

# Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen

*Hanspeter Kellermüller*

*Rechtsanwalt, Rechtskonsulent des Verbands Schweizer Presse, Zürich\**

## I. Einleitung

Per Ende Juli 2004 endete der Gesamtarbeitsvertrag 2000 für Journalistinnen/Journalisten und das technische Redaktionspersonal (GAV 2000)<sup>1</sup>. Der Abschluss eines neuen Gesamtarbeitsvertrages in der Printmedienbranche ist derzeit nicht in Sichtweite. Zwar dürfte der GAV 2000 für einzelne Mitarbeiter noch nachwirken<sup>2</sup>, dennoch stellt sich heute für viele Verlagshäuser die Frage, wie sie die Vertragsverhältnisse mit den Journalisten in Zukunft regeln werden. Dies bietet Anlass, wieder

einmal über die rechtlichen Aspekte dieser Beschäftigungsverhältnisse nachzudenken<sup>3</sup>.

## II. Tatsächliche und begriffliche Vielfalt

Die Arbeitsbeziehungen zwischen Medienunternehmen und ihren Redaktionsmitarbeitenden sind in der Praxis äusserst vielfältig ausgestaltet. Vor allem in Bezug auf Arbeitseinsatz und Honorierung zeigt sich eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen: Es gibt Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte, kurzfristige Vollzeitbeschäftigte, ständige oder gelegentliche freie Mitarbeiter, mit oder ohne monatlichem Fixum.

Dass Medienunternehmen besonders stark darauf angewiesen sind, neben den festangestellten Mitarbeitern auf freiere Formen der Zusammenarbeit zurückzugreifen, liegt daran, dass es ihnen nur dadurch möglich ist, in der gewohnten Bandbreite und Tiefe über das Geschehen in Politik, Wirtschaft, Kultur und Sport zu berichten. Mit einem festen Personalbestand wäre eine solche publizistische Abdeckung gar nicht möglich bzw. nicht finanzierbar. Entsprechend zeigt sich diese Vielfalt der Beschäftigungsarten vor allem im redaktionellen Bereich<sup>4</sup>. Auf Seiten der Mitarbeiter gründen die flexibleren Arbeitsformen vor allem im Wunsch nach einer eigenbestimmten Tätigkeit, nach einer freieren Lebensgestaltung oder in einer Spezialisierung, die im Rahmen einer festangestellten Tätigkeit gar nicht möglich wäre<sup>5</sup>.

Der Vielfalt an Zusammenarbeitsformen entspricht die Fülle der im Berufsalltag verwendeten Bezeichnungen für die unterschiedlichen Arbeitsbeziehungen - es herrscht ein eigentliches begriffliches Durcheinander<sup>6</sup>. Zwar waren die letzten

**Résumé:** *Après l'échéance de la convention collective de travail 2000 pour les journalistes et personnels techniques de rédaction (GAV 2000) pour la Suisse alémanique et le Tessin se pose la question des rapports contractuels entre maisons d'édition et journalistes. Les relations de travail dans la branche sont en effet très variées. En outre, il règne un désordre absolu dans les définitions. Vu l'importance en pratique, il est recommandé d'opérer tout d'abord une distinction entre travailleurs et non-travailleurs, selon les critères habituels. Cette délimitation a également son importance en particulier pour l'appréciation des conventions collectives de travail sous l'angle du droit cartellaire. Les accords avec des non-travailleurs sont problématiques. En l'absence d'un contrat de travail, on appliquera les dispositions du contrat de mandat, d'entreprise ou encore le droit des contrats innommés. Le concept intermédiaire de «quasi travailleur» doit être rejeté.*

\* Der Autor gibt im nachfolgenden Beitrag seine persönliche Meinung wieder.

- 1 Dieser galt nicht für die ganze Schweiz. Für die Romandie besteht zwischen der Presse Romande und dem Journalistenverband impressum weiterhin ein eigener GAV (Convention collective de travail).
- 2 Mit der ersatzlosen Beendigung eines GAV werden die Vertragsparteien (die Verbände) grundsätzlich von allen gegenseitig vereinbarten Rechten und Verpflichtungen entbunden. Auch die normativen Bestimmungen des GAV verlieren ihre gesetzesähnliche Wirkung auf die Einzelarbeitsverträge der Verbandsmitglieder. Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 19 jedoch festgehalten, dass die GAV-Bestimmungen unter Umständen auf einzelvertraglicher Basis nachwirken können, indem sie bezüglich der gegenseitigen Leistungspflichten dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien des Einzelarbeitsvertrages entsprechen.
- 3 Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich vor allem auf die Anstellungsverhältnisse im Pressebereich. Zur spezifischen Regelung im Rundfunk bzw. bei den elektronischen Medien vgl. BORN-SCHWEIZER C., Freie Rundfunkmitarbeiter, Diss. Zürich, 1985; SCHÜRMMANN L./NOBEL P., Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, S. 362 ff.
- 4 Vgl. HAMM M., Die vertragsrechtliche Stellung freier Mitarbeiter in den Massenmedien, Bern 1994, S. 8 ff.
- 5 Vgl. HARDER W., Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Bern 2000, S. 1 f.; BEZANI T./MÜLLER C., Arbeitsrecht in Medienunternehmen, Köln 1999, S. 1.
- 6 Vgl. HÄNECKE F., Problemfeld freier Journalismus, Zürich 1994, S. 8.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen

**Zusammenfassung:** Nach Ablauf des GAV 2000 für die Deutschschweiz und das Tessin stellt sich die Frage nach der vertraglichen Regelung der Beschäftigungsverhältnisse zwischen Verlagen und Journalisten. Die Arbeitsbeziehungen in der Branche sind sehr vielfältig. Zudem herrscht ein begriffliches Durcheinander. Angesichts der praktischen Bedeutung empfiehlt es sich, zunächst zwischen Arbeitnehmern und Nicht-Arbeitnehmern zu unterscheiden, wobei hierfür die üblichen Kriterien massgeblich sind. Bedeutung hat diese Abgrenzung insbesondere auch für die kartellrechtliche Beurteilung von Gesamtarbeitsverträgen. Absprachen mit Nicht-Arbeitnehmern sind problematisch. Liegt kein Arbeitsverhältnis vor, so dürfte neben der vertraglichen Regelung insbesondere Auftrags-, Werkvertrags- bzw. Innominatkontraktrecht zur Anwendung kommen. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person als Zwischenstatus ist abzulehnen.

Jahre von der Begriffsbestimmung des GAV 2000 geprägt, welcher zwischen festangestellten, regelmässigen freien, unregelmässigen freien sowie selbstständigen Mitarbeitern unterschied. Daneben werden aber auch Begriffe wie «ständige freie Mitarbeiter» oder gar «feste freie Mitarbeiter» verwendet. Unterschieden wird ferner zwischen hauptberuflichen und nebenberuflichen Mitarbeitern sowie zwischen Selbstständigen und Nichtselbstständigen. Praxisbezogene Begriffe vermischen sich dabei mit rechtlich geprägten Kategorien. In diesem begrifflichen Verwirrspiel spiegeln sich aber letztlich nur die Schwierigkeiten bei der Kategorisierung und Abgrenzung der vertraglichen Beziehungen.

### III. Rechtliche Einordnung der Beschäftigungsverhältnisse

#### 1. Einzelvertragliche Regelung und Statusfrage

Die Rechtsbeziehungen zwischen Journalisten und Medienunternehmen werden primär durch ihre individuellen Vereinbarungen bestimmt. Mit der Beendigung des GAV 2000 vergrösserte sich der Spielraum für einzelvertragliche Regelungen, indem die normativen Bestimmungen des GAV mit ihrem zwingenden Charakter entfielen.

Je nach Qualifikation der Rechtsbeziehung kommen auf das Vertragsverhältnis zusätzlich die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts oder die Normen anderer Verträge auf Arbeitsleistung zur Anwendung<sup>7</sup>. Dabei hat insbesondere die Unterstellung unter das Arbeitsrecht grosse Bedeutung. Wird ein Beschäftigungsverhältnis im konkreten Fall als Arbeitsvertrag qualifiziert, so kommen die entsprechenden zwingenden Schutzbestimmungen zur Anwendung. Der Spielraum für einzelvertragliche Regelungen wird dadurch erheblich eingeschränkt.

Angesichts der praktischen Bedeutung dieser Abgrenzung rechtfertigt es sich, in Bezug auf den rechtlichen Status zunächst zwei Kategorien von Mitarbeitern zu unterscheiden: Die Arbeitnehmer des Medienunternehmens, deren Mitarbeit auf einem Einzelarbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR basiert und die übrigen Dienst-

leister, denen ein solcher Arbeitnehmerstatus nicht zukommt<sup>8</sup>. In der Regel werden für diese unterschiedlichen Kategorien die Begriffe «Arbeitnehmer» und «Selbstständige» verwendet. Der Begriff des Selbstständigen ist aber verwirrend, weil zur zweiten Gruppe regelmässig auch nebenberuflich tätige und sozialversicherungs- bzw. steuerrechtlich Nichtselbstständige zählen.

Abgrenzungsfragen ergeben sich insbesondere bei den flexibleren Arbeitsformen. Gerade deshalb erweist sich auch der Begriff des «freien Mitarbeiters» als Gegenstück zum Arbeitnehmerbegriff als ungeeignet, da er normativ wenig eindeutig ist und in vielen Fällen mehr verwirrend als klärend wirkt<sup>9</sup>. Oft deckt sich nämlich der von den Parteien verwendete Begriff (z.B. des «ständigen freien Mitarbeiters») gerade nicht mit dem rechtlichen Status und hat auf diesen auch keinen Einfluss. Nachfolgend wird daher zunächst zwischen «Arbeitnehmern» und «Nicht-Arbeitnehmern» unterschieden.

#### 2. Arbeitnehmer

##### A. Begriffsmerkmale des Arbeitsvertrags

Arbeitnehmer ist, wer sich durch den Abschluss eines Einzelarbeitsvertrags verpflichtet, für eine gewisse Dauer Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zu leisten. Das Vorliegen eines solchen Einzelarbeitsvertrags (Art. 319 ff. OR) wird anerkanntermassen an vier Merkmale geknüpft: (1.) die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Arbeit, (2.) die Ausrichtung des Vertragsverhältnisses auf eine gewisse Dauer, (3.) die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung, (4.) die

<sup>7</sup> Sondernormen für Beschäftigte in Medienunternehmen kennt das Schweizer Privatrecht nicht, dagegen finden sich solche im öffentlichen Arbeitsrecht. So sieht z.B. Art. 27 Arbeitsgesetz (ArG) Sonderbestimmungen für Redaktionen von Zeitungen und Zeitschriften vor (vgl. auch Art. 30 ArGV 2).

<sup>8</sup> Vgl. ADLER T., Problèmes de qualification contractuelle et leurs répercussions sur les assurances sociales, in: Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, S. 8.

<sup>9</sup> Vgl. HARDER (Fn 5), S. 6 ff.; KÜNZI M., Soziale Sicherung freier Berufsjournalisten, Bern 1998, S. 1; BORN-SCHWEIZER (Fn 3), S. 6.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | *Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen*

Unterordnung (Subordination) des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber<sup>10</sup>.

In Lehre und Rechtsprechung wird insbesondere das Subordinationserfordernis als massgebliches Kriterium hervorgehoben<sup>11</sup>. Die Rechtsprechung hat zur Bestimmung des Subordinationsgrads verschiedene Indizien entwickelt. Dazu gehören beispielsweise das Mass der Weisungsgebundenheit, die Bindung an feste Arbeitszeiten, die Bereitstellung von Arbeitsgeräten oder die periodische Entschädigung<sup>12</sup>.

### B. Sonderstellung der Journalisten?

Bei den Beschäftigungsverhältnissen von Journalisten dürfte die Verpflichtung zur Arbeitsleistung oder die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung selten zu Auslegungsproblemen führen. Die Statusbestimmung zwischen Arbeitnehmern und Nicht-Arbeitnehmern hängt damit auch hier massgeblich vom Grad der Subordination ab. Eine wichtige Rolle spielt zudem der Dauer-schuldcharakter der Tätigkeit.

In Bezug auf die journalistische Tätigkeit wird zum Teil eingewendet, dass sich das Ausmass der Weisungsunterworfenheit als wenig taugliches Abgrenzungskriterium erweise. Aufgrund der so genannten inneren Pressefreiheit seien auch die im Einzelarbeitsvertragsverhältnis stehenden Journalisten nur sehr begrenzt an die Weisungen des Verlegers gebunden. Den Zielweisungen des Verlegers seien sodann auch die nicht im Einzelarbeitsverhältnis stehenden Journalisten unterworfen<sup>13</sup>. Es trifft zu, dass dem Verleger durch das Prinzip der redaktionellen Unabhängigkeit<sup>14</sup> gegenüber der Redaktion oder einzelnen Journalisten jeweils nur ein beschränktes Weisungsrecht zukommt. Er bestimmt in der Regel die publizistische Grundhaltung, nimmt aber keinen Einfluss auf die tägliche Redaktionsarbeit. Innerhalb der Redaktionen besteht jedoch sehr wohl ein Unterordnungsverhältnis mit einer entsprechenden Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer. So muss der Redaktionsleiterin oder dem Ressortchef über organisatorische Belange (Einsatzplanung, redaktionelle Arbeitsteilung) aber auch über publizistische Fragen (Themenwahl, Art der journalistischen Umsetzung) ein weitgehendes Weisungsrecht gegenüber den eigenen Mitarbeitern zukom-

men, da sonst ein geordneter Redaktionsablauf und eine inhaltlich sinnvolle Gestaltung der Medienprodukte gar nicht möglich wäre. Dass die einzelne Autorin oder der redigierende Redaktor in der konkreten publizistischen Umsetzung dann nach den eigenen Ideen und in relativer Freiheit tätig wird, bedeutet noch keinen Sonderfall der Medien und ändert nichts daran, dass die Weisungsbefugnis auch hier ein taugliches Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerstatus darstellt<sup>15</sup>.

### C. Heimarbeitsrecht

Kommt es über die Arbeitnehmereigenschaft von Journalisten zum Streit, so wird manchmal geltend gemacht, es liege ein Heimarbeitsvertrag gemäss Art. 351 ff. OR vor<sup>16</sup>. Beim Heimarbeitsvertrag handelt es sich um einen besonderen Einzelarbeitsvertrag. Als solcher untersteht er den Vorschriften über den gewöhnlichen Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR), soweit nicht die besonderen Bestimmungen von Art. 351 ff. OR vorgehen. Gegenüber dem gewöhnlichen Einzelarbeitsvertrag tritt das Merkmal der Unterordnung etwas zurück, das Subordinationsverhältnis und damit auch die Weisungsbefugnis sind beim Heimarbeitsvertrag weniger ausgeprägt<sup>17</sup>. Vom selbstständigen Hausgewerbetreibenden wird der Heimarbeitnehmer dadurch abgegrenzt, dass der selbstständige Unternehmer das Absatzrisiko trägt, über die Verwertung der Arbeitsergebnisse mitbestimmt und diese nicht einfach dem Arbeitgeber überlässt<sup>18</sup>.

10 Vgl. statt vieler: REHBINDER M., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 23; SCHÖNENBERGER W./STAEHELIN A., Zürcher Kommentar, N 2 ff. zu Art. 319 OR.

11 SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (Fn 10), N 27 zu Art. 319 OR.

12 Vgl. HAMM M. (Fn 4), S. 58 f.

13 RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 298.

14 Zur redaktionellen Unabhängigkeit bzw. inneren Pressefreiheit vgl. BARRELET D., Droit de la communication, Bern 1998, S. 547 ff.; RIKLIN (Fn 13), S. 77 ff. In der Regel ist die redaktionelle Unabhängigkeit in so genannten Redaktionsstatuten festgehalten.

15 So auch ADLER (Fn 8), S. 8 f.; vgl. auch HG St. Gallen, SJZ 96 (2000), S. 452, (m.w.H.).

16 Vgl. HAMM (Fn 4), S. 14.

17 STAEHELIN A., Zürcher Kommentar, N 3 zu Art. 351 OR; FRANZ WALDNER C., Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Diss. Basel, 1993, S. 124.

18 STAEHELIN (Fn 17), N 5 zu Art. 351 OR.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | *Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen*

Die journalistische Tätigkeit gehört wohl nicht zum typischen Anwendungsbereich des Heimarbeitsrechts, der eher in der gewerblichen und industriellen Hand- und Maschinenarbeit zu sehen ist<sup>19</sup>. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass ein journalistischer Mitarbeiter ohne Arbeitsplatz in der Redaktion unter Umständen als Heimarbeiter qualifiziert werden könnte. Vorstellbar wäre dies etwa bei Korrespondenten, Karikaturisten oder Kolumnisten, die in vereinbarter Regelmässigkeit mit klaren Zeitvorgaben und evtl. unter Verwendung verlagseigener Arbeitsgeräte Beiträge exklusiv an einen Verlag abliefern<sup>20</sup>.

### D. Berücksichtigung des Parteiwillens

Die Unterstellung eines Vertragsverhältnisses unter das Arbeitsvertragsrecht ist der Parteidisposition grundsätzlich entzogen und beurteilt sich allein nach seiner tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung. Ein Arbeitsvertrag kann selbst entgegen der Absicht der Parteien zustande kommen<sup>21</sup>. Gerade bei flexibleren Beschäftigungsverhältnissen stellt sich allerdings die Frage, ob bei der Klärung der Statusfrage nicht stärker auf den Parteiwillen abzustellen wäre.

So wird in der Literatur teilweise gefordert, unter Respektierung der Vertragsautonomie der Parteien solle dem Selbstverständnis der Parteien bei der Rechtsanwendung besser Rechnung getragen und der arbeitsrechtliche Status nicht am Parteiwillen vorbei bestimmt werden. Nach dieser Auffassung wäre der Parteiwille zumindest dann zu berücksichtigen, wenn die konkreten Umstände keine eindeutige Arbeitnehmereigenschaft erkennen lassen und die Parteien den Willen bekundeten, kein Ar-

beitsverhältnis einzugehen. Ist beispielsweise eine Entscheidung für eine selbstständige Berufsausübung frei von Druck des Vertragspartners und mit genügend Entscheidungsspielraum erfolgt, dann solle die Wahl der Selbstständigkeit auch bei erheblicher Weisungsabhängigkeit respektiert werden. Ferner wird ausgeführt, dem Willen der Vertragsparteien sei dort Rechnung zu tragen, wo dem Verzicht des Arbeitsleistenden auf den arbeitsrechtlichen Schutz eine angemessene Gegenleistung des Auftraggebers gegenüberstehe<sup>22</sup>.

Gerade bei den sog. freien Journalisten gibt es wohl tatsächlich viele Fälle, in denen die Parteien - trotz einer gewissen organisatorischen Einbindung - in ihrem Selbstverständnis nicht von einem Arbeitsverhältnis ausgehen<sup>23</sup>. Lassen in einer solchen Situation die Umstände keine eindeutige Arbeitnehmereigenschaft erkennen, so spricht nichts dagegen, den erklärten Parteiwillen auch gebührend zu berücksichtigen. Da diese Statusfrage aber ohnehin nur im Streitfall gerichtlich geklärt wird und zumindest bei freieren Zusammenarbeitsformen oftmals nur mündliche Vereinbarungen bestehen, dürfte man mangels Belegbarkeit entsprechender Parteierklärungen in der Praxis dann doch wieder zu einer Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse gelangen.

### E. Unterschiedlicher Arbeitnehmerbegriff im Sozialversicherungs- und Steuerrecht

Der GAV 2000 unterschied nicht nur zwischen festangestellten und freien Redaktionsmitarbeitenden (Art. 4), sondern auch zwischen unselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit (Art. 5). Selbstständige Tätigkeit für eine Redaktion lag nur dann vor, wenn die betreffende Person für die konkrete Arbeitstätigkeit eine Verfügung der Ausgleichskasse vorlegen konnte. Solche Mitarbeiter waren dem GAV nicht unterstellt (Art. 8 Abs. 4 GAV 2000). Damit wurden im Grunde zwei unterschiedliche Kategoriegruppen miteinander vermischt, was bei den Beteiligten nicht gerade zur Klärung des vertragsrechtlichen Status beigetragen hat<sup>24</sup>. Während nämlich im Zivilrecht die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Nicht-Arbeitnehmern entlang der Kriterien von Art. 319 OR erfolgt, kennt das Sozialversicherungsrecht einen

19 Vgl. dazu auch den enger umfassten Anwendungsbereich des Heimarbeitsgesetz (SR 822.31).

20 Vgl. ADLER (Fn 8), S. 9 f.; HAMM (Fn 4), S. 5.

21 BGER in JAR 2001, S. 135.

22 Vgl. KÜNZI (Fn 9), S. 98; HAMM (Fn 4), S. 135; HARDER (Fn 5), S. 79.

23 Vgl. dazu die Umfrage von KÜNZI (Fn 9), S. 87.

24 Hintergrund dieser Regelung war, dass die Journalistenverbände erreichten, dass sämtliche freie Mitarbeiter, die sozialversicherungsrechtlich als Unselbstständige galten, dem GAV 2000 unterstellt wurden, obwohl viele dieser Mitarbeiter zivilrechtlich wohl keine Arbeitnehmer waren. Vgl. dazu RUCKSTUHL A., Rechtliche Aspekte des Gesamtarbeitsvertrages 2000 für Journalistinnen/Journalisten und das technische Redaktionspersonal, ArbR 2000, S. 126 ff.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen

eigenständigen Arbeitnehmerbegriff und grenzt diesen vom Begriff des Selbstständigerwerbenden ab<sup>25</sup>. Gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) gelten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer «Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen». Dieser Status wird unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung festgelegt, wie auch für das Zivilrecht die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation nicht entscheidend ist<sup>26</sup>. In der Regelung der Sozialabgaben kann jedoch ein Indiz für die zivilrechtliche Qualifikation gesehen werden<sup>27</sup>.

Auch die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Einkommenssteuerrecht ist von der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses zu unterscheiden. Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung fest, dass für die steuerrechtliche Abgrenzung weder die zivil- noch die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation massgebend sei<sup>28</sup>. Auch aus dem steuerrechtlichen Status kann somit nicht direkt auf den vertragsrechtlichen Status geschlossen werden.

### F. Qualifikation im Einzelfall - Kasuistik

Die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft eines Mitarbeiters erfolgt immer nur anhand der konkreten Rechtsbeziehung. Gerade in flexiblen Arbeitsverhältnissen, in denen die Erwerbstätigen in der Regel verschiedene Vertragsbeziehungen gleichzeitig pflegen, kann ein Mitarbeiter somit in einem Fall als Arbeitnehmer eingestuft werden, während ihm im anderen Fall keine Arbeitnehmerstellung zukommt. Zur Qualifikation der Arbeitsbeziehungen zwischen Medienunternehmen und Journalisten gibt es in der Schweiz nur wenige Gerichtsentscheide<sup>29</sup> - die meisten Streitfälle dürften einvernehmlich erledigt werden.

In einem Fall hatte das Obergericht des Kantons Thurgau die Schadenersatzforderung eines Journalisten zu beurteilen, welcher für ein Verlagshaus als «ständiger Mitarbeiter» tätig gewesen war. Da die Beklagte ab einem bestimmten Zeitpunkt keine Artikel des Klägers mehr annahm, verlangte dieser Schadenersatz wegen ungerecht-

fertigter Auflösung des Vertragsverhältnisses. Dabei stellte sich der Journalist auf den Standpunkt, es liege ein Heimarbeitsvertrag vor, weshalb eine Kündigungsfrist hätte eingehalten werden müssen. Der Journalist hatte jedoch gegenüber der Beklagten ohne eigentliche Verpflichtung kontinuierlich Zeitungsartikel angeboten, für die auch keine Abnahmepflicht des Verlags bestand. Dieselben und weitere Artikel wurden vom Journalisten auch anderen Zeitungen angeboten. Da keine Leistungspflicht bestand, nahm der Journalist zudem nach seinem Belieben Ferien. Zu Recht wurde daher das Vertragsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis qualifiziert<sup>30</sup>.

In einem Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts Baselstadt wurde eine journalistische Mitarbeiterin dagegen als Arbeitnehmerin qualifiziert, da sie ein monatliches Gehalt bezog, bezüglich Themenauswahl ein Weisungsrecht der Arbeitgeberin bestand und die Einteilung von Arbeits- und Erholungszeit dem Termindiktat der Arbeitgeberin unterworfen war<sup>31</sup>.

Das Bundesgericht hatte im Entscheid Holländer gegen AGS&Co. SA die Forderung einer Fotoreporterin nach Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses zu beurteilen<sup>32</sup>. Die Fotografin behauptete, es liege ein Arbeitsvertrag vor, während die Beklag-

25 LOCHER T., Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1997, S. 105 f.; KIESER U./RIEMER-KAFKA G., Tafeln zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 33.

26 Der AHV-rechtliche Arbeitnehmerbegriff geht dabei weit über den zivilrechtlichen Begriff hinaus. Bei Journalisten und Pressefotografen werden beispielsweise nur Entgelte für unaufgefordert eingesandte und nur gelegentlich publizierte Artikel und Fotografien nicht regelmässiger Mitarbeiter als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit behandelt (vgl. Rz 4078 WML (Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO des BSV).

27 Und vice versa, vgl. BGE 122 V 171; PORTMANN W., Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, N 17. In der Praxis wird angesichts eines gewissen «Statusrisikos» in vielen Verlagshäusern die Definition der Arbeitnehmerstellung dennoch anhand der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung vorgenommen.

28 BGE 121 I 263 (m.w.H.). Im Einkommenssteuerrecht werden deutlich mehr freie Journalisten als Selbstständigerwerbende behandelt als im Sozialversicherungsrecht. Gemäss Künzi (Fn 9), S. 93, gelten nur etwa ein Viertel der freien Berufsjournalisten nach steuerrechtlichen Kriterien für sämtliche Tätigkeiten als Arbeitnehmer bzw. Unselbstständigerwerbende.

29 Eine Übersicht bietet HAMM (Fn 4), S. 161 ff.

30 Entscheid vom 21. Mai 1982 des Obergerichts des Kantons Thurgau in: JAR 1983, S. 64ff.

31 Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1973, S. 276 f; vgl. dazu auch HAMM (Fn 4), S. 161 f.

32 Entscheid 4C.157/192 vom 8. Juni 1993, auszugsweise veröffentlicht in JAR 1994, S. 272 ff. Kritisch zu diesem Entscheid HILTY R.M., AJP 9/93, S. 1125 ff.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | *Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen*

te von einem Innominatkontrakt ausging. In tatsächlicher Hinsicht war unbestritten, dass die Fotoreporterin während viereinhalb Jahren hauptsächlich für die Beklagte tätig gewesen war. In dieser Zeit wurden täglich eins oder mehrere ihrer Bilder veröffentlicht. Ausserdem erfolgten die Fotos in der Regel gemäss den Instruktionen der Beklagten. Das Bundesgericht hielt - allerdings ohne eingehende Begründung - fest, dass die Fotoreporterin dann als Arbeitnehmerin zu qualifizieren sei, falls sich im Rahmen der zu ergänzenden Sachverhaltsfeststellungen herausstellen sollte, dass sie als regelmässige Mitarbeiterin im Sinne des damaligen Kollektivvertrages zu betrachten sei. Dieser sah dafür eine mindestens zweijährige regelmässige Mitarbeit verbunden mit Mindestanforderungen bezüglich der Anzahl Beiträge vor<sup>33</sup>.

Bei der journalistischen Arbeit dürften demnach vor allem die persönliche und organisatorische Weisungsgebundenheit, die mangelnde Freiheit bei der Themenwahl, die ständige Anstellung mit Rahmenvertrag und monatlichem Fixum, die klare Zuordnung einer auf Dauer angelegten Aufgabe, das Tätigwerden auf Abruf oder im Rahmen eines Einsatzplanes sowie die Bereitstellung von verlagseigener Infrastruktur Indizien für die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitarbeiters bzw. einer Mitarbeiterin sein<sup>34</sup>. Was das Kriterium der Dauer der Arbeitsleistung betrifft, so ist anzumerken,

dass aus einer faktisch regelmässigen Tätigkeit nicht notwendigerweise auf eine Arbeitnehmerstellung geschlossen werden kann. Auch die häufige Repetition von Einzelaufträgen bedeutet noch kein Tätigwerden auf Zeit, weshalb in solchen Fällen kein Arbeitsvertrag vorliegen muss<sup>35</sup>. Im Übrigen kann auch mit einem selbstständigen Dienstleistungserbringer eine stete Zusammenarbeit gepflegt werden.

Ausgehend vom Gedanken der Schutzbedürftigkeit der Erwerbstätigen tendieren die Arbeitsgerichte dazu, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in der Praxis eher grosszügig zu bejahen. Viele der sogenannten «freien Journalisten» dürften daher - zumindest bezüglich ihrer regelmässigsten Abnehmer - bei näherer Prüfung als (Teilzeit-)Arbeitnehmer zu qualifizieren sein<sup>36</sup>.

### G. Konsequenzen aus der Statusbestimmung

Die rechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsvertrag zieht eine Vielzahl von Konsequenzen nach sich<sup>37</sup>. Von besonderer Bedeutung ist die Anwendung individualarbeitsrechtlicher Schutzvorschriften (zwingende Vorschriften der Art. 319 ff. OR) sowie des öffentlichen Arbeitsrechts. Die Statusbestimmung ist aber auch entscheidend für die Anwendbarkeit des kollektiven Arbeitsrechts. So sieht das Gesetz nur für das Arbeitsverhältnis die Möglichkeit von Kollektivverträgen vor. Gestützt auf die Tarifautonomie nach Art. 356 OR kommt den Sozialpartnern somit nur für den Bereich der Arbeitsvertragsverhältnisse die Kompetenz zur Vereinbarung von Gesamtarbeitsverträgen zu.

In der Literatur wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, bezüglich freier Mitarbeiter (d.h. Nicht-Arbeitnehmer) könnten zwar keine normativen Bestimmungen in einem Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden, es sei aber möglich, Bestimmungen mit rein schuldrechtlicher Wirkung auch auf Nicht-Arbeitnehmer auszudehnen. In diesem Fall würden die Verbände durch den Vertrag verpflichtet, auf ihre Mitglieder einzuwirken, damit diese den Gesamtarbeitsvertrag auch bezüglich der Nicht-Arbeitnehmer einhalten<sup>38</sup>. Hierbei ist aber zu bedenken, dass solche schuldrechtlichen Vereinbarungen bezüglich

- 33 Gemäss Art. 45 und 46 des Kollektivvertrages von 1979 galten für Tageszeitungen folgende Mindestanforderungen: Veröffentlichung von jährlich mindestens 25 Beiträgen von zusammen mindestens 1500 Druckzeilen oder mindestens 2500 Druckzeilen von 42 bis 52 Zeichen. Pro Wochenzeitung bzw. Zeitschrift jährlich mindestens 15 Beiträge von zusammen mindestens 1500 Druckzeilen oder mindestens 2500 Druckzeilen von 42 bis 52 Zeichen. Für Pressefotografen galt ein jährliches Minimum von 100 Bildern pro Zeitung bzw. 20 Bildberichten oder 40 Einzelbildern pro Wochenzeitung oder Zeitschrift.
- 34 RIKLIN (Fn 13), S. 298 f.; RUCKSTUHL (Fn 24), S. 127; ADLER (Fn 8), S. 8 f.
- 35 Vgl. STÖCKLI J., Kollektivvertragliche Regelungen für Journalisten, ArbR 1994, S. 66; ADLER (Fn 8), S. 9.
- 36 So auch HILTY R., Gedanken zu einem künftigen Gesamtarbeitsvertrag für Journalisten, ArbR 1994, S. 63.
- 37 Eine umfassende Übersicht der Auswirkungen findet sich bei HAMM (Fn 4), S. 18 ff.
- 38 Vgl. HILTY (Fn 32), S. 1126 f.; RIKLIN (Fn 13), S. 300; SCHÜRMMANN/NOBEL (Fn 3), S. 359; KÜNZI (Fn 9), S. 144 f. sowie die Gutachten von VISCHER und REHBINDER. Argumentiert wird im Wesentlichen damit, dass durch die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags einzelne Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegenseitig berechtigt und verpflichtet werden, ohne dass sie am Vertragsabschluss beteiligt waren. Es liegt somit bezüglich der Vertragspflichten ein Vertrag zu Lasten Dritter vor, welcher nur aufgrund einer eng auszulegenden gesetzlichen Ausnahme möglich ist.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen

Nicht-Arbeitnehmern gegen das Kartellgesetz verstossen können. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Kartellgesetzes gilt dieses für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Das Kartellgesetz von 1985 erwähnte in Art. 1 Abs. 2 noch explizit, es finde keine Anwendung auf Verträge, die das Arbeitsverhältnis betreffen. Diese Bestimmung fehlt zwar im geltenden Recht, dennoch besteht Einigkeit, dass das Kartellrecht nicht für privatrechtliche Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit hinsichtlich von Arbeitsverhältnissen gilt<sup>39</sup>. Diese Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich bezieht sich aber nur auf den engen Rahmen der Arbeitsvertragsverhältnisse und findet ihre Grenze, sobald Regelungen getroffen werden, die nicht mehr ausschliesslich das Arbeitsvertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen<sup>40</sup>. Das heisst, dass für sämtliche Journalisten, die nicht Arbeitnehmer sind, das Kartellgesetz gilt<sup>41</sup>. Kollektivvereinbarungen, die Nicht-Arbeitnehmer einbeziehen (z.B. bezüglich Honoraransätze), sind daher kartellrechtlich problematisch.

### 3. Nicht-Arbeitnehmer

Die Kategorie der Nicht-Arbeitnehmer kann negativ definiert werden, indem ihr sämtliche Personen angehören, die eine Arbeitsleistung für ein Unternehmen erbringen, ohne in einem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR zu stehen. Das auf sie anwendbare Recht muss erst noch bestimmt werden. Es gilt aber der Grundsatz der Privatautonomie, weshalb für die Regelung der journalistischen Tätigkeit vorab der Inhalt des gemeinsamen Vertrags massgebend ist. Erst dort, wo der Vertrag keine oder eine unklare Regelung enthält, sind gegebenenfalls die Regeln eines Nominat- oder Innominatkontraktes ergänzend heranzuziehen<sup>42</sup>.

Im Pressebereich kommt in erster Linie Werkvertrags-, Auftrags- oder Verlagsvertragsrecht in Frage, möglich wäre auch die Anwendbarkeit von Kaufvertragsrecht<sup>43</sup>. Steht beim einmaligen journalistischen Einsatz ein bestimmter Arbeitserfolg im Zentrum und ist das Arbeitsergebnis bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in den Grundzügen umrissen, so dürfte in der Regel Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen. Die Tätigkeit kann aber auch in

einer umfangreichen Recherche bestehen, welche nicht schon vorab auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis zielt. In diesem Fall käme Auftragsrecht zur Anwendung<sup>44</sup>. Verlagsvertragsrecht dürfte eher selten anwendbar sein, da die Hauptpflicht des Verlegers beim Verlagsvertrag darin liegt, ein bestehendes Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten. Die Schaffung des Werkes und die Abtretung der Nutzungsrechte daran sind keine Essenzialien des Verlagsvertrags. Da in der journalistischen Praxis aber gerade das Verfassen eines Beitrages gegen Entgelt und weniger die Publikationspflicht im Zentrum stehen, dürfte der Verlagsvertrag kaum zur Anwendung kommen. Auch die Anwendbarkeit von Kaufvertragsrecht ist wohl auf wenige Ausnahmefälle beschränkt<sup>45</sup>.

Die genannten Vertragstypen sind in erster Linie auf die einmalige journalistische Leistung ausgerichtet. Die meisten der freischaffenden Berufsjournalisten in der Schweiz pflegen aber langjährige Beziehungen zu verschiedenen Medienunternehmen bzw. zu deren Redaktionen. Für diese Art von Dauerschuldverhältnissen ist weder das Auftrags- noch das Werkvertragsrecht geeignet. Insbesondere bei wiederkehrender Arbeitsleistung innerhalb einer Rahmenvereinbarung ist daher von einem Innominatkontrakt auszugehen<sup>46</sup>. Solche sind im Bereich der Arbeitsleistungsverträge seit BGE 112 II 41 auch als Vertrag sui generis zulässig<sup>47</sup>.

39 SCHMIDHAUSER B., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 7 ff. zu Art. 2.; ZÄCH R., Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 257 ff.; BORER J., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N 8 zu Art. 2. Diese Ausnahme wird u.a. damit begründet, dass Arbeitnehmer keine Unternehmen seien, da sie für andere produzieren würden und ihre Handlungen somit dem Arbeitgeber zuzurechnen seien.

40 ZÄCH (Fn 39), N 262.

41 STÖCKLI (Fn 35), S. 70; HAMM (Fn 4), S. 20. Anderer Meinung KÜNZI (Fn 9), S. 143 f.

42 Dazu auch KÜNZI (Fn 9), S. 131 ff. Auch ausserhalb des Arbeitsrechts bestehen aber einzelne zwingende Vorschriften (wie z.B. Art. 404 OR).

43 Eingehend zur vertragsrechtlichen Stellung der Nicht-Arbeitnehmer HAMM (Fn 4), S. 176 ff.

44 Zur Abgrenzung zwischen Auftrags- und Werkvertragsrecht vgl. KÜNZI (Fn 9), S. 132 ff. Der Frage kommt vor allem dort Bedeutung zu, wo seitens der Redaktion die Qualität der gelieferten Arbeit in Frage gestellt wird. Denn nur dort, wo eine bestimmte Leistung vereinbart wurde, kann deren Mangelhaftigkeit überhaupt ein Thema sein.

45 Dazu im Einzelnen HAMM (Fn 4), S. 176; KÜNZI (Fn 9), S. 136 f.

46 KÜNZI (Fn 9), S. 134; HAMM (Fn 4), S. 195 ff., erwähnt in diesem Zusammenhang insbesondere den «Veräusserungsvertrag sui generis» sowie den «Dauer-Werkvertrag».

47 Bestätigt in BGE 118 II 157.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kellermüller | Vertragsverhältnisse zwischen Journalisten und Medienunternehmen

Führt die Auslegung des Innominatkontrakts im konkreten Streitfall zu keinem oder keinem vollständigen Ergebnis, so ist der lückenhafte Vertrag zu ergänzen. Diese Vertragsergänzung erfolgt dabei nach den gleichen Regeln wie bei Nominatkontrakten, d.h. es ist entweder auf den hypothetischen Parteiwillen oder auf (passendes) dispositives Gesetzesrecht zurückzugreifen<sup>48</sup>.

#### 4. Zur Figur der arbeitnehmerähnlichen Person

Insbesondere bei den freien Journalisten wird regelmässig ein Bedürfnis nach zusätzlichem Rechtsschutz geortet<sup>49</sup>. Deshalb wird einerseits gefordert, die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Nicht-Arbeitnehmern anhand des Kriteriums der wirtschaftlichen Abhängigkeit vorzunehmen<sup>50</sup>. Andererseits wird vorgeschlagen, in Anlehnung an das deutsche Recht die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person bzw. der Scheinselbstständigen zu schaffen. Diese sollen eine Zwischenstellung zwischen Arbeitnehmern und freien Unternehmern einnehmen<sup>51</sup>.

Generell erscheint der Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit ungeeignet als massgebliches Abgrenzungskriterium der Arbeitnehmereigenschaft<sup>52</sup>. Es gilt zwi-

schen Status und Schutzbedürfnis zu unterscheiden. Aus dem Umstand, dass ein Beschäftigter wirtschaftlich abhängig und damit schutzbedürftig ist, darf nicht einfach auf dessen Arbeitnehmerstatus und damit auf die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht geschlossen werden, schliesslich kann ein Selbstständiger ebenfalls abhängig und schutzbedürftig sein<sup>53</sup>. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Dritten ist sogar in den meisten Dienstleistungsverhältnissen mehr oder weniger stark zu beobachten, wenn sich zum Beispiel in einer freiberuflichen Tätigkeit aufgrund einer kontinuierlichen Zusammenarbeit mit einem Hauptauftraggeber ein «Klumpenrisiko» bildet<sup>54</sup>.

Was nun die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person betrifft, so ist diese abzulehnen, soweit damit quasi ein zusätzlicher rechtlicher Status zwischen Arbeitnehmern und Nicht-Arbeitnehmern geschaffen werden soll<sup>55</sup>. Im Gegensatz zu Deutschland, wo der Begriff durch verschiedene Gesetze eingeführt ist<sup>56</sup>, hat der Begriff in der Schweiz denn auch nur wenig Resonanz gefunden. Ein Hauptgrund liegt wohl darin, dass infolge einer tendenziell extensiven Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes gar kein Bedarf nach einem solchen Zwischenstatus besteht<sup>57</sup>.

Es spricht allerdings nichts dagegen, auch ausserhalb eines Arbeitsverhältnisses - beispielsweise bei der Ergänzung von Innominatkontrakten - bestehende Abhängigkeiten zu berücksichtigen und eventuell einzelne arbeitsrechtliche Bestimmungen analog anzuwenden<sup>58</sup>. Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person ist dafür aber nicht notwendig, geht es doch nicht um eine generelle Statuszuordnung, sondern um die Ermittlung des anwendbaren Rechts bzw. um die Lösung einer Rechtsfrage im Einzelfall. In diesem Sinn hat auch das Bundesgericht in BGE 118 II 157 entschieden, indem es bei einem Franchisevertrag festgestellt hat, dass die Beklagte ihre Geschäftstätigkeit zwar formell selbstständig ausgeübt habe, faktisch aber eine Abhängigkeit bestanden habe, die derjenigen des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zumindest sehr nahe komme. Damit war für das Bundesgericht die sinngemässe Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften gerechtfertigt. ■

- 48 Zur umfangreichen Dogmatik betreffend die Ergänzung von Innominatkontrakten vgl. HUGUENIN C., Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2004, S. 209 ff.; SCHLUEP W./AMSTUTZ M., Basler Kommentar, Einl. vor Art. 184 ff., N 66 ff.
- 49 Dabei wird häufig mit dem angeblich unfreiwilligen Status der freien Journalisten argumentiert, was fragwürdig ist. Nach der Umfrage von KÜNZI (Fn 9), S. 86, erfolgt der Einstieg in den freien Journalismus grösstenteils freiwillig und nur eine Minderheit wünscht sich eine Festanstellung.
- 50 KÜNZI (Fn 9), S. 108 ff.
- 51 REHBINDER (Fn 10), N 25.
- 52 So auch ADLER (Fn 8), S. 8.
- 53 WANK R., Arbeitnehmer und Selbständige, Bd. II., München 1988, S. 83 f.
- 54 Vgl. dazu auch RUCKSTUHL (Fn 24), S. 127 f.
- 55 So aber SCHWABE F., Arbeitnehmerähnliche Personen, Diss. Zürich, 1983, S. 151.
- 56 Beispielsweise in § 12a Tarifvertragsgesetz oder in § 1 Beschäftigungsschutzgesetz; vgl. die Übersicht bei NEUVIANS N., Die arbeitnehmerähnliche Person, Berlin, 2002, S. 48 f.
- 57 Vgl. HARDER (Fn 5), S. 139.
- 58 Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass durch die vertragliche Typen- und Inhaltsfreiheit gerade die Möglichkeit geschaffen wird, sich den zwingenden Vorschriften der gesetzlich geregelten Verträge zu entziehen. Die direkte Anwendung von Arbeitsrecht ist daher ausgeschlossen. Zur Frage der Übernahme zwingender Schutzvorschriften bei Innominatkontrakten vgl. SCHLUEP W./AMSTUTZ M. (Fn 48), Einl. vor Art. 184 ff., N 79; HAMM (Fn 4), S. 199f.; KÜNZI (Fn 9), S. 119.

# Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

Lorenz Engi

Lic. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität St. Gallen

## I. Wandel

Die Verhältnisse in der politischen Schweiz verändern sich: «Bis vor wenigen Jahren», so schreiben die Informationsdienste der Bundesverwaltung in einem Bericht, «war die Meinung verbreitet, die Funktion der Behörden bei Urnengängen beschränke sich auf die Ausarbeitung von Abstimmungsvorlagen.»<sup>1</sup> Unterdessen aber habe «der Bundesrat den Schritt zu einer aktiven Rolle im Abstimmungskampf bereits vollzogen.»<sup>2</sup>

Im Folgenden ist in dem Bericht der Informationsdienste mit erstaunlicher Selbstverständlichkeit von «behördlichen Kampagnen» die Rede<sup>3</sup>. In einem Anhang werden die «Abstimmungskampagnen» seit der EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992 dargestellt<sup>4</sup>. Dabei erfährt man von Bestrebungen, «Informationsteppiche» zu legen<sup>5</sup>, einer «anderen Seite»<sup>6</sup> entgegenzuwirken und die Inhalte «attraktiv zu verkaufen»<sup>7</sup>.

1 Das Engagement von Bundesrat und Bundesverwaltung im Vorfeld von eidgenössischen Abstimmungen, Bericht der Arbeitsgruppe erweiterte Konferenz der Informationsdienste (AG KID), Bern 2001, S. 5.

2 A.a.O. (Fn. 1), S. 29.

3 A.a.O. (Fn. 1), S. 29, 63, 66.

4 A.a.O. (Fn. 1), S. 57-71.

5 A.a.O. (Fn. 1), S. 61; auch 49.

6 A.a.O. (Fn. 1), S. 70.

7 A.a.O. (Fn. 1), S. 66.

8 Gemäss »Die Weltwoche« 38/04, S. 40, zählt die Bundesverwaltung im Bereich Information heute offiziell 286 Vollzeitstellen; tatsächlich seien aber rund 750 Beamte mit Informationsaufgaben befasst.

9 Vgl. Schaffhauser Nachrichten vom 24. September 2004, S. 1 und 7; Neue Zürcher Zeitung vom 5. Oktober 2004, S. 13.

10 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe erweiterte Konferenz der Informationsdienste (Fn. 1), S. 39.

11 Zustandegekommen am 31. August 2004; vgl. BBl 2004, S. 4847.

12 04.463 Pa.Iv. Burkhaltler. Rolle des Bundesrates bei Volksabstimmungen: Beschluss der SPK-NR vom 28. Januar 2005; Zustimmung der SPK-SR vom 28. April 2005.

Das ist ein neuer Ton im schweizerischen Staatswesen. Über das Thema Abstimmungskampagne hinaus scheint darin ein Mentalitätswandel zum Ausdruck zu kommen. Dieser muss aus staatspolitischer und staatsrechtlicher Sicht kritisch reflektiert werden.

## II. Lehre und Praxis zum Behördenverhalten im Abstimmungskampf

Die Kommunikationstätigkeit des Bundes hat sich in neuester Zeit erheblich verändert. Die entsprechenden Stellen wurden stark ausgebaut<sup>8</sup>. Sie pflegen eine immer systematischere und professionellere Bearbeitung der öffentlichen Meinung. Besonders im Zusammenhang mit einem vertraulichen «Schengen/Dublin-Info-Konzept» hat das jüngst Kritik hervorgerufen<sup>9</sup>. Im besonderen hat sich das Kommunikationsverhalten des Bundesrates vor Volksabstimmungen grundlegend gewandelt. Noch in den 1970er Jahren hielt sich der Bundesrat vor Abstimmungen fast völlig zurück; und noch bis zum Ende der 80er Jahre waren die Mitglieder des Bundesrates sehr zurückhaltend im Hinblick auf die Teilnahme an kontradiktorischen Radio- und Fernsehsendungen<sup>10</sup>. Heute dagegen wird es einem Bundesrat als Verletzung seiner Pflichten angelastet, wenn er nicht in der «Arena» oder ähnlichen Sendungen für die Vorlagen aus seinem Departement wirbt.

Von aktueller Bedeutung ist das Thema der behördlichen Informationstätigkeit vor Abstimmungen im Hinblick auf eine hängige Volksinitiative «Volksouveränität statt Behördenpropaganda»<sup>11</sup>. Auch mit Bezug auf diese haben die Staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat unlängst einer parlamentarischen Initiative zugestimmt, welche die Ergänzung des RVOG um eine spezielle Informationspflicht des Bundesrates im Hinblick auf Abstimmungen verlangt<sup>12</sup>.

**Résumé:** Depuis peu, les autorités fédérales s'engagent davantage dans les campagnes référendaires. Ce changement est approuvé par la doctrine, et partiellement aussi par la jurisprudence. La question du rôle des autorités avant les votations populaires doit être examinée à la lumière de la culture politique du pays. Ce qui caractérise celle-ci, c'est la renonciation à une conduite politique détaillée clairement marquée sur le plan idéologique. La neutralité relativement poussée observée par le gouvernement forme le complément au style objectif qui est celui du débat politique en Suisse. Une véritable publicité politique de l'Exécutif avant des votations populaires n'est pas compatible avec cette tradition. En même temps, il est vrai, les autorités ont l'obligation d'informer le public. La question de savoir jusqu'à quel point les autorités peuvent influencer une campagne référendaire dépendra de la distinction à faire entre la propagande et l'information.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

**Zusammenfassung:** Die Bundesbehörden sind in jüngster Zeit zu einem verstärkten Engagement in Abstimmungskämpfen übergegangen. Dieser Wandel findet in der Lehre und ansatzweise auch in der Rechtsprechung Unterstützung. Die Frage nach der Rolle der Behörden vor Volksabstimmungen ist im Lichte der politischen Kultur der Schweiz zu prüfen. Kennzeichnend für diese ist der Verzicht auf eine ausdifferenzierte politische Führung mit eindeutiger programmatischer Ausrichtung. Die weitgehende politische Neutralisierung der Regierung bildet das Komplement zu einer ausgeprägten Sachlichkeit der politischen Auseinandersetzung. Eigentliche politische Werbung der Exekutive vor Volksabstimmungen ist mit dieser Tradition nicht vereinbar. Gleichzeitig haben die Behörden indessen einen Auftrag zur Information der Öffentlichkeit. Die Zulässigkeit der behördlichen Einflussnahme im Abstimmungskampf ist daher vor allem entlang der Unterscheidung zwischen Propaganda und Information zu beurteilen.

## 1. Lehre

Diesen Veränderungen im Tatsächlichen entspricht ein Wandel in der Staatsrechtslehre in bezug auf das Verhalten der Behörden vor Abstimmungen. Die ältere Lehre erlaubte eine aktive Beteiligung der Behörden am Abstimmungskampf nicht. Sie ging davon aus, dass die eigentliche politische Auseinandersetzung allein den gesellschaftlichen Kräften überlassen werden müsse<sup>13</sup>.

Im Laufe der 1990er Jahre indes gewann zunehmend die Meinung an Boden, dass – im Hinblick auf die erhöhte Komplexität der Sachfragen und die veränderten Bedingungen in einer Informations- und Kommunikationsgesellschaft – die Behörden sich am Abstimmungskampf beteiligen dürften und sollten<sup>14</sup>. Für eine diesbezüglich grosszügigere Haltung sprachen sich (in zeitlicher Reihenfolge) namentlich GION-ANDRI DECURTINS<sup>15</sup>, JEANNE RAMSEYER<sup>16</sup>, PIERRE TSCHANNEN<sup>17</sup>, GEORG MÜLLER<sup>18</sup>, GEROLD STEINMANN<sup>19</sup>, JÖRG PAUL MÜLLER<sup>20</sup>, MICHEL BESSON<sup>21</sup> und CRISPIN HUGENSCHMIDT<sup>22</sup> aus. Explizit gegen dementsprechende Tendenzen wandten sich in neuester Zeit nur noch HANSJÖRG SEILER<sup>23</sup>, DENIS BARRELET<sup>24</sup> und ANDREAS AUER<sup>25</sup>.

## 2. Rechtsprechung

Das Bundesgericht beurteilt die Frage nach behördlichen Interventionen im Abstimmungskampf im Lichte des politischen Stimmrechts der Bürger. Aus diesem ergibt sich ein Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt<sup>26</sup>. Insbesondere ist eine direkte Einflussnahme der Behörden ausgeschlossen, welche geeignet wäre, die freie Willensbildung im Vorfeld von Abstimmungen zu verfälschen<sup>27</sup>.

Zulässig sind Abstimmungsempfehlungen und Erläuterungen<sup>28</sup>. Dabei trifft das Gemeinwesen eine Pflicht zur objektiven Information<sup>29</sup>; die jedoch nicht gleichzusetzen ist mit einer Verpflichtung zu absoluter Neutralität<sup>30</sup>. Über Empfehlungen und Erläuterungen hinausgehende Interventionen der Behörden sind nur ausnahmsweise gestattet; dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür bestehen<sup>31</sup>. Dies ist etwa der Fall, wenn im Laufe des Abstimmungskampfes neue erhebliche Tatsachen be-

kannt werden oder wenn die Notwendigkeit von Zusatzinformationen oder Richtig-

- 13 Vgl. ANDREAS AUER, L'intervention des collectivités publiques dans les campagnes référendaires, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal 41 (1985), S. 185 ff., 187 ff.; YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 1034 ff.; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, ZSR 1999, 2. Halbband, S. 201 ff., 233 ff.; ULRICH WEDER, Die innenpolitische Neutralität des Staates, Diss. Zürich 1981, S. 66 ff.; STEPHAN WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 185 ff.
- 14 Zusammenfassend MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 128 ff.; MAHON (Fn. 13), S. 243 ff.
- 15 GION-ANDRI DECURTINS, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Diss. Freiburg 1992, S. 259 f., 269, 272 ff.
- 16 JEANNE RAMSEYER, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Diss. Basel 1992, S. 146 ff.
- 17 PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a. M. 1995, S. 424 ff.
- 18 GEORG MÜLLER, Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in: De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 255 ff.
- 19 Gerold Steinmann, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, in: AJP 1996, S. 255 ff., 268.
- 20 JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 370.
- 21 MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 141 ff.
- 22 CRISPIN HUGENSCHMIDT, Die behördliche Kommunikation vor Abstimmungen - was ist Information, was ist Propaganda?, in: recht 2004, S. 185 ff., 191.
- 23 HANSJÖRG SEILER, Auf dem Weg zur gelenkten Demokratie?, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat - L'homme et l'Etat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 573 ff.; DERS., Der Bundesrat sollte nicht Partei sein, in: Neue Zürcher Zeitung vom 16. Juli 2003, S. 15.
- 24 DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, S. 42 f.; ders., L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques, in: De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 303 ff., 311.
- 25 ANDREAS AUER, Les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique, in: *medialex* 2002, S. 133 ff., insb. 142.
- 26 BGE 124 I 57; 121 I 141; 121 I 255; 119 Ia 272; 118 Ia 261; 117 Ia 46; 117 Ia 68; 117 Ia 455; 116 Ia 365; 115 Ia 206; 114 Ia 432; 113 Ia 52; 113 Ia 294; 108 Ia 157.
- 27 BGE 117 Ia 46; 117 Ia 68; 114 Ia 432; 113 Ia 295; 112 Ia 335; 108 Ia 157.
- 28 BGE 121 I 255 f.; 119 Ia 273; 118 Ia 262; 117 Ia 46; 117 Ia 455 f.; 114 Ia 433; 113 Ia 295 f.; 112 Ia 335.
- 29 BGE 121 I 256; 119 Ia 273; 118 Ia 262; 117 Ia 46; 117 Ia 456; 114 Ia 432 f.; 113 Ia 296; 112 Ia 335.
- 30 BGE 121 I 256; 117 Ia 46.
- 31 BGE 121 I 255 f.; 119 Ia 273; 118 Ia 262; 117 Ia 456; 114 Ia 433; 113 Ia 296; 112 Ia 336.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

## Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

stellungen entsteht<sup>32</sup>. Keinesfalls erlaubt ist eigentliche staatliche Propaganda<sup>33</sup>.

In der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung gibt es Anzeichen für eine zaghafte Lockerung dieser grundsätzlich restriktiven Praxis. So erkannte das Gericht mit Bezug auf die einschlägige Dissertation von Decurtins «(bedenkenswerte) Gründe für eine weitherzigere Beurteilung der behördlichen Stellungnahmen im Abstimmungskampf»<sup>34</sup>. In einem anderen Entscheid betonte es, dass die aufgestellten Grundsätze nur für den eigentlichen Abstimmungskampf, nicht aber für Werbemassnahmen im Vorfeld desselben gelten<sup>35</sup>.

### 3. Rechtsgrundlagen

Hinsichtlich der Rechtsgrundlagen stützt sich die Informationstätigkeit der Bundesbehörden einerseits auf Art. 180 der Bundesverfassung, der in seinem zweiten Absatz bestimmt: «Er [Der Bundesrat] informiert die Öffentlichkeit rechtzeitig und umfassend über seine Tätigkeit, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.» Sodann heisst es in Artikel 10 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes unter dem Titel «Information»: «(1) Der Bundesrat gewährleistet die Information der Bundesversammlung, der Kantone und der Öffentlichkeit. (2) Er sorgt für eine einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information über seine Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren. (...)»<sup>36</sup> Nach Art. 11 des gleichen Gesetzes pflegt der Bundesrat die Beziehungen zur Öffentlichkeit. Bestimmungen zur behördlichen Informationstätigkeit finden sich überdies auch in vielen Spezialgesetzen<sup>37</sup>.

Die Art. 10a, 34, 40 und 54 RVOG und der Art. 23 der RVOV legen sachliche und personelle Zuständigkeiten in Bezug auf die Informationstätigkeit fest. Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte schliesslich bildet die Grundlage für die Erläuterungen des Bundesrates zu den Abstimmungsvorlagen.

### III. Schweizerisches Staatsverständnis

Man versteht das Problem der Abstimmungspropaganda nicht, wenn man es nicht im Kontext der allgemeinen politi-

schen Kultur der Schweiz betrachtet. Deshalb muss vor einer kritischen Würdigung der angesprochenen Veränderungen in Theorie und Praxis eine Beschäftigung mit den ideellen Grundlagen des schweizerischen Staatswesens stehen. Dabei sind nicht nur aktuelle, sondern auch ältere Quellen heranzuziehen – nicht in der Meinung, dass alles darin Enthaltene noch volle Gültigkeit hätte, sondern im Hinblick auf Wurzeln und Kontinuitäten.

Die schweizerische Staatsorganisation beruht auf der Leitvorstellung eines mündigen, politisch urteilsfähigen Bürgers. Dieser Bürger nimmt seine privaten, in Gemeinschaft mit den anderen aber auch die öffentlichen Aufgaben wahr. Er delegiert die Verantwortung für diese also prinzipiell nicht an politische Eliten. KARL SCHMID sprach von einer «allgemeinen, gefühlsmässigen Abneigung der Nation, irgendwelche Bereiche von Belang aus der Verantwortung aller zu entlassen, zu objektivieren und besonderen, abgesonderten Schichten und Ständen anheimzugeben.»<sup>38</sup> Die Sorge um das Gemeinwesen sei eine unteilbare und ungeschiedene geblieben. «Sie ist nicht zu parzellieren, und der Einzelne kann sich von ihr nicht emanzipieren.»<sup>39</sup>

ROUSSEAU hatte die Ansicht vertreten, dass die Souveränität nicht vertreten werden könne<sup>40</sup>. In dem Augenblick, in dem ein Volk sich Vertreter gebe, sei es nicht mehr frei; ja es bestehe gar nicht mehr<sup>41</sup>. Die Regierenden in der Demokratie hätten «nur einen Auftrag, ein Amt, in dem sie als einfache Beamte des Souveräns in seinem Namen die Macht ausüben, die er in sie gelegt hat und die er ein-

32 Vgl. TSCHANNEN (Fn. 17), S. 108 f.

33 BGE 119 Ia 280; 114 Ia 444.

34 BGE 119 Ia 280.

35 BGE 121 I 256 ff. Fragwürdig: Ist eine (unerwünschte) Lenkung der Meinungsbildung in bezug auf wichtige Themen doch auch über längere Zeiträume und ausserhalb des eigentlichen Abstimmungskampfes möglich (ebenfalls kritisch dazu SEILER, Auf dem Weg zu einer gelenkten Demokratie? [Fn. 23], S. 574 f.).

36 Vorläufer dieser Bestimmung war Art. 8 des Verwaltungsorganisationsgesetzes (VwOG) von 1978, der erstmals eine eigentliche Informationspflicht des Bundesrates statuierte.

37 Vgl. KARIN SUTTER-SOMM, Werbung aus dem Bundeshaus, in: recht 1991, S. 122 ff., 125 f.

38 KARL SCHMID, Aufsätze und Reden, Zürich/Stuttgart 1957, S. 41.

39 SCHMID (Fn. 38), S. 40.

40 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Du Contrat Social ou Principes du droit politique, in: ders., Oeuvres complètes, Band III: Du Contrat Social/Ecrits politiques, Paris 1964, S. 347 ff., 429 (Buch III, Kapitel XV).

41 ROUSSEAU (Fn. 40), S. 431.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

### Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

schränken, abändern und zurücknehmen kann, wann immer es ihm beliebt.»<sup>42</sup>

Es ist bis heute viel Rousseau'scher Geist zu spüren im Verhältnis der Schweizer zu ihren «Behörden». Praktisch nicht weniger wichtig als die modernen Theorien der Volkssouveränität indes dürften in dieser Hinsicht genossenschaftliche und versammlungsdemokratische Traditionen in weiten Teilen der heutigen Schweiz gewesen sein<sup>43</sup>. Immer schon sah man sich hierzulande in einer gemeinsamen Verantwortung für das Gemeinwesen und war man der Vorstellung abgeneigt, dass menschliche Hoheiten für einen und über einen zu entscheiden hätten. Dem Schweizer sei «jeder Untertanengeist fremd», schrieb – sicherlich etwas überhöht – Walo von Greyerz 1945<sup>44</sup>.

Die pompöse Repräsentanz, die in anderen Staaten selbstverständlich und auch gewünscht ist, hat in der Schweiz deshalb immer gefehlt. Man wählt nicht eine politische Führung, von der dann erwartet wird, dass sie die Zustände für einen verbesserte. Vielmehr hält die Bürgerschaft weitmöglichst die staatlichen Geschäfte selbst in der Hand. Es wuchs – mit dem Wort FRITZ FLEINERS<sup>45</sup> – ein elitenaverser «Volksstaat» und das typisch schweizerische System der Miliz<sup>46</sup>. Soweit man doch politisches Berufspersonal braucht, sind das keine Hoheiten, sondern Menschen, denen bestimmte Aufgaben und Ämter übertragen werden – also fast so etwas wie Beamte. «Auch die Regierungsleute sind in erster Linie als Verwaltungsbeamte berufen», schrieb FRITZ FLEINER im Hinblick auf die schweizerische Staatsordnung und ihre Unterschiedlichkeit zur deutschen<sup>47</sup>. Dieses ausgesprochen nüchterne Verhältnis zu den politischen Amtsträgern zeigte sich deutlich an der Landsgemeinde (deren Tradition im schweizerischen Staatswesen weiterlebt, auch wenn sie selbst heute fast überall abgeschafft ist): diese «wählte nicht den Landesvorgesetzten als solchen, sondern einen bestimmten Mann in ein bestimmtes Amt – z.B. zum Landammann, zum Pannerherrn.»<sup>48</sup>

Auch das oberste Exekutivorgan im Bund, der Bundesrat, hat ein verwaltungsartiges Gepräge – «Komiteecharakter» spricht GEORG KOHLER ihm zu<sup>49</sup>. Der Politiker wird eingebunden in ein System gegenseitiger Machtbeschränkung, das mit einiger Sicherheit garantiert, dass keiner zum grossen «Staatsmann» emporwachsen kann. So entsteht eine ruhige Demokratie – ohne Brillanz, aber eben auch ohne Demagogie und übersteigerte Erwartungen. Der Politiker steht nicht über dem Volk, sondern hat lediglich besondere Aufgaben. Bei MEINRAD INGLIN findet sich eine diesbezüglich bemerkenswerte Auflistung: «...mit dem wirklichen Volke, das aus Fabrikarbeitern, Kaufleuten, Bäckern, Nationalräten, Tramführern, Bauern und vielen anderen unkünstlerischen und geistlosen Menschen bestand.»<sup>50</sup>

Vom schweizerischen Politiker wird erwartet, dass er Geschäfte erledigt. Nicht aber, dass er nach abstrakten Programmen die Gesellschaft verbessert. Sachlichkeit prägt die hiesige politische Kultur<sup>51</sup>. Darin liegt

42 ROUSSEAU, (Fn. 40), S. 396 (Buch III, Kapitel I).

43 Vgl. ROMAN ABEGG, Die alte Eidgenossenschaft - Ein Versuch über die Genossenschaft, Diss. Zürich 1964; SILVANO MÖCKLI, Direkte Demokratie, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 56 ff.; ALOIS RIKLIN, Die schweizerische Staatsidee, in: ZSR 1982, S. 217 ff., 226 ff.; DERS./SILVANO MÖCKLI, Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 1, Bern/Stuttgart 1983, S. 9 ff., 41 f.; DIETRICH SCHINDLER, Die Staatslehre in der Schweiz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 25, Tübingen 1976, S. 255 ff., 264; KLAUS SCHUMANN, Das Regierungssystem der Schweiz, Köln u.a. 1971, S. 7 ff.; DANIEL THÜRER, Die drei traditionellen »Welten« der Bundesverfassung - Aufbruch zu einer vierten »Welt?«, in: Helmut Holzhey/Georg Kohler (Hrsg.), Verrechtlichung und Verantwortung, Bern/Stuttgart 1987, S. 221 ff., 224 ff. (leicht modifiziert auch in: DERS., Perspektive Schweiz, Zürich 1998, S. 93 ff., 94 ff.); KASPAR VILLIGER, Das Wesen der Talgenossenschaft prägt noch immer unser Verhalten, in: Neue Zürcher Zeitung vom 2. August 2000, S. 14; allgemein zu den Wurzeln des schweizerischen Staatsrechts ALFRED KÖZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992, S. 615 ff.

44 WALO VON GREYERZ, Bilderbuch unserer Demokratie, Bern 1945, S. 10.

45 FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat, in: Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 138 ff.

46 Vgl. RETO HERMANN MÜLLER, Das Milizsystem unter besonderer Berücksichtigung der Organisation für wirtschaftliche Landesversorgung, Diss. St. Gallen 1979, insb. S. 25 ff.; ALOIS RIKLIN, Milizdemokratie, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 41 ff.; JÜRGEN SINGER, Das Milizsystem unter wirtschaftlichen Aspekten, Bern/Stuttgart/Wien 1997, insb. S. 85 ff.

47 FRITZ FLEINER, Schweizerische und deutsche Staatsauffassung, in: Ausgewählte Schriften und Reden (Fn. 45), S. 235 ff., 239.

48 WOLFGANG WIRZ, Die Träger der verwaltenden Staatsgewalt im Kanton Unterwalden ob dem Wald, Diss. Zürich 1938, S. 68.

49 GEORG KOHLER, Die Wiederkehr der »Mitte«, in: St. Galler Tagblatt vom 30. Dezember 2000, S. 4. Vgl. auch BENJAMIN R. BARBER, The Death of Communal Liberty. A History of Freedom in a Swiss Mountain Canton, Princeton 1974, S. 176: »To this day, the Swiss seem less interested in the power of offices and the personality of officeholders than the citizens of other less direct democracies. The collegial federal executive with its anonymous rotating presidency continues to embody this predilection of direct democracy for treating the citizenry as the real government and the elected governors as powerless attendants.«

50 MEINRAD INGLIN, Schweizspiegel (1938), Berlin 1998, S. 54.

51 Vgl. CHRISTOPHER HUGHES, The Parliament of Switzerland, London 1962, S. 98.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

### Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

auch das Wesentliche in bezug auf die «halbdirekte Demokratie». Diese bedeutet gegenüber einer rein repräsentativen Demokratie im Grunde keinen Demokratiegewinn; denn je mehr das Volk über einzelne Fragen entscheidet, desto weniger Macht haben die politischen Organe und desto unbedeutender sind die – ebenfalls demokratischen – Wahlen. Es gibt einen «Trade-off» zwischen Wahl- und Abstimmungsdemokratie<sup>52</sup>. Jedoch verändert der Vorrang der Sachabstimmungen den Stil der politischen Auseinandersetzung: Er ist unter diesen Umständen nur über einzelne Fragen zu entscheiden; und nicht wie bei Wahlen über eine allgemeine und abstrakte Programmatik. So bewirkt die Abstimmungsdemokratie gegenüber der Wahldemokratie eine Versachlichung der politischen Diskussion; eine Pathos- und auch Enttäuschungsreduktion.

Für eine starke Regierung mit einem bestimmten Programm ist in diesem System kein Platz. Die weitgehende politische Neutralisierung des Regierungsorgans ist notwendiges Komplement zur Abstimmungsdemokratie, weil nur unter diesen Bedingungen eine sachliche Auseinandersetzung über Einzelfragen möglich ist. Besteht eine politisch eindeutig orientierte Regierung, so wird jede Abstimmung zu einem Votum für oder gegen diese umgedeutet<sup>53</sup>. Daher ist die Schweiz Proporz- und Konsensdemokratie<sup>54</sup>. Es fehlt der Antagonismus von Regierung und Opposition. Die Schweiz kennt keinen «Machtwechsel». Vielmehr werden alle wichtigen politischen Kräfte in ein System der Konkordanz eingebunden<sup>55</sup>. Peter Bichsel haben diese Umstände zur Aussage verleitet, die Schweiz werde nicht regiert, sondern bloss verwaltet<sup>56</sup>.

«Was Schweizer vor allem zusammenhält», bemerkte JONATHAN STEINBERG, «ist ein Demokratieverständnis von unten herauf, das so tief in den Knochen sitzt und so absolut selbstverständlich geworden ist, dass sie sich dessen nicht mehr bewusst sind.»<sup>57</sup> Dementsprechende schweizerische Eigenheiten sind auch empirisch nachweisbar. So sprechen sich in der Schweiz 41% der Bevölkerung Einfluss auf das Regierungshandeln zu – in Deutschland sind es nur 29%, in Österreich 24%<sup>58</sup>.

Auch in der Roman-Literatur hat das schweizerische Staatsverständnis verschie-

dentlich Niederschlag gefunden. In Gottfrieds «Geld und Geist» etwa kommt die gelebte Subsidiarität zum Ausdruck: «Nicht die Regenten regieren das Land, nicht die Lehrer bilden das Leben, sondern Hausväter und Hausmütter tun es, nicht das öffentliche Leben in einem Lande ist die Hauptsache, sondern das häusliche Leben ist die Wurzel von allem, und je nachdem die Wurzel ist, gestaltet sich das andere.»<sup>59</sup> Gottfried Keller legt im «Grünen Heinrich» dar, dass auch der politische Redner nicht etwa – gleichsam pädagogisch – über dem Volk steht: «Mit grossen Augen beschaut sich erst die Menge den einzelnen, der ihr etwas vorsagen will, und dieser, mutig ausharrend, kehrt sein bestes Wesen heraus, um zu siegen. Er denke aber nicht, ihr Meister zu sein; denn vor ihm sind andere dagewesen, nach ihm werden andere kommen, und jeder wurde von der Menge geboren; er ist ein Teil von ihr, welchen sie sich gegenüberstellt, um mit ihm, ihrem Kind und Eigentum, ein Selbstgespräch zu führen. Jede wahre Volksrede ist nur ein Monolog, den das Volk selber hält.»<sup>60</sup>

- 52 Vgl. WOLF LINDER, Schweizerische Demokratie, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 313 ff.; auch LEONHARD NEIDHART, Die politische Schweiz, Zürich 2002, S. 371 ff. Das gilt indessen nur theoretisch. Faktisch können sich die wichtigen politischen Kräfte im Repräsentativsystem über einzelne Fragen verständigen und diese so dem demokratischen Entscheidungsverfahren weitgehend entziehen.
- 53 Wie das kürzlich in Frankreich anlässlich der Abstimmung über den EU-Verfassungsvertrag wieder zu beobachten war.
- 54 Grundlegend hierzu GERHARD LEHMBRUCH, Proporzdemokratie, Tübingen 1967; AREND LIJPHART, Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries, New Haven/London 1984.
- 55 Vgl. KLAUS ARMINGEON, Konkordanz, Sozialpartnerschaft und wohlfahrtsstaatliche Politik in der Schweiz im internationalen Vergleich, in: Wolf Linder u.a. (Hrsg.), Schweizer Eigenart - eigenartige Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 69 ff., 70 ff.; WOLF LINDER, Politische Kultur, in: Ulrich Klöti u.a. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 13 ff., 24 ff.; ADRIAN VATTER, Die Wechselbeziehungen von Konkordanz- und Direktdemokratie, in: Politische Vierteljahresschrift 38 (1997), S. 743 ff.
- 56 PETER BICHSEL, Der heissgeliebte Ärger, in: DERS., Die Totaldemokraten - Aufsätze über die Schweiz, Frankfurt a. M. 1998, S. 75 ff., 76.
- 57 JONATHAN STEINBERG, Warum die Schweiz?, in: Georg Kohler (Hrsg.), Scheitert die Schweiz?, Zürich 1998, S. 82 f., 83; siehe auch dens., Why Switzerland?, 2. Aufl., Cambridge 1996, S. 73 ff.
- 58 KLAUS ARMINGEON/MARKUS FREITAG, Deutschland, Österreich und die Schweiz - Die politischen Systeme im Vergleich, Opladen 1997, S. 93; FRITZ PLASSER/PETER A. ULRAM (Hrsg.), Staatsbürger oder Untertanen? Politische Kultur Deutschlands, Österreichs und der Schweiz im Vergleich, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1993, S. 26.
- 59 JEREMIAS GOTTHELF, Geld und Geist oder Die Versöhnung, in: Sämtliche Werke, Band 7, Erlenbach-Zürich 1940, S. 366.
- 60 GOTTFRIED KELLER, Der grüne Heinrich II, in: Werke, Band 3, Zürich 1979, S. 168 f.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

### Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

Die politische Kultur und das politische System der Schweiz widersetzen sich insgesamt also der Idee einer ausdifferenzierten politischen Führung. Dass es so etwas wie eine administrative Führung geben muss, wird auch in der Schweiz gesehen: Jemand muss die Geschäfte vorbereiten usw. Aber dass eine spezialisierte Berufsgruppe für das Volk den Staat leiten würde und der Einzelne seine eigene Verantwortung für das Gemeinwesen an diese Politiker abtreten könnte: Diese Vorstellung wird nicht akzeptiert. Aus dieser Grundhaltung erwachsen auch die grössten Schwierigkeiten im Hinblick auf die Europäische Union: Für einen Franzosen oder Deutschen ist es selbstverständlich, dass politische Eliten die Geschicke bestimmen – für den Schweizer ist es ein Problem. Eines indes, dass im Ausland in der Regel gar nicht verstanden wird<sup>61</sup>.

#### IV. Information, aber keine Propaganda

Der aktuelle Trend zu einer aktiven Beteiligung der Behörden und besonders der Regierung an Abstimmungskämpfen steht zu dieser staatspolitischen Tradition in offensichtlicher Spannung: Der Bundesrat wird zu einer Führungsinstitution, welche die Bevölkerung in eine bestimmte Richtung zu bewegen und bestimmte Ansichten durchzusetzen trachtet.

An die Stelle der Einbindung aller relevanten Gruppen tritt eine programmatisch klar orientierte Regierung, der eine starke Opposition gegenübersteht. Die Volksabstimmung dient dann der Legitimationsbeschaffung für die politische Führung und ihren Kurs; wie umgekehrt eine Abstimmungsniederlage nun eine Niederlage der Regierung bedeutet. Dementsprechend sind die Behörden natürlich geneigt und geradezu verpflichtet, für ihren Standpunkt zu werben.

In diese Richtung bewegt sich unübersehbar vieles. Vor allem die Medien befördern dementsprechende Entwicklungen: Für sie wäre eine Bipolarität von Regierung und Opposition natürlich viel interessanter und ergiebiger als das denkbar unspektakuläre Modell der Konkordanz. Auch bei manchen politischen Kräften scheint das System der Konkordanz an Rückhalt zu verlieren und der Übergang zu einem Regierungs-/Oppositions-System zunehmend begrüsst zu werden. Dies jedoch bedeutete einen Bruch mit der schweizerischen Tradition, der nicht leichthin vollzogen werden sollte. Eine politische Nüchternheit, welche die Schweiz bestimmt und sie vor manchen Fehlern bewahrt hat, würde verschwinden, und auch hierzulande nähme wohl jenes unheilvolle Wechselspiel aus übertriebenen Erwartungen an die Politik und unvermeidlichen Enttäuschungen seinen Lauf, welches das politische Klima anderer Staaten in nicht eben günstiger Weise prägt.

Eine Mehrheitsregierung mit klarem Programm muss für ihre politischen Ziele werben und den Argumenten der Opposition ihre eigenen entgegensetzen können. Die zunehmend aktive Beteiligung des Bundesrates und der Bundesbehörden an Abstimmungskämpfen entspricht daher einem Regierungs-/Oppositions-System und deutet auf einen Trend in diese Richtung hin. Dagegen ist aus der Sicht der traditionellen schweizerischen Staatsorganisation ein solches Engagement des Bundesrates abzulehnen. Dieser steht über den einzelnen Parteien und wird von der Bevölkerung selber auf deren Ziele verpflichtet. Jede Form der staatlichen Propaganda ist daher abzulehnen. Gleichzeitig ist unbestreitbar, dass viele heutige Abstimmungsfragen von erheblicher Kompliziertheit sind. Zwar wird man es in erster Linie den freien Medien und letztlich den Bürgern selbst überlassen und auch zutrauen müssen, die damit verbundenen Informationspflichten zu erfüllen. Doch bedürfen dazu auch die Medien der Auskünfte und Dokumente von Seiten des Staates.

So dürfte im Hinblick auf die Frage nach der Beteiligung der Behörden an Abstimmungskämpfen denn entscheidend die Unterscheidung zwischen Information und Propaganda sein. Die Information der Stimmbürger durch den Staat ist erlaubt, ja recht-

61 Vgl. aber JONATHAN STEINBERG, *Why Switzerland?* (Fn. 57), S. 110: «Switzerland, as it now is, cannot accept an *acquis communautaire*, the command economy from Brussels or rule by higher civil servants, because the very essence of Swiss identity lies in self-determination from the bottom up. A top-down government confronts a bottom-up one and they are simply incompatible. The logic of the two approaches to government dictates that the Swiss either give up their national identity or stay out of the European Union.»

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

### Engi | Behördenkommunikation im Abstimmungskampf

lich geboten<sup>62</sup>; wogegen staatliche Propaganda nicht gutgeheissen werden kann<sup>63</sup>.

Unter Propaganda wird die «systematische Verbreitung politischer, weltanschaulicher o. ä. Ideen u. Meinungen mit dem Ziel, das allgemeine Bewusstsein in bestimmter Weise zu beeinflussen», verstanden<sup>64</sup>. Es geht dabei um eine «werbende, allerdings einseitige und auf nachhaltige Beeinflussung zielende Tätigkeit.»<sup>65</sup> Das Wort entstammt dem kirchlichen Bereich: Es wurde im Zusammenhang mit der Missionstätigkeit verwendet, insbesondere in der Bezeichnung «Congregatio de propaganda fide» für eine päpstliche Gesellschaft, die 1622 in Rom gegründet worden war<sup>66</sup>. Das Wort «Information» dagegen geht auf das lateinische «informatio» = Bildung, Belehrung zurück.

Die zitierten Definitionen zum Wort «Propaganda» beinhalten beide eine Zielsetzung<sup>67</sup>: Wer Propaganda betreibt, tut dies, um jemanden in eine bestimmte Richtung zu lenken; um den Adressaten in seinem Sinne zu beeinflussen<sup>68</sup>. In diese Motivlage dürfte ein wesentlicher Unterschied zur Informationstätigkeit liegen: Wer informiert, unterrichtet einen anderen über eine bestimmte Sache. Der Informant liefert dem Rezipienten die notwendigen Grundlagen für dessen eigenes, freies Urteil. Dagegen will der Propagandist, dass der andere seine eigene Ansicht übernimmt. In dieser Absicht kann er auch Informationen vermitteln – aber eben nur die, welche seinen eigenen Standpunkt stützen<sup>69</sup>.

Propaganda und Information haben insofern geradezu einen gegensätzlichen Charakter. Das tritt in einem alten Werk von FRIEDRICH SCHÖNEMANN (einem Wegbereiter des Nationalsozialismus) deutlich zutage: Bei der Propaganda könne es sich «nicht um gründliche Aufklärung und Belehrung handeln, sondern nur um die Beeinflussung mit möglichst einfachen Mitteln, mit dem einen Ziel der Massenwirkungen.»<sup>70</sup> Der gut informierte Bürger ist gerade nicht mehr empfänglich für Propaganda<sup>71</sup>. Propaganda lässt sich dementsprechend auch beschreiben als «the organized attempt through communication to affect belief or action or inculcate attitudes in a large audience in ways that circumvent or suppress an individual's adequately informed, rational, reflective judgment.»<sup>72</sup>

Mit Blick auf die politische Kultur der Schweiz ist die Idee abzulehnen, dass die Regierung eine bestimmte Zielrichtung vorgebe und das Volk mit den Mitteln der Werbung davon zu überzeugen hätte. Dagegen soll und muss die Verwaltung dem mündigen Bürger im Hinblick auf komplizierte Sachfragen die Informationen liefern, die dieser benötigt, um sich eine eigene Meinung bilden zu können. Die Grenzziehung zwischen der ersten Tätigkeit und der zweiten wird praktisch zuweilen schwierig und strittig sein; und doch scheint der prinzipielle Unterschied recht klar. Die staatlichen Behörden haben an sich die Frage zu richten: Wollen wir den Stimmbürger nur von der von uns als richtig erachteten Meinung überzeugen, oder möchten wir ihn instand setzen, sich aufgrund umfassender Kenntnis ein eigenes Urteil zu bilden?

Im zweiten Fall werden die Behörden objektiv über Sachfragen informieren; unter Beleuchtung aller Aspekte und Benennung aller Vor- und Nachteile. Gegen eine solche aufklärerische Tätigkeit ist auch im Lichte der schweizerischen Tradition nichts einzuwenden. Dagegen ist eine obrigkeitliche Lenkung der öffentlichen Meinung mit jener nicht vereinbar. ■

62 Vgl. oben Ziff. 2.c).

63 Das ist auch die Haltung der Informationsbeauftragten des Bundes: vgl. Information und Kommunikation von Bundesrat und Bundesverwaltung, Leitbild der Konferenz der Informationsdienste (KID), Januar 2003, S. 4.

64 Duden - Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 6, 2. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 1994, S. 2637.

65 Brockhaus-Enzyklopädie, Siebzehnter Band. 19. Aufl., Mannheim 1992, S. 536.

66 Vgl. zur Begriffsgeschichte WOLFGANG SCHIEDER/CHRISTOF DIPPER, Artikel «Propaganda», in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Band 5, Stuttgart 1984, S. 69 ff.

67 Dementsprechend auch HUGENSCHMIDT (Fn. 22), S. 185: »Aus genannten Beispielen lässt sich ableiten, dass mit Propaganda politische Ideen in manipulativer Weise verbreitet werden, um das allgemeine politische Bewusstsein in bestimmter Weise zu beeinflussen oder zu steuern.«

68 Vgl. auch die Definitionen in GARTH S. JOWETT/VICTORIA O'DONNELL, Propaganda and Persuasion, Beverly Hills 1986, S. 15 f.; ANTHONY R. PRATKANIS/ELLIOT ARONSON, Age of Propaganda, New York 2001, S. 11.

69 Vgl. auch BERTRAND RUSSELL, Education and the Social Order, London 1971, S. 126: Propaganda is distinguished »from instruction by its motive, which is not the dissemination of knowledge but the generating of some kind of party feeling. It may differ from instruction in nothing but motive, since it may (though this is exceptional) consist entirely of accurate information; but even then it will consist of such information as tends in a given direction, to the exclusion of such as has a contrary tendency.«

70 FRIEDRICH SCHÖNEMANN, Die Kunst der Massenbeeinflussung in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2. Aufl., Berlin/Leipzig 1926, S. 197.

71 Vgl. auch TOBIAS URSPRUNG, Propaganda, Interessengruppen und Direkte Demokratie, Diss. Basel, Heidelberg 1994, S. 16.

72 RANDAL MARLIN, Propaganda and the Ethics of Persuasion, New York 2003, S. 22.

# La «jurisprudence» du Conseil suisse de la presse concernant le secret des sources

Stéphane Werly

Docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université de Genève

**Zusammenfassung:** *Der Quellenschutz der Journalisten ist in der Schweiz sowohl im Gesetz als auch durch die berufsethischen Grundsätze anerkannt. Der Schweizerische Presserat befürwortet in seinen Stellungnahmen - entgegen dem gesetzlichen Ansatz - eine systematische Abwägung der verschiedenen Interessen zur Lösung der Frage, ob ein Journalist die Quelle bekannt geben muss oder nicht. Die Ausdehnung des Schutzes, wie ihn die Ethik anbietet, entspricht der gesetzlichen Regelung. Schliesslich darf man nicht vergessen, dass Nicht-Bekanntgabe der Quelle die Ausnahme sein sollte.*

## I. Introduction

Le journaliste s'engage à ne pas révéler de qui il tient son information. Cette règle fondamentale de la profession est ancrée depuis longtemps dans les textes de déontologie journalistique. Ainsi, en Suisse, le chiffre 6 de la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste énonce expressément que le professionnel des médias doit «[g]arder le secret professionnel (...) [et] ne pas révéler la source des informations obtenues confidentiellement». La Directive 6.1 (secret rédactionnel) précise en outre que «[l]e devoir professionnel de garder le secret rédactionnel est plus large que l'autorisation légale de refuser de témoigner. Ce secret protège les sources matérielles du/de la journaliste (notes, adresses, enregistrements de sons ou/et d'images, etc.). Il protège ses informateurs, dès lors que ces personnes n'ont accepté de lui parler que pour autant que les informations publiées ou diffusées ne permettent pas de les identifier». Enfin, la Directive 6.2 (exceptions à la dispense de témoignage) ajoute encore que «[q]uels que soient les cas d'exception prévus par la loi à la dispense de témoignage du/de la journaliste, il convient d'opérer dans chaque situation une pesée des intérêts entre le droit du public à être informé et d'autres intérêts dignes de protection. Cette évaluation doit avoir lieu si possible avant, et non après, l'engagement à respecter la confidentialité de la source des informations. Dans certains cas extrêmes, le/la journaliste peut se sentir délié/e de son engagement à la confidentialité: notamment dans le cas où il/elle prendrait connaissance de crimes ou de menaces particulièrement graves, ainsi que

d'une atteinte à la sécurité intérieure ou extérieure de l'État».

Si l'idée de permettre aux gens des médias de ne pas témoigner est consacrée depuis des décennies par la profession, notre pays, en revanche, a eu beaucoup de peine à accoucher d'une réglementation sur le sujet. En effet, ce n'est que récemment, au terme d'un processus législatif long et compliqué, que la protection des sources a été consacrée dans notre arsenal juridique. Ainsi, l'article 27<sup>bis</sup> CP<sup>1</sup> reconnaît désormais aux professionnels des médias et à leurs auxiliaires le droit de ne pas déposer en justice, pour autant toutefois que la publication d'informations ait lieu dans un média à caractère périodique<sup>2</sup>. Cependant, selon l'alinéa 2 de la disposition, le journaliste ne peut refuser d'apporter son témoignage, d'une part, si le juge constate qu'il «est nécessaire pour prévenir une atteinte imminente à la vie ou à l'intégrité corporelle d'une personne» (lettre a) et, d'autre part, lorsqu'une infraction figurant dans le catalogue exhaustif de l'article 27<sup>bis</sup> alinéa 2 lettre b CP ne pourrait pas être élucidée sans ce témoignage.

Au fil des ans, le Conseil suisse de la presse a eu l'occasion de se pencher aussi bien sur les conditions du droit au secret que sur son contenu. Certes, cette institution doit se contenter

1 Il faut encore relever que l'art. 17 al. 3 Cst garantit également le secret de rédaction.

2 Pour un examen détaillé des différentes conditions renfermées par la loi, voir WERLY S., La protection du secret rédactionnel, analyse de l'article 27<sup>bis</sup> CP, in Zen-Ruffinen P. (éd.), Les secrets et le droit, Genève, Zurich, Bâle 2004, p. 353 ss., p. 358-362.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Werly | La «jurisprudence» du Conseil suisse de la presse concernant le secret des sources

de faire des constatations et de formuler des recommandations (art. 14 al. 4 Règlement CSP). Pourtant, si ses décisions ne sont pas contraignantes, elles se révèlent néanmoins d'un grand intérêt, en ce sens qu'elles influencent parfois les tribunaux et qu'à travers elles, le Conseil suisse de la presse interprète, approfondit et développe les règles déontologiques contenues dans la Déclaration et ses Directives, dans un esprit jurisprudentiel<sup>3</sup>.

La présente contribution a pour objectif de rendre compte chronologiquement des prises de position du Conseil suisse de la presse ayant trait au secret de rédaction en les confrontant avec la garantie légale du droit de refuser de témoigner, ainsi qu'avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.

### II. La première décision: l'affaire Yvonne

La télévision suisse alémanique diffusa, le 3 février 1987, une émission consacrée au SIDA. Au cours de celle-ci, une prostituée porteuse du virus HIV donna une interview à trois journalistes dans laquelle elle confia, sous le couvert de l'anonymat (elle

prit le pseudonyme d'Yvonne), pratiquer l'acte sexuel avec ou sans préservatif, selon le souhait de ses clients<sup>4</sup>. Suite à ces révélations, le Procureur général du canton de Zurich ouvrit une enquête pénale au titre de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP). Se penchant sur l'affaire, le Conseil suisse de la presse déclara que le secret professionnel est toujours soumis à une pesée des intérêts en présence: «[d]ans la mesure même où le secret professionnel des journalistes relève d'une éthique interne, non reconnue par la loi, les journalistes ont un intérêt évident à exercer eux-mêmes la «pesée des intérêts», assumant ainsi totalement la responsabilité de leur décision, plutôt que de laisser au juge l'appréciation de ce point essentiel»<sup>5</sup>. Ainsi, in casu, la balance des intérêts penchait nettement en faveur du respect de la promesse d'anonymat, faute de quoi le témoignage d'Yvonne, moyen efficace pour convaincre un large public que toute personne est menacée par le virus HIV, n'aurait pu être recueilli. La position du Conseil suisse de la presse influença favorablement la justice, qui fit preuve d'une relative mansuétude à l'encontre des journalistes. En effet, ces derniers, qui refusèrent de donner le véritable nom de la belle-de-nuit à tous les stades de la procédure, furent condamnés à une amende de quatre cent francs chacun pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP)<sup>6</sup>. À une époque où la reconnaissance d'un droit des médias de refuser de témoigner n'était pas réglée de manière satisfaisante dans le code pénal<sup>7</sup>, le Conseil suisse de la presse adopta donc une position sans équivoque, prônant la mise en balance systématique des intérêts en présence. Ainsi, cette opération doit nécessairement être effectuée dans chaque cas d'espèce, le droit du public à l'information pouvant tout à fait s'effacer, concrètement, devant d'autres intérêts dignes de protection, comme la vie privée, l'honneur des personnes, l'ordre public ou encore la sécurité de l'État. Pourtant, quelques années plus tard, le Conseil suisse de la presse allait, étrangement, amorcer un dangereux virage.

### III. L'abandon de la pesée des intérêts: l'affaire de la SonntagsZeitung

La SonntagsZeitung publia, en date du 4 décembre 1994, un article faisant état de

**Résumé:** En Suisse, la protection des sources journalistiques est garantie aussi bien par les textes déontologiques de la profession que par le droit. Dans ses prises de position sur le sujet, le Conseil suisse de la presse préconise notamment, au contraire de la solution légale, une mise en balance systématique des divers intérêts en conflit, afin de déterminer si le journaliste peut être délié de son engagement à la confidentialité. Quant à l'étendue de la protection offerte par l'éthique, elle correspond en tous points à la solution consacrée par la loi. Finalement, il ne faut pas perdre de vue que la non-indication des sources doit rester une exception.

- 3 CORNU D., *Journalisme et vérité*, Genève, Labor et Fides, 1994, p. 130.
- 4 Selon RIKLIN F., *Schweizerisches Presserecht*, Berne 1996, § 6, N. 27, elle n'attirait pas expressément l'attention de ses clients sur le fait qu'elle était séropositive. Pour un avis contraire, voir KÜNZI M., *Medienethik und Recht: Berührungspunkte und Konflikte*, *medialex* 2/96, p. 73 ss et 77.
- 5 Conseil suisse de la presse, *Prise de position du 21 juillet 1987 sur la protection des sources dans l'affaire «Yvonne»* (Télévision DRS), *Recueil des Prises de position du Conseil suisse de la presse 1983-1989*, p. 54 ss.
- 6 Tribunal de district de Zurich du 5 février 1988 (décision du juge unique en matière pénale). Dans cette affaire, tout en ne reconnaissant aucun droit de refuser de témoigner aux deux journalistes, le juge a prononcé une peine relativement douce car, selon lui, les motifs de refus avancés par les journalistes étaient légitimes et respectables, vu l'importance de la prévention et de l'information sur de tels comportements à risques dans le domaine du sida, principalement à une époque où les campagnes officielles contre ce virus ne faisaient que débiter: ROSTAN B., *La protection des sources, pierre angulaire de l'information*, *medialex* 2/96, p. 83 ss et 86.
- 7 Axé sur la publication anonyme, l'article 27 aCP accordait uniquement à certaines personnes un droit de ne pas nommer l'auteur souhaitant garder l'anonymat, lorsqu'une infraction avait été commise par la voie de la presse périodique et consommée par la publication.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Werly | La «jurisprudence» du Conseil suisse de la presse concernant le secret des sources

trafics d'armes utilisant la Suisse pour plaque tournante. Cet écrit se basait sur des documents confidentiels du Ministère public de la Confédération. Afin d'en savoir plus sur ces machinations, l'auteur du papier et rédacteur du journal avait préalablement contacté le service du Procureur général de la Confédération. Il lui fut répondu qu'aucun commentaire ne serait livré sur le sujet. Toutefois, une fois convaincu que le journaliste était effectivement en possession des documents, le Procureur général envoya un fax à la rédactrice en chef adjointe de la revue lui demandant d'exclure toute publication. La *SonntagsZeitung* passa outre cette recommandation, estimant que le Ministère public n'avait pas assez justifié l'interdiction de publication et que les documents confidentiels portaient sur des faits vieux de plus de six mois, ce qui ôtait à ces derniers leur caractère secret. Le 6 décembre 1994, les locaux du journal, de même que le domicile des journalistes impliqués, furent perquisitionnés. Plusieurs documents furent saisis et mis sous scellés. Le 13 janvier 1995, la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral autorisa la levée des scellés<sup>8</sup>, afin d'identifier la source de l'indiscrétion<sup>9</sup>. Le Procureur général, considérant que la publication de l'article avait rendu les opérations des six derniers mois sans valeur, engagea une action pénale contre le rédacteur et son adjointe pour publication de débats officiels secrets (art. 293 CP) et entrave à l'action pénale (art. 305 CP)<sup>10</sup>.

Le Conseil suisse de la presse fut également saisi de l'affaire<sup>11</sup>. Selon lui, les journalistes sommés de faire connaître leurs sources ont l'obligation de rejeter catégoriquement cette demande, peu importe à cet égard le cas de figure. En fin de compte, si, dans sa décision prise dans l'affaire de la prostituée, le Conseil suisse de la presse prônait une pesée systématique des intérêts en présence en matière de secret des sources, il recommandait désormais de refuser de manière absolue de divulguer l'origine des sources secrètes. Cette position est hautement critiquable, en ce sens que l'intérêt de la justice peut, dans un cas concret, prévaloir sur celui de la protection des sources. Ainsi, on ne saurait notamment admettre que la protection du secret rédactionnel soit, in abstracto, de nature à l'emporter sur une violation de l'article 320 CP<sup>12</sup>. Moins de deux ans plus tard, le Conseil suisse de la presse allait judicieusement revenir à une position plus soutenable.

#### IV. Le retour à la pesée des intérêts: l'affaire Jagmetti

Le 19 décembre 1996, Carlo Jagmetti, ambassadeur suisse à Washington, adressa un rapport stratégique secret à Thomas Borer, chef de la Task Force au Département fédéral des affaires étrangères, dans lequel il analysait, en des termes virulents, les menaces potentielles que pouvaient représenter les organisations juives américaines. Un mois plus tard, la *SonntagsZeitung* et d'autres quotidiens publièrent des extraits de ce document. Devant l'ampleur que prenait l'affaire, l'ambassadeur n'eut d'autre choix que de démissionner. Il s'ensuivit une procédure contre le journaliste qui avait rédigé l'article, pour publication de débats officiels secrets (art. 293 CP)<sup>13</sup>. Le Conseil suisse de la presse estima que si les médias doivent toujours faire état des informations présentant un intérêt public, que leur source soit officielle ou confidentielle, ils ont l'obligation, avant toute publication d'information confidentielle, procéder à une soigneuse pesée des intérêts et évaluer notamment si des intérêts dignes de protection pourraient être atteints<sup>14</sup>. Ainsi, le Conseil suisse de la presse revint judicieusement à sa première jurisprudence dans le domaine: les collaborateurs des médias doivent procéder dans chaque situation à une soigneuse pesée des intérêts,

- 8 Arrêt du 13 janvier 1995 (non publié aux ATF), reproduit dans *medialex* 1/95, p. 51 ss.
- 9 Finalement, l'auteur de la violation du secret de fonction, qui avait remis les documents confidentiels au journaliste, ne fut jamais identifié.
- 10 Le 3 avril 1996, les journalistes furent condamnés à une amende de trois mille francs pour publication de débats officiels secrets, mais furent libérés du second chef d'accusation: SIMONET A., Le secret rédactionnel entre droit et éthique, in Killias M. (éd.), *L'éthique et le droit: discordances et points de rencontre*, Fribourg 2000, p. 43 ss et 60.
- 11 Conseil suisse de la presse, Veröffentlichung vertraulicher Informationen und Berufsgeheimnis (Bundesanwaltschaft/SonntagsZeitung), Prise de position 2/95 du 7 mai 1995, <http://www.presserat.ch/9502.htm>.
- 12 SIMONET A., op. cit. (n. 10), p. 60.
- 13 Quant à la personne qui lui avait remis le document, elle ne fut jamais identifiée. Il s'agissait sans doute d'un fonctionnaire du Département fédéral des affaires étrangères.
- 14 Prise de position du Conseil suisse de la presse 1/1997 du 4 mars 1997, Veröffentlichung vertraulicher Informationen (Jagmetti/SonntagsZeitung), <http://www.presserat.ch/9701.htm>. In casu, si la confidentialité des rapports diplomatiques internes était justifiée, elle ne saurait toutefois être protégée à n'importe quel prix.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Werly | La «jurisprudence» du Conseil suisse de la presse concernant le secret des sources

afin de pouvoir déterminer si la garantie du secret constitue un intérêt prépondérant. Cette position n'allait, jusqu'à ce jour, plus être remise en question.

Pourtant, ce n'est pas cette voie que notre Cour suprême suivit. En effet, cette dernière, faisant peu de cas du rôle des médias dans la démocratie et de leur fonction, refusa d'admettre que les journalistes peuvent, sur le plan éthique, publier des informations confidentielles, sous réserve d'un intérêt public supérieur. Les juges fédéraux confirmèrent donc l'amende de huit cent francs infligée à l'auteur de l'article, coupable d'avoir violé l'article 293 CP: selon eux, l'intérêt de l'autorité à la discrétion était supérieur à celui du public à l'information<sup>15</sup>. Pourtant, on cherchera vainement dans la décision prétorienne la trace d'une définition des intérêts légitimes dans le domaine de l'information du public. En définitive, les juges de Mon-Repos refusèrent une interprétation plus souple de l'article 293 CP pourtant préconisée par le sens du secret rédactionnel et souhaitable par rapport à la Constitution.

### V. L'étendue de la protection: l'affaire Gross c. Auchlin

En décembre 1999, la Tribune de Genève relata dans trois articles le témoignage d'un journaliste devant un juge d'instruction genevois, concernant le comportement d'un Procureur avec lequel il entretenait des relations professionnelles. Un autre journaliste saisit le Conseil suisse de la presse. Il souhaitait savoir si le témoin n'avait pas enfreint l'obligation de tenir secrètes les sources de ses informations confidentielles et s'il ne s'était pas conduit en auxiliaire de la justice en procédant à un échange d'informations avec le Procureur. Se prononçant sur le chiffre 6 de la Déclaration, le Conseil suisse de la presse précisa que le secret rédactionnel a pour conséquence que les journalistes «doivent tenir rigoureusement secrètes, non seulement l'identité de leurs sources confidentielles, mais aussi toutes les informations que celles-ci leur ont demandé de ne pas révéler parce qu'elles permettraient de les identifier. Cette obligation de secret ne saurait faire l'objet d'un marchandage quelconque dans le cadre d'un échange d'informations confidentielles avec des tiers»<sup>16</sup>. De la sorte, le

Conseil suisse de la presse admet explicitement que le secret rédactionnel ne pourrait être complet si les autorités judiciaires avaient une quelconque emprise sur ce qui constitue le domaine interne des médias. En conséquence, tout ce qui permet de garantir la libre information du public doit être soustrait aux autorités de poursuite. À l'instar de la consécration légale, la protection s'étend donc également, outre à l'identité de l'auteur et au nom de l'informateur, à la substance de l'information<sup>17</sup>. Il s'agit en premier lieu du contenu écrit, oral, sonore ou visuel d'une information qui n'a pas été publiée<sup>18</sup>. Ensuite, l'ensemble du matériel que le journaliste se procure par ses propres recherches (dossiers, notes, photos, enregistrements, documents et prises de vues) est également protégé<sup>19</sup>. En conséquence, contrairement à ce qu'affirme la Directive 6.2, le devoir professionnel de garder le secret rédactionnel n'est pas plus large que l'autorisation légale de refuser de témoigner.

### VI. Les dernières affaires: le principe de l'indication du nom des informateurs

Une règle de base de l'information exige que le journaliste indique ses sources, afin de permettre au lecteur de pondérer l'information<sup>20</sup>. En conséquence, le devoir de garder le silence sur ses sources reste une exception et ne s'applique que dans des situations très particulières, principalement

15 ATF 126 IV 254 s.

16 Conseil suisse de la presse, Relations étroites entre un journaliste et sa source (G. c. A.), prise de position 22/2000 du 11 août 2000, <http://www.presserat.ch/11130.htm>.

17 WERLY S., op. cit. (n.2), p. 363.

18 BARRELET D., Droit de la communication, Berne, 1998, n° 1198; ZELLER F., Art. 27<sup>bis</sup>, in Niggli M. A./Wiprächtiger H. (éd.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Bâle 2002, p. 330-340, n° 20.

19 RIKLIN F., Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, *medialex* 3/99, p. 156-161; SIDLER M./ZACHARIAE J., «Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet»? Aber wodurch? Zur partiellen Unvereinbarkeit von Art. 27<sup>bis</sup> StGB mit Art. 10 EMRK und Art. 17 Abs. 3 BV, in Camprubi M. (éd.), Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 69-92; TRECHSEL S./NOLL P., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6<sup>ème</sup> édition, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 240; ZELLER F., op. cit. (n. 18), n° 21; ZELLER F., Öffentliches Medienrecht: mit einer Kurzeinführung in die Rechtswissenschaft, Berne 2004, p. 226.

20 Il faut ajouter par ailleurs que les informateurs ne donnent pas toujours leurs renseignements sous la condition que leur identité reste secrète, certains tenant, bien au contraire, à être nommés.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Werly | La «jurisprudence» du Conseil suisse de la presse concernant le secret des sources

lorsque l'informateur s'est confié de manière confidentielle, que la discrétion lui a été promise ou qu'il pourrait subir des préjudices en raison de la divulgation<sup>21</sup>. Curieusement, le Conseil suisse de la presse ne s'était jamais prononcé sur cet aspect. Il allait remédier à cet état de fait. Ainsi, selon lui, «[p]ar principe, les sources doivent être rendues publiques. Exceptionnellement il est admissible de renoncer à indiquer nommément la source d'une information, pour autant que la publication de ces informations soit dans l'intérêt public et lorsque ces informations ne pourraient être rendues publiques sans la garantie de l'anonymat. Ce faisant, il convient de faire état - jusqu'à la limite de l'identification - des caractéristiques significatives de l'informateur cité»<sup>22</sup>, cette description précise étant commandée par le principe de la propor-

tionnalité<sup>23</sup>. Le Conseil suisse de la presse ajouta également que la protection des sources s'impose lorsque les personnes visées par les reproches d'un informateur n'ont pas besoin d'en connaître avec précision l'identité pour prendre position<sup>24</sup> et que, si le respect de l'anonymat est, en règle générale, légitime s'agissant de collaborateurs occupant des fonctions subordonnées, il n'en va pas nécessairement de même des cadres<sup>25</sup>. En fin de compte, si la discrétion apparaît comme une condition posée par la source à la divulgation de renseignements, le journaliste doit essayer de la convaincre d'assumer ouvertement ce qu'elle dit<sup>26</sup>. Ce n'est qu'en cas d'échec que le journaliste doit, si toutefois il l'estime justifié, lui promettre l'anonymat comme le lui commande son devoir déontologique<sup>27</sup>.

### VII. Conclusion

Si la protection des sources constitue un moyen essentiel dans la discussion de thèmes d'intérêt public, elle ne saurait pourtant être absolue. Dès lors, il est indiscutable qu'une déposition doit notamment être exigée lorsque la vie d'une personne est en jeu ou lorsqu'elle sert directement à élucider un crime particulièrement grave<sup>28</sup>. Tant l'éthique que le droit reconnaissent cela, avec des aménagements néanmoins fortement dissemblables. Ainsi, tranchant singulièrement avec la consécration légale, qui a délimité de manière abstraite les exceptions au droit de refuser de témoigner dans une liste pléthorique d'exceptions, le Conseil suisse de la presse préconise une pesée systématique des intérêts en conflit, comme le commande la Directive 6.2. On peut toutefois se demander s'il n'appartient pas à un juge de procéder à cette opération, de préférence à un journaliste. S'agissant ensuite de l'étendue de la protection, le droit correspond en tous points avec l'éthique, ce qui a pour effet de renforcer la relation de confiance existant entre les informateurs et les professionnels des médias. ■

- 21 Département fédéral de justice et police, Rapport de la Commission d'étude de droit pénal et de procédure pénale des médias, Berne, 1991, p. 28.
- 22 Conseil suisse de la presse, Quellenschutz/Veröffentlichung anonymer Vorwürfe (Leutenegger c. Tages-Anzeiger), prise de position 6/2001 du 19 janvier 2001, <http://www.presserat.ch/14520.htm>.
- 23 Conseil suisse de la presse, Kommentarfreiheit/Quellen/Anhörung/Berichtigungspflicht/Diskriminierung (Schweizerische Flüchtlingshilfe c. Weltwoche), prise de position 39/2003 du 28 août 2003, <http://www.presserat.ch/20390.htm>.
- 24 Conseil suisse de la presse, Informantenschutz (Narconon c. Tages-Anzeiger), Prise de position 11/2001 du 19 janvier 2001, <http://www.presserat.ch/14590.htm>. Voir également Conseil suisse de la presse, Liberté de commenter/Information complète/Protection des sources/Audition lors de reproches (Fabarez c. Klar-text), Prise de position 11/2002 du 15 février 2002, <http://www.presserat.ch/15370.htm>. Dans cette dernière affaire, le Conseil suisse de la presse confirma que la protection des sources prime l'obligation d'indiquer les sources lorsque la garantie de la confidentialité préserve des intérêts prépondérants.
- 25 Conseil suisse de la presse, Kommentarfreiheit/Quellen/Anhörung/Berichtigungspflicht/Diskriminierung (Schweizerische Flüchtlingshilfe c. Weltwoche), prise de position 39/2003 du 28 août 2003, <http://www.presserat.ch/20390.htm>. Dans cette affaire, le journal avait publié deux articles dénonçant la politique d'asile de la Suisse. Certaines œuvres d'entraide firent l'objet de critiques, dont l'Aide suisse aux réfugiés. Le Conseil suisse de la presse reprocha à la Weltwoche, dès lors que le directeur de cette organisation avait été mis en cause, de ne pas avoir mentionné le nom de personnes exerçant des fonctions de cadre.
- 26 CORNU D., op. cit. (n. 3), p. 104.
- 27 SIMONET A., op. cit. (n. 10), p. 58.
- 28 BARRELET D., op. cit. (n. 18), n° 85.