Schützt das Arbeitsrecht Journalisten und Journalistinnen genügend?

Thomas Geiser
Professor für … St. Gallen

Résumé: *Les règles déontologiques exigent de l'indépendance de la part des journalistes. Mais en général, ces derniers sont dépendants des entreprises de médias sur le plan économique. La plupart du temps, ils sont liés auxdites entreprises par un rapport de travail. Il n'existe toutefois aucune protection contre le licenciement assurant l'emploi. L'opinion publique contraint néanmoins chaque entreprise de média à respecter les principes déontologiques du journalisme libre si celle-ci veut avoir du succès. Le manque de protection juridique peut être compensé par le biais d'accords contractuels dans lesquels l'entreprise s'engage à respecter les directives du Conseil de la presse et à garantir les droits des journalistes qui y sont énoncés. Ces accords peuvent être intégrés à un contrat individuel de travail ou à une convention collective.*

I. Einleitung

1. Fragestellung

Der Beruf eines Journalisten ist mit hohen Risiken verbunden. Es geht regelmässig um die öffentliche Meinungsbildung. Sie ist für eine demokratische und offene Gesellschaft von zentraler Bedeutung. Die öffentliche Meinung kann sich aber nur frei bilden, wenn die Journalistinnen und Journalisten auch unangenehme Themen aufgreifen können, welche den «Mächtigen» in unserer Gesellschaft nicht passen. Die Journalisten und Journalistinnen müssen frei von Druck und nur ihrem Gewissen verpflichtet berichten können[1].

Dabei handelt es sich aber um ein Ideal, das nie ereicht werden kann. Freiheit ist etwas sehr relatives. Die Verpflichtung gegenüber dem Gewissen auch. Jeder und jede ist in ein Beziehungsgeflecht eingebunden, welches Rücksichtnahmen voraussetzt und erfordert. Das gilt ganz besonders für Personen, welche beruflich auf Informationen angewiesen sind und deshalb ein Beziehungsnetz für ihre Arbeit brauchen. Es müssen zwingend Kompromisse gemacht werden. Von daher kann es immer nur um die Frage gehen, wie kann der Druck klein gehalten und die Unabhängigkeit gefördert werden.

Bei den meisten Journalisten kommt dazu, dass sie im Rahmen eines Medienunternehmens arbeiten. Sie hängen existenziell vom Medienunternehmen ab und sind vertraglich an dieses gebunden. Damit kommt für die Unabhängigkeit der Journalistinnen und Journalisten der rechtlichen Ausgestaltung des Vertrages entscheidende Bedeutung zu.

2. Rechtsgrundlagen

A. Vertragliche Einordnung

Verträge auf Arbeitsleistung können rechtlich sehr verschieden ausgestaltet sein. Es kann sich um einen Arbeitsvertrag[2], um einen Auftrag[3] mit seinen verschiedenen Sonderformen oder einen Werkvertrag[4] handeln. Daneben gibt es auch die Möglichkeit diese Vertragsarten zu mischen[5] oder den Vertrag so auszugestalten, dass er unter keine dieser geregelten Vertragsarten fällt[6]. Die rechtliche Qualifikation ist im Einzelfall von zentraler Bedeutung, weil die arbeitende Vertragspartei bei den einzelnen Vertragsarten in ganz unterschiedlichem Masse in ihren Interessen geschützt wird. Insbesondere zeichnet sich das Arbeitsvertragsrecht durch eine Vielzahl von Schutznormen aus, welche zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingend ausgestaltet sind.

Ohne auf die Abgrenzung der einzelnen Vertragsarten hier weiter einzugehen, gilt es festzuhalten, dass ein Arbeitsvertrag ein Unterordnungsverhältnis voraussetzt[7]. Ein solches schafft zwingend ein Abhängig-

1 Vgl. Schweizerischer Presserat, «Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» vom 21. Dezember 1999.
2 Art. 319 ff. OR.
3 Ar. 394 ff. OR.
4 Art. 363 ff. OR.
5 BGE 109 II 465 ff.
6 Verträge sui generis. BGE 112 II 46; 118 II 163 ff.; Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd VII/4, Basel 2005, S. 27 ff.; Geiser Tomas, Neue Arbeitsvertragsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Arbeitsformen -veraltetes Arbeits- und sozialversicherungsrecht?, Bern 1996, Rz. 2.21. ff.; Fellmann Walter, Berner Kommentar, 1992, N. 293 ff. zu Art. 394 OR; Hofstetter Josef, Le mandat et la gestion d'affaires, TDPS Bd. VII/II,1, Fribourg 1994, S. 26 ff.; Streiff Ullin/von Känel Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl. Zürich 1992, N. 2 zu Art. 219 OR
7 Vgl. Vischer, (FN 6), S. 4 f., Rehbinder Manfred, Berner Kommentar, 1992, N. 6 ff. zu Art. 319 OR; Stähelin Adrian, Zürcher Kommentar, 1996, N. 27 ff. zu Art. 319 OR; Wyler Rémy, Droit du travail, Berne 2002, S. 42; Aubert Gabriel, in: Thévenoz/Werro (Ed.), Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2003, N. 6 ff. zu Art. 319 OR;

keitsverhältnis, welches der Freiheit der Entscheidung des einzelnen angestellten Journalisten entgegensteht. Dafür bieten - wie noch zu zeigen sein wird - die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts einen gewissen Schutz.

Deshalb fragt es sich, ob die zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen in jedem Fall einen Arbeitsvertrag voraussetzen oder ob sie auch bei Verträgen zur Anwendung gelangen können, die rechtlich unter eine andere Vertragsart fallen. Die Frage ist im Zusammenhang mit der Diskussion um die Scheinunabhängigkeit und die zunehmende Zahl so genannter freier Mitarbeiter von grosser praktischer Bedeutung. Dabei ist von zentraler Bedeutung, ob es sich um einen im Gesetz ausdrücklich geregelten Vertrag handelt oder nicht:

- Handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Vertrag, namentlich um einen Auftrag, so ist kein Raum für eine analoge Anwendung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen aus dem Arbeitsvertragsrecht. Der Gesetzgeber hat bei jeder Vertragsart selbständig eine Interessenabwägung vorgenommen. Wenn er keine zwingenden Vorschriften vorgesehen hat, ist dies grundsätzlich als qualifiziertes Schweigen anzusehen, an das sich die Rechtsprechung zu halten hat[8].
- Handelt es sich um einen gemischten Vertrag, bei dem Elemente eines Arbeitsvertrages mit Elementen anderer gesetzlich geregelter Vertragsarten kombiniert sind, so ist für jeden Vertragsteil gesondert das anwendbare Recht zu bestimmen. Soweit für einzelne Teile das Arbeitsvertragsrecht anwendbar ist, kommen auch die zwingenden Bestimmungen zum Tragen. Die praktische Schwierigkeit liegt hier beim Bestimmen jener Teile des Vertrages, auf die das Arbeitsvertragsrecht anwendbar ist.
- Bei einem Innominatsvertrag im Sinne eines Vertrages sui generis ergibt sich aus der Natur der Sache, dass der Gesetzgeber keine Interessenabwägung vorgenommen hat, da der Vertrag ja gar nicht geregelt ist. Folglich hat die Rechtsprechung selber die Rechtsregeln modo legislatoris aufzustellen[9]. Dabei folgt das Gericht nicht nur bewährter Lehre[10]. Vielmehr hat es jene Wertvorstellungen seinem Entscheid zu Grunde zu legen, welche sich in der Gesetzgeber in anderen Zusammenhängen konkretisiert haben. Die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts sind deshalb auch bei Verträgen sui generis anzuwenden, wenn die Interessenkonflikte in gleicher Weise auftreten, wie bei dem vom Gesetzgeber geregelten Vertrag[11].

Gesetze mit Schutznormen zu Gunsten der Arbeitnehmenden ausserhalb des Obligationenrechts umschreiben ihren Anwendungsbereich autonom. Sie können somit ohne weiteres auch dann zur Anwendung gelangen, wenn kein Arbeitsvertrag im Sinne des OR vorliegt. Namentlich kennt das Sozialversicherungsrecht seinen eigenen Arbeitnehmerbegriff[12]. Auch das Arbeitsgesetz definiert seinen Anwendungsbereich unabhängig von der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertrages[13]. Andernfalls könnte es seinen Zweck, abhängige Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu schützen[14], nicht ereichen, weil es durch die vertragliche Ausgestaltung umgangen werden könnte. Entscheidend ist jedoch in jedem Fall das Bestehen eines Unterordnungsverhälnisses, weil es um den Schutz der abhängigen Arbeit geht[15].Daraus darf dann allerdings nicht geschlossen werden, alle arbeitsrechtlichen Bestimmungen seien auf den entsprechenden Vertrag anwendbar. Vielmehr ist für jede Frage einzeln zu prüfen, ob im vorliegenden Vertragsverhältnis bezüglich dieser Frage die Interessenlage in gleicher Weise auftritt wie im Arbeitsvertrag. Insofern ist der Begriff der «arbeitnehmerähnlichen Person» zumindest missverständlich, weil damit noch nichts darüber ausgesagt ist, in welchen Punkten diese Ähnlichkeit besteht und welche arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen sollen. Dass aber zu den insoweit möglicherweise anwendbaren Bestimmun-

Zusammenfassung: *Die deontologischen Regeln verlangen von den Journalisten Unabhängigkeit. Diese sind in der Regel aber von den Medienunternehmen ökonomisch abhängig. Meistens stehen sie zu diesen in einem Arbeitsverhältnis. Es gibt jedoch keinen Kündigungsschutz im Sinne einer Arbeitsplatzgarantie. Die öffentliche Meinung zwingt indessen das einzelne Medienunternehmen die deontologischen Grundsätze eines freien Journalismusses einzuhalten, wenn es erfolgreich sein will. Die Defizite im Rechtsschutz können zudem auf vertraglicher Grundlage ausgeglichen werden, in dem sich das Unternehmen verpflichtet, die Richtlinien des Presserates einzuhalten und die dort enthaltenen Rechte der Journalisten garantieren. Dies kann in einem individuellen Arbeitsvertrag oder in eine Gesamtarbeitsvertrag erfolgen.*

8 Geiser, (FN 6), Rz. 2.31. ff.
9 Art. 1 Abs. 2 ZGB.
10 Art. 1 Abs. 3 ZGB.
11 BGE 118 II 163 f.; GEISER (FN 6), Rz. 2.31. ff.
12 Insb. Art. 10 ATSG; BGE 111 V 267 f.; 119 V 162; Kieser Ueli, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N. 3 zu Art. 10 ATSG.
13 Zwahlen Henri, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N. 18 zu Art. 1 ArG.
14 Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV.
15 Müller Roland A., Kommentar Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001, N. 2 zu Art. 1 Abs. 2 ArG.

gen auch jene des ArG gehören können, ist in der Lehre anerkannt[16].

Nachfolgend beschränke ich mich im Wesentlichen auf die Rechtslage bei einem eigentlichen Arbeitsverhältnis im Sinne des Vertragsrechts.

B. Grundzüge des einzelarbeitsvertraglichen Schutzes

Das Arbeitsvertragsrecht bezweckt in erster Linie den Arbeitnehmerschutz, was sich schon aus der Verfassung ergibt[17]. Der Schutz erfasst nicht nur die ökonomischen Interessen sondern auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers[18]. Ausgangspunkt bildet aber auch im Arbeitsvertragsrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, dessen Einschränkung durch den Gesetzgeber stets einer besonderen Begründung bedarf und nur sehr punktuell erfolgt.

Wesentlich Teil des Arbeitnehmerschutzes stellen die Bestimmungen über das Tragen gewisser Risiken durch die Arbeitgeberin dar. Eine der tragenden Grundregeln beim Arbeitsvertrag besteht darin, dass das Betriebsrisiko bei der Arbeitgeberin liegt[19]. Das ergibt sich aus Art. 324 OR[20]. Die Regel ist einseitig zwingend[21]. Der Arbeitsvertrag hat damit für den Journalisten namentlich den Vorteil, dass er grundsätzlich weder das Risiko für den Absatz und die Rentabilität des Medienerzeugnisses trägt noch es sich auf sein Einkommen unmittelbar auswirken darf, ob seine Berichterstattungen und weiteren Erzeugnisse im Medium Platz finden oder nicht. Die Arbeitgeberin hat zudem einen Teil des Risikos der Arbeitsunfähigkeit zu tragen[22]. Damit übernimmt die Arbeitgeberin von Gesetzes wegen und zwingend ein Risiko, das eigentlich in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt. Das diese beiden Risiken von der Arbeitgeberin übernommen werden, ist für den Sozialschutz des Journalisten von zentraler Bedeutung. In der Praxis wird immer wieder versucht, diesen Schutz dadurch auszuschalten, dass dem Journalisten kein Arbeitsvertrag angeboten wird sondern die Zusammenarbeit als selbständige Erwerbstätigkeit ausgestaltet wird. Hier liegt durchaus ein gewisses Missbrauchspotential. Für die Unabhängigkeit des Journalisten ist die Frage in sofern von Bedeutung, als der frei erwerbende Journalist sich häufig in einer prekären Lage befindet, so dass er viel mehr auf Druck von Aussen anfällig ist, als derjenige in einer festen Stellung.

Für den Arbeitsvertrag spezifisch ist auch, dass die Arbeitgeberin die für die Arbeit notwendigen Geräte und Materialien zur Verfügung zu stellen bzw. dafür aufzukommen hat[23]. Die Bestimmung ist allerdings nicht zwingend. Auslagen, welche der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Arbeit hat, sind demgegenüber zwingend von der Arbeitgeberin zu tragen[24], wobei die Abgeltung auch in einer Pauschalen bestehen kann. Schliesslich hat die Arbeitgeberin auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen[25]. Diese Fürsorgepflicht besteht sowohl bei Angriffen von Aussen wie auch bezüglich Verletzungen durch Betriebsangehörige oder die Arbeitgeberin selber[26].

Schliesslich geniesst der Arbeitnehmer bezüglich der Auflösung des Arbeitsverhältnisses einen gewissen Schutz. Weil es sich beim Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt, muss allerdings immer eine Möglichkeit bestehen, es zu beenden. Ist das Arbeitsverhältnis auf eine feste Dauer abgeschlossen, so endet es mit Ablauf der vereinbarten Frist ohne weiteres[27]. Ein so genanntes «uneigentlich befristetes Arbeitsverhältnis», bei dem zwar eine Frist vereinbart worden ist, aber dennoch eine Kündigung notwendig ist, damit das Arbeitsverhältnis nicht weiterläuft, gibt es nicht mehr.

Eine Befristung kann allerdings mit einer Kündigungsmöglichkeit kombiniert werden. Das kann auf zwei Weisen geschehen[28]:

– Die Befristung kann als Maximalfrist ausgestaltet sein. Der Arbeitsvertrag endet

16 Müller, (FN 15), N. 2 zu Art. 1 Abs. 2 ArG; Geiser Tomas, in: Geier/Von Känel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, N. 112 zu Art. 1 ArG.
17 Art. 110 BV; zur historischen Entwicklung vgl. Vischer, (FN 6), S. 8 ff..
18 Art. 328 ff. OR.
19 BGE 125 III 69 f.; Vischer, (FN 6), S. 121 ff.
20 Aubert, (FN 7), N. 1 zu Art. 324 OR.
21 Art. 362 OR.
22 Art. 324a f. OR.
23 Art. 327 OR; WYLER, (FN 7), S. 210.
24 Art. 327a OR.
25 Art. 328 ff. OR.
26 Vgl. Vischer, (FN 6),S. 168 ff.; WYLER, (FN 7), S. 216 ff.
27 Art. 334 Abs. 1 OR.
28 Vgl. Vischer, (FN 6),S. 226 f.

mit Ablauf dieser Frist in jedem Fall und ohne, dass es einer Kündigung bedürfte. Solche Befristungen sind häufig. eine Maximalfrist liegt insbesondere vor, wenn die Parteien vereinbart haben, dass das Arbeitsverhältnis mit der Pensionierung automatisch endet[29].

– Die Befristung kann auch als eine Minimalfrist ausgestaltet sein, in dem das Arbeitsverhältnis zwar nur mit Kündigung endet, eine solche aber erst ab einem bestimmten Zeitpunkt möglich ist. In diesen Fällen ist es wesentlich klarzustellen, ob das Arbeitsverhältnis frühestens auf diesen Zeitpunkt gekündigt werden kann oder ob es sich um den frühest möglichen Zeitpunkt für das Aussprechen der Kündigung handelt.

Für das unbefristete Arbeitsverhältnis geht das Schweizerische Recht von der freien Kündbarkeit der Arbeitsverhältnisse aus. Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz schränken die Kündigungsfreiheit nicht grundsätzlich ein. Sie führen nur dazu, dass entweder die Kündigung erst auf einen späteren Zeitpunkt wirksam wird[30] oder der Kündigende eine Entschädigung bezahlen muss[31]. Von der Gültigkeit einer einmal ausgesprochenen Kündigung gib es nur zwei Ausnahmen:

– Eine während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig[32] und muss nach Ablauf der Sperrfrist wiederholt werden[33].

– Eine Kündigung, welche durch die Arbeitgeberin ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung wegen des Geschlechts oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin erfolgt, ist anfechtbar[34]. Hat die Anfechtung erfolg, so wird die Kündigung aufgehoben[35]. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber aus dem Umstand, dass das Gericht die Provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Verfahrens verfügen kann[36]. Dieser Kündigungsschutz besteht während des ganzen Verfahrens und sechs Monate nach dessen Abschluss.

Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung setzt allerdings grundsätzlich die Einhaltung einer gewissen Frist voraus. Der anderen Partei soll dadurch die Möglichkeit eingeräumt werden, sich auf die Veränderung der Situation einzustellen. Die Länge der Frist hängt von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. Um so länger dieses gedauert hat, um so mehr Zeit erhält die Gegenpartei, um sich auf die Veränderung einzustellen[37]. Die gesetzliche Regelung ist dispositiv[38]. Allerdings ist nach einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von drei Monaten grundsätzlich zwingend eine Kündigungsfrist von einem Monat einzuhalten. Nur durch ein Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr kann eine kürzere Frist vorgesehen werden[39].

Aus den Kündigungsschutzregelungen lässt sich im Gegensatz zu ausländischen rechten keinerlei Arbeitsplatzgarantie ableiten. Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses in der Schweiz bedarf keiner inneren Rechtfertigung. Aus der Vertragsfreiheit wird abgeleitet, dass es als Rechtfertigung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses genügt, dass die Arbeitgeberin mit diesem Mitarbeiter nicht mehr zusammen arbeiten will. Allenfalls kann aber der Grund der zur Kündigung geführt hat, verpönt sein, so dass eine Strafzahlung geschuldet ist[40].

Das schweizerische Recht kennt zudem grundsätzlich keine Beschäftigungspflicht. Die Arbeitgeberin ist nur verpflichtet Lohn zu bezahlen. Sie trifft grundsätzlich keine Pflicht, den Arbeitnehmer auch tatsächlich zu beschäftigen[41].

C. Kollektivvertragliche Grundlagen

Der Inhalt der Arbeitsverhältnisse wird nicht nur durch das Vertragsrecht im Obligationenrecht bestimmt sondern auch durch Gesamtarbeitsverträge. Sie passen allerdings nicht in die gängige Privatrechts-

29 VISCHER, (FN 6),S. 264.
30 Art. 336c OR: zeitlicher Kündigungsschutz.
31 Art. 336 ff. OR: sachlicher Kündigungsschutz.
32 Art. 336 Abs. 2 OR.
33 BGE 128 III 217 ff.
34 Art. 10 Abs. 1 GlG.
35 VISCHER, (FN 6), S. 248.
36 Art. 10 Abs. 3 GlG.
37 Art. 335b f. OR.
38 STREIFF/VON KÄNEL, (FN 6), N. 15 zu Art. 335b und N. 8 zu Art. 335c OR.
39 Art. 335c Abs. 2 OR.
40 Vgl. hinten Rz. 3.14.
41 Vgl. aber zu den Ausnahmen hinten Rz. 3.10. ff.

dogmatik. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass zwei Parteien, nämlich ein Arbeitnehmerverband und ein Arbeitgeberverband oder ein einzelner Arbeitgeber, einen Vertrag schliessen, der sodann Wirkungen zwischen anderen Vertragsparteien, nämlich dem einzelnen Arbeitnehmer und der einzelnen Arbeitgeberin entfaltet. Da ein GAV Rechte und Pflichten enthält, handelt es sich um einen Vertrag zu Gunsten und zu Lasten dritter. Letzteres kennt das Privatrecht so aber grundsätzlich nicht. Diese besondere Funktion erhält der GAV jedoch Kraft Gesetzes[42]. Der Staat delegiert in sofern einen Teil seiner Gesetzgebungsbefugnis an die Sozialpartner.

Eine solche Delegation rechtfertigt sich allerdings nur, wenn und solange der einzelne Private auch eine demokratische Einflussmöglichkeit auf die beteiligten Verbände hat. Entsprechend kann jeder Verband einen GAV nur im Rahmen seines Zuständigkeitsgebietes abschliessen, im Bereich aus dem sich auch seine Mitglieder rekrutieren. Dem Anwendungsbereich eines GAV kommt damit entscheidende Bedeutung zu. Der GAV regelt nur die Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen[43]. Beteiligt sind jene, die dem Verband angehören, der den GAV abgeschlossen hat. Allenfalls ist auch ein individueller Anschluss möglich[44]. Damit der GAV gilt, müssen sowohl der Arbeitnehmer wie auch die Arbeitgeberin «beteiligt» sein. Der GAV kann allerdings auf verschiedene Weise auf weitere Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ausgedehnt werden.

– Zum einen sind so genannte Ausdehnungsklauseln möglich. Durch diese wird der einzelnen beteiligten Arbeitgeberin die Pflicht auferlegt, organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer gleich zu behandeln. Es handelt sich nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter, der dem nicht organisierten Arbeitnehmer ein Forderungsrecht gegenüber der Arbeitgeberin einräumt, weil der Arbeitgeber selber nicht Vertragspartei des GAV ist[45]. Jedoch kann sehr wohl ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Verband bestehen[46]. Ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber ergibt sich, wenn es sich um einen Firmen- oder Hausvertrag handelt.
– Zudem kann im Einzelarbeitsvertrag die Gültigkeit des GAV vereinbart werden.
– Schliesslich bewirkt die Allgemeinverbindlicherkärung die Anwendung auch gegen nicht Beteiligte Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Wohl gilt der Grundsatz der Tarifeinheit innerhalb eines Betriebes oder Betriebsteiles. Dennoch ist der GAV regelmässig nicht auf alle Arbeitnehmer anwendbar. In den meisten GAV werden leitende Angestellte vom Anwendungsbereich ausgenommen[47]. Was unter «leitenden Angestellten» zu verstehen ist, definiert der GAV autonom. Es kann nicht ohne weiteres auf die Praxis zu Art. 3 Bst. e ArG zurückgegriffen werden. In den Gesamtarbeitsverträgen ist der Begriff regelmässig – nicht aber zwingend – weiter als im ArG. Regelmässig schliessen die Gesamtarbeitsverträge ihre Anwendung auch bezüglich Lehrlingen und Aushilfskräften, teilweise auch bezüglich Teilzeitbeschäftigten aus. Das versteht sich allerdings nicht von selber. Der Ausschluss gilt nur, wenn er tatsächlich vereinbart ist. Er sollte möglichst eindeutige Abgrenzungskriterien verwenden.

Der Anwendungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages beschränkt sich nicht notwendigerweise auf Arbeitsverhältnisse im Sinne des Arbeitsvertragsrechts. Werden zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts auch auf Innominatverträge angewendet, besteht kein Grund, gleiches nicht auch mit den normativen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge zu tun. Auch hier trägt das Argument, dass der Gesetzgeber für die Innominatverträge ihrem Wesen nach keine ausdrücklichen Normen über die Anwendbarkeit von Kollektivverträgen vorsehen konnte. Das Bundesgericht ist indessen noch einen Schritt weitergegangen und hat die normativen Bestimmungen von Kollektivverträgen auch auf andere gesetzlich geregelte Verträge, namentlich das Auftragsrecht, anwendbar

42 Art. 357 OR.
43 Art. 357 Abs. 1 OR.
44 Art. 356b Abs. 1 OR.
45 BGE 123 III 132 ff.
46 BGE 123 III 136.
47 Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar, Art. 356 - 360 OR, Bern 1999, N. 58 zu Art. 356 OR.

erklärt, sofern der Gesamtarbeitsvertrag dies vorsieht[48]. Das lässt sich damit begründen, dass die GAV zwingende Minimalgarantien für die Arbeitnehmer enthalten. Sind die persönlichen Voraussetzungen für die Anwendung des GAV gegeben, können diese Normen nicht durch den Parteiwillen wegbedungen werden. Das ist weder durch eine nur gerade das entsprechende Recht weg bedingende Klausel, noch durch einen generellen Ausschluss der gesamtarbeitsvertraglichen Regeln möglich. Die Vereinbarung eines anderen Vertragsverhältnisses, obgleich es um die Leistung von Arbeit in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis geht, wäre aber nichts anderes als ein vertraglicher Ausschluss der normativen Bestimmungen eines GAV. Insofern kann dem Bundesgericht zugestimmt werden.

II. Schutz vor Angriffen von Aussen

Journalisten können in verschiedener Weise Angriffen von aussen ausgesetzt sein. Gewisse Themen bringen die Berichterstatter zwingend in Gefährliche Gebiete. Das trifft beispielsweise bei der Kriegsberichterstattung zu, aber auch die Berichterstattung über Naturkatastrophen oder extreme Sportarten kann mit erheblichen Risiken verbunden sein. Hier ergibt sich ein Verpflichtung der Arbeitgeberin, alles zum Schutze des Journalisten mögliche und sinnvolle vorzukehren, aus der Fürsorgepflicht[49]. Darauf wird im Weiteren nicht weiter eingegangen, weil es keine für die Medien spezifische Fragestellung ist. Andere Berufskategorien trifft dieses Risiko genau so. Zu denken ist beispielsweise an Angestellte von Hilfsorganisationen, welche in Krisengebieten sich um die erste Hilfe zu kümmern haben.

Besondere Risiken ergeben sich demgegenüber dadurch, dass mit einer Publikation ein Dritter angegriffen und geschädigt werden kann. Das kann sowohl zivilrechtliche wie auch strafrechtliche Folgen haben. Dabei ist die Frage, ob die Berichterstattung wahrheitsgetreu war oder nicht, nur teilweise von Bedeutung. Auch eine wahre Berichterstattung kann persönlichkeitsverletzend oder strafbar sein. Letzteres trifft immer wieder zu, wenn die Berichterstattung staatlich sensible Bereiche – oder Bereiche mit sensiblen Amtsinhabern – betrifft. Es stellt sich die Frage, in welchem Umfang der einzelne Journalist dieses Risiko zu tragen hat.

1. Zivilrechtliche Haftung

A. Haftung gegenüber Dritten

Gemäss Art. 41 OR ist zu Schadenersatz verpflichtet, wer jemandem sei es mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit widerrechtlich einen Schaden zufügt. Diese Bestimmung kann zur Haftung eines Journalisten aus seiner beruflichen Tätigkeit gegenüber Dritten führen. Damit eine Haftung greift, muss die geschädigte Person einen Schaden nachweisen, der adäquat kausal auf ein widerrechtliches Verhalten des Journalisten zurückzuführen ist und dieses Verhalten dem Journalisten zum Verschulden gereicht.

Die journalistische Tätigkeit verfügt mit Blick auf die Bedeutung der öffentlichen Meinung über ein sehr hohes Schadenspotential. Wohl kann der genaue Nachweis des Schadens im Einzelnen schwierig sein. Im Ungefähren lässt er sich aber ohne weiteres nachweisen, was genügt. Das Gericht kann den genauen Betrag dann nach richterlichem Ermessen festsetzen[50]. Wenig Schwierigkeiten dürfte in der Regel auch die Kausalität bereiten. Das Medienereignis lässt sich häufig klar als adäquate Ursache ausmachen.

Von der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie ausgehend[51], ist eine Schädigung dann widerrechtlich, wenn das schädigende Verhalten ohne Rechtfertigungsgrund gegen eine Schutznorm verstösst[52]. Ein solcher Verstoss kann in einer Verletzung eines absoluten Rechts (Erfolgsunrecht) liegen. Geht es ausschliesslich um die Verletzung relativer Rechte insbesondere bloss des Vermögens, muss das Verhalten eine Norm verletzen, welche den Schutz die-

48 BGE 8. Juni 1993 in: JAR 1994, S. 272 ff.; VISCHER, (FN 6), S. 356; unentschieden: ADLER TIBERE, Problèmes de qualification contractuelle et leurs répercussions sur les assurances sociales, in: Jean-Luc Duc (Hrsg.) Droit privé et assurances sociales, Freiburg 1990, S. 18.
49 Art. 328 OR.
50 Art. 42 Abs. 2 OR.
51 Vgl. dazu statt vieler SCHNYDER ANTON K., in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.) Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. I, Basel 2003, N. 31 zu Art. 41 OR; WERRO FRANZ, Théve-noz/Werro (Ed.), Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2003, N. 52 zu Art. 41 OR.
52 WERRO, (FN 51), N. 52 zu Art. 41 OR.

ser Interessen bezweckt (Verhaltensunrecht)[53]. Im Zusammenhang mit journalistischer Tätigkeit wird die Widerrechtlichkeit in der Regel entweder in einer Verletzung der Persönlichkeit[54] und damit eines absoluten Rechts oder in einem Verstoss gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb liegen. Dieses ist nicht nur auf eigentliche Konkurrenten im Wettbewerb anwendbar. Die Unlauterkeit kann vielmehr auch durch ein Pressemedium erfolgen, welches über im Wettbewerb mit Dritten stehende Unternehmen oder deren Produkte berichtet[55]. Selbstverständlich kann dabei das öffentliche Informationsbedürfnis und die Aufgabe der Presse als Rechtfertigungsgrund dienen[56]. Diese Rechtfertigung kann aber grundsätzlich nur eine wahre und korrekte Berichterstattung beanspruchen. Damit rücken für die Frage der Widerrechtlichkeit die deontologischen Regeln in den Fordergrund. Eine Widerrechtlichkeit setzt von daher in aller Regel einen objektiven Kunstfehler des Journalisten voraus.

Zudem muss ein subjektives Verschulden gegeben sein. Dies darf mit der Frage des Kunstfehlers nicht vermengt werden, auch wenn eine scharfe Trennung häufig nicht möglich ist. Während es beim Kunstfehler um eine objektive Betrachtung geht, stellt sich beim Verschulden die Frage, ob diese Person in der Lage war, anders zu handeln. In aller Regel muss das bejaht werden. Soweit der konkrete Journalist überfordert war, hätte er die Aufgabe nicht annehmen dürfen. Dann liegt ein Übernahmeverschulden vor, was für eine Haftung genügt.

Vor dieser Haftung kann der Journalist durch das Arbeitsrecht nicht geschützt werden. Der geschädigte Dritte braucht sich nicht darum zu kümmern, dass der fehlbare Journalist in einem Anstellungsverhältnis steht. Selbst wenn der Arbeitgeber für das Fehlverhalten seines Arbeitnehmers haftet[57], kann der Geschädigte gegen den Arbeitnehmer klagen. Er kann aussuchen, gegen wen er vorgehen will.

B. Freizeichnung

Nach dem Vertragsverhältnis zwischen dem Medienunternehmen und dem Journalisten richtet sich demgegenüber die Frage, wer den Schaden letztlich zu tragen hat. Für das Endergebnis darf es dabei sinnvoller Weise keine Rolle spielen, ob der Dritte das Medienunternehmen oder den Journalisten belangt hat.

Rechtsgrundlage für diesen Rückgriff bildet einerseits die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin[58] in Verbindung mit den allgemeinen vertragsrechtlichen Haftungsnormen[59] und andererseits die Treue- und Sorgfaltspflicht[60] des Arbeitnehmers mit der entsprechenden Haftungsnorm[61].

Die Arbeitgeberin haftet für jeden Schaden, der dem Arbeitnehmer wegen einer Verletzung der vertraglichen Pflichten durch die Arbeitgeberin entsteht[62]. Die Fürsorgepflicht schützt nicht nur die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers sondern auch dessen Vermögensinteressen[63]. Insofern trifft sie auch die Pflicht, ihn vor Haftungsansprüchen Dritter zu schützen. Soweit der Arbeitnehmer allerdings den Schaden selber bezahlt hat und nun mehr von der Arbeitgeberin zurückfordert, handelt es sich um einen Auslagenersatz, der in Art. 327a OR eine gesonderte Regelung gefunden hat. Unter die Auslagen im Sinne dieser Bestimmung fallen durchaus auch die Auslagen für die Abwendung einer Haftung[64]. Für den Schadenersatz selber haftet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer nur, soweit dieser nicht mit seiner Handlung gleichzeitig den Arbeitsvertrag in einer Weise verletzt hat, welche ihrerseits eine Haftung des Arbeitnehmers begründet. Die Grenzen der Haftung der Arbeitnehmerin werden insofern durch Art. 321e OR gesteckt, der die Haftung des Arbeitnehmers regelt.

Die unterschiedliche Rechtsgrundlage ist durchaus von Bedeutung. Art. 327a OR lässt nämlich eine Pauschalierung des Spesenersatzes zu. Allerdings dürfen die notwendigen Auslagen nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden[65]. Eine Pauschalierung der Haftpflichtkosten wird aller-

53 BGE 123 II 581.
54 Art. 28 ff. ZGB.
55 Vgl. BGE 123 III 354; 125 III 185.
56 Vgl. BGE 125 III 185.
57 Art. 55 OR und Art. 11 UWG.
58 Art. 328 OR
59 Art. 97 ff. OR.
60 Art. 321a Abs. 1 OR.
61 Art. 321e OR.
62 Vischer, (FN 6), S. 192.
63 Vischer, (FN 6), S. 176.
64 Aubert, (FN 7), N. 9 zu Art. 327a OR; Streiff/von Känel, (FN6), N2 zu Art. 327a OR beide mit Hinweis auf SJ 1988, S. 577.

dings in aller Regel nicht möglich sein, weil es sich stets um ausserordentliche Auslagen handelt, deren Höhe nicht vorauszusehen sind. Möglich wäre allerdings die Kosten für eine Haftpflichtversicherung mit Rechtsschutz Pauschal abzugelten. In der Regel wird es dann allerdings für das Medienunternehmen einfacher sein, diese Versicherung direkt selber abzuschliessen.

Hat die Arbeitgeberin den Schaden gegenüber dem Dritten tragen müssen, so kann sie auf den Arbeitnehmer nach Art. 321e OR Rückgriff nehmen[66]. Dieser Rückgriff setzt allerdings ein Verschulden des Arbeitnehmers voraus. Ein solches braucht nicht immer vorzuliegen, da die Arbeitgeberin auch ohne Verschulden des Arbeitnehmers für dessen Handlungen haftbar werden kann. Zu denken ist an eine Haftung aus Art. 55 OR[67] oder die Unkosten und Umtriebe, welche aus Ansprüchen nach Art. 28 ff. ZGB entstehen können. Überdies begrenzt Art. 321e OR die Haftung des Arbeitnehmers. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, richtet sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades, der Fachkenntnisse sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften, des Arbeitnehmers, welche die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen sollen[68]. Daraus ergeben sich zwei Einschränkungen: Zum einen bestimmt dieses Norm die Sorgfalt, welche der Arbeitnehmer anwenden muss, damit ihm keine Vertragsverletzung vorgehalten werden kann. Zum andern begrenzt diese Norm aber auch den Schadenersatz[69]. Namentlich darf das Betriebsrisiko durch die Haftung nicht auf den Arbeitnehmer übertragen werden. Zudem sind Reduktionen des Schadenersatzes möglich, wenn den Arbeitgeber ein Mitverschulden trifft, ein geringes Verschulden des Arbeitnehmers vorliegt oder der Schadenersatz in keinem vernünftigen Verhältnis zur Entlöhnung steht[70]. Allerdings darf daraus nicht geschlossen werden, dass die Haftung auf eine bestimmte Anzahl Monatslöhnen begrenzt werden könnte. Eine volle Haftung rechtfertigt sich insbesondere bei grobem Verschulden oder gar Absicht[71]

Art. 321e OR ist einseitig zwingend. Die Haftung kann vertraglich nicht verschärft[72], sie kann aber sehr wohl gemildert werden[73]. Es ist deshalb zulässig eine Freizeichnung für gewisse Risiken vorzunehmen. Die Grenze bildet wohl ein absichtlich schädigendes Handeln, weil eine entsprechende Vertragsklausel als sittenwidrig anzusehen wäre. Verpflichtet sich die Arbeitgeberin dazu, allfällige Ansprüche Dritter gegenüber dem Arbeitnehmer abzuwenden und ihn in diesem Umfang schadlos zu halten, so ist damit auch ein Rückgriff auf den Arbeitnehmer ausgeschlossen, wenn der Dritte den Arbeitgeber belangt hat[74].

2. Strafrechtliche Haftung

Bei der strafrechtlichen Haftung gestaltet sich die Ausgangslage wesentlich anders. Das Strafrecht will auf den Täter einwirken, nicht in erster Linie dem Opfer helfen. Es bestimmt deshalb grundsätzlich abschliessend, wer als Täter bestraft werden soll. Ein Abschieben der strafrechtlichen Haftung auf einen Dritten ist deshalb nicht möglich, auch wenn der Arbeitnehmer auf Weisung der Arbeitgeberin hin gehandelt hat[75]. Im Rahmen der Strafzumessung ist gegebenenfalls der Stellung des Täters Rechnung zu tragen, in dem die Weisungsgebundenheit seine Strafwürdigkeit vermindern kann.

Dass eine Überwälzung der Strafbarkeit nicht möglich ist, gilt für Freiheitsstrafen uneingeschränkt. Eine Freizeichnung ist hier nicht möglich. Fraglich erscheint dies demgegenüber bei Bussen. In der Praxis werden solche immer wieder von den Arbeitgebern übernommen. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens erscheint jedoch zweifelhaft. Es fragt sich, ob nicht eine strafbare Begünstigung gegeben ist, wenn

65 Art. 327a Abs. 3 OR.
66 Vgl. Brühwiler Jürg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N. 6 zu Art. 321e OR.
67 Vgl. Werro, (FN 51), N 12 zu Art. 55 OR. Für den Rückgriff der Arbeitgeberin kommt Art. 55 Abs. 2 OR keine selbständige Bedeutung zu: Schnyder, (FN 51), N. 24 zu Art. 55 OR; Werro, (FN 51), N. 43 zu Art. 55 OR.
68 Art. 321e Abs. 2 OR; BGer 4C.16/2003 vom 24. Juni 2003.
69 Rehbinder Manfred/Portmann Wolfgang, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.) Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR Bd. I, Basel 2003, N. 4 ff. zu Art. 321e OR; Aubert, (FN 7), N. 5 f. zu Art. 321e OR.
70 Rehbinder/Portmann, (FN 69), N. 5 ff. zu Art. 321e OR.
71 Vgl. BGE 123 III 261; Rehbinder/Portmann, (FN 69), N. 10 zu Art. 321e OR.
72 Aubert, (FN 7), N. 7 zu Art. 321e OR.
73 Vischer, (FN 6), S. 194 f.
74 Vischer, (FN 6), S. 195.
75 Vgl. Aubert, (FN 7), N. 1 zu Art. 321d OR.

jemand für einen anderen eine Busse bezahlt[76]. Es scheint mir, jedenfalls dem Zweck des Strafrechts zu widersprechen und deshalb rechtswidrig zu sein, wenn in einem Arbeitsvertrag sich die Arbeitgeberin verpflichtet, Bussen zu denen der Arbeitnehmer verurteilt worden ist, zu bezahlen. Eine entsprechende Vereinbarung ist nichtig[77].

Anders kann es sich verhalten, wenn die Bussen von einem ausländischen Staat verhängt worden sind, und das entsprechende Verhalten nach dem schweizerischen Recht nicht strafbar ist.

Auch bezüglich Strafverfahren steht allerdings nichts einer Übernahme der Verfahrenskosten durch die Arbeitgeberin entgegen. Soweit sich im Verfahren der Arbeitnehmer als unschuldig erweist, wird sich häufig bereits aus dem Gesetz ein Entschädigungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin ergeben[78]. Bei einer Verurteilung des Arbeitnehmers wird in aller Regel Art. 321e OR einem Ersatzanspruch bezüglich der Verfahrenskosten entgegenstehen. Ein strafrechtlich relevantes Verschulden wird regelmässig nur gegeben sein, wenn auch ein Verschulden im Sinne der zivilrechtlichen Haftung vorliegt. Ein strafrechtlich relevantes Verhalten des Arbeitnehmers liegt ausserhalb seiner vertraglichen Pflichten, so dass auch Art. 327a OR nicht zum Tragen kommen kann. Das gilt selbst, wenn der Arbeitnehmer auf Weisung der Arbeitgeberin gehandelt hat. Eine Weisung ist widerrechtlich und damit nicht verbindlich, wenn sie ein strafbares Verhalten zum Gegenstand hat. Ob bzw. in wieweit das Zivilgericht an ein strafrechtliches Urteil gebunden ist, bestimmt sich nach Art. 53 OR und dem kantonalen Verfahrensrecht. Weil die Verfahrenskosten aber nicht den Fehlbaren bestrafen wollen, steht es den Parteien frei, zu vereinbaren, dass die Arbeitgeberin die Kosten auch im Falle einer Verurteilung übernimmt.

76 Art. 305 StGB.
77 Art. 20 OR; AUBERT, (FN 7), N. 2 zu Art. 327a OR; VISCHER, (FN 6), S. 115.
78 Vgl. vorn Rz. 2.10.
79 VISCHER, (FN 6), S. 138.
80 Zu den Verschiedenen Arten der Weisungen vgl. VISCHER, (FN 6), S. 140 f.

III. Schutz vor Angriffen innerhalb des Unternehmens

Folgt der Journalist dem deontologischen Gebot der Unabhängigkeit, läuft er Gefahr, mit Interessen seiner Arbeitgeberin zu kollidieren. Die Arbeitgeberin kann versucht sein, in Verletzung des Gebotes der Unabhängigkeit und Objektivität der Berichterstattung dem Journalisten Weisungen zu erteilen oder ihn durch die unterschiedlichsten Druckmittel zu beeinflussen. Es fragt sich, welche Schutzmittel das Arbeitsrecht dem Journalisten gegen solche Angriffe bietet.

1. Weisungsrecht der Arbeitgeberin

A. Allgemeine Grundsätze

Es gehört zum Wesen des Arbeitsvertrages, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit weisungsgebunden verrichtet. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin ist direkter Ausfluss des rechtlichen Subordinationsverhältnisses[79]. Auch der Journalist untersteht somit dem Weisungsrecht seiner Arbeitgeberin, wenn er in einem Anstellungsverhältnis steht. Das ist unbedenklich, soweit es sich um Verhaltensanweisungen handelt, welche das Verhalten im Betrieb betreffen[80]. Heikel – aber ebenfalls unvermeidlich – sind demgegenüber Zielanweisungen oder Fachanweisungen. Sie können in Widerspruch mit den genannten deontologischen Geboten geraten. Es fragt sich wie dann vorzugehen ist.

Das Medienunternehmen wird regelmässig seinen Journalisten Weisungen erteilen, welche Gegenstände zu behandeln sind und wie dies zu erfolgen hat. Solche Weisungen können sich sehr allgemein halten oder auch im Einzelfall ganz konkrete Angaben enthalten. Diese Weisungen sind unproblematisch, so lange sie nicht gegen die Regeln der journalistischen Sorgfaltspflicht verstossen. Insofern ist der Inhalt der Weisungen entscheidend.

Weisungen sind nur solange zulässig und der Arbeitnehmer ist nur dann verpflichtet, die Weisungen zu befolgen, wenn diese sich im Rahmen dessen Bewegen, was arbeitsvertraglich zwischen den Parteien vereinbart ist. Die Arbeitgeberin ist nicht berechtigt, mit dem Weisungsrecht den

Vertrag abzuändern[81]. Der Arbeitsvertrag kann deshalb das Weisungsrecht der Arbeitgeberin konkretisieren. Ausgeschlossen sind auch rechtswidrige Weisungen[82]. Dazu zählen Weisungen, die allgemeine Rechtsgrundsätze sowie allgemeine Gesetzesbestimmungen verletzen. Rechtswidrig sind aber auch Weisungen, die Arbeitnehmerschutzbestimmungen zuwiderlaufen oder die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzen[83]. Fraglich erscheint, ob es darüber hinaus einen allgemeinen Anspruch auf ein Willkürverbot und Gleichbehandlung im Arbeitsrecht gibt. Ein solches Recht wird teilweise in der Lehre anerkannt[84]. M.E. lässt sich ein allgemeiner Gleichbehandlungsanspruch aber nicht mit der Vertragsfreiheit vereinbaren, so dass nur dort ein solcher Anspruch besteht, wo dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist[85] oder die Ungleichbehandlung einer Diskriminierung gleichkommt, welche die Persönlichkeit verletzt[86].

Grundsätzlich sind auch sachwidrige Weisungen zu befolgen. Allerdings kann es zu den Aufgaben des Arbeitnehmers gehören, die Arbeitgeberin auf die Sachwidrigkeit aufmerksam zu machen. Insofern trägt der Arbeitnehmer innerhalb seines Aufgabenkreises die Verantwortung, für eine sachgerechte Erledigung der Arbeit[87].

Das Weisungsrecht steht der Arbeitgeberin zu. Sie bestimmt, welche Person im Einzelfall die Weisungen erteilt. Das Arbeitsvertragsrecht selber bestimmt diesbezüglich nichts. Soweit es sich bei der Arbeitgeberin um eine juristische Person handelt, können sich aus dem Gesellschaftsrecht gewisse Regeln ergeben[88]. Grundsätzlich ist es zulässig, im Arbeitsvertrag zu regeln, wem der Arbeitnehmer unterstellt ist und damit Weisungen geben kann. Es ist eine Frage der Vertragsauslegung, ob mit der Erwähnung einer Organisation im Arbeitsvertrag die Parteien diese zum Vertragsbestandteil erheben und damit verbindlich erklären wollten oder ob es nur um eine Information beider Parteien ging.

Die «Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» vom 21. Dezember 1999 hält fest, dass journalistische Fachweisungen nur von den hiefür verantwortlich erklärten Mitgliedern der Redaktion entgegen nehmen dürfen[89]. Damit soll einerseits sicher gestellt werden, dass die Weisungen mit Sachverstand erteilt werden und andererseits geht es um eine Absicherung des Redaktionsstatuts, welches der Redaktion gegenüber der wirtschaftlichen Leitung des Unternehmens im Dienste der journalistischen Objektivität eine gewisse Unabhängigkeit sichern soll. Die Einschränkung betrifft nur die «journalistischen Weisungen». Damit sind die Fachweisungen einschliesslich der Zielweisungen gemeint, nicht aber die Verhaltensweisungen.

Diese Erklärung verbietet auch Weisungen, welche dieser Erklärung widersprechen. Sie hält ausdrücklich fest, dass der einzelne Journalist widersprechende Weisungen nicht befolgen darf und ein Recht darauf hat, dass ihm aus der Verweigerung einer solchen Weisung kein Nachteil erwächst[90].

B. Erklärung des Presserates als Schranken?

Die Erklärung des Presserates ist kein Gesetz. Es handelt sich beim Presserat um eine private Institution, welche von einer Stiftung getragen wird, in deren Gremien in erster Linie Journalisten vertreten sind. Die Richtlinien sind demnach eine private Erklärung. Dennoch gibt es zwei Einfallstore für deren rechtliche Verbindlichkeit.

Die Richtlinien können als die Zusammenfassung jener Normen angesehen werden, welche als allgemeiner Standard für die journalistischen Regeln und damit als Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bezüglich des Verhältnisses zwischen dem

81 Vischer, (FN 6), S. 145; Wyler, (FN 7), S. 97 f.; Favre Christian/Munoz Charles/Tobler Rolf A., Le contrat de traveil cide annoté, Lausanne 2001, N. 1.3 ff. zu Art. 321d OR; Egli Hans-Peter, in: Kren Kostiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander (Hrsg.), OR Handkommentar, Zürich 2002, N. 4 zu Art. 321d OR.
82 Aubert, (FN 7), N. 1 zu At. 321d OR; VISCHER, (FN 6), S. 142.
83 Vischer, (FN 6), S. 142 ff.
84 Vischer, (FN 6), S. 144.
85 Namentlich die Gleichbehandlung von Frau und Mann nach dem GlG.
86 Vgl. ausführlich Geiser Thomas, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöck-li/Würtenberger (Hrsg.) Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, FS für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S, 37 ff.
87 Vischer, (FN 6), S. 143.
88 Insb. bei der Aktiengesellschaft, vgl. Art. 716a OR.
89 «Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» vom 21. Dezember 1999, Ziff. 11.
90 «Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten» vom 21. Dezember 1999, Ziff. 11 sowie Bst. b und c.

Grundrecht der Pressefreiheit und der Vertragsfreiheit gelten. Zu beachten ist aber, dass sich die Grundrechte gegen den Staat und nicht gegen Private richten. Anerkannt ist in der Schweiz die indirekte Drittwirkung der Grundrechte. Sie hat in der Verfassung eine ausdrückliche Verankerung gefunden[91]. Auch die Normen des Privatrechts sind grundrechtskonform auszulegen. Überall wo das Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet sind diese im Geiste der Verfassung auszulegen. Wenn es um journalistisch korrektes Verhalten geht, kann somit auf die Erklärung des Presserates abgestellt werden. Das ist insbesondere von Bedeutung, wenn es um journalistische Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber Dritten oder um die Verletzung der Persönlichkeitsrechte Dritter geht. Damit lässt sich aber die Unabhängigkeit des einzelnen Journalisten nicht absichern.

Wesentlich viel versprechender ist der Weg über die vertragliche Übernahme der entsprechenden Grundsätze. Es ist den Parteien des Arbeitsvertrages selbstverständlich unbenommen, die Erklärung des Presserates als integrierender Bestandteil eines Arbeitsvertrages zu bezeichnen. Ein solche Vereinbarung kann auch Gegenstand eines Gesamtarbeitsvertrages sein. Mit Blick auf die zentrale Stellung, welche der Presserat und seine Erklärung im schweizerischen Pressewesen einnehmen, und ihre breite Anerkennung kann sogar angenommen werden, dass professionelle Medienunternehmen und Medienschaffende stillschweigend diese Erklärung zum Vertragsinhalt wählen. Damit erlangen die in der Erklärung enthaltenen Grundsätze unmittelbare Geltung innerhalb des einzelnen Arbeitsvertrages, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

C. Beschäftigungsanspruch?

Die Arbeitgeberin kann – wie Ausgeführt – dem Arbeitnehmer Zielanweisungen geben. Damit kann sie bei einem Journalisten den Gegenstand seiner Tätigkeit bestimmen. Dass darin eine sehr starke Gefahr der Beeinflussung bestehen kann, liegt auf der Hand. Recherchiert ein Journalist in eine von seinen Vorgesetzten nicht gewünschten Richtung, erlaubt es das Arbeitsrecht, ihn mit anderen Recherchen zu beauftragen.

Allerdings können ihm nicht beliebige Aufgaben zugewiesen werden. Der Arbeitsvertrag definiert den Gegenstand der Tätigkeit. Aufgaben ausserhalb des vereinbarten Bereiches darf der Arbeitnehmer verweigern[92].

Streitig ist in Lehre und Rechtsprechung, ob die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer auch einfach nicht beschäftigten darf. Hat der Arbeitnehmer einen Vertraglichen Anspruch auf Zuweisung von Arbeit? Die arbeitsvertragliche Hauptpflicht der Arbeitgeberin ist die Ausrichtung des Lohnes. von daher hat die Arbeitgeberin ihre vertraglichen Pflichten erfüllt, wenn sie den Lohn bezahlt. Dass sie diesen auch bezahlen muss, wenn sie dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweist, hält das Gesetz ausdrücklich fest[93]. Aus diesen Grundsätzen lässt sich aber kein Anspruch auf Beschäftigung ableiten. Unbestritten war schon immer, dass ein entsprechender Anspruch vereinbart werden kann und sich bei gewissen Arbeitsverträgen aus der Natur des Anstellungsverhältnisses ergibt. Das ist insbesondere beim Lehrvertrag der Fall[94], weil die Arbeitgeberin vertraglich die Pflicht übernommen hat, den Arbeitnehmer auszubilden[95]. Der Ausbildungszweck kann aber auch bei Arbeitsverträgen im Fordergrund stehen, welche nicht unter den Lehrvertrag fallen. Zu denken ist beispielsweise an einen Praktikanten in einer Zeitungsredaktion.

Zu beachten ist nun aber, dass Korrelat zum mit dem Arbeitsvertrag zwingend verbundenen Subordinationsverhältnis die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin ist[96]. Diese hat die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Soweit eine Nichtbeschäftigung die Persönlichkeit verletzt, widerspricht die Nichtbeschäftigung den vertraglichen Pflichten der Arbeitgeberin. Insofern besteht ein Beschäftigungsanspruch[97]. Ob sich daraus eine allgemeine Pflicht zur Beschäftigung ableiten lässt, wie im deutschen Recht ‚erscheint allerdings zweifelhaft[98]. Jedenfalls ergeben sich gewichtige Einschränkungen eines solchen Anspruchs:

91 Art. 36 Abs. 1 und 3 BV.
92 Vgl. BGer 4C.112/2005 vom 12. April 2005.
93 Art. 324 OR.
94 Vischer, (FN 6), S. 295.
95 Egli, (FN 81), N. 6 zu Art. 344a OR.
96 Art. 328 OR.

– Unbestritten ist, dass während der Kündigungsfrist, der Arbeitnehmer freigestellt werden darf[99].
– Zulässig ist auch eine vorübergehende Nichtbeschäftigung Während einer kurzen Zeitspanne[100].
– Schliesslich entfällt der Anspruch, wenn objektiv keine vertragskonforme Arbeit zugewiesen werden kann[101]. Das ergibt sich allerdings bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, soweit die Arbeitgeberin die Gründe nicht zu ver-antworten hat[102]. Liegen diese in der Verantwortung der Arbeitgeberin, wozu auch das Betriebsrisiko gehört, geht zwar der Anspruch nicht unter; er ist aber nicht durchsetzbar und verwandelt sich in einen reinen Schadenersatzanspruch.

2. Kündigungsschutz

A. Grundsatz der feien Auflösbarkeit

Für die Unabhängigkeit des Journalisten die grösste Gefahr besteht darin, dass er seinen Arbeitsplatz verlieren kann, wenn er sich für das Medienunternehmen als unangenehm erweist. Es hängt vom Arbeitsmarkt ab, ob diese Gefahr zu grossen Einschränkungen der Unabhängigkeit führt oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass dieser Markt für Journalisten kein einheitlicher ist. Während im Bereich der Printmedien viele Arbeitgeber vorhanden sind, sieht das im Bereich der elektronischen Medien anders aus. Dort ist der Arbeitsplatzverlust sehr viel problematischer.

Das schweizerische Recht zeichnet sich im internationalen Vergleich durch eine grosse Kündigungsfreiheit aus. Weil es sich beim Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt, muss immer eine Möglichkeit bestehen, es zu beenden. Ist das Arbeitsverhältnis auf eine feste Dauer abgeschlossen, so endet es mit Ablauf der vereinbarten Frist ohne weiteres[103].

Für das unbefristete Arbeitsverhältnis geht das Schweizerische Recht – wie dargelegt[104] – von der freien Kündbarkeit der Arbeitsverhältnisse aus. Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz schränken die Kündigungsfreiheit nicht grundsätzlich ein. Der sachliche Kündigungsschutz führt nicht zur Nichtigkeit der Kündigung.

B. Sachlicher Kündigungsschutz

Aus der freien Kündigungsmöglichkeit nun aber zu schliessen, es bestehe überhaupt kein sachlicher Kündigungsschutz, wäre falsch. Medienunternehmen sind in hohem Ausmass auf ihren guten Ruf angewiesen. Von daher können sie sich Verurteilungen wegen missbräuchlichen Kündigungen unliebsamer Journalisten kaum leisten. Der Kündigungsschutz kann damit sehr effizient sein.

Die Bestimmung über den sachlichen Kündigungsschutz verlangen grundsätzlich nicht, dass für eine Kündigung bestimmte Gründe vorliegen müssen[105]. Sie verbieten nur bestimmte Gründe. Diese finden sich im Gesetz[106] in einer nicht abschliessenden Aufzählung[107]. Dass ein missbräuchlicher Grund vorliegt, hat derjenige zu beweisen, der die Missbräuchlichkeit geltend macht[108]. Im Zusammenhang mit dem Journalismus sind dabei zwei von besonderer Bedeutung, nämlich die in Art. 336 Abs. 1 Bst. b und Bst. d OR.

Der gesetzliche Kündigungsschutz ist absolut zwingend ausgestaltet[109]. Er kann weder zu ungunsten des Arbeitnehmers noch der Arbeitgeberin abgeändert werden. Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, die Parteien könnten nicht vertraglich weitere Missbrauchstatbestände vereinbaren und damit den Kündigungsschutz ausbauen. Das Gesetz verlangt nur, dass ein solcher erweiterter Kündigungsschutz paritätisch ausgestaltet wird, d.h. nicht nur zur Anwendung gelangt wenn

97 Wyler, (FN 7), S. 235 f.; VISCHER, (FN 6), S. 169 f.; Brunner Christian/Bühler Jean-Michel/Waeber Jean-Bernard, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1996, N. 7 zu Art. 328 OR; Duc Jean-Louis/Subilia Olivier, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 328 OR; Rehbinder, (FN 7), N. 11 zu Art. 328 OR; Streiff/von Kaenel, (FN 6), N 11 zu Art. 328 OR.
98 Vischer, S. 170.
99 BGE 123 III 251; Vischer, (FN 6), S. 170 und 236; Rehbinder, (FN 7), N. 11 zu $art. 328 OR; WYLER, (FN 7), S. 236.
100 Wyler, (FN 7), S. 235; Vischer, (FN 6), S. 170.
101 Wyler, (FN 7), S. 235; Duc/Subilia, (FN 97), N. 15 zu Art. 328 OR.
102 Art. 119 OR.
103 Art. 334 Abs. 1 OR.
104 Vorn Rz. 1.14.
105 Ausnahmen bestehen, wenn jemand gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen Einrichtung ist (Art. 326 Abs. 2 Bst. b OR) und im Rahmen des GlG.
106 Art. 336 OR.
107 BGE 125 III 73; Vischer, (FN 6), S. 237; Aubert, (FN 7), N. 2 zu Art. 336 OR; Wyler, (FN 7), S. 396; EGLI, (FN 81), N. 4 zu Art. 336 OR.
108 Vischer, (FN 6), S. 244.
109 Art. 361 OR.

die Arbeitgeberin kündigt, sondern ebenso bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer[110]. Das ist allerdings ohne praktische Bedeutung.

a. Kündigung wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts

Eine Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen worden ist, weil die gekündigte Partei «ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb[111].

Der Journalist kann für seine Tätigkeit die Medienfreiheit[112] und die Meinungs- und Informationsfreiheit[113] beanspruchen. Mit Blick auf letztere ist es in vorliegendem Zusammenhang praktisch von geringer Bedeutung, ob die Medienfreiheit auch dem angestellten Journalisten zusteht oder nur dem Medienunternehmen selber. Die Problematik mit dem genannten Missbrauchstatbestand liegt aber im Umstand, dass die Missbräuchlichkeit nur gegen ist, wenn die Rechtsausübung nicht Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Die Arbeitgeberin wird somit im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen ohne weiteres die Möglichkeit haben, die Tätigkeit des einzelnen Journalisten auch inhaltlich zu steuern. Hält sich der Journalist nicht an die entsprechenden Weisungen, ist eine Kündigung ohne Missbräuchlichkeit möglich.

b. Rachekündigung

Eine Kündigung ist auch missbräuchlich, wenn sie erfolgt, weil die gekündigte Partei «nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend» gemacht hat[114]. Ein Journalist wird somit geschützt, wenn er sich bezüglich unzulässiger Weisungen gewehrt hat und er nun deshalb eine Kündigung erhält.

Mit dem Zusatz «nach Treu und Glauben» trägt das Gesetz in erster Linie dem Umstand Rechnung, dass die Rechtslage für den Arbeitnehmer nicht immer im Voraus klar ist. Der Schutz besteht auch, wenn sich der geltend gemachte Anspruch als nicht bestehend erweist, der Arbeitnehmer aber in guten Treuen mit dem Bestand seines Rechts rechnen durfte[115]. Andererseits kann er sich aber auf den genannten Schutz selbst dann nicht berufen, wenn das geltend gemachte Recht besteht, wenn die Art und Weise, wie er es durchzusetzen versuchte, als treuwidrig angesehen werden muss. Es darf vom Arbeitnehmer erwartet werden, dass er nicht sofort zu den härtesten Mitteln für die Durchsetzung seiner Ansprüche greift. Namentlich darf mit Blick auf die Treuepflicht erwartet werden, dass er in erster Linie das Gespräch mit den Vorgesetzten sucht.

IV. Folgerung

Soweit es um den Schutz vor Angriffen Dritter geht, ist der angestellte Journalist in einem ausreichenden Masse schon durch das Gesetz abgesichert. Es kann durchaus sinnvoll erscheinen, diesen Schutz vertraglich zu konkretisieren oder auszubauen. Dazu besteht aber für die Sicherung eines unabhängigen Journalismusses keine zwingende Notwendigkeit.

Weil das schweizerische Recht keinen Kündigungsschutz im Sinne einer Arbeitsplatzgarantie kennt, ist der Schutz des einzelnen angestellten Journalisten gegen Druckversuche innerhalb des Medienunternehmens rechtlich letztlich nicht gegeben. Zu beachten ist aber, dass das allgemeine politische und wirtschaftliche Klima diesen fehlenden rechtlichen Schutz teilweise ausgleicht. Die öffentliche Meinung zwingt das einzelne Medienunternehmen letztlich die deontologischen Grundsätze eines freien Journalismusses einzuhalten, wenn es erfolgreich sein will.

Die vorhandenen Defizite im Rechtsschutz können überdies sinnvoller Weise auf vertraglicher Grundlage ausgeglichen werden. So kann sich das Medienunternehmen ohne weiteres vertraglich verpflichten, die Richtlinien des Presserates einzuhalten und die dort enthaltenen Rechte der Journalisten garantieren. Dies kann in einem individuellen Arbeitsvertrag erfolgen oder auch durch einen Gesamtarbeitsvertrag abgesichert werden. ■

110 STAEHELIN, (FN 7), N. 39 zu Art. 336 OR; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, (FN 6), N. 10 und 21 zu Art. 336 OR.
111 Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR.
112 Art. 17 BV.
113 Art. 16 BV.
114 Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR.
115 AUBERT, (FN 7), N. 7 zu Art. 336 OR.

Les stratégies des organisations publiques pour éviter l'accès à l'information

Martial Pasquier

Professeur à l'Institut de hautes études en administration publique IDHEAP, Université de Lausanne

Jean-Patrick Villeneuve

Assistant d'enseignement et de recherche, Institut de hautes études en administration publique IDHEAP, Université de Lausanne.

I. Introduction

Afin d'accroître la bonne gouvernance du système politique et des organisations publiques ainsi que pour lutter contre des dérives organisationnelles et individuelles (corruption, fraudes, etc.), de nombreux pays ont introduit des lois sur le libre accès à l'information détenue par l'administration. Au niveau suisse, si plusieurs cantons connaissent déjà de tels dispositifs, la loi fédérale sur la transparence de l'administration (Ltrans) a été votée par le parlement le 17 décembre 2004 et entrera en vigueur prochainement. Pourtant, en étudiant le comportement des organisations situées dans des pays appliquant une telle loi depuis longtemps, force est de constater qu'elles restent très souvent réticentes à divulguer de manière spontanée et volontaire des informations. Pour étudier les comportements des organisations en matière de rétention d'information et donc d'entrave à la transparence, nous nous sommes intéressés au libre accès à l'information détenue par les gouvernements et administrations.

La première partie de cet article présente les bases de la transparence organisationnelle, alors que la deuxième propose une typologie des comportements organisationnels visant ou ayant comme conséquence une limitation de cet accès.

II. Les bases de l'accès à l'information et de la transparence documentaire

D'une manière générale, la transparence correspond à l'ouverture des processus et des décisions internes à une organisation au profit des tiers, qu'ils soient ou non impliqués dans celle-ci[1]. La transparence repose sur un droit non négociable qui est le droit de savoir[2] et est à la base des processus modernes d'accountability et de légitimation des forces publiques[3]. En plus de ce droit, la transparence doit aussi être considérée de manière instrumentale, dans la mesure où elle correspond à des modes organisationnels et des processus visant à permettre la réversibilité complète des échanges d'informations entre les citoyens et les administrations[4].

La transparence étant un concept très large et s'appliquant à de nombreux domaines, il convient de préciser les types de transparence qui s'appliquent au niveau de l'administration:

Zusammenfassung: *Die Gesetze über das Öffentlichkeitsprinzip verpflichten Regierungen und öffentlichen Verwaltungen zur Transparenz und damit zur Offenlegung jener Informationen, über die diese von Amtes wegen verfügen. Obwohl diese Gesetze den Informationsstand der Bürger verbessert haben, lässt sich eine Tendenz feststellen, wonach zahlreiche öffentliche Organisationen Informationen auch dann verheimlichen, wenn dies sich aus dem Blickwinkel des öffentlichen oder privaten Interessens nicht rechtfertigen lässt. Der vorliegende Artikel bietet einen Überblick über solche Praktiken und illustriert diese anhand von zahlreichen Beispielen.*

1 Florini, A., The End of Secrecy. Foreign Policy, 1998.

2 Pope, J., L'accès à l'information: qui y a droit et à quelle information? Rapport mondial sur la corruption 2003, 2003; Open Government, Freedom of Information Coalition. Freedom of Information Coalition, 2004; Fung, A., M. Graham, and D. Weil, The Political Economy of Transparency: What Makes Disclosure Policies Sustainable. John F. Kennedy School of Government Harvard University: Cambridge, 2003.

3 Naurin, D., Taking transparency seriously. Sussex European Institute Working Paper: Brighton, 2002. p.5

4 Audria, R., New public management et transparence: essai de déconstruction d'un mythe actuel. Genève, 2004.

– La transparence documentaire: il s'agit de l'accès à l'information détenue ou colligée par l'administration soit en lien avec une personne, soit de manière générale.
– La transparence organisationnelle: elle correspond à la connaissance de l'organisation et de son fonctionnement (processus, règles et critères de décision). Il s'agit de montrer non seulement ce qui est produit, mais surtout comment cela est produit. Ce type de transparence s'applique aussi aux processus électoraux gérés par l'administration et à la publicité des débats de diverses commissions internes à l'administration.
– La transparence comptable et budgétaire: elle sert à mettre en rapport l'origine des fonds et leur usage dans le cadre de l'action publique
– La transparence de l'action et des responsabilités administratives: il s'agit pour l'administration d'être apte à faire connaître et à expliquer le sens de ses décisions et de ses actions, ainsi que de soumettre les fonctionnaires et l'ensemble de l'administration à leurs obligations.

Si ces types de transparence sont appliqués depuis longtemps dans le cadre des processus de contrôle parlementaire, le libre accès de l'ensemble des citoyens à toutes les informations détenues par l'administration (transparence documentaire) est plus récent. Cet accès a fait l'objet de codifications contenues dans des lois correspondantes (lois sur l'accès à l'information, lois sur la transparence) qui précisent généralement le type d'informations consultables, les exceptions (défense des intérêts supérieurs de l'Etat et du respect de la sphère privée), ainsi que des éléments de procédure permettant d'accéder à l'information (aide fournie par l'Etat dans la recherche d'informations, temps requis pour délivrer l'information, coûts et frais de la recherche, etc.).

Alors que la transparence documentaire est solidement ancrée dans un cadre légal, on voit se développer, au sein des organisations publiques, des stratégies d'évitement de cette dernière. Plusieurs raisons expliquent cette résistance. Il y a tout d'abord la culture du secret issue d'une certaine tradition historique où la connaissance était accumulée sans véritable partage. Les gouvernants ont toujours eu tendance à considérer que les dossiers et autres données sont leur propriété ou celle de l'institution, mais pas celle du citoyen. Ensuite, la culture bureaucratique des organisations est, par nature hiérarchique, introvertie et opposée au risque[5]. Afin de protéger ses ressources et d'éviter de devoir reconnaître ses erreurs, mais aussi pour conserver un avantage comparatif sur d'autres organisations, les administrations sont peu enclines à divulguer l'information dont elles disposent. Finalement, l'environnement sécuritaire, lié en particulier aux attentats de septembre 2001 aux Etats-Unis et la multiplicité des accords internationaux, donnent de nouvelles possibilités aux gouvernants de limiter l'accès à l'information[6].

Avec en toile de fond cette évolution vers une plus grande transparence de l'action gouvernementale, il est intéressant d'étudier les stratégies concrètes développées par les gouvernements et les administrations pour limiter cet accès à l'information.

III. Les comportements développés par les organisations pour restreindre l'accès à l'information

1. L'établissement d'une typologie

Trois critères ont été développés pour établir une typologie des comportements organisationnels visant à entraver consciemment ou non la loi. Le premier critère a trait à l'utilisation du champ d'application de la loi. De nombreuses organisations essaient en effet d'éviter d'être soumises à la loi. Le deuxième critère concerne la légalité de la décision ou de la mesure prise par l'organisation. Bien que les gouvernants et administrations soient tenus de respecter la loi, on peut observer des cas où ils contreviennent directement à celle-ci. C'est le cas notamment où des organisations refusent de délivrer l'information demandée, dé-

5 Reid, J.M., La gestion de l'information au gouvernement du Canada. Ottawa, 2004.
6 Blanton, T.S., National security and open government in the United States: Beyond the balancing test, in National security and open government: striking the right balance. The Maxwell School of Syracuse University: New York, 2003. p.33-34; Mendel, T., National security vs. openness: an overview and status report on the Johannesburg principles, in National security and open government: striking the right balance. The Maxwell School of Syracuse University: New York, 2003. p.1-4

truisent des documents ou nient l'existence de ceux-ci. Finalement, le troisième critère touche aux différents moyens légaux mis en œuvre pour limiter l'accès à l'information.

2. La non-transparence

Toutes les lois sur l'accès à l'information prévoient que certaines organisations ou certaines activités de ces organisations ne soient pas soumises à la loi. S'il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les situations liées à la sécurité de l'Etat, à l'instruction d'affaires judiciaires, à la protection de la sphère privée - les organisations sont soumises à la transparence tout en étant autorisées à ne pas dévoiler certaines informations - il convient de s'intéresser à trois types de comportement qui tous visent, du moins en partie, à échapper à la transparence documentaire.

Le premier cas concerne les organisations qui ont été, souvent à leur demande, exclues du champ de la loi. Au Canada, la loi prévoit que seules les organisations mentionnées dans une annexe à la loi sont soumises à celle-ci. Or, aucun critère n'est fourni afin de déterminer quelles entités devraient faire partie de cette annexe[7]. Certains auteurs, tel ROBERTS, ont tenté de mettre sur pied une liste de critères qui pourraient permettre de définir si une organisation devrait ou non être assujettie à la loi. Ces propositions sont longtemps restées lettre morte. Dans ce pays, ce n'est que tout récemment, et suite à de nombreuses pressions politiques et sociales, que certaines organisations sont soumises à la loi[8].

Le deuxième cas à considérer est la création délibérée de nouvelles entités juridiques autonomes chargées de l'accomplissement de certaines tâches publiques. Toujours au Canada, le gouvernement a créé depuis 1997 de nombreuses fondations dotées d'un total de 8,6 milliards de francs suisses en capital. «Compte tenu de l'importance des sommes que représentent ces paiements de transfert, la reddition de comptes des fondations suscite de plus en plus d'inquiétudes»[9]. Ces fondations, en plus d'être exclues du champ d'application de la Loi sur l'accès à l'information, ne se trouvent pas non plus assujetties au contrôle financier de la vérificatrice générale, ni au contrôle parlementaire, ce qui a été critiqué à de nombreuses reprises[10].

Le troisième cas est à mettre en relation avec la mise en application des principes de la nouvelle gestion publique qui, entre autre, a introduit une certaine concurrence dans la délivrance de services publics, notamment en externalisant une partie de ces tâches à un ou plusieurs sous-contractants pour améliorer l'efficience et l'efficacité[11]. Or, à partir du moment où des tâches sont confiées à des acteurs privés, ou que certaines organisations publiques sont en concurrence entre elles ou avec des organisations privées, tout ou partie des informations échappent au regard des citoyens. En privilégiant une transparence dans les résultats, on limite ainsi considérablement la transparence de la production de services publics.

Toutes ces situations sont problématiques pour deux raisons principales. D'une part, le financement de ces organisations ou activités dépend presque exclusivement de l'Etat, alors que le droit de regard des citoyens mais aussi des élus politiques est très limité, ce qui est discutable du point de vue des principes de la transparence et, de plus, nourrit un sentiment d'impunité aux yeux de la population. D'autre part, les décisions conduisant à écarter ces organisations du champ de la loi sont rarement le fruit d'un débat politique sur la place publique; le plus souvent, elles relèvent de décisions gouvernementales.

3. La transparence déviée

Tant le législateur que les gouvernants partent du principe que les lois votées sont

Résumé: *Les lois sur l'accès à l'information contraignent les gouvernements et les administrations publiques à la transparence et ainsi à divulguer l'information dont ils disposent. Pourtant, si ces lois ont permis d'accroître l'information des citoyens, on constate que de nombreuses organisations publiques cherchent toujours à dissimuler de l'information alors qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne justifie ce comportement. Cet article établit une typologie de ces comportements, les décrit et les illustre au travers de nombreux exemples.*

7 Bartram, J., La portée de la Loi sur l'accès à l'information: élaboration de critères cohérents pour les décisions concernant les institutions, in Groupe d'étude sur l'accès à l'information. Ottawa, 2001.
8 Canada, V.G.D.G.D., Rapport de la vérificatrice générale du Canada 2005. Bureau de la Vérificatrice générale du Canada: Ottawa, 2005. p.4.1
9 Ibid.
10 Ibid.
11 Osborne, D. and T. Gaebler, Reinventing government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Penguin Group: New York, 1993; Hood, C., A public management for all seasons. Public Administration, 1991. p. 3-19; Collins, P. and L. Byrne, eds. Reinventing Government Again. The Social Market Foundation: London, 2003.

respectées par les administrations. Pourtant, plusieurs recherches et rapports ont mis à jour des comportements privant les ayants droit du bénéfice de la transparence. Par transparence déviée, on considère qu'il s'agit de comportements illégaux dont le but ou l'effet font que des documents sont soustraits aux lois sur l'accès à l'information.

On peut distinguer trois types de comportements amenant à contourner la transparence documentaire. On trouve tout d'abord la forme la plus directe, qui consiste à détruire ou à dissimuler des documents. La mise en évidence d'une gestion parallèle de documents atteste, si besoin, de ce type de comportement[12].Un autre indice qui tend à confirmer l'existence de tels agissements vient du fait que plusieurs pays ont dû renforcer leur loi sur l'accès à l'information en introduisant des dispositions punissant d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende celui qui aurait détruit, modifié ou dissimulé un dossier en vue de nier un droit à l'information. On a aussi une forme de déviance, certes un peu atténuée, lorsque certains documents, et notamment des contrats avec des tiers privés, sont si mal documentés qu'il n'est pas possible d'en retirer des informations valables.

Une deuxième manière d'agir consiste à donner un caractère politique à un document administratif. En effet, la plupart des lois sur l'accès à l'information prévoient que des documents touchant à la formation de l'opinion et aux délibérations des gouvernements constituent une exception. En étant indûment classés dans le registre des exceptions, certains documents échappent à la loi. Le problème est d'autant plus grave que c'est souvent un ministre qui prend cette décision - il est juge et partie - et qu'aucun médiateur n'a la possibilité de vérifier le bien-fondé de cette décision[13].

Le troisième et dernier cas de figure correspond au développement d'une culture orale plutôt qu'écrite. Il s'agit par exemple de ne pas introduire les conclusions ou recommandations d'un rapport dans le document de base et de les communiquer uniquement par oral. Bien que dénoncées par de nombreux observateurs[14], ces pratiques sont courantes.

4. La transparence entravée

La transparence documentaire est considérée comme entravée lorsque l'administration utilise les possibilités offertes par la loi pour limiter au maximum l'accès à l'information. Ce type de comportement, parfaitement légal car pouvant faire l'objet de recours si la demande n'est pas satisfaite, est très fréquent et s'appuie sur un ensemble varié de dispositions légales.

La première raison invoquée par les administrations est souvent liée à la protection de la sphère privée ou la protection d'informations données sous le couvert de l'anonymat (protection de la source). Deux exemples intéressants illustrent ce type de comportement. A Genève, un quotidien avait demandé d'avoir accès à un rapport d'audit sur l'Office cantonal du logement. Cet audit avait été réalisé suite à la démission de la directrice peu après sa nomination. Ce document, qui se rapportait au fonctionnement d'un organisme de l'Etat était soumis à la loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD) en vigueur depuis 2002. Le ministre en charge du département a refusé de communiquer ce rapport sous prétexte de protection de la sphère privée des personnes interrogées par les auteurs du rapport. Le journal a saisi la justice, qui lui a donné raison[15].

L'autre exemple concerne le cas opposant le vice-président américain Cheney au Sierra Club. En 2001, le vice président dirigeait le «National Energy Policy Development Group». C'est ce groupe qui a développé la politique énergétique du gouvernement Bush, incluant le très controversé projet d'exploration pétrolière dans une réserve naturelle d'Alaska. Le Sierra Club a souhaité avoir accès aux documents de ce groupe de travail pour savoir, entre autre, si des représentants du secteur pétrolier faisaient partie des membres du comité. Le vice-pré-

12 Whittington, L., Inquiry hears of secret file system, in Toronto Star: Toronto, 14 octobre 2004.

13 Canada, C.A.L.I.D., Rapport annuel du Commissaire à l'information 2002-2003. Commissariat à l'information du Canada: Ottawa, 2003; Canada, C.A.L.I.D., Rapport annuel du Commissaire à l'information 2003-2004. Commissariat à l'information du Canada: Ottawa, 2004.

14 Open Government (n.2); Juillet, L. and G. PaquetT, Politique d'information et gouvernance. Gouvernement du Canada: Ottawa, 2001; Savoie, D.J., Breaking the Bargain. University of Toronto Press: Toronto, 2003. p.49-52; Roberts, A., Spin control and freedom of information: lessons for the United Kingdom from Canada. Public Administration, 2005. p. 1-23

15 CF. Medialex 2004, p. 232 s.

sident et la Maison Blanche se sont opposés à cette demande jugeant qu'elle minerait la confidentialité des informations qui ont été données à l'administration sous le couvert de l'anonymat[16]. Le cas est maintenant pendant devant la Cour Suprême des Etats-Unis.

La deuxième raison invoquée pour limiter l'accès aux documents est liée au terrorisme et à la sécurité d'Etat[17]. Dans les mois qui ont suivi les attentats de New York et Washington, les différents gouvernements ont pris des mesures pour combattre le terrorisme international. Ces mesures ont pris plusieurs formes, dont la mise en application de lois anti-terroristes (Patriot Act aux Etats-Unis, loi antiterroriste au Canada, Anti-terrorism crime and security au Royaume-Uni). Ces lois, à quelques nuances près, augmentent le pouvoir des agents gouvernementaux (policiers, militaires et judiciaires) et surtout limitent souvent considérablement l'accès des citoyens à l'information[18].

Un exemple de cette nouvelle approche peut être trouvé dans le mémorandum du 12 octobre 2002 du ministre américain de la Justice, John Ashcroft. Il y exhorte les agences du gouvernement à faire preuve d'une plus grande prudence dans la diffusion d'informations («greater caution in disclosing information») demandées au travers de la loi d'accès à l'information, le Freedom of Information Act[19]. Tout en affirmant la volonté de respecter la loi sur l'accès à l'information, ce mémo indique qu'il est également commis à la protection d'autres valeurs fondamentales, tels que la sauvegarde de la sécurité nationale, l'accroissement de l'efficacité des forces judiciaires, la protection d'informations commerciales sensibles et la préservation des informations personnelles. Le ministre Ashcroft assure même ses employés que, dans le cas d'un refus de communication d'une information, leur décision sera défendue.
La défense de l'État est, dans certains cas, tout à fait justifiée comme base de non communication. Malheureusement, ce terme est si vague qu'il permet toutes sortes d'interprétations. Plusieurs gouvernements ont d'ailleurs tendance à l'utiliser comme une carte blanche – trump card – permettant tous les abus[20]. De fait, «la notion traditionnelle de raison d'État pour justifier le secret et la confidentialité est peut-être trop facile à utiliser par les politiciens et les fonctionnaires pour refuser la communication de l'information sans autre justification»[21]. Plusieurs organisations se trouvent ainsi à «gérer les exceptions au lieu de promouvoir la transparence»[22].

Le dernier cas à considérer est celui lié à la collaboration entre des Etats et aux relations internationales en général. Les nombreuses lois d'accès à l'information touchent les documents produits par les gouvernements nationaux. Mais à une époque où les négociations internationales sont très importantes et où des décisions sont prises dans des forums internationaux, qu'en est-il de l'accès à ces informations? Très souvent, les informations deviennent inaccessibles sur demande d'un seul des membres du groupe[23]. Le cas des négociations sur la zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) est intéressant à cet égard. Suite aux demandes faites par des partis d'opposition visant à obtenir les textes liés à la négociation, le Ministère des affaires étrangères canadien a fait savoir que les partenaires de la négociation étaient réticents à ce que de tels documents soient divulgués. Suite à de nombreuses pressions, ces documents furent finalement rendus publics, mais tardivement, et sans annotation quant aux positions défendues, de sorte que leur utilité devenait très réduite. De même, au niveau de l'Union européenne, on voit clairement les oppositions de certains membres à une plus grande transparence, et cela malgré que ces mêmes Etats disposent, au niveau national, de règles

16 Lane, C., High Court Will Review Ruling On Cheney Task Force Records, in Washington Post: Washington D.C., 16 décembre 2003, p.A03; SAFIRE, W., Behind Closed Doors, in The New York Times: New York, 17 décembre 2003, p.A39
17 Blanton (n.6), p.33; Mendel (n.6); Roberts, A., National security and open government. The Georgetown Public Review, 2004. p. 69-85; Wadham, J. and K. Modi, National security and open government in the United Kingdom, in National security and open government: striking the right balance. The Maxwell School of Syracuse University: New York, 2003. p.75-77
18 Mendel (n.6), p.1-4
19 Ashcroft, J., The Freedom of Information Act. Office of the Attorney General: Washington D.C., 2001.
20. Roberts (n.17), p.70
21 Juillet (n.14); Roberts (n.17), p.69-85; Wadham (n.17), p.75-77
22 Canada, C.À.L.I.D., Rapport annuel du Commissaire à l'information 1993-1994. Commissariat à l'information du Canada: Ottawa, 1994. p.3
23 ROBERTS, A., Structural pluralism and the right to information. University of Toronto Law Journal, 2001. p. 243-271

claires en ce sens[24].

Cette collaboration entre des Etats et la limitation de l'accès à l'information peut aussi prendre d'autres formes. En Suisse, les cantons disposent chacun de leur propre constitution, et seul un certain nombre d'entre eux dispose d'une loi sur l'accès à l'information. Récemment, les chefs des ressources humaines de certains cantons ont établi un comparatif détaillé de toutes les rémunérations de leurs fonctionnaires (salaires, contributions aux fonds de pension, autres avantages). Du fait que certains cantons ne disposent pas formellement d'une loi sur l'accès à l'information, l'accès à ce document a été systématiquement refusé à tous ceux qui en faisaient la demande, même dans les cantons disposant d'une telle loi, sous prétexte de collaboration intercantonale[25].

Certains espèrent que l'accroissement des échanges internationaux créera une pression pour une harmonisation vers le haut des lois sur l'information. Cependant, plusieurs facteurs pourraient tout aussi bien les pousser vers le bas. «As an increasing amount of policy making takes place at the international level, each government then has the capability to exempt more information from disclosure as a result of the applicable exemptions for international negotiations or diplomacy»[26]. Tous ces échanges permettent en revanche de faire du shopping, et de tenter d'aller trouver l'information là où les lois d'accès sont les plus fortes.

5. La transparence laborieuse

On parle de transparence laborieuse lorsqu'une administration invoque des raisons liées à un manque de ressources et de compétences pour justifier de restrictions, de retard ou de tout autre problème limitant un accès complet et rapide à l'information. S'il s'agit parfois d'un comportement délibéré pour faire perdre à une information son actualité, il s'agit aussi souvent de problèmes organisationnels liés à un manque de ressources ou un manque de sensibilité par rapport à ce thème.

Un premier problème souvent mentionné par les administrations concerne la gestion des documents et des informations. Comment gérer l'information et la rendre disponible? Au lieu de trouver des réponses claires, ces problèmes ne feront que se multiplier avec le développement sans cesse croissant des documents électroniques. Sans une bonne gestion de l'information, toute transparence devient inutile. Par exemple, suite à plusieurs plaintes au niveau de l'Union européenne, il est souligné que «le Conseil a le devoir de tenir des registres et qu'il y a failli dès lors qu'il n'a enregistré ni archivé systématiquement les documents en question.»[27].

La mauvaise gestion des informations est responsable en grande partie des retards dans le traitement des demandes d'accès à l'information. On mentionne que des «dossiers ont été perdus ou qu'ils n'ont pas été nommés et classés correctement» ou encore qu'il existe de multiples copies «et on ne sait pas laquelle fait autorité»[28].

A l'opposé, certains documents seraient conservés trop longtemps, grevant de manière inutile les budgets et allongeant d'autant les temps de recherche. «Je constate souvent que les ministères ignorent tout simplement quels dossiers ils possèdent ou ce que contiennent ces dossiers. Cette incertitude génère parfois des craintes quant à ce que les dossiers peuvent révéler ou du moins explique que l'on hésite à les diffuser»[29].

Un autre aspect à considérer est lié au coût financier des demandes d'accès à l'information. Malgré les économies réalisées grâce à la transparence (meilleures informations et contrôle des coûts), il n'en demeure pas moins que cette transparence coûte cher. Par exemple, chaque demande officielle d'information en vertu de la loi sur l'accès à l'information du Canada, coûte en moyenne 2000 CHF[30]. Aux Etats-

24 Roberts, A., Multilateral Institutions and the Right to information: Experience in the European Union. European Public Law, 2002. p. 255-275; Héritier, A., Composite democracy in Europe: the role of transparency and access to information. Journal of European Public Policy, 2003. p. 814-833

25 Busslinger, L., Tout savoir sur les salaires des fonctionnaires romands? Le rapport existe, mais il est top secret, in Le Temps: Genève, 25 novembre 2004.

26 Bennett, C.J., Rapport 3 Mondialisation et régime d'accès à l'information. Groupe d'étude de l'accès à l'information: Ottawa, 2001.

27 Le Mediateur Europeen, Rapport Annuel 2001. Le médiateur de l'Union Européenne: Strasbourg, 2001, p.199

28 Mendel (n.6), p.1-4

29 Ibid.

Unis, et pour l'année 2000, le coût des demandes d'information - après déduction des émoluments encaissés - se monte à 253 millions de dollars[31]. Du fait des problèmes financiers auxquels nombre de gouvernements sont actuellement confrontés, la tentation est bien sûr forte de réduire les budgets correspondants ou d'augmenter le coût de l'accès à l'information[32]. Une autre motivation est bien sûr celle de museler un peu plus l'accès à l'information et la structure qui en assure le bon fonctionnement.
Cette situation mène à des délais plus importants dans le traitement des demandes, de même que dans la communication des informations. Au niveau de l'organisation, cela se traduit par une grande frustration, telle qu'on la ressent lorsqu'il s'agit de devoir faire face à un flot de demandes sans cesse croissant tout en manquant des ressources nécessaires pour y faire face. On voit apparaître aussi un certain négativisme face à la transparence. Loin d'être un outil de régulation, cette dernière ne devient plus qu'une imposition supplémentaire dans un contexte déjà surchargé.

6. La transparence totale

D'un point de vue purement théorique, la transparence totale doit être une finalité, une solution idéale recherchée par le législateur. Pourtant, la simple mise à disposition de la totalité des informations détenues par une administration peut aussi constituer une réelle entrave à l'accès à l'information.

En fait, pour qu'elle soit consultable et utile, l'information doit être classée, structurée, et les structures ou registres correspondants doivent être disponibles. Sans ceux-ci, on se trouve dans une situation qualifiée d' «infobésité». En donnant trop d'informations et en n'organisant pas celles-ci, l'administration peut noyer les informations importantes qu'elle ne souhaite pas divulguer, car cela correspond, pour le demandeur, à chercher une aiguille dans une botte de foin.

A cet effet, il est intéressant de constater que les pays disposant de lois sur l'accès à l'information exigent de plus en plus l'établissement de registres des documents et une gestion transparente des archives. A titre d'exemple, en Suède, une agence gouvernementale est chargée de développer un registre permettant de structurer et d'archiver l'ensemble des courriels entrants et sortants[33].

IV. Conclusion

Depuis l'apparition de lois sur l'accès à l'information dans les années 50, la transparence des activités gouvernementales, codifiée dans les lois, a beaucoup évolué. Les défis demeurent cependant importants. En effet, la dynamique organisationnelle et politique tend à restreindre l'accès, alors que certaines expériences démontrent bien la nécessité d'augmenter cette transparence. Que ce soit la résultante d'une certaine culture du secret, pour accroître ses propres ressources ou pour se protéger de certaines responsabilités, les organisations et parfois certaines personnes à un niveau individuel développent de manière délibérée des comportements limitant cette transparence. Or, «une protection excessive de l'information est inexcusable dans une société démocratique, dépendante de l'information, qui s'attend à ce que les leaders politiques et les fonctionnaires fassent preuve d'un niveau élevé d'intégrité, de transparence et de responsabilisation»[34].
Afin de mieux comprendre les comportements des organisations par rapport aux exigences de transparence, une typologie de ces comportements a été établie. Elle permet de mettre en évidence la diversité des stratégies suivies par les organisations, des tentatives cherchant à éviter d'être soumises à la loi, aux stratégies prônant une fausse transparence où toute l'information est donnée en pâture sans donner les clés de son analyse, en passant par l'utilisation de moyens légaux et illégaux pour la dissimuler.
Cette analyse est utile à plusieurs titres. D'une part, elle relativise les effets attendus de ces lois. L'engagement d'un gouvernement pour une plus grande ouverture et la transparence ne suffit pas si un changement culturel profond n'est pas opéré par

30 Canada, S.D.C.D.T.D., Analyse des coûts découlant de la mise en application des lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels (AIPRP). Conseil et Vérification Canada: Ottawa, 2000.
31 Blanton, T., The world's right to know. Foreign Policy, 2002. p. 50-57
32 FUNG (n.2),
33 Sundström, H., The Open Sweden Campaign. OECD: Paris, 2000.
34 Reid (n.5)

la même occasion au sein même des administrations[35]. D'autre part, l'analyse de ces comportements contribue à la réflexion sur les mesures à mettre en œuvre dans les administrations pour accompagner un processus devant déboucher sur une plus grande transparence. C'est un sujet d'une grande actualité au niveau des organisations publiques fédérales. ■

35 Sanchez, A.C., The right of access to information and public scrutiny: transparency as a democratic control instrument, in Public sector transparency and accountability: making it happen. OECD: Paris, 2002. p.163; Reid, J.M., Discours sur l'Accès à l'information, in Groupe Ginger: Toronto, 2004.

SRG-Gebühren: Ein zulässiger Hebel ins Internet?[1]

Christoph Beat Graber

Dr. iur., Professor für Kommunikationsrecht an der Universität Luzern, Bern

Philipp Zurkinden

Dr. iur., Fürsprecher, Lehrbeauftragter Universität und Europainstitut Basel, Bern

Résumé: *L'expansion de la SSR sur Internet soulève des questions relatives non seulement au droit des programmes, mais également au droit de la concurrence. Elle est à ce titre vertement combattue par les entreprises de presse. Dans la révision de la LRTV, le Parlement a renoncé à établir des règles précises et contraignantes s'agissant de la marge de manœuvre laissée à la SSR pour ses activités Internet. Il a chargé le Conseil fédéral de régler ces questions dans le cadre de la nouvelle concession SSR. Considérant les droits fondamentaux et constitutionnels des autres médias, le développement de la concession en tant que contrat de droit administratif entre le Conseil fédéral et la SSR apparaît comme problématique. Au lieu de cela, il faut exiger que le gouvernement perçoive sa responsabilité en matière de politique des médias et ordonne de façon précise dans la concession quelles sont les limites à ne pas franchir en ce qui concerne les activités en ligne de la SSR.*

I. Wo liegt das Problem?

Sind die Internet-Aktivitäten der SRG Teil ihres Leistungsauftrags? Missbraucht die SRG ihre durch das Schweizer Rundfunkrecht vermittelten Privilegien als Hebel, um frühzeitig den sich allmählich etablierenden Markt für Online-Dienste im Internet zu besetzen und ihre Konkurrenz auszuschalten? Das sind Fragen, die nicht nur die etablierten Verleger, sondern auch Start-ups beunruhigen, die neu in den Online-Markt für Medienerzeugnisse einsteigen möchten.

Obwohl SRG-Generaldirektor Armin Walpen nicht müde wird, dies zu bestreiten, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die SRG beansprucht, die führende Rolle als Schweizer Informationsanbieterin (auch) im Internet zu spielen. Nach der absehbaren Abhalfterung von Swissinfo liegt die operative Führung zur Umsetzung dieser Strategie direkt bei den SRG-Töchtern in den Sprachregionen.[2] Die TSR verfügt bereits heute über eine gut ausgebaute Internet-Plattform mit einem vielfältigen Angebot an Fernseh-, Radio-, und Textbeiträgen zu Politik, Wirtschaft, Sport und Kultur. Unternehmen, welche die Attraktivität dieser Website zur Plazierung von Werbebotschaften nutzen wollen, werden auf die im Vergleich zu anderen Medien günstigen Internet-Werbetarife aufmerksam gemacht.[3] Die TSR weiss um das Potential des sich belebenden Online-Werbemarktes[4] und will diese neue Einnahmequelle nicht der Konkurrenz aus dem Pressebereich überlassen.[5] Kommerzielles Talent beweist auch SF DRS, das auf seiner in starker Expansion begriffenen Website nicht nur Fernsehsendungen und Spielfilme verkauft, sondern auch Plüschtiere, T-Shirts, Taschen und verschiedenste Accessoires mit Music-Star-Logo wie Mützen, Rucksäcke, Keramiktassen etc.[6] Die Verleger beargwöhnen diese Entwicklung und weisen darauf hin, dass sie ihre Internet-Aktivitäten aus dem Markt finanzieren müssen, «während die SRG dank den Gebührengeldern auf grosse Ressourcen zurückgreifen kann».[7] Damit stellen sich Fragen in rundfunkrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht.

In rundfunkrechtlicher Hinsicht stellt sich erstens die Frage der Vereinbarkeit solcher Aktivitäten mit dem Service-public-Auftrag

1 Diese Studie ist im Rahmen des Forschungsprojektes «eDiversity» als Teil des Nationalen Forschungsschwerpunktes «International Trade Regulation» entstanden. Die Autoren danken dem Schweizerischen Nationalfonds und der Stiftung Ecoscientia für finanzielle Unterstützung.

2 Vgl. auch Alfred Haas, L'appetit de la SSR devant l'Internet se heurte aux éditeurs, in: medialex 2/2005, S. 66.

3 Vgl. Interview mit Armin Walpen in der Neuen Zürcher Zeitung vom 5. Februar 2005, S. 17.

4 Im Jahre 2005 sollen die Werbeeinnahmen der Internetportale Google und Yahoo! zusammen zum ersten Mal die kumulierten Werbeeinnahmen der drei US-amerikanischen TV-Networks ABC, CBS und NBC in der Prime Time übertreffen. Vgl. The Economist, Internet advertising: The online ad attack, 28. April 2005, S. 53 f.

5 Vgl. www.tsr.ch. Gemäss einem Bericht der Neuen Zürcher Zeitung («Allzu forsche Internet-Aktionen der SRG») vom 5. Februar 2005, S. 13, beweise die TSR mit einer «Internet-Tabelle mit den Werbetarifen» (...), «dass man entschlossen ist, auch auf dem Werbemarkt aufzutreten und Geld auf sich zu ziehen.»

6 Siehe www.sfdrs.ch (besucht am 10.2.2005).

7 Neue Zürcher Zeitung (Fn. 5).

Zusammenfassung: *Die Expansion der SRG ins Internet wirft nicht nur rundfunkrechtliche, sondern auch wettbewerbsrechtliche Fragen auf und wird insbesondere von Presseunternehmen bekämpft. Im Rahmen der RTVG-Revision hat das Parlament auf eine präzise und verbindliche Regelung des Internet-Spielraums der SRG verzichtet. Vielmehr hat es den Bundesrat ermächtigt, diese Fragen im Rahmen der neuen SRG-Konzession zu regeln. Angesichts der tangierten Grund- und Verfassungsrechte der anderen Medien wäre es problematisch, die Konzession als verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Bundesrat und SRG auszugestalten. Statt dessen ist zu fordern, dass der Bundesrat seine medienpolitische Verantwortung wahrnimmt und in der Konzession präzise verfügt, welche Grenzen die SRG im Internet nicht überschreiten darf. Damit wäre rechtsstaatlichen Anliegen Rechnung getragen, ohne die Möglichkeit einer flexiblen Anpassung des Schweizer Rundfunkrechts an den technischen Wandel zu verhindern.*

der SRG.[8] In diesem Zusammenhang gilt es die Spiegelbildlichkeit von Service-public-Auftrag und Gebührenprivileg zu beachten.[9] Gemäss Art. 17 RTVG (vgl. nun Art. 37 des Entwurfs zum neuen Radio- und Fernsehgesetz [ERTVG]) erhält die SRG den Grossteil der von den Rundfunkkonsumenten zwangsweise zu bezahlenden Empfangsgebühren. Im Gegenzug verpflichtet sie das Schweizer Rundfunkrecht zur Erbringung eines Service public,[10] d.h. zu einem qualitativ hochstehenden und kulturell vielfältigen Angebot von Rundfunkprogrammen.[11] Die Ausdehnung gebührenfinanzierter SRG-Aktivitäten in den Bereich des Internet erscheint aus dieser Perspektive als nicht unproblematisch. Das gilt umso mehr, als Art. 93 Abs. 4 BV Radio und Fernsehen dazu verpflichtet, auf die Stellung anderer Medien, vor allem der Presse, Rücksicht zu nehmen.

Zweitens ist in wettbewerbspolitischer Hinsicht zu prüfen, ob die SRG, ihr Gebührenprivileg im Rundfunkmarkt nicht dazu missbraucht, um auf einem nachgelagerten Markt die Konkurrenz auszuschalten. Im Recht der EG wird die Gebührenfinanzierung von Internet-Aktivitäten des öffentlichen Rundfunks nach beihilferechtlichen Kriterien geprüft. Die Europäische Kommission hat in mehreren Verfahren das Online-Angebot von öffentlich-rechtlich finanzierten Rundfunkveranstaltern untersucht: Während das «Digital Curriculum» der BBC gerade noch schlüpfte,[12] verlangte die Kommission von Deutschland, Irland und den Niederlanden die Klärung der Rolle und Finanzierung ihrer Service-public-Veranstalter u.a. im Internetbereich.[13] Da in der Schweiz eine subventionsrechtliche Kontrolle der Internetaktivitäten fehlt, werden wir weiter untersuchen, über welche Handhabe die privaten Rundfunkveranstalter in der Schweiz verfügen, um die SRG auf dem Weg allgemeiner kartellrechtlicher Regeln in die Schranken zu weisen.

II. Was können SRG-Konkurrenten tun?

1. Stand der Diskussion im Rahmen der RTVG-Revision

Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes dauert nun schon rund 7 Jahre. In dieser Zeit hat sich die Bedeutung des Internet radikal gewandelt. Noch vor wenigen Jahren war das Internet für die breite Öffentlichkeit höchstens ein abstrakter Begriff. Das hat sich inzwischen geändert: Heute ist bereits jeder zweite Schweizer ein regelmässiger «Internetuser» und viele Menschen können sich gar nicht mehr vorstellen, in ihrer Arbeit oder in ihrem privaten Leben ohne Internet auszukommen.

Erstaunlich ist, wie lange die Verleger und ihre politische Lobby die SRG-Expansion ins Internet nicht als Problem wahrnahmen. Offenbar hatten diese Kreise die Botschaft vom 18. Dezember 2002[14] zum ERTVG nicht gelesen. Darin analysierte der Bundesrat die Bedeutung des Internet an mehreren Stellen differenziert: Er unterstrich nicht nur die Notwendigkeit, der SRG Entwicklungsmöglichkeiten im Online-Bereich nicht zu verbauen,[15] sondern

8 Für eine Diskussion solcher Fragen im deutschen Recht vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000, S. 277 ff.

9 Christoph Beat Graber, Rundfunkaufsicht am Scheideweg zwischen «Silicon Valley» und «Durcheinandertal», in: medialex 3/1996, S. 141 f.

10 Vgl. Art. 26 ERTVG und Art. 3 Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, zuletzt geändert am 8. September 2004, BBl 2005, 2687. Art. 93 Abs. 2 BV überträgt der SRG den Service-public-Auftrag nicht ausdrücklich, sondern implizit. Diese Bestimmung ist in ihrer Formulierung eng an den Text ehemals geltender SRG-Konzessionen angelehnt und wird auch vom Bundesgericht auf die SRG bezogen. Siehe BGE 119 Ib 241, S. 247; vgl. Franz Zeller, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 246.

11 Gemäss Art. 1 Konzession SRG ist sie ermächtigt, «Radio- und Fernsehprogramme, einschliesslich Darbietungen und Informationen, welche in vergleichbarer Weise aufbereitet sind, zu veranstalten.» Zum Service-public-Auftrag der SRG vgl. Christoph Beat Graber, (Fn. 9), S. 141 f.; zur politisch-ökonomischen Legitimierung eines rundfunkrechtlichen Service public vgl. Ders., Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO, Bern 2003, S. 64-69.

12 Vgl. European Commission, Letter No N 37/2003 – United Kingdom, BBC Digital Curriculum vom 1. Oktober 2003.

13 Vgl. European Commission, State aid: Commission requests Germany, Ireland and The Netherlands to clarify role and financing of public service broadcasters, in: IP/05/250 vom 3. März 2005.

14 Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 18. Dezember 2002, BBl 2003, 1569 (hiernach: Botschaft RTVG).

15 Botschaft RTVG, insbesondere S. 1604 und S. 1609.

warnte auch vor davon ausgehenden Gefahren für die anderen Medien.[16] Noch in der nationalrätlichen Beratung des ERTVG im Frühling 2004 sprach bezüglich der Internet-Aktivitäten der SRG kein Politiker von einem Problem. Der Nationalrat fand es denn auch nicht nötig, den SRG-Spielraum im Internet auf Gesetzesebene verbindlich zu regeln. Im Zusammenhang der Regeln zur Werbung schuf er immerhin einen neuen Abs. 3 zu Art. 16 ERTVG. Darin übertrug er dem Bundesrat die Kompetenz, der SRG Werbung im Rahmen ihrer aus Gebühren finanzierten Aktivitäten im «übrigen publizistischen Angebot», d.h. unter anderem im Internet, im Bedarfsfall ganz oder teilweise zu untersagen.[17]

Als sich der Ständerat im Frühling 2005 dann als Zweitrat über das neue RTVG beugte, war das Thema plötzlich heiss und mehrere Ratsmitglieder warnten nun vor Wettbewerbsverzerrungen durch SRG-Aktivitäten im Internet. Offenbar gelang es dem Chefredaktor von SF DRS mit einer Äusserung, wonach SF DRS zum führenden Internet-Portal werden wolle, die Verleger und die ihnen holden Politiker aufzuschrecken. Einen radikalen Antrag von Ständerat Germann, der der SRG in ihrem «übrigen publizistischen Angebot» Werbung und Sponsoring ganz verbieten wollte, lehnte der Ständerat zwar ab.[18] Indessen hielt der Rat an Art. 32 ERTVG fest, der dem Departement die Möglichkeit gibt, die SRG im Bereich ihrer «nicht konzessionierten Tätigkeiten» zu disziplinieren.[19] Art. 32 Abs. 2 sieht vor, dass das Departement solche Tätigkeiten unterbinden kann, wenn sie die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigen oder den Entfaltungsspielraum anderer Medien erheblich beschränken. Ständerat Büttiker führte aus, Artikel 32 wolle verhindern, dass die der SRG im Radio- und Fernsehbereich zugebilligte Stärke «in Nachbarmärkten wie Internet, Print, Film usw. zum Nachteil privater Unternehmen der Schweizer Medienbranche zu unerwünschten Kollateralschäden führt.»[20] Nicht geklärt wurden in den Beratungen aber die zentralen Fragen, wie mit Blick auf die Formulierung der neuen SRG-Konzession beim Internetauftritt der SRG das «übrige publizistische Angebot» zu definieren und wie die Grenze zu den «nicht konzessionierten Tätigkeiten» zu ziehen ist.

Um die Online-Aktivitäten der SRG ging es auch bei der Besprechung des Abschnitts Organisation und Finanzierung der SRG.[21] Der Ständerat stimmte einem neuen Art. 38 Abs. 1bis ERTVG zu, der die SRG verpflichtet, ihren Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes zu verwenden, der sich aus der Veranstaltung des Radio- und TV-Programms und des übrigen publizistischen Angebots ergibt. Auch hier wurde die Frage nicht geklärt, welche Online-Aktivitäten der SRG noch zum «übrigen publizistischen Angebot» gehören und welche nicht mehr. Zustimmung fand ebenfalls ein neuer Art. 39 Abs. 1bis ERTVG, der die SRG dazu verpflichtet, über gebührenunterstützte und nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten getrennte Rechnungen zu führen.[22] Ständerat Escher erläuterte, dass damit der SRG die Quersubventionierung verboten werden solle[23] und Bundesrat Leuenberger unterstrich, dass die SRG-Töchter von der staatlichen Finanzaufsicht nicht ausgenommen werden dürften: «Es besteht bei der SRG eine Tendenz zur Auslagerung von Aktivitäten aus dem Stammhaus. (...) Die Gebührenzahlenden haben einen Anspruch darauf, dass ihr Geld wirtschaftlich und zweckmässig verwendet wird.»[24]

2. Beihilferecht

Die Frage, inwiefern die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter auch deren Internet-Tätigkeiten ein-

16 Botschaft RTVG, S. 1693.
17 Zur Unterscheidung zwischen «übrigem publizistischem Angebot» und «nicht konzessionierten Tätigkeiten» im ERTVG vgl. Abschnitt 3.2 hiernach.
18 Bundesrat Leuenberger war der Ansicht, dass der Antrag Germann zwar schon ein Problem anspreche, aber eines, das im Entwurf bereits thematisiert sei: «Nach unserer Idee können die Werbung und das Sponsoring im ausserprogrammlichen Bereich wegen der Wettbewerbsverzerrungen zulasten anderer Veranstalter tatsächlich problematisch sein. Deswegen sehen wir auch vor, dass der Bundesrat eingreifen kann, und zwar kann er auch mit Verboten eingreifen (...). Er kann bis zur Ultima Ratio gehen. Bloss haben wir die Kann-Formulierung gewählt - weil wir etwas flexibel sein wollen, wie gesagt worden ist, denn wir wissen nicht genau, wie die entsprechende Entwicklung vor sich gehen wird -, während der Antrag Germann eine Guillotine ist.» AB 2005 S 66.
19 Vgl. auch Haas (Fn. 2), S. 66 f.
20 AB 2005 S 77.
21 AB 2005 S 82.
22 AB 2005 S 84.
23 Ständerat Escher, AB 2005 S 81: «Die SRG erhält Gebühren. Sie nimmt gebührenunterstützte und nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten vor. Mit Abs. 1bis wird der SRG die Quersubventionierung zwischen diesen beiden Tätigkeiten untersagt, nämlich Empfangsgebührengelder für nicht gebührenunterstützte Tätigkeiten zu nutzen.»
24 Bundesrat Leuenberger, AB 2005 S 82.

schliessen darf, wird im EU-Raum nach den einschlägigen beihilferechtlichen Vorschriften geprüft. Wie einleitend erwähnt hat die Europäische Kommission im Frühling 2005 Deutschland, Irland und die Niederlande aufgefordert, Klarstellungen zur Rolle und Finanzierung ihrer öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu liefern, um deren Vereinbarkeit mit Art. 87 EG-V (i.V. mit Art. 86 EG-V) prüfen zu können. Gemäss dieser Vorschrift sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen unzulässig, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen EU-Staaten beeinträchtigen. Nicht im Wege stehen die EG-Beihilferegeln freilich einer Subventionierung von Aufgaben, die sich aus dem Grundversorgungsauftrag öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter ergeben. Verboten ist nach Art. 87 EG-V hingegen die finanzielle Unterstützung von Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit dem Grundversorgungsauftrag stehen.

Die Beihilfevorschriften der Europäischen Gemeinschaft stellen nicht a priori in Frage, dass Internet-Aktivitäten Teil des Grundversorgungsauftrages bilden können. Sie verlangen aber, dass der Umfang dieser Tätigkeiten und deren Finanzierung von den Mitgliedstaaten präzis geregelt werden. In diesem Sinne hat die Europäische Kommission im Rahmen der oben erwähnten Intervention von den drei Mitgliedstaaten Folgendes verlangt:

- Eine klare und präzise Umschreibung des Grundversorgungsauftrags;
- Führung getrennter Bücher für Tätigkeiten im Rahmen des Grundversorgungsauftrags und sonstiger Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Veranstalter;
- Einrichtung geeigneter Mechanismen, um Überkompensationen der Tätigkeiten im Rahmen des Grundversorgungsauftrags zu verhindern.

Weil das Schweizer Recht solche Beihilferegeln nicht kennt[25] und das Subventionsgesetz des Bundes nicht zur Anwendung kommt,[26] untersteht die öffentlich-rechtliche Umschreibung und Finanzierung des Service public in der Schweiz keiner derartigen Oberaufsicht. In dem sich hier stellenden Problembereich könnte wettbewerbsrechtliche Hilfe höchstens vom Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)[27] erhofft werden. Mit den Instrumenten des Kartellgesetzes lassen sich wirksam lediglich Wettbewerbsverstösse von Unternehmen bekämpfen; Wettbewerbsverstösse, die von staatlicher Seite ausgehen, werden davon hingegen nicht erfasst.

Der dem schweizerischen Kartellgesetz zugrunde liegende Unternehmensbegriff ist allerdings weit gefasst. Er umfasst gemäss Art. 2 KG sowohl Unternehmen des privaten als auch solche des öffentlichen Rechts. Als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, der mit einem Service-public-Auftrag betraut ist, fällt die SRG somit ebenfalls unter das KG.[28]

Art. 3 Abs. 1 KG schliesst die Anwendung des KG freilich dann aus, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, welche das Wettbewerbsverhalten der betreffenden Unternehmen vorbestimmen:

«Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:
a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
b. die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.»

Im hier interessierenden Fall ist das KG folglich dort nicht anwendbar, wo das RTVG das Verhalten der SRG im Rahmen ihres Service-public-Auftrags öffentlich-rechtlich determiniert und insoweit den Wettbewerb ausschliesst. Der Ausschluss des Wettbewerbs muss allerdings als gesetzge-

25 Die einzige Ausnahme ist das bilaterale Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999, dessen Art. 12 und 13 die Art. 86 und 87 EG-V wortwörtlich übernommen haben. Weiterführend hierzu Philipp Zurkinden/Eva Scholten, State Aid in Switzerland in the Context of the Bilateral Air Transport Agreement, in: European State Aid Law Quarterly 2/2004, Berlin, S. 217 ff.

26 Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz), SR 616.1.

27 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6.10.1995 (SR 251). Als bisher erschienene umfassende Kommentierungen zum revidierten KG sind zu nennen: Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005 und Philipp Zurkinden/Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004.

28 Die schweizerische Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit denn auch schon Verfahren gegen die SRG geführt, so jüngst von 2002 bis 2004 eine sog. Vorabklärung i. S. tpc (Schlussbericht nicht veröffentlicht).

berischer Wille klar erkennbar sein; die Wettbewerbskommission (Weko) hat diesbezüglich bisher hohe Anforderungen gestellt bzw. Art. 3 Abs. 1 KG restriktiv ausgelegt. Sie wurde in dieser Praxis jeweils auch von den Rechtsmittelinstanzen bestätigt.[29]

Wie das auf private Wettbewerbsbeschränkungen gerichtete EG-Wettbewerbsrecht basiert auch das schweizerische KG auf drei Hauptpfeilern:

1) der Kontrolle von Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG);
2) der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG);
3) der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 ff. KG).

Als einziger möglicher Tatbestand kommt hier Art. 7 KG in Frage.

III. Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)

Die Kontrolle von Verhaltensweisen von Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung wird in Art. 7 KG geregelt. Als marktbeherrschend gelten gemäss dem revidierten Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Definition entspricht damit grundsätzlich derjenigen, welche sich in der Praxis zum EG-Wettbewerbsrecht herausgebildet hat.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Zu den unzulässigen Verhaltensweisen gehören nach Art. 7 Abs. 2 unter anderem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. Liefer- oder Bezugssperren), die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen bzw. sonstigen Geschäftsbeziehungen oder die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Da die Liste nicht abschliessend ist, besteht kein Numerus clausus für unzulässige Verhaltensweisen. Sowohl der Grundsatz des Missbrauchs als auch die Beispieltatbestände entsprechen dem EG-Kartellrecht.

Gemäss Praxis sowohl der schweizerischen als auch der EG-Wettbewerbsbehörden ist Identität des Marktes, auf dem die beherrschende Stellung besteht, und desjenigen, auf dem der Missbrauch stattfindet, nicht erforderlich. Es muss aber ein funktionaler Zusammenhang zwischen diesen beiden Märkten bestehen.

Da mit Bezug auf den vorliegend zu behandelnden Sachverhalt eine marktbeherrschende Stellung der SRG auf den betroffenen Internet-Märkten wohl verneint werden muss, ist somit abzuklären, ob die SRG auf Märkten beherrschend ist, die mit den betroffenen Internet-Märkten in einem funktionalen Zusammenhang stehen. Ist ein solcher Markt gefunden, so muss die Frage beantwortet werden, ob die Finanzierung des Einstiegs der SRG in die Internet-Märkte einen Missbrauch bedeutet. Als Richtschnur der Beurteilung kann hier die Praxis der Weko herangezogen werden, die Quersubventionierungen innerhalb von Grossunternehmen grundsätzlich als missbräuchliche Verhaltensweisen ansieht.[30]

Ausgehend von der Prämisse, dass die wettbewerbsverzerrende Finanzierung einer Markttätigkeit mit Mitteln aus einer Monopoltätigkeit kartellrechtlich bedenklich ist, besteht – ähnlich wie im EU-Raum im Zusammenhang mit der Anwendung von Beihilferegeln – auch hier die zentrale und umstrittene Frage darin, ob die Finanzierung der Internet-Tätigkeiten vom rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrag (bzw. in schweizerischer Terminologie: Service-public-Auftrag) umfasst wird. Im Unterschied zur EU bzw. ihren Mitgliedstaa-

29 Vgl. etwa den Entscheid der Rekurskommission in Wettbewerbsfragen (Reko) i. S. Mobilfunk, RPW 2004/1, S. 204 ff., oder den Entscheid des Bundesgerichts i. S. Freiburger Elektrizitätswerke, RPW 2003/4, S. 925 ff.

30 Im Schlussbericht zur Vorabklärung i. S. «Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo» (RPW 2000/1, S. 8 ff.) hat die Weko die Frage der Marktbeherrschung der SRG auf dem Markt für im Fernsehen ausgestrahlte Konsumenteninformationen offen gelassen und eine Quersubventionierung von saldo (Printmedium) durch die SRG verneint (Rz. 10 f. bzw. 16 ff.).

ten wird in der Schweiz indessen der Service-public-Auftrag vom Gesetzgeber autonom bestimmt. Er tut dies im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung mit der entsprechenden Ausgestaltung des RTVG und der darauf basierenden Konzession. Insoweit diese Vorschriften dem Wettbewerb keinen Freiraum belassen, ist das KG aufgrund von dessen Art. 3 Abs. 1 nicht anwendbar.

Als vorläufiges Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass der Tatbestand von Art. 7 KG dann als erfüllt gelten dürfte, wenn die gebührenfinanzierte Internet-Tätigkeit der SRG durch das RTVG bzw. die Konzession der SRG nicht gedeckt ist (Art. 3 Abs. 1 KG) und diese Tätigkeit andere Wettbewerber oder die Marktgegenseite benachteiligt.

IV. Wie viel Freiraum lässt das RTVG dem Markt?

Um beantworten zu können, inwiefern der ERTVG das Prinzip des freien Marktes und damit das KG gelten lässt, müssen die Vorschriften zum Geltungsbereich des Rundfunkrechts und zum Service-public-Auftrag der SRG analysiert werden.

1. Zum Geltungsbereich des RTVG

Der Geltungsbereich des ERTVG ergibt sich in erster Linie aus dem Programmbegriff. [31] Im Unterschied zum alten RTVG, das Rundfunk hauptsächlich technisch definierte,[32] knüpft das revidierte Gesetz bei der publizistischen Relevanz elektromagnetisch verbreiteter Signale an.[33] Als Rundfunk gelten gemäss Art. 2 ERTVG Sendungen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind,[34] durch den Veranstalter zusammengestellt, zeitlich angesetzt und grundsätzlich der Veränderung durch das Publikum entzogen sind. Im Zentrum dieses publizistischen Rundfunkbegriffs stehen neben der «Breitenwirkung und Suggestivkraft» der verbreiteten Inhalte, auch die Bedingungen ihrer Nutzung.[35] Inhalte, die über das Internet verbreitet werden, fallen folglich dann unter das RTVG, wenn sie publizistisch relevant sind.[36] Umgekehrt wären über Internet verbreitete Programme dann nicht als Rundfunk zu qualifizieren, wenn sie «aus technischen Gründen und mangels Empfangsqualität keine Massenattraktivität zu entfalten vermögen».[37] Falsch wäre es, daraus schliessen zu wollen, dass Internet-Aktivitäten der SRG, denen die verlangte publizistische Relevanz fehlt, vom RTVG nicht erfasst werden. Das (neue wie das alte) RTVG ist nicht nur Rundfunkgesetz, sondern gleichzeitig auch so etwas wie ein SRG-Unternehmensgesetz. Das heisst, fehlende publizistische Relevanz vermag Internet-Aktivitäten nur bei unabhängigen Anbietern vom Geltungsbereich des RTVG auszuschliessen, nicht aber bei der SRG. Das revidierte RTVG unterstellt die SRG nicht nur hinsichtlich der Veranstaltung eigentlicher Radio- und Fernsehprogramme, sondern auch bezüglich ihres konzessionierten «übrigen publizistischen Angebots»[38] und ihrer «nicht konzessionierten Tätigkeiten»[39] seinem Geltungsbereich.

2. Zum Service-public-Auftrag der SRG

Art. 93 Abs. 2 BV ist als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen, die Schweizer Rundfunkordnung so auszugestalten, dass sie in ihrer Gesamtheit einen publizistischen Leistungsauftrag erfüllt.[40] Wie die Botschaft zum revidierten RTVG zum Ausdruck bringt, soll im Zentrum einer verfassungskonform gestalteten Rundfunkordnung die Erfüllung eines Service public stehen, weil «gerade für ein mehrsprachiges, gesellschaftlich und konfessionell heterogenes Land wie die Schweiz (...) eine funktionierende Kommunikation in den elektronischen Medien von existenzieller Bedeutung» ist.[41] Angesichts der Besonderheiten

31 Botschaft RTVG, S. 1598.
32 Das alte RTVG kannte keine Legaldefinition des Rundfunkbegriffs. Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht, Rn. 34. Faktisch wurde Rundfunk von Telekommunikation auf der Ebene einer Unterscheidung von «point-to-multipoint»- im Unterschied zu «point-to-point»-Kommunikation abgegrenzt. Vgl. Art. 2 RTVG.
33 Unerheblich für die Anwendbarkeit des neuen RTVG ist grundsätzlich die Infrastruktur, welche für die Verbreitung von Programmen eingesetzt wird. Botschaft RTVG, S. 1598.
34 A.a.O. Teletext beispielsweise fällt nicht mehr unter diesen enger gefassten Rundfunkbegriff.
35 A.a.O.
36 A.a.O.
37 A.a.O.
38 Art. 27 Abs. 3 lit. b ERTVG.
39 Art. 32 ERTVG.
40 Herbert Burkert, Art. 93 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg). Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rn. 5; Zeller (Fn. 10), 237 f.; Dumermuth (Fn. 32), Rn. 51.
41 Botschaft RTVG, S. 1593.

des Schweizer Rundfunkmarktes[42] und in der Absicht, die vorhandenen finanziellen Ressourcen zu bündeln, soll der Service public auch in Zukunft durch ein einziges Unternehmen, die SRG, erfüllt werden.[43] Der ERTVG beschränkt den Service public nicht auf Informations-, Bildungs- und Kulturprogramme, sondern fasst ihn weit. Darunter fallen auch massenattraktive Fernsehsendungen, die dazu dienen, die für einen nationalen Veranstalter mit Integrationsfunktion[44] notwendige Publikumsbindung herzustellen.[45]

Der ERTVG nun trägt den durch das Internet veränderten Rahmenbedingungen insofern Rechnung, als er den Spielraum der SRG im Vergleich zum alten Recht einschränkt bzw. präziser definiert. Zu diesem Zweck unterscheidet der ERTVG zwischen «publizistischen Programmen im eigentlichen Sinne» (d.h., den Radio- und Fernsehsendungen), dem «übrigen publizistischen Angebot» und den «nicht konzessionierten Tätigkeiten». Zentrale Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen konzessionierten und nicht konzessionierten SRG-Tätigkeiten zu, weil die SRG lediglich den erstgenannten Bereich aus Gebührengeldern finanzieren darf. Wie bereits erwähnt, bestimmt Art. 38 Abs. 1bis ERTVG, dass die SRG ihren Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes nutzen darf, der sich aus der Erfüllung des Programmauftrags und der Veranstaltung des übrigen publizistischen Angebots ergibt. Der durch Gebühren finanzierbare Tätigkeitsbereich wird in der SRG-Konzession umschrieben.[46] Ausserhalb des konzessionierten Bereichs muss die SRG nicht nur auf Gebührengelder verzichten, sondern sie ist durch das RTVG auch in ihrem Tätigkeitsfeld stark eingeschränkt: Gemäss Art. 32 ERTVG[47] untersteht sie nämlich diesbezüglich einer Meldepflicht an das Departement, und dieses kann solche Tätigkeiten einschränken, sofern sie die Erfüllung des Programmauftrags beeinträchtigen oder den Entfaltungsspielraum anderer Medienunternehmen erheblich beschränken.[48]

In der Frage des Online-Angebots der SRG zeigt sich, dass diese Gesetzesarchitektur der SRG-Konzession eine zentrale Stellung einräumt. Das ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, weil damit Entscheidungen, die für die Grundrechtsausübung privater Rundfunkveranstalter[49] höchst bedeutsam sind, nicht vom Gesetzgeber, sondern von der Exekutive getroffen werden.

3. Was darf die SRG im gebührenfinanzierten Bereich?

Für die Beantwortung der im Titel dieses Abschnitts aufgeworfenen Fragen ist von Art. 38 Abs. 1bis ERTVG auszugehen, der – wie bereits erwähnt – sinngemäss bestimmt, dass die SRG ihren Gebührenanteil ausschliesslich zur Deckung des Aufwandes nutzen darf, der sich aus der Erfüllung konzessionierter Tätigkeiten ergibt. Einmal mehr wird damit die zentrale Bedeutung der SRG-Konzession im hier interessierenden Problembereich sichtbar.
Die Konzession wird nach herrschender Auffassung als ein gemischter Verwaltungs-

42 Stichworte sind: Kleine, sprachlich segmentierte Märkte mit einem stark auslandorientierten Publikum und einer hohen Präsenz ausländischer Veranstalter. Vgl. dazu ausführlich Martin Dumermuth, Medienregulierung im öffentlichen Rundfunk in: H. Abele/H. Fünfgeld/A. Riva (Hrsg.), Werte und Wert des öffentlichen Rundfunks in der digitalen Zukunft, Potsdam 2001, S. 60-65.

43 Vgl. dazu ausführlich Botschaft RTVG, S. 1593 ff. Die Tatsache, dass im Rahmen des Gebührensplitting nun auch Service-public-Leistungen privater Veranstalter finanziell honoriert werden sollen, vermag an dieser Grundsatzentscheidung nichts Wesentliches zu ändern.

44 Zur Integrationsfunktion vgl. grundlegend Thomas Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, Baden-Baden 1997, S. 140 ff.; zur Situation in der Schweiz vgl. Dumermuth (Fn. 42), S. 60-65.

45 «Die Kombination von massenattraktiven Sendungen, wie etwa Sportübertragungen oder Spielfilmen, mit Kernelementen des Service public im Rahmen des Gesamtangebots der SRG kreiert eine ‹publizistische Identität› von hohem staatspolitischem Wert für unser Land und die einzelnen Sprachregionen. Die Ausstrahlung massenattraktiver Sendungen dient ferner der Bindung des Publikums an das Gesamtprogramm und verhilft so quasi als Steigbügel auch Nischensendungen zu gesteigerter Resonanz.» (Botschaft RTVG, S. 1602 ff.).

46 Art. 27 Abs. 3 lit. b ERTVG schreibt vor, dass der Umfang des «übrigen publizistischen Angebots, das zur Erfüllung des Programmauftrags auf sprachregionaler, nationaler und internationaler Ebene notwendig ist und aus den Empfangsgebühren finanziert wird» durch die SRG-Konzession bestimmt wird.

47 Art. 32 regelt die «nicht konzessionierten Tätigkeiten» als Auffangbestimmung; d.h. darunter fallen alle Tätigkeiten, die weder Rundfunk im eigentlichen Sinne noch übriges publizistisches Angebot sind.

48 Zu beachten ist, dass das Departement von sich aus intervenieren kann. Art. 32 Abs. 2 ERTVG setzt für eine Intervention des Departements keine Meldung voraus. Die nach Abs. 1 geregelte Meldepflicht ist bloss eine faktische Hilfe zur Prüfung einer Intervention.

49 Die in Art. 17 BV geschützte Medienfreiheit fungiert als grundrechtliche Garantie von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen. Vgl. Herbert Burkert, Art. 17 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg). Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Art. 17, Zürich etc. 2003; René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel etc. 2003, S. 260-263; Andreas Kley, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 1999, Bern 2000, S. 183 ff.

akt verstanden, der aus einem vertraglichen und einem verfügungsrechtlichen Teil besteht.[50] Diese Konstruktion ist hier nicht unproblematisch, weil sie die SRG – angesichts der durch das RTVG weit gefassten Kompetenzdelegation zu Gunsten des Bundesrates – zumindest teilweise in die Lage versetzt, mit jenem auszuhandeln, welche ihrer Internetaktivitäten von der Konzession gedeckt sind. Angesichts der geschützten Verfassungsrechte privater Medienunternehmen, die hier – wie erwähnt – tangiert sind, ist das unbefriedigend.

Ratsam wäre es, der Meinung FRITZ GYGIS zu folgen, der die Konzession – von der herrschenden Lehre abweichend – als mitwirkungsbedürftige Verfügung definiert und damit den Einfluss der Konzessionärin stark einschränkt.[51] Diese Lösung würde es dem Bundesrat als Konzessionsbehörde erlauben, seine durch die Gesetzesarchitektur vermittelte zentrale medienpolitische Machtposition effektiv auszufüllen und der SRG klare Vorgaben insbesondere hinsichtlich der ihr zustehenden Online-Kompetenzen zu machen. Auf diese Weise scheint uns die verfassungsrechtlich anzustrebende Balance zwischen den Zielen von Art. 93 Abs. 2 BV (Leistungsauftrag der SRG) und Art. 93 Abs. 4 BV (Rücksichtnahme auf andere Medien) am besten herstellbar.[52] Zudem würde diese Konstruktion das Moment noch verstärken, dass die Konzession ein recht flexibles Steuerungsinstrument ist, da sie im Falle veränderter Verhältnisse relativ kurzfristig angepasst werden kann.

Wenn wir mit dem Inkrafttreten des revidierten RTVG für Anfang 2007 rechnen, so wird die neue SRG-Konzession nicht vor Ende 2008 oder Anfang 2009 vorliegen. In der Zwischenzeit wird die bestehende Konzession weitergelten.[53] Diese enthält keine für den Online-Bereich spezifischen Vorgaben. Art. 10 Abs. 3 Konzession SRG bestimmt lediglich, dass die SRG den ihr zugewiesenen Gebührenanteil zur Deckung des Aufwandes verwendet, der durch die Veranstaltung ihrer Programme verursacht wird. Wie aus Art. 1 hervorgeht, liegt der bestehenden Konzession ein weiter Programmbegriff zugrunde: Gemäss Art. 1 Abs. 1 gehören dazu zunächst die klassischen Radio- und Fernsehprogramme. Ferner fallen auch Darbietungen und Informationen darunter, die wie Programme aufbereitet sind. Solche darf die SRG jedoch nur unter der Voraussetzung einer speziellen Bewilligung des Departements erbringen (Art. 1 Abs. 2). Vor allem im Verhältnis der SRG zu den übrigen Medien hat sich gezeigt, dass diese Programmdefinition zu wenig bestimmt ist. Expansive Tendenzen der Konsumentensendung «Kassensturz» gaben schon vor dem Internetzeitalter Anlass zu rundfunkrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Verfahren. Auf der Erfolgswelle hoher Einschaltquoten reitend stiegen die «Kassensturz»-Macher Mitte der 1990er Jahre in den Pressemarkt ein und lancierten zum Leidwesen von Konsumentschutzverbänden die Konsumentenzeitschrift «K-Tip».[54] Nach dem Abschied von «K-Tip» ging «Kassensturz» eine enge Zusammenarbeit mit «saldo» ein, die wiederum 2000 zu einer rundfunkrechtlichen Verurteilung[55] der SRG führte und eine Vorabklärung der Weko auslöste.[56] Die Zusammenarbeit bestand darin, dass «saldo» ein Fenster mit fünf speziell gekennzeichneten Seiten für vertiefende Berichte zu «Kassensturz»-Themen bereitstellte und der «Kassensturz» als Gegenleistung die Zeitschrift während und nach der Sendung häufig erwähnte.

50 DUMERMUTH (Fn. 32), Rn. 130 mit Verweisen auf die einschlägigen Lehrmeinungen.

51 FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 204.

52 Vgl. dazu auch DUMERMUTH (Fn. 42), S. 97.

53 Konzession für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, zuletzt geändert am 8. September 2004, BBl 2005, 2687. Gemäss Art. 19 Abs. 2 gilt die SRG-Konzession bis zum 31. Dezember 2008 (vgl. Änderung vom 30. Oktober 2002, BBl 2003, 32).

54 Vgl. den aus einem Gutachten zu diesem Streit herausgewachsenen Aufsatz von DENIS BARRELET, Les activités de la SSR dans le domaine de la presse écrite périodique, in: medialex 1/1996, S. 26 ff., der die problematische SRG-Expansion in den Printbereich grundlegend analysierte. Als Voraussetzung der Zulässigkeit solcher Aktivitäten forderte BARRELET einen direkten Bezug zur Funktion der SRG als Programmveranstalterin. Entsprechend seien Aktivitäten, die der Umsetzung dieses Auftrags dienen, durch die Konzession gedeckt, während Tätigkeiten, die andere, insbesondere kommerzielle Zwecke verfolgten, nicht darunter fallen. So sei grundsätzlich die Information des Publikums über SRG-Sendungen nur dann von Konzessionsvorgaben gedeckt, wenn sie nicht bereits auf anderen Wegen erfolgte und wenn sie für das Publikum notwendig sei. Ebenso seien Werbemassnahmen für Sendungen der SRG nur punktuell zulässig, um Bindungswirkungen für die betreffende Sendung zu erzeugen. Grosse Bedenken hegte BARRELET auch gegenüber SRG-Werbung zum Verkauf von Produkten Dritter.

55 Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 10. März 2000 (VPB 64/2000, Nr. 121, kommentiert von CHRISTOPH BEAT GRABER in: medialex 2001, 50 f.), worin die UBI die Zusammenarbeit zwischen der Sendung «Kassensturz» und dem Konsumentenmagazin «saldo» als unzulässige Schleichwerbung beurteilte.

56 Siehe dazu oben, Fn. 30.

Angesichts der gewachsenen Bedeutung der SRG-Konzession als zentrales medienpolitisches Gestaltungsinstrument und unter gebührender Rücksichtnahme auf die (verfassungsrechtlich) geschützte Position der privaten Medienunternehmen ist zu fordern, dass die neue SRG-Konzession die Kompetenzen der SRG insbesondere im Online-Bereich präziser fasst, als das unter der alten Konzession der Fall war.

Einer Typisierung von Hoffmann-Riem[57] folgend betreffen Online-Tätigkeiten von Rundfunkveranstaltern drei Nutzungsarten:

1) Nutzung des Internet für Webcasting oder Simulcasting (Verbreitung oder Weiterverbreitung von Rundfunksendungen im Internet);
2) Nutzung des Internet als Annexdienst zu den eigentlichen Radio- und Fernsehprogrammen;
3) Nutzung des Internet zur Verbreitung neuartiger, speziell entwickelter Programminhalte.

Mit Blick auf die Gestaltung der neuen SRG-Konzession unproblematisch sind unseres Erachtens Webcasting und Simulcasting, weil das Internet hier lediglich als zusätzliche technische Plattform zur Verbreitung oder Weiterverbreitung von Rundfunksendungen dient und eine Gefährdung der Rechtsstellung anderer Medien dabei nicht ersichtlich ist. Differenzierter sind die Annexdienste zu beurteilen: Auszugehen ist hier von der Überlegung, dass die SRG ihrer Funktion als Schweizer Service-public-Veranstalterin nur dann gerecht wird, wenn ihre Programme Breitenwirkung entfalten und das Publikum zu binden vermögen. Aus einer derart funktionsbezogenen Perspektive erscheinen uns ergänzende Informationen als zulässig, sofern sie in direktem Bezug zu ausgestrahlten Programmen stehen und für das Publikum notwendig sind (z.B. Angaben zu Protagonisten einer Sendung oder Hinweise auf kommende Sendungen zum Thema etc.). Ein Grenzfall ist das Merchandising: Als zulässig erachten wir die eingangs erwähnten Accessoires mit Music-Star Logo, solange damit Publikumsbindung gesucht und nicht ein eigenständiges Geschäftsfeld eröffnet werden soll.[58] Überschritten wäre die Grenze jedoch bei den «berühmten» Pfannen und Töpfen, welche die ARD bzw. der Westdeutsche Rundfunk auf ihren Webpages verscherbelten.[59]

Kritisch scheint uns die dritte Nutzungsart, weil es hier nicht mehr um das Programmangebot i.e.S. geht und die Grenze zwischen dem «übrigen publizistischen Angebot» und den «nicht konzessionierten Tätigkeiten» im Sinne von Art. 32 ERTVG nicht leicht zu ziehen ist. Auch hier scheint uns ein funktionsbezogener Ansatz sinnvoll, wie er auch die bundesrätliche Botschaft prägt. Gemäss Botschaft gehören publizistische Internet-Tätigkeiten insoweit zum Programmauftrag der SRG und damit zum konzessionierten Bereich, als solche für ihre Wettbewerbsfähigkeit insbesondere gegenüber den ausländischen Wettbewerbern und zur Erfüllung ihres Programmauftrags nötig sind.[60] Nicht verwehren will die Botschaft der SRG auch die Möglichkeit, mit Internet-Tätigkeiten wie z.B. Spielfilmen «on demand» oder e-Commerce-Angeboten die «Auslastung der teuren Infrastruktur und eine sinnvolle Zweitnutzung von aufwändig produzierten Inhalten» zu verbessern.[61] Unseres Erachtens handelt es sich hierbei jedoch klarerweise um nicht konzessionierte Tätigkeiten. Folglich müssen diese dem Departement vorgängig gemeldet und können von diesem im Falle negativer Auswirkungen auf die übrigen Medien untersagt werden (Art. 32 ERTVG). Ferner unterliegen diese den Gesetzen des freien Marktes und damit dem KG. Die Botschaft selbst äussert sich hierzu mit jeder nur wünschbaren Klarheit wie folgt:

«Die unternehmerische Freiheit der SRG darf allerdings nicht absolut gesetzt werden, sondern ist mit den legitimen Interessen der anderen, nicht mit Gebühren finanzierten Marktteilnehmer in ein Gleichgewicht zu bringen. Dies gebietet auch Artikel 93 Absatz 4 der Bundesverfassung, wonach bei der Gestaltung der Rundfunkordnung auf die Stellung und Aufgabe anderer Medien

57 Hoffmann-Riem (Fn. 8), S. 234.
58 Damit bewegen wir uns auf der Ebene dessen, was die Aufsichtsbehörden schon vor dem Internetzeitalter tolerierten. Vgl. Dumermuth (Fn. 42), S. 92.
59 Vgl. Hendrik Kafsack, ARD und ZDF online. Trommeln reicht nicht, in: FAZ.Net – Feuilleton vom 15. Februar 2005 (verfügbar unter www.faz.net).
60 Botschaft RTVG, S. 1604.
61 Botschaft RTVG, S. 1609.

Rücksicht zu nehmen ist. Dabei ist zu bedenken, dass die SRG auf dem freien Markt im Verhältnis zu ihren Konkurrenten selbst dann Vorteile hat, wenn sie eine entsprechende Tätigkeit weder mit Gebührengeldern querfinanziert noch ihre starke Marktposition in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise (Art. 7 des Kartellgesetzes) missbraucht. Angesichts der Tatsache, dass die SRG dank der Gebührenfinanzierung eine für schweizerische Verhältnisse überragende Grösse erreicht, ein beachtliches Know-how erarbeitet und eine starke Marke aufgebaut hat, ist es für privatwirtschaftlich agierende Konkurrenten auch in Märkten ausserhalb der Veranstaltung von Programmen schwierig, sich gegenüber der SRG im Wettbewerb zu behaupten.» [62]

4. Zwischenergebnis

Die rundfunkrechtliche Analyse hat gezeigt, dass der Spielraum, welcher der SRG für ihre Internet-Aktivitäten zur Verfügung steht, massgeblich von der Formulierung der neuen SRG-Konzession abhängen wird. Rasch ändernde Verhältnisse und Unsicherheiten hinsichtlich der Entwicklungsrichtung im Rundfunkbereich haben den Gesetzgeber bewogen, umfassende Gestaltungskompetenzen an den Bundesrat als Konzessionsbehörde zu delegieren. Mit Blick auf die Relevanz dort zu treffender Entscheidungen für die Verfassungsrechte anderer Medienunternehmen scheint uns diese Entscheidung nicht unproblematisch zu sein. Aus diesen Gründen empfehlen wir, dass der Bundesrat den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der «anderen Medien» dadurch Rechnung trägt, dass er die neue SRG-Konzession als Verfügung gestaltet und darin nicht nur die programmbezogenen Aktivitäten abschliessend nennt, sondern der Konzessionärin konkret auch ihren aus Gebühren finanzierbaren Online-Spielraum präzise absteckt.

Wollte der Bundesrat hingegen von einer klaren Unterscheidung zwischen konzessioniertem und nicht-konzessioniertem Bereich absehen, so würde er die SRG damit dem Risiko wettbewerbsrechtlicher Verfahren aussetzen. Dies gilt um so mehr, als die Weko grundsätzlich nur dann von der Unterstellung eines Sachverhalts unter das KG absieht, wenn der Wille des Gesetzgebers zum Ausschluss desselben vom Wettbewerb klar erkennbar ist.

Die Botschaft lässt hierzu zentrale Fragen offen. Diese Unsicherheit betrifft insbesondere auch die Frage, inwiefern Internet-Aktivitäten der SRG als «wettbewerbsfrei» zu qualifizieren sind. Immerhin zeigt z.B. das nachfolgende Botschaftszitat, dass sich der Bundesrat der Gefahr bewusst ist, dass die SRG ihre durch Gebühren vermittelte Macht missbrauchen könnte:

«Die Konzentration der finanziellen Mittel auf die SRG bedeutet nicht, dass im Rundfunkbereich prinzipiell auf Wettbewerb zu verzichten wäre: sie zieht aber eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung im innerstaatlichen Rundfunkmarkt nach sich. Die ungleiche Chancenverteilung ist in Kauf zu nehmen als Preis für die Konkurrenzfähigkeit der SRG im Wettbewerb mit ausländischen Programmen. Die SRG darf jedoch ihre Stärke und das im Wesentlichen durch gebührenfinanzierte Qualitätsleistungen aufgebaute Renommee nicht dazu missbrauchen, den privaten schweizerischen Rundfunk in seiner Existenz zu gefährden. Es braucht eine rechtliche Rahmenordnung, die für ein Minimum an Ausgleich zwischen der SRG und den anderen inländischen Marktteilnehmern sorgt. Dazu dient zunächst das Wettbewerbsrecht; es bedarf aber darüber hinaus spezifischer Bestimmungen, die der besonderen Marktkonstellation gerecht werden.»[63]

Im Lichte des gesamten Botschaftstextes gelesen kann daraus gefolgert werden, dass der Bundesrat es wohl auch ablehnen würde, wenn die SRG ihre durch Gebühren vermittelte Marktmacht als Hebel benutzen wollte, um Konkurrenz in den dem Rundfunkmarkt nachgelagerten Medienmärkten zu verhindern. Höchst bemerkenswert belegt diese Stelle ferner, dass der Gesetzgeber selbst im Bereich des konzessionierten Rundfunks den Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nicht völlig ausschalten will. Unklar bleibt nach allem jedoch weiterhin, wo genau der Bundesrat die Grenze zum Wettbewerb ansetzt.

62 Botschaft RTVG, S. 1609 f.
63 Botschaft RTVG, S. 1595.

V. Anwendungsbereiche und Durchsetzung des KG

1. Anwendungsbereiche

Wie eingangs angetönt, besitzt die Schweiz im Unterschied zur EU kein beihilferechtliches Instrumentarium, um eine ungerechtfertigte öffentlich-rechtliche Finanzierung der SRG zu regulieren. Der Gesetzgeber besitzt somit einen grossen Spielraum, wenn es darum geht, Tätigkeiten der SRG öffentlich-rechtlich zu finanzieren. Als Korrektiv fungiert lediglich das KG, das im Bereich der nicht konzessionierten Tätigkeiten der SRG generell anwendbar ist. Im konzessionierten Bereich ist das KG anwendbar, soweit die entsprechenden Tätigkeiten zur Erfüllung des Programmauftrags nicht notwendig sind und damit über das vom Rundfunkrecht angestrebte Ziel hinausschiessen.

Durch den Programmauftrag gedeckt sind grundsätzlich auch Internet-Tätigkeiten mit Programmcharakter, sofern ein Bezug zu den SRG-Programmtätigkeiten besteht.[64] Sie sind dem Kartellgesetz nur (aber immerhin) insoweit entzogen, als sie auf den gesetzeskonform ausgelegten Konzessionsvorgaben beruhen und/oder direkt mit der öffentlich-rechtlichen Finanzierung zusammenhängen. Kooperationen der SRG, welche nicht in der Konzession vorgesehen sind,[65] sowie die Ausübung einer allfällig bestehenden Marktbeherrschung, welche zur Behinderung anderer Wettbewerber oder zur Ausbeutung der Marktgegenseite führen und nicht zur Erfüllung des Service-public-Auftrags notwendig sind, fallen nach dieser Sichtweise weiterhin unter das Kartellgesetz.[66] Demzufolge dürfte klar sein, dass beispielsweise die Möglichkeit der SRG, Produktionen, Programminhalte und Dienstleistungen, welche direkt mit der Erfüllung des Programmauftrages zusammenhängen, zu finanziell verbesserten Bedingungen einzukaufen, auf die vom Gesetz vorgesehene Finanzierung der SRG zurückgeführt werden muss und daher nicht vom Kartellgesetz erfasst werden kann. Sollte aber die Überbietung anderer Wettbewerber systematisch bzw. nicht notwendigerweise im Sinne des Programmauftrages erfolgen und primär die Ausschaltung der Wettbewerber bezwecken oder bewirken, wäre Art. 7 KG anwendbar.

Weiter unterliegen von der Konzession nicht gedeckte Tätigkeiten der SRG – und hierzu gehören auch Internet-Tätigkeiten ohne Bezug zu den eigentlichen Rundfunkprogrammen[67] – uneingeschränkt dem Kartellgesetz. Aus der im Abschnitt 3.3 zitierten Stelle der Botschaft, wonach die SRG auf dem freien Markt aufgrund ihrer auf gebührenfinanzierten Tätigkeiten aufgebauten Stellung in jedem Fall bereits einen Wettbewerbsvorteil besitzt, kann sogar eine strenge Anwendung des Kartellgesetzes abgeleitet werden. Tätigkeiten einer Online-Redaktion, die im Internet verbreitet werden und keinen direkten Bezug zu Programmsendungen haben, dürften somit nicht von der Konzession gedeckt sein. Regelmässige Vorankündigungen oder inhaltliche Kommentierungen von Programmsendungen dürften nur insoweit unter den geschützten Konzessionsbereich fallen, als sie für das Publikum notwendig und sinnvoll sind und nicht bereits durch andere Medien angeboten werden. Das Anbieten bzw. die Werbung zum Verkauf von Produkten von Dritten dürfte ebenfalls lediglich in diesem engen Rahmen zulässig sein. Keinesfalls dürfen mit solchen Aktivitäten kommerzielle Ziele verfolgt und unternehmerische Tätigkeiten anderer Unternehmen konkurrenziert werden.

Freilich muss der zitierte Botschaftstext insofern präzisiert werden, als bereits die Quersubventionierung solcher «freier» Tätigkeiten nach Praxis der Weko[68] (wie auch der EU-Wettbewerbsbehörden) unter das Kartellrecht (Art. 7 KG) fallen, sofern dadurch andere Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit behindert und damit der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Eine derartige Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem benachbarten oder nachgelagerten Markt fällt unter Art. 7 KG. Im oben bereits erwähnten Entscheid i. S. «Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo»[69] untersuchte die Weko allfällig nach Art. 7 KG unzulässige Quersubventionierungen der SRG, verneinte das Vorliegen

64 D.h. Kategorie 2 der Typisierung von Hoffmann-Riem. Vgl. dazu oben, Abschnitt 3.3.
65 Kooperationsverträge der SRG, die der Erfüllung des Service public dienen, sind in der Konzession aufgeführt und bedürfen der Zustimmung des Departements (siehe Art. 27 Abs. 4 ERTVG).
66 Dies sieht der Gesetzgeber auch explizit vor, wie die oben (S. 225) zitierte Stelle auf S. 1595 der Botschaft RTVG zeigt.
67 D.h. Kategorie 3 der Typisierung von Hoffmann-Riem. Vgl. dazu oben, Abschnitt 3.3.
68 So betraf bereits einer der ersten Fälle, den die Weko unter dem revidierten KG 95 zu beurteilen hatte, einen Sachverhalt von Quersubventionierung (Telecom PTT/Blue Window; RPW [RPW] 1997/2, S. 161 ff.).
69 RPW 2000/1, S. 8 ff.

solcher aber im Ergebnis. Selbst wenn aus dem durch die Weko daselbst beurteilten Sachverhalt nicht klar hervorgeht, ob es sich tatsächlich um eine Quersubventionierung im klassischen Sinne gehandelt hätte, ist dennoch klar, dass die Weko Quersubventionierungen von nicht unter den Konzessionsschutz fallenden Tätigkeiten der SRG aufgreifen würde.

Bezogen auf Internet-Tätigkeiten der SRG kann somit aus kartellrechtlicher Sicht festgehalten werden, dass die SRG-Gebühren kein zulässiger Hebel ins Internet sind, sofern damit finanzierte Tätigkeiten keinen Programmbezug im oben beschriebenen Sinne erkennen lassen.

Die Tatsache, dass in Art. 32 ERTVG für den Fall unzulässiger Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit von Wettbewerbern eine Interventionsmöglichkeit des Departements eingeführt werden soll, führt nicht zur Ausschaltung der Eingriffsmöglichkeiten der Weko nach dem Kartellgesetz. Die Interventionsmöglichkeit gemäss RTVG schützt den Wettbewerb in einer ganz bestimmten Funktion und zwar im Sinne von Art. 93 BV. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben beispielsweise in den Bereichen der Telekommunikation oder des öffentlichen Beschaffungswesens bereits mehrfach betont, dass Doppelzuständigkeiten in solchen Fällen nicht nur möglich, sondern notwendig sind.[70]

2. Durchsetzung

Seit der neuesten Revision des Kartellgesetzes können unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen – ebenso wie Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG – direkt sanktioniert werden (Art. 49a KG). Würde die SRG mit ihren Tätigkeiten Art. 7 KG verletzen, könnte sie auch mit Bussen belegt werden.

Aufgrund des Umstands, dass das Verfahren vor der Weko dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt und damit die Behörde den Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen abklären muss, gestaltet sich die Durchsetzung des KG als verhältnismässig einfach.[72] Das Verfahren ist zudem in Art. 26 ff. und 39 ff. KG geregelt. Ergänzend zu diesen Sonderregeln ist das schweizerische Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)[73] anwendbar. [74]

VI. Ergebnis

Die Umschreibung des Anwendungsbereichs des KG im Medienbereich ist für die Gestaltung der unternehmerischen Tätigkeiten der in diesen Märkten tätigen Akteure von entscheidender Bedeutung. Inwieweit der Gesetzgeber im Radio- und Fernsehbereich den Wettbewerb ausschliessen wollte, ist nicht klar und setzt die SRG dem Risiko kartellrechtlicher Verfahren aus. Dies gilt insbesondere auch für ihre Internet-Tätigkeiten. Der Botschaft zum ERTVG ist immerhin zu entnehmen, dass das KG im nicht-konzessionierten Bereich anwendbar ist; aber auch im konzessionierten Bereich ist das KG nicht ausgeschlossen – es findet hier Anwendung, soweit die in Frage stehende SRG-Tätigkeit zur Erfüllung ihres Service-public-Auftrags nicht notwendig ist. Gerade die Auslegung des Begriffs «notwendig» wirft viele Fragen auf. Angesichts der involvierten Grund- und Verfassungsrechtspositionen der anderen Medien (Art. 17 und 93 Abs. 4 BV) empfehlen wir, dass der Bundesrat bei der Neuformulierung der SRG-Konzession die medienpolitische Führung übernimmt und den Spielraum der SRG insbesondere im Online-Bereich klar und präzise absteckt. Damit könnte er die gebührengestützte Aushebelung von Wettbewerbern in nachgelagerten Medienmärkten wirksam verhindern und dafür sorgen, dass sich Innovation für Start-ups lohnt und langfristige Wohlfahrtsinteressen insbesondere von Medienkonsumenten gefördert werden. ■

70 Vgl. zuletzt der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Schweizerische Landesbibliothek, RPW 2005/1, S. 183 ff. Zu den fernmelderechtlichen Fällen siehe auch Christoph Beat Graber, «Lost Highway»- Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut? Wege zur Marktöffnung nach schweizerischem und internationalem Recht, in: Daniel Girsberger, Jörg Schmid (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, 228-234.

71 Vgl. zu diesem Grundsatz und demjenigen der freien Beweiswürdigung ausführlich den oben erwähnten Rekursentscheid i. S. Schweizerische Landesbibliothek.

72 Die Weko bzw. das ihr zugeordnete Sekretariat kann KG-Verfahren von Amtes wegen oder auf Anzeige von Dritten eröffnen, wobei Anzeigen auch in anonymisierter Form erfolgen können. Die Wettbewerbsbehörde kann eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnen und abklären, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Manifestieren sich solche Anhaltspunkte, wird eine Untersuchung eröffnet. Sie kann aber nach Eingang einer Anzeige oder anderweitiger Kenntnisnahme eines wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhaltes auch direkt eine Untersuchung einleiten.

73 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021.

74 Die in Fn. 27 oben genannten Kommentierungen enthalten auch detaillierte Ausführungen zum Verfahren vor der Weko.