

090x-Nummern und die Mündigkeit des Bürgers

Sigmund Pugatsch

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Die 090x-Telefonnummern gehören zu den Mehrwertdienstnummern. Die über solche Nummern in Anspruch genommenen Dienste, welche für Auskünfte, help-desks, Gewinnspiele, Umfragen und nicht zuletzt auch für Erotikangebote Verwendung finden, werden über die Telefonrechnung belastet. (Für diese Nummern besteht derzeit keine Preisobergrenze.) Beachtlich ist dabei, dass der Veranstalter, welcher die Nummer betreibt, von der Nutzung der Nummer profitiert, indem diesem ein prozentualer Anteil an den vom Verwender zu entrichtenden Gebühren zukommt. Seitens der Verwender werden über den Einsatz derartiger Nummern immer wieder Klagen laut. Die Möglichkeiten, welche das elektronische Einwählen über Einwählprogramme sog. Dialer geschaffen haben, lassen manchen Computernutzer, der willentlich oder allenfalls auch aus Unbeholfenheit einen derartigen Dialer eingestellt hat über seine ins Unerschwingliche angewachsenen Telefonrechnung staunen. Die Dialer-Programme schleichen sich oft unbemerkt auf dem Computer ein und versuchen selbstständig eine Mehrwertnummer anzuwählen. Seit längerem beschränken sich diese dabei nicht mehr nur auf 0906er Nummern, sondern wählen auch andere Mehrwertnummernbereiche an.

Am 1. Dezember 2003 ist ein revidierter Artikel der Fernmeldedienstverordnung in Kraft getreten. Er regelt neu die Sperrung von teuren Mehrwertnummern. Bislang war es nur möglich, abgehende Anrufe auf Erotiknummern mit 0906er Vorwahl gratis zu blockieren. Wer Verbindungen zu 0900er oder 0901er Nummern unterbinden wollte, musste zahlen. Dem ist nun nicht mehr so. Laut Bakom sind ab sofort alle Anbieter verpflichtet, auch Rufnummern mit der Vorwahl 0900 und 0901 zu sperren. Die Aktivierung und Deaktivie-

rung eines Nummernbereiches soll durch den Kunden selbst erfolgen (beim Festnetz beispielsweise mit einer einfachen Tastenkombination). Die neue Regelung bringt Besitzern von Analog- und ISDN-Modems damit einen besseren Schutz vor teuren Dialern. Werden abgehende Anrufe auf die Vorwahlen 0900, 0901 und 0906 gesperrt, haben Dialer eine viel geringere Möglichkeit, finanziellen Schaden anzurichten. Soweit so gut.

Kein Verstoss gegen RTVG-Bestimmungen

Die Verdienstmöglichkeiten, welche in der Verwendung von Mehrwertnummern liegt, machen jedoch auch vor den öffentlichen und privaten Radio- und Fernsehangebietern keinen Halt. Ob die Miss Schweiz gewählt, der Swiss Award vergeben wird oder der Sieger in dem leider auch die Schweiz unsicher machenden Pop-Sänger-Wettbewerb «Music Star» bestimmt wird, die Umfrage wird über eine Mehrwertnummer durchgeführt. Die Mehrwertnummern verhelfen den Sendebetrieben zu neuen willkommenen Einnahmequellen. Doch diese lösen nicht überall Begeisterung aus. Bereits melden sich Konsumentenschutzorganisationen, welche meinen, diese zusätzlichen Einnahmen liessen sich nicht mit den Bestimmungen der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) in Vereinbarung bringen. In Art. 48 RTVV werden die Gebühren geregelt, welche der Fernsehkonsument für den Empfang von Fernsehleistungen zu erbringen hat.

Bei der Empfangsgebühr handelt es sich um eine Regalabgabe, die dem Bund für den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen geschuldet ist, unabhängig davon, welche Programme konsumiert und wie sie technisch empfangen werden. Empfangsgebühren werden vom Bundesrat festgelegt und betragen monatlich inklusi-

Résumé: *Les numéros de téléphone 090x font partie des numéros à valeur ajoutée. Les possibilités de gain liées à l'utilisation de ces numéros ont également été découvertes par les radios et télévisions publiques ou privées. De même que des prestations supplémentaires offertes par les diffuseurs sont payantes (comme par exemple la vente de DVD ou de CD contenant des films ou des programmes de radio diffusés), de même la participation à des enquêtes peut être liée à une rémunération supplémentaire, sans violer le droit de la radiodiffusion. Dans la mesure où la participation à des enquêtes de radio et de télévision est associée à une chance de gain, les conditions pour l'application du droit des loteries sont réunies et la part du diffuseur sur les numéros à valeur ajoutée doit être considérée comme une mise illicite.*

Zusammenfassung: Die 090x-Telefonnummern gehören zu den Mehrwertdienstnummern. Die Verdienstmöglichkeiten, welche in der Verwendung von Mehrwertnummern liegen, machen auch vor den öffentlichen und privaten Radio- und Fernseh Anbietern keinen Halt. So wie die zusätzlichen Leistungen der Sendeunternehmen (z.B. Verkauf von DVD's oder CD's gesendeter Filme oder Radioprogrammen) entgeltlich abzugeben, so kann die Teilnahme an Umfragen von einer zusätzlichen Abgabe ohne Verstoß gegen die rundfunkrechtlichen Bestimmungen abhängig gemacht werden. Soweit bei der Teilnahme an Fernseh- und Radioumfragen ein Gewinn in Aussicht gestellt wird, dürften die Voraussetzungen des Lotterierechts erfüllt sein und der Veranstalteranteil der Mehrwertdienstnummern als lotterierechtlich unzulässigen vermögensrechtlichen Einsatz gewertet werden.

ve Mehrwertsteuer: Fr. 23.45. Die Teilnahme an Umfragen stellt eine zusätzliche Leistung des Sendeunternehmens dar, welches mit der Sendeleistung selbst nicht in direktem Zusammenhang steht. So wie die zusätzlichen Leistungen der Sendeunternehmen wie der Verkauf von DVD's oder CD's gesendeter Filme oder Radioprogrammen entgeltlich abzugeben, so kann auch die Teilnahme an Umfragen von einer zusätzlichen Abgabe abhängig gemacht werden. Es ist denn auch zumindest aus der Sicht des öffentlichrechtlichen Radio- und Fernsehrechts nicht ersichtlich, weshalb die Sendeunternehmen, welche sich auch an den wirtschaftlichen Gegebenheiten zu orientieren haben, nicht berechtigt sein sollten, zusätzliche Einnahmequellen erschliessen zu dürfen. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der RTVV kann im Betrieb von Mehrwertnummern für derartige Umfragen jedenfalls nicht erblickt werden.

Televoting als Lotterie?

Dennoch müssen derartige Einnahmequellen bei einer rechtsübergreifenden Betrachtung Fragen aufwerfen. Bekanntlich unterliegen kommerzielle Gewinnspiele den lotterierechtlichen Restriktionen. Derartige Lotterien sind nach wie vor in der Schweiz untersagt (das Lotterierecht befindet sich zu Zeit in Revision, dabei soll die Durchführung von Gewinnspielen erleichtert und neu im UWG geregelt werden; mit der Inkraftsetzung des neuen Rechts ist nach Auskünften des Bundesamtes für Justiz frühestens im Jahre 2008 zu rechnen). Gewinnspiele, bei welchen ein Gewinn vorausgesetzt und deren Teilnahme von einem vermögensrechtlichen Einsatz abhängig gemacht wird, dessen Gewinn vom Zufall abhängt und der Veranstalter sein Risiko auf den in Aussicht gestellten Gewinn begrenzt (Planmässigkeit), werden als Lotterien qualifiziert und sind damit verboten (Art. 1 LotG). Die oft vordergründigen Ausweichvarianten, welche eine unentgeltliche Teilnahme an den Gewinnspielen ermöglichen sind hinlänglich bekannt. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung den Veranstalteranteil der Mehrwertdienstnummern zu Recht als lotterierechtlich unzulässigen vermögensrechtlichen Einsatz gewertet (BGE 123 IV 173). Soweit bei der Teilnahme an Fernseh- und Radioumfragen ein Gewinn in

Aussicht gestellt wird, dürften damit die Voraussetzungen des Lotterierechts erfüllt sein. Selbstredend trifft dies auch für Gewinnspiele an Radio und Fernsehen zu, deren Teilnahme über eine Mehrwertdienstnummer erfolgt, und die übrigen lotterierechtlichen Voraussetzungen zu. Diesbezüglich dürfen öffentliche wie auch private Sendeunternehmen nicht mit Privilegien rechnen. Vielmehr sollten die Behörden nicht zögern, unabhängig von der Teilnehmerzahl auf derartige Veranstaltungen die öffentlichrechtlichen Verbotsnormen des immer noch geltenden Lotterierechts anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus verständlich, wenn die Konsumenten den formaljuristischen kosmetischen Unterschied zwischen Zuschauerumfragen mit lotterierechtlich zulässigen und unzulässigen Teilnahmebedingungen nicht verstehen können. Desgleichen ist auch aus Verbrauchersicht nicht zu erkennen, worin der Unterschied zwischen einem kommerziellen Gewinnspiel, welches vom Erwerb des Produktes abhängig gemacht wird und damit lotterierechtlich unzulässig ist, und einer zulässigen Zuschauerumfrage, die zwar nicht zu einem Gewinn berechtigt, dem Sendeunternehmen aber fette Einnahmen beschert, liegen soll. Darum ist es systematisch richtig, wenn die Zulässigkeit von Gewinnspielen übereinstimmend wettbewerbsrechtlich geregelt wird. Diese Richtung wird im Änderungsentwurf zum Fernmeldegesetz eingeschlagen. Dieser sieht folgende Ergänzung des Unlauterkeitskataloges zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: «Unlauter handelt insbesondere, wer: Telekommunikationsmittel zu Werbezwecken bei Personen verwendet, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben und mit denen er oder sie nicht schon in einer Geschäftsbeziehung steht.» Zuschauerumfragen, welche mit Mehrwertdienstnummern durchgeführt werden, wären danach nicht unzulässig, die Zuschauerinnen und Zuschauer müssten danach aber klar und unmissverständlich über die Voraussetzungen der Teilnahme informiert werden. Analoge Voraussetzungen dürften zukünftig auch an die Durchführung von kommerziellen Gewinnspielen gestellt werden. Weitergehende Schutzvoraussetzungen können von mündigen Konsumenten nicht gefordert werden. ■

Open Source, une lame de fond aux effets imprévisibles

Pierre Serge Heger

Avocat, membre de la FSF, Genève

En un quart de siècle, le fonctionnement de notre société est de plus en plus dépendant des codes (voir la note en fin de ce texte). Dans le domaine des médias, ces codes forment aujourd'hui un squelette sans lequel lesdits médias seraient quasi inexistants, les imprimeries de Gutenberg et autres mécaniques étant rangées au musée. Les problèmes juridiques qui y sont liés en sont donc aussi intimement dépendants.

Jusqu'à aujourd'hui, la conception dominante reconnaissait des droits de propriété intellectuelle individuelle à l'auteur du code sous forme de droits de licence. La protection du code, généralement par le secret, était jusqu'ici le moyen le plus utilisé pour garantir ce droit. Devant les difficultés pratiques d'un tel système, le concept novateur de l'Open Source tend à s'imposer, non sans résistance.

Un peu d'histoire

L'Open Source est née au milieu des années 80 à l'initiative de Richard Stallman (informaticien de haut niveau et co-fondateur de la Free Software Foundation, FSF), qui s'est posé diverses questions fondamentales, dont l'interopérabilité, soit la possibilité de lire des données informatiques indépendamment de la machine utilisée.

Dans l'euphorie informatique de l'époque, ce scientifique a eu une initiative pour le moins originale et visionnaire, la rédaction de la première licence GPL. Le principe en est relativement simple. Toute personne peut accéder librement au code source des logiciels soumis à cette licence, le modifier, l'améliorer et faire rémunérer son travail s'il le désire. Il doit cependant remettre le code source modifié à la libre disposition de l'acquéreur du logiciel qui a, à son tour,

l'obligation de répercuter sur tout acquéreur éventuel les conditions de cette licence, et ainsi de suite.

Les logiciels sous licence GPL ne sont donc pas gratuits, mais, au lieu de rémunérer un droit de propriété intellectuelle, c'est l'activité intellectuelle qui peut l'être. Le coût des logiciels grand public est cependant pour le moins dérisoire si l'on examine le rapport qualité-prix avec des applications propriétaires. C'est dans ce contexte qu'un tout jeune génie informatique finlandais, Linus Thorvald, développait Linux en 1991, en s'inspirant du système d'exploitation le plus fiable de l'époque, UNIX. Son travail a tout de suite fait l'objet d'un intérêt marqué et, l'ayant soumis à une licence GPL, des milliers de programmeurs du monde entier ont, pour la plupart gratuitement, contribué à son amélioration jusqu'à ce que des sociétés commerciales proposent une alternative crédible aux logiciels propriétaires.

Aujourd'hui Linux et une quantité d'autres logiciels GPL sont des produits aussi fiables, voire plus fiables que les logiciels propriétaires les plus courants. Divers fabricants d'ordinateurs ne s'y sont pas trompés et proposent aussi leurs machines avec des distributions de Linux.

Le rôle des pays du Sud

Les pays du Sud, désireux de surmonter la fracture numérique, s'intéressent de très près aux solutions Open Source pour des raisons qui vont de ses effets sur leurs balances commerciales à la possibilité d'un transfert réel de technologies. Le Brésil, qui a déjà défié avec succès l'industrie pharmaceutique sur la question des médicaments génériques contre le SIDA, a une politique clairement orientée dans cette di-

Zusammenfassung:

Open Source ist seit Mitte der 80er-Jahre bekannt. Die Programme nach diesem Prinzip verfügen über einen öffentlich zugänglichen Quellcode. Die allgemeine Verbreitung dieser heutzutage sehr leistungsfähigen Software hat den engen Kreis der Informatik längst verlassen. Drittweltländer interessieren sich stark für Open Source-Lösungen. Ein eigentlicher Kampf um Open Source wurde entfacht. Die verschiedenen GPL-Lizenzen stellen grosse immaterialgüterrechtliche Probleme dar. Die betroffenen Interessengemeinschaften führen ein verstecktes Lobbying. Die Unauffälligkeit der Diskussion in unseren Breiten steht in keinem Bezug zu den grossen Veränderungen, die uns erwarten. Manchmal hat man das Gefühl, einem Religionskrieg beizuwohnen.

Résumé: *L'Open Source est née au milieu des années 80. Les logiciels développés selon ce principe disposent d'un code source public. La généralisation de ces logiciels, devenus très efficaces, dépasse le cadre de l'informatique. Les pays du Sud s'intéressent de très près aux solutions Open Source. On peut dire que la guerre de l'Open Source est aujourd'hui déclarée. Les diverses licences GPL posent des problèmes évidents en matière de propriété intellectuelle notamment. La communauté d'intérêts concernée exerce en fort lobbying en coulisses. La discrétion du débat sous nos latitudes est révélatrice de l'embarras éprouvé face aux changements majeurs qui nous attendent. On a parfois l'impression d'assister à une guerre de religion.*

rection et le phénomène se développe déjà dans les pays du Sud, sans possibilité de contrôle par les intérêts liés aux logiciels propriétaires, qui n'arrivaient déjà pas à lutter efficacement contre le piratage de leurs produits.

Au terme d'une réflexion plus ancienne et dans un contexte où le coût d'une licence propriétaire ne constitue pas un handicap au développement, comme dans le Sud, l'Union européenne encourage également l'ensemble des administrations publiques européennes à procéder à une migration des systèmes informatiques publics vers l'Open Source (cette démarche s'est concrétisée par la création d'un Observatoire européen de l'Open Source: <http://europa.eu.int/ISPO/ida/jsp/index.jsp?fuseAction=showChapter&chapterID=452&preChapterID=0>).

L'économie de droit de licence pour les collectivités publiques promet d'être conséquente. Enfin, l'Open Source permet un contrôle de la sécurité logiciel, ce qui n'est pas un argument secondaire à l'heure où le géant américain a une fâcheuse tendance à vouloir tout contrôler. On ne peut en effet pas exclure que certains logiciels propriétaires au code source tenu secret, qui donnent un accès relativement libre à votre ordinateur depuis l'extérieur (anti-virus et pare-feu, notamment), recèlent un code destiné à satisfaire la stratégie actuelle du gouvernement américain. La guerre de l'Open Source est donc aujourd'hui déclarée.

Une guerre aux larges implications

Tout d'abord, il y a lieu de relever que l'Open Source déborde très largement le cadre de l'informatique. En effet, le mode collaboratif qui a conduit plusieurs milliers de programmeurs dans le monde à développer Linux et un nombre impressionnant de logiciels sous licences GPL n'est pas sans conséquence à bien des égards.

Ainsi, d'une part, il est maintenant largement admis que le développement et l'amélioration des logiciels en Open Source est d'une efficacité inégalée. D'autre part et de manière plus étonnante, les leçons tirées de ces méthodes de travail ont inspiré d'autres domaines d'activités humaines, de

l'éducation à la science en passant par l'humanitaire et l'édition. Enfin, *last but not least*, les diverses licences GPL posent des problèmes évidents en matière de propriété intellectuelle, notamment. Le silence assourdissant de la communauté d'intérêts concernée et le lobbying qu'elle exerce en coulisse est édifiant sur les enjeux. Pour peu que l'on puisse tirer des conclusions dans une matière aussi neuve et promettant des bouleversements certains au niveau planétaire, on relèvera que l'Open Source constitue manifestement un défi majeur à notre conception du monde. La discrétion du débat sous nos latitudes est révélatrice de l'embarras dans lequel nous nous trouvons et des changements majeurs qui nous attendent encore. L'Open Source était majoritairement présent sur les stands du sommet mondial de l'information de Genève, mais la presse n'y a fait que des références plutôt timides et le débat reste une affaire de spécialistes inspirés les uns par une doctrine d'essence libérale, les autres par des nécessités vitales modernes ou des dogmes politiques, selon le point de vue critique adopté. On relèvera aussi que ces considérations relèvent d'un domaine extrêmement technique et la communauté Open Source est consciente qu'elle doit encore faire des efforts pour que son message soit bien compris. En effet, elle n'est pas anti logiciel propriétaire. Elle est alter logiciel propriétaire. ■

Pour en savoir plus:

Open source: littéralement code source ouvert. Le code source est le langage original de programmation d'un logiciel. Pour fonctionner, il doit être transformé dans le langage de la machine sur laquelle il est installé. Le code source des logiciels dit «propriétaires» est en principe tenu secret. L'Open Source en prend le contre-pied, le code est public. L'Open Source ne datant pas d'hier, diverses conceptions se sont développées et il existe plusieurs types de licences. Les considérations ci-dessus sont donc fondées sur la conception originale de la licence GNU/GPL «General public licence», très largement répandue (pour plus de détails, voir www.fsf.org).

Le présent article est publié sous licence OCL (pour plus de détails voir <http://opencontent.org/opl.shtml>). Une version de ce texte contentant des références plus détaillées est librement téléchargeable sur http://www.heger.ch/non_html/open_source.pdf.

Neue Nutzungsformen – neuer Gemeinsamer Tarif

Werner Stauffacher

Dr. iur., Vizedirektor ProLitteris, Zürich

Ab Januar dieses Jahres ist der neue Gemeinsame Tarif 9 (GT 9) der fünf Verwertungsgesellschaften in Kraft. Er regelt das Nutzen von geschützten Werken und Leistungen in elektronischer Form zum Eigengebrauch mittels betriebsinternen Netzwerken. Rechtsgrundlage für diesen Tarif sind die Art. 19 und 20 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (URG).

Schon seit geraumer Zeit ist bekannt, dass geschützte Dokumente innerhalb von Betrieben, der Verwaltung und in Schulen nicht nur photokopiert sondern vermehrt eingescannt und in digitalisierter Form in internen Netzwerken den Mitarbeitern bzw. den Schülern oder Studenten zur Verfügung gestellt werden. Das geschieht beispielsweise zu einem grossen Teil mit geschützten Zeitungsartikeln, die einzeln oder im Rahmen eines betriebsinternen elektronischen Pressespiegels weitergeleitet werden. Solche Verwendungen sind im digitalen Bereich auch bei Photographien, Musikstücken oder Filmen möglich. Im Falle von Musik und Filmen sind darüber hinaus die Leistungsschutzrechte der Interpreten betroffen, da auch sie den Schutz des URG geniessen.

Für solche Nutzungen sieht das URG eine gesetzliche Lizenz vor, die mit einer Vergütungspflicht verbunden ist (Art. 19 und 20). Weil die Repertoires aller fünf in der Schweiz tätigen Verwertungsgesellschaften betroffen sind (ProLitteris, SSA, SUISA, SUISSIMAGE und SWISSPERFORM), sind diese verpflichtet, mit den Nutzern die Höhe der Vergütungen in einem sog. Gemeinsamen Tarif zu verhandeln, der von der zuständigen Eidgenössischen Schiedskommission (ESchK) zu genehmigen ist. In über fast zwei Jahre dauernden Verhandlungen, die zudem einer Untersuchung über das Verhalten der Nutzer hinsichtlich der Ver-

wendung von geschützten Werken und Leistungen innerhalb ihrer betriebsinternen Netzwerken bedurften, konnte im Sommer 2003 eine Einigung sowohl über die Tarifgestaltung wie auch über die Höhe der zu leistenden Vergütungen erzielt werden.

Schwierige Verhandlungen

Weil es sich - anders als beispielsweise beim Photokopiertarif - beim GT 9 um noch relativ neue Nutzungsformen handelt, über die noch nicht umfassend gesicherte Erkenntnisse vorliegen, waren die Verhandlungen aufwändig und nicht einfach. Die erste Hürde bei der Gestaltung des GT 9 zeigte sich vor allem in der Frage nach der rechtlichen Bedeutung des Begriffes der «Vervielfältigung von Werkexemplaren» (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Die Nutzervertreter vertraten die Ansicht, dass damit lediglich analoge Kopien, also Photokopien, gemeint seien und dass die Nutzung geschützter Werke in digitaler Form innerhalb von internen Netzwerken nicht darunter fallen würden. Demgegenüber waren die Verwertungsgesellschaften von Anfang an der Meinung, dass das Gesetz, welches Verwendungen im Rahmen des Eigengebrauchs gegen Leistung einer Vergütung für zulässig erachtet, auch auf die (neuen) digitalen Nutzungsformen Anwendung finden müsse. Alles andere würde Sinn und Zweck dieser Bestimmung zuwider laufen. Schliesslich einigten sich die Verhandlungsparteien darauf, dass sowohl das Einscannen als auch das Weiterverbreiten geschützter Werke und Leistungen innerhalb von internen Netzwerken unter den Anwendungsbereich von Art. 19 und 20 URG fallen und demzufolge in einem Gemeinsamen Tarif zu regeln sind. Ein weiterer nicht einfacher Fragenkomplex betraf die Gestaltung und insbesondere die Berechnung der Vergütungen. Das Gesetz sieht dazu generell zwei Mögli-

Résumé: *La reproduction par voie digitale, dans les entreprises et les écoles, d'œuvres protégées tels les articles de journaux et de revues, est autorisée. Elle est soumise à rémunération (art. 19 et 20 LDA). Le montant de cette rémunération a été fixé d'entente entre les sociétés de gestion et les associations d'utilisateurs. Il a ensuite été approuvé, le 8 décembre 2003, par la Commission arbitrale fédérale compétente. Le nouveau tarif commun (TC 9), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, s'inspire du TC 8. Les utilisateurs paient, en effet, une participation de 30% basée sur les indemnités du TC 8. Dès ce printemps, ProLitteris, responsable de l'encaissement, enverra les premières factures aux plus de 40'000 utilisateurs avec celles pour le TC 8. L'argent du TC 9 devrait être versé aux bénéficiaires à la fin 2004.*

Zusammenfassung:
Die digitale Weiterverbreitung von geschützten Werken wie Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln in Betrieben und Schulen fallen unter eine gesetzliche Lizenz und sind sie mit einer Vergütungspflicht verbunden (Art. 19 und 20 URG). Die Höhe dieser Vergütung wurde zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzverbänden festgelegt und von der zuständigen Eidgenössischen Schiedskommission (ESchK) am 8. Dezember 2003 genehmigt. Der neue GT 9, der am 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist, sieht ein Anknüpfen an den bestehenden GT 8 vor, wobei die Nutzer einen Anteil von 30% auf den Entschädigungen des GT 8 bezahlen. Die für das Inkasso verantwortliche ProLitteris wird die ersten Rechnungen zusammen mit denjenigen für den GT 8 ab Frühjahr dieses Jahres an die über 40'000 Nutzer verschicken. Eine erste Auszahlung aus dem GT 9 an die Berechtigten ist Ende 2004 vorgesehen.

chkeiten vor: Entweder stellt man auf den mit der Nutzung der Werke und Leistungen erzielten Ertrag ab oder es wird hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand herangezogen (Art. 60 Abs. 2 URG). Beim GT 9 ist es mangels eines mit der Nutzung erzielten Ertrages nicht möglich, auf einen solchen abzustellen. Die Berechnung eines bei den Nutzern entstehenden Aufwandes ist an sich möglich, ist jedoch mit grossem Aufwand und einigen Unsicherheiten verbunden. Da die Verhandlungsparteien von Anfang an darauf abzielten, einen einfachen und möglichst praktikablen Tarif zu gestalten, wählten die Verwertungsgesellschaften das Modell der Anknüpfung an den bereits bestehenden Gemeinsamen Tarif 8 (GT 8). Gründe dafür waren zum einen, dass die ProLitteris neben dem GT 8 auch für den GT 9 verantwortlich sein soll. Zum andern ergab die vorgängig der Verhandlungen durchgeführte Untersuchung, dass annähernd 90% aller verwendeten geschützten Werke Texte und Bilder ausmachen, welche ins Repertoire der ProLitteris gehören. Damit besteht Gewähr dafür, dass die Umsetzung des GT 9 nicht mit einem übermässig hohen Aufwand verbunden sein wird - und zwar auf Seiten der Nutzer wie auch der das Inkasso betreibenden Verwertungsgesellschaft. Die Nutzerstruktur wird nämlich die gleiche wie im GT 8 sein, so dass die ProLitteris ab 2004 die Rechnungen für beide Tarife in einem Mal verschicken kann.

Höhe der Vergütungen

Nachdem die grundsätzlichen und rechtlichen Fragen gelöst werden konnten, drehten sich die Verhandlungen um das eigentliche Kernstück des GT 9: Die Höhe der von den Nutzern zu leistenden Vergütungen. Die Anknüpfung des neuen Tarifes an den bestehenden GT 8 legte es nahe, den GT 9 mit einem prozentualen Zuschlag im Sinne eines Koeffizienten auf die bestehenden Vergütungen auszugestalten. Während über das Prinzip Einigkeit herrschte, war die Festlegung des Koeffizienten ziemlich mühsam. Das hatte auch damit zu tun, dass die von den Verwertungsgesellschaften in Auftrag gegebene Untersuchung für die verschiedenen Nutzerkategorien unterschiedliche Nutzungsverhalten ergab. So ist beispielsweise der Anteil der an den Hochschulen verwendeten geschützten Werke weit höher als etwa in kleinen Büros

der Reisebranche. Und im Rahmen von internen elektronischen Pressespiegeln werden zum weitaus grössten Teil nur geschützte Zeitungs- und Zeitschriftenartikel genutzt. Solchen Unterschieden galt es Rechnung zu tragen.

Somit konzentrierten sich die Verhandlungen letztendlich auf die Frage, ob ein Koeffizient von 70, 50, 30, 10 oder gar weniger Prozent auf den Ansätzen des GT 8 angemessen sei. In der sechsten und letzten Sitzung vom 3. Juli 2003 konnte eine Einigung über einen Koeffizienten von 30% auf die im GT 8 festgelegten Ansätze gefunden werden (einzig die öffentlichen Schulen der unteren Stufen waren davon ausgenommen und bezahlen lediglich 20% auf die entsprechenden Ansätze). Da nur diejenigen Nutzer, die auch tatsächlich über ein internes Netzwerk verfügen, von einer Entschädigungspflicht betroffen sind, ist im GT 9 eine Einrede des nicht vorhandenen Systems vorgesehen. Diese Einrede ist allerdings an qualifizierte Voraussetzungen wie rechtsgültige Unterschriften und Kopie eines Handelsregisterauszuges - falls vorhanden - geknüpft.

Wie weiter?

Nachdem die zuständige Schiedskommission (ESchK) den GT 9 mit Beschluss vom 8. Dezember 2003 gesamthaft genehmigt hat, ist der neue Tarif am 29. Dezember 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht worden. Die ProLitteris wird ab Frühjahr 2004 - basierend auf dem rechtskräftigen Tarif - die entsprechenden Rechnungen zusammen mit denjenigen für den GT 8 den über 40'000 Nutzern in der ganzen Schweiz verschicken. Der GT 9 ist bis Ende Dezember 2005 gültig. In dieser Zeit ist eine weitere Untersuchung vorgesehen, um abzuklären, ob der neue Tarif gegebenenfalls einer Revision bedarf. Das macht insofern Sinn, als dieser Tarif «Neuland» betritt und es sich im Verlauf der ersten Umsetzung zeigen muss, ob allenfalls neue Erkenntnisse in die Tarifgestaltung einzubeziehen sind.

Die berechtigten Urheber bzw. Urheberinnen, die Verlage sowie die Leistungsschutzberechtigten jedenfalls werden im November dieses Jahres ein erstes Mal vom neuen Tarif insofern profitieren, als dass sie die ihnen für die Verwendung ihrer Werke bzw. Leistungen zustehenden Anteile ausbezahlt bekommen. ■

Telefonaufzeichnungen: Revision bringt Medienschaffenden nichts

Franz Riklin

Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Freiburg

Seit einer Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Jahre 1969 ist das unbefugte Aufnehmen von Gesprächen strafbar. Nach Art. 179^{bis} StGB wird jemand, der ein *fremdes, nichtöffentliches Gespräch* ohne Einwilligung aller daran Beteiligten mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt, auf Antrag mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Nach Art. 179^{ter} StGB, wird jemand, der als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch ohne Einwilligung der andern daran Beteiligten auf einen Tonträger aufnimmt, auf Antrag mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft. Schon damals gab es jedoch in Art. 179^{quinquies} für die telefonische Kommunikation eine *Ausnahme*, welche die Anwendung der erwähnten beiden Strafnormen für das Mithören und Aufnahmen von Gesprächen ausschloss. Sie hat ein bewegtes Leben hinter sich, weil die Norm demnächst ihre dritte Fassung erhält.

Bis Ende 1997 war u.a. nicht strafbar, wer ein Gespräch, das über eine dem Telefonregal unterstehende Telefonanlage geführt wurde, mittels einer von den PTT-Betrieben bewilligten Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung mithörte oder auf einen Tonträger aufnahm. In der seinerzeitigen bundesrätlichen Botschaft wurde ausgeführt, dass jedermann, der zum Telefon greift, um die Möglichkeit wisse, dass der Angerufene durch Zweitapparate Dritte mithören lassen und das Gespräch auf einen Tonträger aufzeichnen können (BBl 1968 I 595; REHBERG, AJP 1998, 565). Zur Information der Telefonbenutzer brachten die PTT-Betriebe in den Telefonbüchern hinter der Anrufnummer des entsprechenden Abonnenten das sog. Pick-up-Zeichen an, bei dessen Vorhandensein man damit rechnen musste, dass ein Gespräch auf Tonband

aufgenommen wurde, auch wenn den Anruf eine Person beantwortete.

Eine neue Situation trat nach Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes vom 21.6.1991 ein, das als Folge der Liberalisierung des Fernmeldewesens keine Bewilligungspflicht für Zusatzgeräte mehr vorsah, jedenfalls keine mehr durch die PTT-Betriebe, und auch keine entsprechende Meldepflicht. In der Folge war die Vertraulichkeit des Gesprächs gegenüber dem Partner überhaupt nicht mehr geschützt (TRECHSEL, Kurzkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., N 1 zu Art. 179^{quinquies}).

Ab 1998 wurde Art. 179^{quinquies} durch das neue Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 stark eingeschränkt. Seither macht sich jemand nur dann nicht strafbar, wenn er für Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste Notrufe aufzeichnet. Für andere Aufzeichnungen von Telefongesprächen ohne Einwilligung bleibt kein Platz. Dieser Paradigmawechsel wurde in der bundesrätlichen Botschaft damit begründet, es lasse sich in Anbetracht des Fernmeldegeheimnisses und des damit verbundenen Schutzes der Persönlichkeit im Fernmeldebereich nicht mehr rechtfertigen, dass jedermann Gespräche, an denen er selbst teilnimmt, aufzeichnen dürfe, ohne den oder die Gesprächspartner darüber in Kenntnis zu setzen (BBl 1996 III 1452). Diese starke Einschränkung führte zu Reaktionen, namentlich in der Geschäftswelt. Medienschaffende verschließen sie weitestgehend. Einzig SIMON CANONICA orientierte darüber in einem Aufsatz «Hände weg vom Tonband!» in *medialex* 2/1997, 63 f. Er meinte, die neue Rechtslage werde die Medienarbeit merklich beeinträchtigen. Wenn vor jedem Telefongespräch die Einwilligung zur Aufzeichnung eingeholt werden müsse, würde dies man-

Résumé: L'art. 179^{quinquies} CP prévoit des exceptions au principe d'interdiction des enregistrements non autorisés de conversations téléphoniques. Jusqu'en 1997, la teneur de cet article englobait aussi les journalistes. Depuis 1998, par contre, la norme a été restreinte aux seuls services d'assistance, de secours ou de sécurité. Les journalistes ont alors craint que l'exigence d'une autorisation ne fasse perdre aux déclarations leur spontanéité. En outre, il n'était plus possible d'apporter la preuve d'une déclaration lorsque cette dernière était, par la suite, contestée par son auteur. Mais c'est surtout le monde des affaires qui a réagi face à cette limitation de la loi. Il a demandé que les enregistrements soient autorisés dans la mesure où ils permettent de clarifier les choses ou d'éviter des malentendus. Le Parlement a ainsi adopté une nouvelle réglementation, qui tient compte de certaines conversations d'affaires, mais n'apporte rien aux journalistes.

Zusammenfassung: Art. 179^{quinquies} StGB sieht Ausnahmen vom Verbot heimlicher Aufnahmen telefonischer Gespräche vor. Bis 1997 galt eine Fassung, von der auch Journalisten profitierten. Ab 1998 wurde diese Norm eingeschränkt und galt seither nur noch für Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste. Journalisten befürchteten, durch das Erfordernis der Einwilligung könne die Unbefangtheit von Äusserungen verloren gehen. Auch bestehe keine Möglichkeit mehr, den Beweis zu erbringen, dass jemand eine Aussage gemacht hat, falls er dies später abstreitet. Die erwähnte Einschränkung hat zu Reaktionen in der Geschäftswelt geführt. Es wurde gefordert, Aufzeichnungen zulassen, soweit es um die Vermeidung von Unklarheiten und Missverständnissen geht. Deshalb hat das Parlament eine Neuregelung beschlossen. Sie berücksichtigt jedoch nur bestimmte Gespräche im Geschäftsverkehr und bringt den Journalisten nichts.

chen Gesprächspartner stutzig und entsprechend vorsichtig machen. Die Unbefangtheit der Äusserungen gehe verloren. Folge davon würden vermehrte stromlinienförmige und wenig spontane Statements sein, worunter der Informationsauftrag der Medien leide. Es bestehe auch nicht mehr die Möglichkeit, mit solchen Aufnahmen Beweise sicherzustellen, für den Fall, dass die befragte Person nachträglich plötzlich eine publizierte Aussage nicht mehr gemacht haben wolle.

Künftige Fassung

In der Folge reichte Ständerat Bruno Frick am 19.12.1997 eine parlamentarische Initiative in der Form der allgemeinen Anregung ein und verlangte, Art. 179^{quinquies} sei so zu ändern, dass straflos bleibt, wer ein eigenes Gespräch für den nichtöffentlichen Gebrauch lediglich zum Zwecke aufzeichnet, um damit Unklarheiten und Missverständnisse zu vermeiden. Er nannte als Profiteur einer solchen Regelung neben Banken und dem Reservations- und Bestellwesen ausdrücklich auch Journalisten.

In den parlamentarischen Beratungen wurde den Vorstellungen von Ständerat Frick nur beschränkt Rechnung getragen. Es kam zu einem Seilziehen zwischen den beiden Kammern. Ein Thema war, ob der Gesprächsteilnehmer über die Aufnahme informiert werden muss. Eine solche Bestimmung wäre jedoch wenig sinnvoll gewesen, weil damit nur etwas geregelt worden wäre, was seit jeher rechtens ist. Ferner konzentrierten sich die Diskussionen auf den Bereich des Geschäftsverkehrs.

Gemäss der am 3. Oktober 2003 schliesslich verabschiedeten Neuregelung macht sich neben der schon bisher geregelten Ausnahme für Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdienste nicht mehr strafbar, wer als Gesprächsteilnehmer oder Abonnent eines beteiligten Anschlusses Fernmeldegespräche im Geschäftsverkehr aufnimmt, welche Bestellungen, Aufträge, Reservationen und ähnliche Geschäftsvorfälle zum Inhalt haben.

Kein Vorteil für Journalisten

Den Journalisten bringt diese Revision jedoch nichts. In den parlamentarischen Beratungen war von ihnen nur ganz am Rande die Rede, weil in einer ursprünglichen ständerätlichen Version Aufzeichnungen auch dann zulässig gewesen wären, wenn es sich um ein Fernmeldegespräch unter Beteiligung einer Geschäftsperson handelt und dessen Aufzeichnung einzig dazu dient, über den geschäftlichen Inhalt Beweis zu führen. Um zu belegen, dass der Begriff der Geschäftsperson unklar sei, wurde darauf hingewiesen, dass nach Auffassung des Ständerats von der erwähnten Floskel auch Gespräche zwischen Journalisten und Politikern erfasst sein sollten. Deshalb wurde die erwähnte Formulierung wieder gestrichen. Und beim jetzt angenommenen Text kann kein Zweifel mehr bestehen, dass Gespräche von Journalisten mit Interviewpartnern nicht unter die Norm fallen. Damit werden auch in Zukunft heimliche Aufnahmen von Journalisten über Gespräche mit Dritten im Zusammenhang mit geplanten Medienveröffentlichungen strafbar sein. Sofern man keine strafrechtlichen Risiken eingehen und sich nicht auf die Hoffnung «Wo kein Kläger, ist kein Richter» abstützen will, ist die Tatsache, dass das Gespräch aufgenommen werden soll, einem Gesprächspartner offenzulegen, um ihm Gelegenheit zu geben, der Aufnahme ausdrücklich oder konkludent (durch Verzicht auf einen Vorbehalt) zuzustimmen. Nicht gegeben ist die Strafbarkeit auch dann, wenn jemand auf einen Telefonbeantworter zur Durchgabe einer Mitteilung eingeladen wird und ein Anrufer dieser Aufforderung nachkommt (REHBERG, AJP 1998, 565). Vorbehalten bleiben ferner Fälle von Rechtfertigungsgründen; doch dürfte es angesichts der restriktiven bundesgerichtlichen Praxis viel brauchen, um sich erfolgreich z.B. auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen stützen zu können, etwa dann, wenn bei einem bedeutsamen Interview der Verdacht besteht, eine befragte Person werde ihre Aussage später abstreiten. ■