den Zuschlag für die Benutzung einer öffentlichen Sprechstelle. «Mit dem Zuschlag bei der Benutzung öffentlicher Sprechstellen sollen die Infrastrukturkosten des Fernmeldedienstanbieters, welcher die Sprechstellen unterhält, entschädigt werden. (...) Dabei ist von vornherein klar, dass die Endkonsumenten, d. h. die Anrufer als eigentliche Benutzer der angebotene Dienstleistung, unter dem Schutz der Preisobergrenzen stehen müssen. Auf sie darf kein diese Limite übersteigender Betrag überwältigt werden. Dasselbe muss jedoch auch für die konkurrierenden Fernmeldedienstanbieter gelten: Das ganze System macht nur dann Sinn, wenn die Preisobergrenzen ebenfalls zwischen den verschiedenen Fernmeldedienst Anbietern Beachtung finden. Auch die Konkurrenten der Beschwerdeführerin sind bei der Preisgestaltung ihren Kunden gegenüber daran gebunden, wobei es im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielt, dass

## L'avis des tribunaux

### Die Gerichte entscheiden

die Kosten bei der Gratisnummer nicht direkt dem Anrufer als Konsumenten, sondern dem Betreiber der 0800-Nummer berechnet werden, welcher die Gratisnummer abonniert hat und dem Endkonsumenten zur Verfügung stellt. Die Preisobergrenzen sind damit auch im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Konkurrenten anwendbar.» In einer weiteren Erwägungen ließ es das Bundesgericht offen, ob die Verbindung mit einer Gratisnummer einer Fernmeldedienstanbieterin von einer öffentlichen Sprechstelle der Swisscom aus zum Interkonnectionsregime gehört oder nicht. Die Preisobergrenzen von Art. 23 Abs. 1 Bst. d FDV gelten so oder so, und zwar nicht nur gegenüber dem Endkonsumenten, sondern auch gegenüber den konkurrierenden Fernmeldedienstanbieterinnen. ■

dürfnis. Befürchtungen, die verlangten Angaben könnten bloss dazu verwendet werden, über die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Eigentümer zu berichten und Neugier oder Sensationslust zu befriedigen, sind unter den gegebenen Umständen nicht angebracht. Der Beschwerdeführer hat schliesslich nachvollziehbar dargelegt, dass die anderweitige Beschaffung der Informationen mit erheblichem Aufwand verbunden wäre (Fahrten zum Grundbuchamt; Durchsicht zahlreicher Publikationen). Die dem Auskunftsinteresse gegenüberzustellenden Privatinteressen an der Geheimhaltung sind hier wenig bedeutend, zumal die in Frage stehenden Informationen zum Kreis der ohnehin veröffentlichten Angaben zählen.» ■

### **Anspruch auf Grundbucheinsicht**

Bundesgerichtentscheid vom 6. Oktober 2000 (5A./16/2000; BGE-Publikation vorgesehen)

Im Zuge der am 1. Januar 1994 in Kraft gesetzten Teilrevision des Zivilgesetzbuches ist ein voraussetzungsloser Anspruch auf Auskunftserteilung über die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken eingeführt worden (Art. 970 Abs. 1 ZGB). Ziel der Revision war vor allem, für mehr Transparenz der Eigentumsverhältnisse und des Grundstückmarktes zu sorgen. Nach Ansicht des Bundesgerichtes hängt der Anspruch auf Einsicht oder auf einen Auszug nach wie vor davon ab, dass ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird.

Im vorliegenden Fall beabsichtigte der Beschwerdeführer, «gestützt auf die verlangten Angaben über die Aktivitäten der X. AG auf dem regionalen Liegenschaftenmarkt zu berichten. Er hat verschiedene Indizien genannt, die darauf hindeuteten, dass die erwähnte Gesellschaft bzw. ihr nahe stehende Personen Spekulationsgeschäfte mit Wohnliegenschaften tätigten (rascher, gewinnbringender Verkauf der erworbenen Liegenschaften im Stockwerkeigentum). Seine Absichten erscheinen als plausibel und ernsthaft, zumal sie auch im Rahmen seiner üblichen Berufstätigkeit liegen. Das vorgebrachte Auskunftsinteresse ist als im Sinne von Art. 970 Abs. 2 ZGB glaubhaft gemacht zu betrachten. Es steht sodann in einem hinreichend engen Zusammenhang mit einem durch die Teilrevision des Gesetzes angestrebten Zweck (Verbesserung der Transparenz auf dem Grundstückmarkt und Erschwerung der Bodenspekulation). Das vom Beschwerdeführer beabsichtigte Aufzeigen eines allfälligen spekulativen Verhaltens entspricht durchaus einem öffentlichen Be-

.....

### **Injures et liberté d'expression**

Arrêt de la Cour européenne des  
droits de l'homme, 6 février 2001,  
affaire Tammer c. Estonie  
(n° 41205/98)

La liberté d'expression ne couvre pas les injures par voie de presse. Dans une interview parue le 3 avril 1996, le recourant, interrogeant l'auteur d'un livre consacré une femme politique, Mme Laanaru, avait qualifié celle-ci de «briseuse de ménage», de «mère négligente qui délaisse son enfant» et avait ajouté: «cela ne paraît pas être le meilleur exemple pour des jeunes filles». Le Tribunal municipal de Tallinn (Estonie) déclara le journaliste coupable d'injure en application du code pénal. Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel de Tallinn, puis par la Cour suprême. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cette condamnation s'appuyait sur une base légale suffisante. Elle poursuivait un but légitime, soit la protection de la réputation et des droits d'autrui. S'agissant de savoir si elle était «nécessaire dans une société démocratique», la Cour considère que le recourant aurait pu critiquer les actes de Mme Laanaru sans recourir à des formules injurieuses. De plus, il n'est pas établi que l'usage des termes litigieux concernant la vie privée de Mme Laanaru était justifié par un intérêt public ou que ces termes se rapportaient à une question de portée générale. Même si Mme Laanaru est toujours active sur la scène politique, les faits relatifs à sa vie privée ne concernaient en rien le public à l'époque de la parution de l'interview. Etant donné que les autorités estoniennes ont mis en balance les divers intérêts en jeu et qu'elles disposent d'une marge d'appréciation, et que la peine n'est pas disproportionnée (220 couronnes estoniennes), la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 10 CEDH. ■

## Rechtsprechung 1999/2000 auf den Gebieten des Rundfunks und der Telekommunikation

Christoph Beat Graber

Prof. Dr. iur., Extraordinarius an der Universität Luzern, Bern

Die Recherche beschränkt sich auf Entscheidungen, die im Zeitraum zwischen der letzten Rechtsprechungsübersicht in *medialex* 1999, 123 ff. und der Kommunikationsrechtstagung vom 17. Oktober 2000 publiziert wurden.

### I. Rundfunkrecht

1. **Liberté d'expression et fidélité à l'employeur (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 29.2.2000 [Fuentes Bobo c. Espagne]; *medialex* 2000, 97 s.).

2. **Rundfunkrechtliche Grenzen für Satiresendungen (Art. 3 und 4 RTVG).** (Bundesgericht, 19.2.1999 [Ventil]; *medialex* 1999, 120).

3. **Droit à l'antenne (art. 4, 58 al. 2 et 60 al. 1 LRTV).** (Tribunal fédéral, 29.10.1999 [Sauver le pied du Jura]; ATF 125 II 624; *medialex* 2000, 52 s.; plädoyer 2000, 62; AJP/PJA 2000, 720; La Semaine Judiciaire 2000 I, 183 ss.).

4. **Egalité des chances lors d'une émission électorale (art. 55bis aCst., art. 3 ss. et 26 al. 2 LRTV).** (Tribunal fédéral, 2.11.1999 [Tamborini]; ATF 125 II 497; *medialex* 2000, 53 s., plädoyer 2000, 62; Praxis 2000, 251 ss.; AJP/PJA 2000, 322, 1154).

5. **Zulässiges Sponsoring von Verkehrsinformationen (Art. 56 und 58 Abs. 2 bzw. 65 Abs. 1 sowie Art. 18 f. RTVG, Art. 15 Abs. 1 lit. a und Art. 16 RTVV).** (Bundesgericht, 13.1.2000 [ACS und TCS]; BGE 126 II 7; *medialex* 2000, 38 ff.; AJP/PJA 2000, 720).

6. **Werbung für Bier: Fehlende Zuständigkeit der UBI (Art. 11 Ziff. 2 EÜGF, Art. 15 Abs. 1 lit. d RTVV).** (Bundesgericht, 13.1.2000 [Feldschlösschen Schlossgold]; BGE 126 II 21; *medialex* 2000, 109; plädoyer 2000, 62; AJP/PJA 2000, 720, 882 f., 1154).

7. **Mitwirkungsverweigerung in einer Sendung (Art. 4 RTVG).** (Bundesgericht, 12.9.2000 [Vermietungen im Milieu]; *medialex* 2000, 225 f.).

8. **Verbotene Unterbrechung einer in sich geschlossenen News-Sendung (Art. 18 Abs. 2 und 19 Abs. 4 RTVG).** (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 20.4.1999 [Tele 24: Swiss News]; *medialex* 1999, 110 ff.).

9. **Teleclub darf eigene Set-Top-Box in der Schweiz nicht einsetzen (Art. 3 Abs. 1 lit. b, 11 Abs. 1 lit. a und g RTVG).** (Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 9.11.1999 [Teleclub]; *medialex* 1999, 239 ff. [nicht rechtskräftig]).

10. **Verbotenes Sponsoring im Internet (Art. 19 Abs. 4 RTVG, Art. 11 Konzession SRG).** (Bundesamt für Kommunikation, 1.10.1999 [Echo der Zeit]; *medialex* 1999, 248 ff.).

11. **Verbotene Alkoholwerbung auf Radio Argovia (Art. 18 Abs. 5 RTVG, Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 lit. b RTVV).** (Bundesamt für Kommunikation, 12.10.1999 [Argovia Wein]; *medialex* 1999, 253 f.).

12. **Unerlaubte Unterbrecherwerbung auf TV3. (Art. 18 Abs. 2 RTVG, Art. 12 Abs. 2 RTVV).** (Bundesamt für Kommunikation, 7.12.1999 [Fohrlers live]; *medialex* 2000, 44 ff.; AJP/PJA 2000, 720).

13. **SRG verstösst gegen Alkoholwerbverbot (Art. 18 Abs. 5 und 70 Abs. 2 lit. a RTVG, Art. 11 Abs. 1 und 15 Abs. 1 lit. b RTVV).** (Bundesamt für Kommunikation, 15.11.1999 [Feldschlösschen Schlossgold]; *medialex* 2000, 47 ff.; AJP/PJA 2000, 720).

14. **Verbotenes Zeitsponsoring vor Nachrichten und Informationsendungen (Art. 17 Ziff. 3 EÜGF, Art. 19 Abs. 2 und 3 RTVG).** (Bundesamt für Kommunikation, 16.2.2000 [Eurocard MasterCard]; *medialex* 2000, 101 ff.; AJP/PJA 2000, 1154).

15. **«Meteo» und «Schlag auf Schlager» verletzen Sponsoringbestimmungen (Art. 19 Abs. 2 und 3 RTVG).** (Bundesamt für Kommunikation, 16.2.2000 [Meteo und Schlag auf Schlager]; *medialex* 2000, 111; AJP/PJA 2000, 1154).

16. **Verbotene Hinweise auf kulturelle Veranstaltungen im SRG-Radio (Art. 11 Abs. 1 Konzession SRG).** (Bundesamt für Kommunikation, 23.2.2000 [Veranstaltungshinweise]; *medialex* 2000, 111; AJP/PJA 2000, 1154).

17. **Lacunues des journaux télévisés (art. 4 al. 1er LRTV),** (Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio et télévision, 22.10.1998 [Sauver le pied du Jura]; *medialex* 1999, 121).

18. **Unzulässige Verkehrsinformationen (Art. 18 Abs. 5 RTVG, 15 Abs. 1 RTVV).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 28.12.1998 [ACS und TCS]; *medialex* 1999, 121 f.).

19. **Wiederholte Darstellung sadomasochistischer Praktiken (Art. 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 (letzter Satz) RTVG, Art. 7 Ziff. 1 lit. a und Art. 7 Ziff. 2 EÜGF).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 23.4.1999 [24 Minuten mit Cleo]; *medialex* 1999, 179 ff.).

20. **Mangelnde Überprüfung von Fakten (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 23.4.1999 [Tagesschau]; *medialex* 1999, 188; VPB 63/1999, Nr. 96).

21. **Verletzung des kulturellen Auftrags (Art. 55bis Abs. 2 aBV, Art. 3 Abs. 1 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 23.6.1999 [Pfadfinderbewegung]; *medialex* 1999, 246 ff.).

22. **Principi applicabili alla valutazione di una trasmissione religiosa (art. 4 cpv. 1 e cpv. 2 LRTV).** (Autorità indipendente di ricorso in materia radiotelevisiva, 23.6.1999 [Conversazione religiosa]; VPB 64/2000, Nr. 55).

23. **Berichterstattung über laufendes Verfahren (Art. 4 Abs. 1, 1. Satz RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 27.8.1999 [Köbi F.]; *medialex* 1999, 253).

24. **Neuer Masstab bei der programmrechtlichen Beurteilung von Schleichwerbung (Art. 13 Ziff. 3 EÜGF, Art. 18 Abs. 1 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.12.1999 [Swiss Date]; *medialex* 2000, 103 ff.; AJP/PJA 2000, 1153).

25. **Mutwillige Prozessführung (Art. 66 Abs. 2 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.3.2000 [NZZ Trans]; *medialex* 2000, 106 f.; AJP/PJA 2000, 1154).

26. **Verbotene Schleichwerbung (Art. 13 Ziff. 3 EÜGF, Art. 4 und Art. 18 Abs. 1 RTVG, Art. 15 Abs. 2 RTVV).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.3.2000 [Kassensur/Saldo]; *medialex* 2000, 112; AJP/PJA 2000, 1154; VPB 64/2000, Nr. 121).

27. **Moderation in einer Ordenstracht (Art. 3 Abs. 1 und 2 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.3.2000 [Sternstunde Religion]; *medialex* 2000, 112; AJP/PJA 2000, 1153 f.).

28. **Bedeutung von Bildern eines TV-Beitrags (Art. 4 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 5.5.2000 [Eier aus Bodenhaltung]; *medialex* 2000, 174; VPB 64/2000, Nr. 120).

29. **Tendenziöse Berichterstattung (Art. 4 RTVG).** (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 30.6.2000 [Motor Show]; *medialex* 2000, 228).

### II. Telekommunikationsrecht

1. **Kein Anspruch auf richterliche Überprüfung einer Mobilfunk-Konzessionierung (Art. 1, 4-6, 22-24, 27, 56, 57 und insb. 61 FMG, Art. 99 Abs. 1 lit. d OG).** (Bundesgericht, 7. Mai 1999 [Sunrise c. ComCom]; BGE 125 II 293; *medialex* 2000, 162 ff.).



**2. Keine vorsorglichen Massnahmen bei Interkonnektionsklage von Commcare (Art. 11 Abs. 3 FMG, Art. 43 ff. FDV).** (Bundesgericht, 17.12.1999 [Commcare c. Swisscom]; BGE 125 II 613; *medialex* 2000, 51 ff.).

**3. Fernmeldegeheimnis schützt auch E-Mail-Verkehr (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 43 und 44 FMG, Art. 50 Abs. 1 FDV, Art. 1, 6 und 11 ÜberwachungsVO, Art. 179octies StGB, §§ 103 und 104 ff. StPO/ZH).** (Bundesgericht, 5.4.2000 [Swissonline]; BGE 126 I 50; *medialex* 2000, 167 ff.; plädoyer 2000, 62).

**4. Unzulässigkeit eines Mobilfunkantennenverbots in der Bauzone (Art. 24 Abs. 1 RPG, Art. 11 Abs. 2 und 65 USG, Art. 1 FMG).** (Regierungsrat Graubünden, 27.3.2000; *medialex* 2000, 110 f.; AJP/PJA 2000, 1152 f.).

**5. Mietleitungen als Anwendungsfall der Interkonnektion (Art. 11 und 12 FMG).** (Kommunikationskommission, 2.10.2000).

### 1. Kann Alkoholwerbung irreführend sein? (Entscheide I/6 und I/13)

Mit Entscheid vom 22. Januar 1999 stellte die UBI fest, dass die SRG mit der Ausstrahlung eines Werbespots der Firma «Feldschlösschen» das Verbot irreführender Werbung verletzt hat (Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 22.1.1999; *medialex* 1999, 122; C.B. GRABER, Rechtsprechung auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts des Jahres 1998, *medialex* 1999, 125). Die zweite Senderkette des Schweizer Fernsehens DRS (SF2) hatte einen Grossteil der Fussball-Welmeisterschaften in Frankreich übertragen. Der fragliche Werbespot war regelmässig im Rahmen der Werbeblöcke im Umfeld der Spiele geschaltet worden. Er zeigte zwei Fussballmannschaften, die nach dem Spiel die Kabine aufsuchen: Ein Spieler der Verlierermannschaft mischt sich unter die Sieger, die eine Kiste kühles Bier erwartet. Die UBI entschied, dass der beanstandete Spot nur vordergründig für alkoholfreies Bier der Marke «Schlossgold» werbe. Der Name «Schlossgold» tauche erst gegen Ende des Werbespots auf. Viel häufiger erscheine jedoch der Name und das Logo der Firma «Feldschlösschen»; das Publikum erhalte den Eindruck, dass hier der Konsum von alkoholphaltigem «Feldschlösschen»-Bier angepriesen werde. Die UBI hiess die Beschwerde gut, weil der fragliche Werbespot das Verbot irreführender Werbung im Sinne von Art. 11 Ziffer 2 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF) und Art. 15 Abs. 1 lit. d RTVV verletzt habe. Nicht eingetreten ist die UBI hingegen auf die Rüge des Beschwerdeführers, dass der Werbespot gegen das Verbot der Werbung für alkoholische Getränke (Art. 18 Abs. 5 RTVG) verstossen habe. Mit der Begründung, dass Widerhandlungen gegen das Verbot von Alkoholwerbung in die Kompetenz des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) fielen, sandte die UBI die Sache zur weiteren Beurteilung nach Biel.

Das BAKOM entschied mit Strafbescheid vom 15. November 1999, dass die SRG mit der Ausstrahlung des Schlossgold-Werbespots das Werbeverbot für alkoholische Getränke in Art. 18 Abs. 5 RTVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b RTVV in schwerer Weise verletzt hat (Strafbescheid des Bundesamtes für Kommunikation, 15.11.1999; *medialex* 2000, 47 ff.). In Anwendung von Art. 70 Abs. 2 lit. a RTVG wurde die SRG zu einer Busse von Fr. 5'000.–

verurteilt und die Einziehung des Nettogewinns aus der «Schlossgold»-Werbung in der Höhe von rund Fr. 550'000.– verfügt. In der Begründung führte das BAKOM aus, dass das Publikum während 28 Sekunden – eines insgesamt 32 Sekunden dauernden Werbespots – im Glauben sei, es werde für alkoholphaltiges «Feldschlösschen»-Bier geworben. Wiederholt seien das «Feldschlösschen»-Logo und der Firmenname auf Gläsern, Flaschen und Harassen sichtbar gewesen und teilweise sogar als Grossaufnahme ins Bild gefasst worden. Erst in der 29. Sekunde werde das Produkt «Schlossgold» erwähnt, wobei der Schriftzug «Schlossgold» mit kleinster Schrift dargestellt werde. Weil die Kombination von «Feldschlösschen» und Bier regelmässig die Assoziation von alkoholphaltigem Bier erwecke, und die diskrete Einblendung des Produktes «Schlossgold» dies nicht zu korrigieren vermöge, habe der Werbespot das Verbot von Werbung für alkoholische Getränke verletzt. Gegen diesen Strafbescheid erhob die SRG Einsprache. Am 13. Juni 2000 erliess das BAKOM eine Strafverfügung, womit es den Strafbescheid im Ergebnis bestätigte.

Die SRG war nicht bereit, diese doppelte Verurteilung durch UBI und BAKOM hinzunehmen. Den Entscheid der UBI zog sie an das Bundesgericht weiter (dazu infra). Gegen den Strafbescheid des BAKOM verlangte sie gemäss Art. 72 Abs. 2 VStrR (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974) die gerichtliche Beurteilung des Falles, worauf der Fall auf dem Tisch des zuständigen Strafeinzelrichters des Gerichtskreises VIII Bern/Laupen landete. Dort ist die Sache zur Zeit immer noch hängig. Weil danach weitere Rechtsmittel an das bernische Obergericht und schliesslich an das Bundesgericht offenstehen, kann es bis zur endgültigen Entscheidung noch Jahre dauern. Dieser unnötig lange und schwerfällige Rechtsweg hat seinen Grund vor allem darin, dass der Gesetzgeber schwere Verstösse gegen Werbevorschriften als Strafdelikte behandelt. Konflikte mit dem Grundsatz der Persönlichkeit der Strafe und dem strafrechtlichen Verschuldensprinzip sind programmiert, wenn - wie im konkreten Fall die SRG - das Medienunternehmen sich weigert, die verantwortliche Person bekanntzugeben und das BAKOM stattdessen die juristische Person verurteilt (unter Anwendung von Art. 7 Abs. 1 VStrR). Fraglich ist ferner, ob der schliesslich zum Zuge kommende Strafrichter über das nötige medienrechtliche Fachwissen verfügt, um die spezifischen Fragen des Rundfunkwerberechts richtig beurteilen zu können. Erfreut lesen wir deshalb im kürzlich veröffentlichten Entwurf des Bundesrates für ein neues Radio- und Fernsehgesetz, dass de lege ferenda die bisherigen Strafsanktionen weitgehend durch verschuldensunabhängige Verwaltungsanktionen ersetzt werden (vgl. Erläuterungen zum Entwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz vom Dezember 2000, 92 ff.). Nach dem Entwurf fällt die Sanktionskompetenz neu einer verwaltungsunabhängigen Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien zu, deren Entscheide an eine spezielle Rekurskommission und dann an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

Im parallelen Programmaufsichtsverfahren hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SRG mit Urteil vom 13. Januar 2000 gut mit der Begründung, dass die UBI im konkreten Fall ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereiches entschieden habe (Urteil des Bundesgerichts, 13.1.2000; BGE 126 II 21; *medialex* 2000, 109). Das Bundesgericht betonte zwar, dass dem Verbot irreführender Werbung eine gegenüber den lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen eigenständige Bedeutung zukomme. Das in den Art. 11 Ziff. 2 EÜGF bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. d RTVV enthaltene Verbot sei rundfunkrechtlicher Natur, weshalb es bei einer Verletzung unabhängig von wettbewerbsrechtlichen Verfahren konzessionsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen könne. Hierfür sei indessen in der Regel das BAKOM und nicht die UBI zuständig. Ob ein Spot als solcher täuschend wirke, beschlage zwar die Meinungs- und Willensbildung des Publikums, weshalb eine Zuständigkeit der UBI nicht von vornherein auszuschliessen sei. Eine solche müsse jedoch entfallen, wenn die Täuschung der Zuschauer - wie hier - gerade und ausschliesslich darin liegen soll, dass ein bestimmtes Produkt trotz Werbeverbots beworben wird.

Das Urteil des Bundesgerichts verdient unsere Zustimmung aus zwei Gründen: Erstens interpretiert es das Verbot irreführender Werbung - so wie es in Art. 11 Ziff. 2 EÜGF und Art. 15 Abs. 1 lit. d RTVV steht - zutreffend als selbständige rundfunkrechtliche Norm. Zweitens entscheidet es den im konkreten Fall bestehenden Kompetenzkonflikt zwischen UBI und BAKOM mit überzeugender Begründung zu Gunsten der Bieler Behörde. Wird ein Veranstalter wegen Verletzung des Alkoholwerbverbotes verurteilt, ist in der Tat kein Rechtsschutzbedürfnis der Öffentlichkeit erkennbar, das eine zusätzliche Prüfung des Werbespots unter dem Gesichtspunkt der Irreführung des Publikums rechtfertigen würde. Über den konkreten Fall hinaus stellt sich ohnehin die Frage, ob der Begriff «irreführende Werbung» nicht tautologisch sei. Wie nun auch das Bundesgericht anerkennt, wohnt jeder Werbung ein gewisses manipulatives Element inne (zu den mediensoziologischen Grundlagen dieser Erkenntnis bereits C.B. GRABER, Danaergeschenk für die Meinungsfreiheit? Zur Vermischung von Werbung und Programm in Radio und Fernsehen, *medialex* 1998, 36 f.). Der Gesetzgeber hat der Gefahr solcherart täuschender Äusserungen mit dem Trennungs- und Transparenzgebot Rechnung getragen: Gemäss Art. 18 Abs. 1 RTVG muss Werbung vom übrigen Programm deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein. Umgekehrt folgt daraus, dass das Publikum bei Spots, die vorschriftsgemäss innerhalb eines Werbeblocks ausgestrahlt werden, auf Täuschungsversuche gefasst sein muss. Für den Tatbestand der irreführenden Werbung bleibt damit wenig Raum.

## 2. Ist «Single Out» neuerdings zulässig? (Entscheid I/7)

In seinem Urteil vom 12. September 2000 hat das Bundesgericht festgestellt, dass kein rundfunkrechtlicher Grundsatz bestehe, wonach ein allgemeines Problem

nicht anhand eines einzelnen Beispiels illustriert werden dürfe (Urteil des Bundesgerichts, 12.9.2000; *medialex* 2000, 225 f.). Es stellt sich damit die Frage, ob das Bundesgericht mit dieser Feststellung zur Praxis des «Single Out» von seiner in der Lehre kritisierten Rechtsprechung i.S. Contra-Schmerz (BGE 124 III 72, vgl. F. WERRO, *Chronique de la jurisprudence* 1998: Le droit de la personnalité, *medialex* 1999, 191) abgewichen sei. Nicht zwingend scheint mir die Folgerung zu sein, es liege eine Praxisänderung vor (vgl. P. STUDER/R. MAYR VON BALDEGG, *Medienrecht für die Praxis*, Zürich 2000, 123). Zu bedenken sind diesbezüglich zwei Dinge: Erstens wurde das Urteil i.S. Contra-Schmerz unter dem Gesichtspunkt des UWG entschieden, das vorliegende indessen unter jenem des RTVG. Weil die Schutzzwecke der beiden Gesetze beträchtlich differieren, sind der Vergleichbarkeit der zwei Fälle enge Grenzen gesetzt. Zweitens kann die Möglichkeit einer widerspruchsfreien Interpretation der beiden Urteile nicht leichthin ausgeschlossen werden: Als gemeinsamer Nenner bietet sich die Annahme an, die Praxis des «Single Out» sei zulässig, sofern mit der Illustration eines Problems «pars pro toto» nicht der täuschende Eindruck erweckt wird, dass die aufgedeckten negativen Eigenschaften die erwähnten Personen oder Waren besonders kennzeichnen (dies aber traf im Fall «Contra-Schmerz» zu). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Sendung transparent macht, dass die Kritik in gleicher Weise auch auf die gleichartigen Produkte derselben Kategorie oder auf sämtliche Wettbewerber mit denselben Eigenschaften bezogen wird. Im hier zu besprechenden Fall war diese Voraussetzung erfüllt, zumal für das Publikum deutlich wurde, dass - abgesehen vom herausgehobenen Dr. M. - zahlreiche weitere Vermieter Prostituierte durch überhöhte Mietzinse ausbeuten.

## 3. Neuer Masstab bei Schleichwerbung (Entscheide I/24 und I/26)

Mit Entscheid vom 10. März 2000 wurde die SRG von der UBI verurteilt, die Sendung «Kassensturz» als Werbeplattform für die Zeitschrift «Saldo» missbraucht und damit das in Art. 13 Ziff. 3 EÜGF bzw. Art. 15 Abs. 2 RTVV enthaltene Verbot von Schleichwerbung verletzt zu haben (Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.3.2000; *medialex* 2000, 112). Die SRG gab unverzüglich nach Eröffnung des Entscheids bekannt, «aus grundsätzlichen Erwägungen» das Bundesgericht anrufen zu wollen (NZZ, 25.5.2000). Ungeachtet der Bedeutung ihrer Fragen verschloß die SRG dann aber die Frist zur Einreichung der Beschwerde (NZZ, 19.7.2000), womit der Entscheid der UBI rechtskräftig wurde. Anlass des Verfahrens gegen die SRG war die Zusammenarbeit des Schweizer Fernsehens DRS mit dem Verleger der Konsumentenzeitschrift «Saldo». Die Zusammenarbeit bestand darin, dass «Saldo» ein Fenster mit fünf speziell gekennzeichneten Seiten für vertiefende Berichte zu «Kassensturz»-Themen bereitstellte und der «Kassensturz» als Gegenleistung die Zeitschrift während und nach der Sendung häufig erwähnte. Die UBI begründete ihr Verdikt da-

mit, dass keine «Notwendigkeit» bestanden habe, «die Zeitschrift «Saldo» in dieser Häufigkeit mit Bild, Preis, Erscheinungsdatum und Ort, wo die Zeitschrift erworben werden kann, zu erwähnen.» Bei den beanstandeten Nennungen handle es sich nicht um einen mit der Informationsvermittlung notwendig verbundenen indirekten Werbeeffect, wie dies bei einem Beitrag zutreffen könne, der Waren oder Dienstleistungen testet. Die Hinweise auf «Saldo» dienten vor allem dazu, das Publikum zum Kauf der Zeitschrift zu animieren und gingen damit viel weiter als eine zulässige Quellenangabe.

Bemerkenswert an diesem Entscheid ist der Massstab der Erforderlichkeit, mit dem die UBI Fragen der Schleichwerbung neuerdings prüft. Nach ihrer alten Praxis, die mit jener des Bundesgerichts übereinstimmte, wurde ein Hinweis auf ein Produkt erst dann als Schleichwerbung taxiert, wenn er innerhalb einer Informationssendung oder Unterhaltungssendung derart in den Vordergrund trat, dass er zum Selbstzweck wurde (Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 1991 i.S. Skikartell). Der neue Massstab der Erforderlichkeit ist zu begrüssen, weil er die Meinungsbildung des Publikums effizienter vor Manipulationsversuchen schützt und klarer ist als die alte Praxis: Nicht erforderlich ist der - mit einer werbenden Wirkung verbundene - Hinweis auf ein Produkt, wenn er weggelassen werden kann, ohne dass damit der Zweck einer Informations- oder Unterhaltungssendung vereitelt wird (vgl. C.B. GRABER, Danaergeschenk, a. a. O., 40 f.). Weil der Fall «Saldo» mit grösster Wahrscheinlichkeit anders entschieden worden wäre, wenn die UBI ihre Praxis nicht geändert hätte, ist es bedauerlich, dass das Bundesgericht keine Gelegenheit erhielt, sich dazu zu äussern (und seine eigene Rechtsprechung zu überprüfen). Begründet hatte die UBI die neue Praxis bereits mit dem Tele 24 betreffenden Entscheid vom 10. Dezember 1999 in Sachen «Swiss Date» (Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, 10.12.1999, *medialex* 2000, 103, mit Anmerkungen von B. COTTIER). Weil aber auch Tele 24 auf den Rechtsweg nach Lausanne verzichtete, ist die neue und offensichtlich folgenschwere Rechtsprechung der UBI bisher höchststrichterlich nicht überprüft worden.

#### 4. Versperrter Rechtsweg bei verweigerter Mobilfunk-Konzession (Entscheid II/1)

Mit Urteil vom 7. Mai 1999 entschied das Bundesgericht, dass gegen Entscheide der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), die zur Erteilung oder Verweigerung einer Mobilfunkkonzession für Fernmeldedienste führen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. d OG nicht zur Verfügung steht. (Urteil des Bundesgerichts, 7.5.1999, i.S. Sunrise c. ComCom; BGE 125 II 293; *medialex* 2000, 162 ff. mit Anmerkungen von I. HÄNER UND T. POLEDNA). Anlass der Beschwerde waren die Verfügungen vom 17. April 1998, mit denen die ComCom über die Vergabe zweier neuer Mobilfunkkonzessionen - zusätzlich zur bestehenden der Swisscom - entschied. Den Zuschlag erhielten diAx mobi-

le und Orange Communications SA. Sunrise, leer ausgegangen, focht die Verfügungen der ComCom daraufhin mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht an. Das Bundesgericht begründete seinen Nichteintretensentscheid mit Art. 99 Abs. 1 lit. d OG. Danach sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Art. 61 Abs. 2 Fernmeldegesetz (FMG) sehe zwar gegen Verfügungen der ComCom die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vor. Diese Bestimmung finde jedoch auf Konzessionen keine Anwendung. Obwohl Art. 61 Abs. 1 FMG jüngerer und spezielleres Recht sei, habe Art. 99 Abs. 1 lit. d OG Vorrang. Diese Folgerung ergebe sich aus Art. 61 Abs. 3 FMG, der das Bundesrechtspflegegesetz für anwendbar erkläre, soweit das Fernmeldegesetz selber nichts anderes bestimmt. Aus dem Fernmeldegesetz ergebe sich nicht, dass für die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen Art. 99 Abs. 1 lit. d OG nicht gelten solle. Somit schaffe Art. 61 FMG keine Ausnahme vom Grundsatz des OG, dass die Erteilung oder Verweigerung einer Konzession nur dann an das Bundesgericht weitergezogen werden könne, wenn ein Rechtsanspruch auf die Konzession bestehe. Weil die Vergabe von Funkkonzessionen komplexe technische Fragen aufwerfe, habe der Gesetzgeber der ComCom hierfür einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt. Wo die entscheidende Behörde über einen weiten Ermessensspielraum verfüge, könne es keinen Rechtsanspruch auf eine Konzession geben.

Dem Urteil kann nicht vorgeworfen werden, das geltende Recht falsch angewendet zu haben. Es trifft zu, dass die Vergabe einer Funkkonzession (zu unterscheiden von der parallel erforderlichen Fernmeldedienstkonzession) einem doppelten gesetzlichen Vorbehalt unterliegt: Erstens wird gemäss Art. 23 Abs. 3 FMG eine Konzession nur erteilt, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen. Falls die verfügbaren Frequenzen nicht ausreichen, um alle gegenwärtigen oder voraussehbaren künftigen Interessenten zu befriedigen, ist zweitens eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen (Art. 24 Abs. 1 FMG). Der ComCom kommt zwar ein Entschliessungs- und Auswahlermessen zu. Unzulässig wäre es indessen, wenn sie nicht alle verfügbaren Konzessionen vergeben oder ihr Ermessen marktsteuernd ausüben wollte. Während bei Fernmeldediensten gemäss Art. 6 Abs. 3 FMG - unter gewissen Voraussetzungen - ein Anspruch auf eine Konzession besteht, kann dies bei Funkkonzessionen nicht der Fall sein, weil es sich bei Funkfrequenzen um ein knappes öffentliches Gut handelt. Wenn von vornherein nicht alle Bewerber eine Konzession erlangen können, kann kein Anspruch auf eine solche bestehen. Unter dieser Voraussetzung ist die Anwendung von Art. 99 Abs. 1 lit. d OG nicht zu beanstanden. HÄNER UND POLEDNA (supra) haben das Urteil des Bundesgerichts kritisiert. Ihrer Kritik ist lediglich darin zuzustimmen, dass es rechtsstaatlich bedenklich ist, wenn der Konzessionierungsentscheid der ComCom überhaupt nicht überprüft werden kann. Nicht gefolgt

werden kann jedoch ihrer Auffassung, dass die Berechtigung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht direkt aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK folge. Meines Erachtens findet Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine Anwendung auf die Vergabe von Funkkonzessionen, weil es hier nicht um die Zulassung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit (und damit nicht um eine «zivilrechtliche» Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK) geht, sondern um die Allokation einer knappen Ressource unter Beachtung öffentlicher Interessen. Sinnvoller wäre es, den rechtsstaatlichen Bedenken de lege ferenda Rechnung zu tragen, indem - analog zur Lösung in Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen - der Rechtsweg an eine endgültig entscheidende verwaltungsunabhängige Rekurskommission geöffnet würde. Dieser Option scheint auch der Bundesrat im Zusammenhang mit der anstehenden Totalrevision des RTVG (und der damit notwendig werdenden Teilrevision des FMG) den Vorzug zu geben (vgl. Erläuterungen zum Entwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz vom Dezember 2000, 104 ff.). Der revidierte Art. 61 Abs. 1 FMG sieht vor, dass neu alle Verfügungen der ComCom an die Rekurskommission des UVEK weitergezogen werden können. Diese entscheidet endgültig. Der Verzicht auf die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist mit der Schnelllebigkeit der technischen und ökonomischen Verhältnisse im Telekommunikationsbereich zu begründen. Mehrstufige Verfahren können durch abgewiesene Bewerber dazu missbraucht werden, den Markteintritt ihrer Konkurrenz während längerer Zeit zu verhindern. Weil rasche Entscheidungen für einen funktionierenden Wettbewerb im Fernmeldebereich unabdingbar sind, ist es zweckmässig, dass Art. 61 Abs. 1 EFMG der Rekurskommission eine Erledigungsfrist von 6 Monaten seit Beschwerdeeingang auferlegt.

##### 5. Vorsorgliche Massnahmen der ComCom im Interkonkurrenzverfahren (Entscheid II/2)

Am 21. September 1998 ersuchte das Telekommunikationsunternehmen Commcare die ComCom, gegenüber Swisscom eine Interkonkurrenzverfügung gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG bzw. Art. 43 FDV (Fernmeldedienstverordnung) zu erlassen. Abgesehen von den eigentlichen Anträgen in der Sache beantragte Commcare eine Reihe von vorsorglichen Massnahmen mit dem Ziel, bereits während hängigem Verfahren vorsorgliche Interkonkurrenzvereinbarungen zur Bereitstellung und Benutzung der Mietleitungen und Übertragungsmedien der Swisscom festzulegen. Mit Verfügung vom 28. Juni 1999 wies die ComCom die Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, worauf Commcare mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gelangte. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 17. Dezember 1999 ab (BGE 125 II 613; *medialex* 2000, 51 f.).

Es begründete sein Urteil im wesentlichen damit, dass vorsorgliche Massnahmen nicht erforderlich seien, weil Commcare die gewünschten Dienstleistungen von Swisscom im Rahmen eines «Wholesale-Angebotes» oder anderer Verträge beziehen könne und damit vom Markt nicht ausgeschlossen sei.

Dieses Urteil verdient Beachtung, weil es sich hier um die erste bundesgerichtliche Überprüfung der ComCom-Praxis bei vorsorglichen Massnahmen während hängigem Interkonkurrenzverfahren gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG bzw. Art. 44 FDV handelt. Die ComCom erlässt vorsorgliche Massnahmen nur unter der Voraussetzung, dass vier Bedingungen kumulativ erfüllt sind (vgl. C. BOVET, *Mesures provisionnelles en droit des télécommunications*, *sic!* 2000, 538 ff.): Erstens muss dem Gesuch um Interkonkurrenz eine günstige Prognose gestellt werden. Diese Frage hängt davon ab, ob es dem Gesuchsteller gelingt, glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen der Interkonkurrenz im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG gegeben sind, wozu insbesondere der hinlängliche Beleg für eine marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin gehört. Zweitens ist erforderlich, dass im Falle der Abweisung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen ein nichtwiedergutzumachender Nachteil droht. Als dritte Bedingung muss zeitliche Dringlichkeit gegeben sein und viertens ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Das Bundesgericht liess die Fragen der Marktbeherrschung der Swisscom, der Dringlichkeit und der Verhältnismässigkeit der ersuchten vorsorglichen Massnahmen offen, weil Commcare bereits den Beweis nicht erbracht habe, dass ein irreversibler Nachteil drohe. Die Begründung zu diesem Punkt ist insofern bemerkenswert, als das Bundesgericht grundsätzlich auch einen rein finanziellen Nachteil genügen lässt, um einen nichtwiedergutzumachenden Nachteil der Gesuchstellerin zu begründen. Im Vergleich zu anderen Kunden der Swisscom schloss das Bundesgericht einen Nachteil von Commcare von vornherein aus, da ihr dieselben finanziellen Bedingungen offenstünden. Indessen erleide die Gesuchstellerin gegenüber der Swisscom selbst einen «wettbewerbswirtschaftlichen Nachteil, der nicht leicht wiedergutzumachen ist», weil Commcare riskiere, «in Konkurrenz zur Beschwerdegegnerin Aufträge wegen allenfalls überhöhter Preise derselben für erforderliche Grundleistungen nicht zu erhalten.» Damit könne Commcare in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung mit bleibender Wirkung behindert sein. In bewährter Praxis machte das Bundesgericht seinen Entscheid von der Abwägung der entgegenstehenden Interessen von Commcare und Swisscom abhängig. Gegen Commcare sprach schliesslich, dass diese keine Belege für die behaupteten Nachteile erbringen konnte und dass vorsorgliche Interkonkurrenzmassnahmen sie gegenüber Drittkonkurrenten bevorteilt hätten. ■

## Qui a peur de l'équité?

**Daniel Cornu**

*Vice-président du Conseil suisse de la presse, Professeur d'éthique aux Universités de Neuchâtel et Genève, Genève*

**La nouvelle rédaction de la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste fait place aux «principes généraux de l'équité». Dans *medialex 2000*, p. 232, François Gross dénonce l'introduction d'une «notion floue». La consécration de la notion d'équité (dans le texte allemand: *fairness*) n'ayant été que mentionnée dans l'article «La régulation interne des médias se renforce» (*medialex 2000*, p.123 ss), il est donc nécessaire d'en indiquer les motifs.**

L'équité serait un excellent principe. Mais sa mention dans le code de déontologie des journalistes tiendrait de l'automutilation. La liberté de l'information en ferait les frais. Car la mise au jour de faits cachés, et d'intérêt public, ne requiert pas de bout en bout des méthodes de *gentleman*. Le Conseil de la presse n'aurait donc pas accordé une attention assez vive à la maxime scolastique: «Tout ce qui est reçu est reçu à la manière de celui qui reçoit».

Leçon scolastique n'est pas parole d'Évangile. Les valeurs sont exposées à une diversité d'interprétations aussitôt qu'elles sont rapportées à des situations concrètes. Ce n'est pas nouveau. Aristote le reconnaissait déjà au début de son traité sur la justice, dans *l'Éthique à Nicomaque*. A suivre l'argument «Tout ce qui est reçu...», il faudrait s'interdire de manière conséquente toute référence aux autres valeurs incluses dans la Déclaration des devoirs et des droits. Quelle audace, en effet, dans la liberté de l'information même, alors que celle-ci peut-être dévoyée par les éditeurs de publications racistes! Quelle inconscience dans la recherche de la vérité, alors que chacun prétend imposer la sienne – et que, si l'on perçoit ce qu'elle n'est pas, personne n'est en mesure de définir ce qu'elle est! Quelle naïveté, enfin, dans le respect de la dignité humaine, alors que les droits de l'homme ne sont hautement proclamés, en tant de lieux, que pour être mieux asservis aux exigences de la conduite du pouvoir!

Si les chartes morales s'obstinent à se référer à des valeurs, c'est que ces valeurs continuent malgré tout de se voir reconnaître une nécessaire «fonction d'échangeur» (Paul Ricœur): entre un niveau abstrait, où le consensus reste encore très fort, et le niveau de la vie quotidienne, où surgissent les situations nouvelles et les cas concrets. C'est pourquoi ni «l'imprécision des contours» ni la diversité des interprétations ne constituent des arguments décisifs contre les principes généraux de l'équité.

A cela s'ajoute que la notion d'équité traversait déjà le texte de la Déclaration des devoirs et des droits, avant sa révision. Depuis trente ans bientôt, elle se traduit par une

attitude correcte envers les sources, les personnes appartenant à l'actualité et le public. Elle passe par le devoir de ne pas altérer des textes ou documents, au prétexte que l'un des éléments constitutifs de l'information ne confirmerait pas la thèse que l'on entend défendre; par le renoncement à des méthodes déloyales dans la recherche des informations; par le respect de la confidentialité accordée à une source; par le renoncement à des accusations gratuites. Que la notion d'équité soit désormais explicitement mentionnée dans le préambule des Devoirs ne change rien au fond. Aujourd'hui comme hier, les normes déontologiques continuent de faire office de médiation entre les valeurs, qui orientent la pratique journalistique, et les situations au jour le jour. En elles-mêmes, ces normes ne sont pas des règles absolues; il leur arrive fréquemment d'entrer en contradiction les unes avec les autres. Elles servent de main courante, mais restent ouvertes à la réflexion éthique. Si la proscription des méthodes déloyales était une règle de fer, jamais Günter Wallraff n'aurait été légitimé à mener son enquête sur le sort des travailleurs turcs employés par les usines de sous-traitance dans la Ruhr.

Fallait-il consacrer les principes généraux d'équité, alors que leur respect allait sans dire? La révision du code de déontologie journalistique s'est largement inspirée des prises de position du Conseil de la presse. Or, cette jurisprudence, depuis plusieurs années, fait fréquemment référence à la notion d'équité. Le cas le plus patent fut celui d'une interview de l'ancien président du PDC suisse, Anton Cottier, dont l'hebdomadaire *Facts* avait publié à la fois des extraits de l'enregistrement et la version définitive revue par l'intéressé, afin d'en mettre en évidence les repentirs et les contradictions. L'équité a donc sa place dans la Déclaration.

Le maintien d'un espace de dénonciation réservé aux exactions des «faquins et des coquins» ne devrait rien retrancher du traitement équitable dû aux autres acteurs de l'actualité. ■

## La révision de la LDA sur un champ de mines

*La table-ronde organisée le 30 novembre 2000 à Berne par le FORUM SUISSE POUR LE DROIT DE LA COMMUNICATION au siège de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), consacrée aux propositions de l'IPI pour une révision de la loi sur le droit d'auteur, a révélé de profonds clivages. Les milieux concernés se sont exprimés par la bouche de Jon Peider Arquint (réalisateurs de cinéma et scénaristes), Ernst Brem (SIG, SWISSPERFOM); Dominique Diserens (radiodiffuseurs), Willi Egloff (producteurs audiovisuels), Inge Hochreutener (éditeurs de livres), Alfred Meyer (sociétés de gestion), Andreas Meili (éditeurs de journaux), Yolanda Schweri (Suisseculture), Peter Vosseler (producteurs de phonogrammes) et Christoph Winzeler (utilisateurs):*

### Une révision partielle est nécessaire, mais rien ne presse

Au centre des débats: l'avant-projet pour une révision partielle de la loi sur le droit d'auteur mis en consultation informelle par l'IPI en été 2000. Pour l'IPI, représenté par Carlo Govoni et Catherine Mettraux, une adaptation de la loi est nécessaire si la Suisse veut adhérer aux deux Traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996, sur le droit d'auteur (WCT) et sur les droits voisins (WPPT) - les Traités dits «Internet». L'avant-projet se fonde aussi sur une motion du Conseil des Etats de 1997 demandant au Conseil fédéral d'assurer une protection de droit d'auteur adaptée à l'ère de la société d'information et du numérique, et sur divers postulats, concernant par exemple le statut du producteur en droit d'auteur ou la surveillance des tarifs. L'occasion est aussi donnée de tenir compte de la jurisprudence rendue depuis 1993 par le Tribunal fédéral.

### Une approche par blocs

Reto Hilty, présidant le débat, a réparti la matière en sept blocs, pour déterminer où et dans quelle mesure une entente entre milieux concernés peut être trouvée. Si les blocs *software* (amélioration de la protection par un alignement au standard international, portant d'abord sur des questions formelles) et *protection juridique* (notamment une nouvelle protection de mesures techniques, nécessaire pour adhérer aux Traités de l'OMPI) mènent à peu de débat, il en est autrement des autres blocs. D'abord, les *droits voisins* (art. 33-39): l'adhésion au Traité WPPT, selon l'IPI, rendrait nécessaires de nouveaux droits exclusifs pour les producteurs de phonogrammes et les artistes, avec notamment en point de mire le «*droit on-line*» ou «*droit on-demand*» et un droit moral au bénéfice des artistes. Suisseculture, artistes et producteurs de phonogrammes saluent l'amélioration projetée. Radiodiffuseurs et utilisateurs s'y opposent;

enfin, les producteurs audiovisuels sont d'avis que le Traité WPPT, concernant seulement le son, est difficilement transposable au domaine audiovisuel (p.ex. pour le droit moral des artistes).

Avec le bloc *limites à la protection*, trois débats s'ouvrent: la proposition qui limite à certains cas spéciaux les exceptions à la protection (art. 18 a) rencontre l'opposition des utilisateurs et des radiodiffuseurs. Les éditeurs de livres et de journaux, ainsi que l'industrie du disque, se rallient à la proposition de soumettre au droit exclusif la reproduction numérique des œuvres par des tiers pour l'usage privé (art. 19); les utilisateurs s'y opposent et les producteurs audiovisuels ainsi que les sociétés de gestion restent sceptiques. La question des *enregistrements en vue de diffusion* (art. 24a) divise tout autant les radiodiffuseurs et l'industrie du disque.

Sur le bloc *statut du producteur en droit d'auteur*, chaque groupe campe sur ses positions. La *gestion collective* mène à deux débats: il y a désaccord entre sociétés de gestion et utilisateurs sur les critères de calcul des redevances, en relation avec les subventions à prendre ou non en compte dans l'assiette de calcul (art. 60); la proposition d'exclure la gestion individuelle de la surveillance (art. 40) mènerait, selon SUISA, à ce que les grandes «majors» gèrent à l'avenir elles-mêmes leur catalogue de droits musicaux. Le bloc final met à l'ordre du jour la *question de l'épuisement*, l'IPI proposant l'épuisement international, selon l'arrêt «Nintendo» du Tribunal fédéral, soutenu par les utilisateurs, alors que sociétés de gestion et producteurs se prononcent en faveur de l'épuisement national.

### Une commission d'experts s'impose

En conclusion, la plupart des participants à la table ronde retiennent la formule «*oui, mais...*» ou «*non, mais...*», la reprise telle quelle des propositions de l'IPI n'étant pas concevable. Une révision par étapes n'est pas non plus réaliste. Dernier constat: la plupart des milieux concernés plaident pour la mise sur pied d'une commission d'experts, ou du moins se rallient à une telle idée, meilleur moyen semble-t-il pour trouver des solutions praticables et consensuelles. ■

**Rolf H. Weber: Medienrecht für Medienschaffende. Einführung-Rechtsquellen**

Schulthess Verlag, Zürich 2000, 103 Seiten

**Peter Studer/Rudolf Mayr von Baldegg: Medienrecht für die Praxis. Vom Recherchieren und Prozessieren: Rechtliche und ethische Normen für Medienschaffende**

Saldorlatgeber, Zürich 2000, 283 Seiten

**Franz A. Zölch/Rena Zulauf: Kommunikationsrecht für die Praxis**

Stämpfli Verlag, Bern 2001, 251 Seiten

Nachdem seit einem Jahrzehnt kein Medienrechtsbuch für den journalistischen Alltag erschienen ist, sind zum Jahreswechsel praktisch gleichzeitig drei Bücher zu diesem Thema herausgegeben worden. Alle drei erheben bereits im Titel den Anspruch, sich an Medienschaffende zu richten.

Rolf H. Weber fasst in kurzer Form die rechtlichen Grundlagen des Medienrechts zusammen. Allein die Rechtsgrundlagen umfassen 18 Seiten, die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Medienrecht umfasst 11 Seiten. Das Buch hält eigentlich nur, was es im Untertitel verspricht: «Einführung-Rechtsquellen». Dem Jus- oder Journalistik-Studenten gibt es eine übersichtliche Zusammenfassung über die wichtigsten Rechtsgrundlagen, mit Hinweisen auf weiterführende Literatur und bundesgerichtliche Entscheidungen. Eine gute Buchseite zum Gegendarstellungsrecht ohne klare Richtlinien und heikle Abgrenzungsprobleme dienen dem Medienschaffenden, der mit einer konkreten Situation konfrontiert ist, kaum.

Peter Studer und Rudolf Mayr von Baldegg hingegen lösen mit ihrer umfangreichen Darstellung der wichtigsten Facetten des Medienrechts ihren Anspruch für die Verwendung in der Praxis vollumfänglich ein. Unterteilt in zwölf Kapitel (Medienrecht, Medienethik, Recht auf Information, Zitate, Urheberrecht, Recht am Bild, verdeckte Recherche, Namensnennung, Privatsphäre, Pflicht zur Wahrheit, Satire, Brutalo, Rassismus, Radio und TV, Programmrecht, Publikationsverbote, Gegendarstellung, Klagen, Urheberrecht, Datenschutz, Internet, Glossar, Gesetze, Register) stellen sie mit Ausnahme des Medienarbeitsrechts alle relevanten Bereiche des Medienrechts anhand von rund 200 Beispielen meist aus der Praxis dar. In einer verständlichen Sprache geschrieben, stellt dieses Buch eine umfassende Zusammenstellung des geltenden Rechts und der Regeln und «Rechtsprechung» des Presserates dar. Aufgrund der Provenienz der Autoren ist das Buch stark auf die elektronischen Medien ausgerichtet. Störend sind einzig redundant eingefügte Wertungen der Autoren («hat das Bundesgericht zu recht entschieden», «das Bezirksgericht Dielsdorf krass in die Programmautonomie eingegriffen») sowie die zahlreichen Hinweise auf die Entscheidungen des ehemaligen Chefredaktors des Schweizer Fernsehens (der mit dem Co-Autor des Buches

identisch ist). Das Buch gehört sicher als Nachschlagewerk in die Bibliothek aller Redaktionen und bietet eine hervorragende Grundlage für Einarbeitung in das komplexe Gebiet des Medienrechts. Durch die übersichtliche Darstellung und die leichtverständliche Sprache ist es aber auch eine äusserst angenehme Lektüre.

Franz A. Zölch und Rena Zulauf haben die geltende Praxis des Medienrechts von einem theoretischeren Ansatz angepackt. Gegliedert in zehn Kapitel (Staats- und Verfassungsrecht, zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Medienstrafrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Recht der elektronischen Medien, Datenschutzrecht, Medienarbeitsrecht, Werberecht, Ethik und Medien) haben die Autoren in klarer verständlicher Sprache die wichtigen medienrechtlichen Fragen zusammengefasst. Durch die hervorragenden Karikaturen von Nico Cadsky wird die insgesamt etwas trocken dargestellte Materie aufgelockert. Am trefflichsten ist die Karikatur der Karikisten auf Seite 53 geraten. Mit Grafiken werden komplexe Regelungen wie zum Beispiel das Gegendarstellungsrecht (Seite 61) übersichtlich dargestellt. In den Anhängen werden die Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten, die Richtlinien zur Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten, die Charta «Qualität im Journalismus», die Stellungnahme des Presserates zum «Verhalten bei verabredeten Interviews», die Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission, sowie die Sponsoring-Richtlinien des Bakom im Originalwortlaut wiedergegeben. Nützlich sind ebenfalls die Adressangaben im Serviceteil. Als einziges dieser drei Bücher enthält es auch ein Kapitel zum Medienarbeitsrecht. Dort werden die komplizierten rechtlichen Verhältnisse aber derart verkürzt beschrieben, dass die rechtliche Situation, namentlich der freien Journalistinnen und Journalisten, und auch die im Alltag wichtigen sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen, völlig unzureichend dargestellt sind. Nur im Anhang erwähnt ist die schwierige Situation von Journalistinnen und Journalisten bei verabredeten Interviews, die bei Peter Studer und Rudolf Mayr von Baldegg sehr differenziert dargestellt ist (S. 55f). Insgesamt haben Franz A. Zölch und Rena Zulauf eine vor allem für die Grundausbildung wertvolle Zusammenstellung der aktuellen medienrechtlichen Situation verfasst. ■

LUDWIG SCHMID, BASEL