

## Propriété intellectuelle et censure

Christophe Geiger

Dr en droit; chef du département France et pays d'Afrique francophone de l'institut Max Planck, Munich; chargé d'enseignement à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich

Associer «propriété intellectuelle» et «censure» peut paraître quelque peu surprenant, dans la mesure où l'on reconnaît en général aux droits de propriété intellectuel-

le une fonction d'incitation au travail créatif, pour le plus grand bien de la société<sup>1</sup>. En effet, les Lumières n'ont-elles pas conçu le droit d'auteur pour permettre «l'usage public de la raison» et assurer à l'auteur une sphère de liberté, la reconnaissance d'un droit à son profit étant censé lui garantir une indépendance matérielle et intellectuelle par rapport aux mécènes qu'il était auparavant obligé de flatter pour pouvoir vivre? Dans cet esprit, la Cour suprême américaine n'a d'ailleurs pas hésité à considérer dans le passé le droit d'auteur comme un «véhicule de la liberté d'expression»<sup>3</sup>. En droit des brevets, on parlera plus facilement d'innovation, mais l'idée est proche: il s'agit d'encourager l'émergence et la diffusion de nouvelles idées, de nouvelles créations, c'est à dire... de nouvelles expressions. L'idée est présente également en droit des marques<sup>4</sup> même s'il est vrai, de manière peut être moins forte en raison de l'existence d'autres justifications<sup>5</sup>. Les propriétés intellectuelles s'inscrivent donc sans aucun doute dans le contexte des sociétés libérales, venant libérer l'accès intellectuel à la création tout en assurant au titulaire la réservation des utilités économiques de la chose immatérielle<sup>6</sup>. Tout cela semble bien incompatible avec toute idée de contrôle ou de censure.

Et pourtant, il semble que la relation entre propriété intellectuelle et liberté d'expression n'est aujourd'hui plus aussi harmonieuse qu'elle a pu l'être. En effet, les droits de propriétés intellectuelles ont été ces dernières années étendus au-delà de leurs frontières traditionnelles, souvent en ignorant la finalité qui leur est propre<sup>7</sup>. D'ailleurs, leur fonction semble progressivement avoir été perdue de vue au détriment d'une logique de protection de l'investissement<sup>8</sup>. De droits ayant une importante fonction sociale, c'est-à-dire connaissant un certain nombre de limitations imposées par l'inté-

**Zusammenfassung:** Das Recht des geistigen Eigentums erlebt gegenwärtig eine bedenkliche Entwicklung. Waren die Immaterialgüterrechte ursprünglich dazu gedacht, Innovationen und die Verbreitung neuer Ideen in der Gesellschaft zu stimulieren, werden sie heute mehr und mehr dazu missbraucht, den Informationsfluss zu hindern und um eine Art private Zensur auszuüben. Angesichts dieser Auswüchse war die Rechtsprechung gezwungen, auf Regeln außerhalb des Rechts des geistigen Eigentums zurückzugreifen, um dessen Gleichgewicht wiederherzustellen und die freie Meinungsäußerung zu gewährleisten. In diesem Artikel soll diese Problematik anhand einiger interessanter Fälle verdeutlicht werden, in denen die Gerichte die zum Teil überzogenen Forderungen der Rechtsinhaber mit Hilfe der Meinungsfreiheit und der Informationsfreiheit eingeschränkt haben.

- 1 Sur la place de l'intérêt général au sein des droits de propriété intellectuelle, v. les travaux du colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles et le CRID: «L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle», Bruxelles, 21 et 22 avril 2006 (actes à paraître chez Bruylant).
- 2 V. en ce sens C. GEIGER, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé, Paris, Litec, 2004, n° 27 sq., ainsi que du même auteur: De la nature juridique des limites au droit d'auteur, Une analyse comparative à la lumière des droits fondamentaux: Propriété intell. 2004, n° 13, p. 882 sq.
- 3 V. Harper & Row Publishers Inc. v. Nation Enterprise, 471 U.S. 539, 547, 85 L. Ed. 2d. 588 (1985): «The Framers (of the U.S. Constitution) intend copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas».
- 4 En effet, comme le souligne M. VIVANT, Pour une épure de la propriété intellectuelle, in: MÉLANGES A. FRANÇON, Paris, Dalloz, 1995, p. 418, «la marque qui est une dénomination de fantaisie doit nécessairement dans son rapport au produit ou service marqué présenter un caractère de «distinctivité» qui s'oppose à la banalité et suppose par le fait même créativité».
- 5 La marque a pour objet de garantir au consommateur l'origine et la qualité des produits et services (CJCE, 22 juin 1976, Terrapin c/ Terranova, Rec. p. 1039) et de lutter contre les concurrents qui utilisent indûment le signe pour vendre leur production (CJCE, 31 oct. 1974, Centrafarm c/ Sterling Drug, Rec. p. 1147).
- 6 Pour reprendre une jolie formule du PROF. VIVANT (in: Les créations immatérielles et le droit (sous la dir. de M. VIVANT), Paris, Ellipse, 1997, p. 13).
- 7 V. M. VIVANT, Propriété intellectuelle et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme, Université de tous les savoirs, Vol. 5: «Qu'est ce que les technologies?», Paris, Odile Jacob, 2001, p. 204 sq., ainsi que du même auteur: La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle (très intéressant article à paraître dans la Revue Internationale de Droit Economique).
- 8 Ceci est souligné par de nombreux auteurs. V. à titre d'exemple C. GEIGER (préc. note 2), n° 38 sq; M. VIVANT (préc. note 7), p. 204 sq.

**Résumé:** Les droits de propriété intellectuelle connaissent une évolution préoccupante. Censés encourager l'innovation et la diffusion de nouvelles idées au sein du corps social, ils sont de plus en plus fréquemment détournés de leur fonction pour empêcher la circulation de l'information et utilisés à des fins qui se rapprochent de qu'il est possible de considérer comme une forme de censure privée. Face à ces excès, les juges ont du faire appel à des règles externes au droit de la propriété intellectuelle afin de rétablir l'équilibre et de permettre le libre discours. Cet article a pour objet d'illustrer cette problématique en revenant sur quelques affaires dans lesquelles les tribunaux ont utilisé la liberté d'expression et le droit à l'information pour limiter les prétentions parfois excessives des titulaires de droit.

rêt général<sup>9</sup>, la propriété intellectuelle se métamorphose progressivement en un mécanisme de protection d'intérêts privés, de sorte que toute utilisation qui «gène» ces intérêts tend à vouloir être prohibée. Or, la

- 9 Concernant la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle v. M. VIVANT, in: M. VIVANT (sous la dir. de), Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Dalloz, 2004, notice n° 1. Pour le droit d'auteur v. R. M. HILTY, L'avenir du droit d'auteur dans le «dilemme numérique»: RLDI 2005, n° 1, p. 49 sq., C. GEIGER (préc. note 2), n° 38.
- 10 M. VIVANT (préc. note 7), p. 207. L'auteur poursuit en s'interrogeant: «Quand tout est prétexte à réservation, quand le parcours est semé d'embûches et de péages, que reste-t-il du modèle libéral?»
- 11 F. LEVEQUE/Y. MENIERE, Économie de la propriété intellectuelle, Paris, Éditions La Découverte, 2003, p. 113, selon lesquels «depuis les années 1980, le droit de la propriété intellectuelle s'est progressivement renforcé et étendu. Il a abouti à une situation de surprotection qui semble dorénavant freiner plus que stimuler l'innovation».
- 12 Nous avons choisi quelques affaires ayant attiré l'attention et ayant donné lieu à des décisions intéressantes dans différents pays européens. Évidemment, de nombreuses autres décisions auraient pu être également évoquées (pour de plus amples références en droit d'auteur v. C. GEIGER (préc. note 2), n° 455 sq.).
- 13 Dans le contexte des brevets, l'on parle plutôt d'innovation et non de libre expression, même si les deux, nous l'avons déjà souligné, sont évidemment liés. Nous nous contenterons à cet endroit de remarquer que, dans une conception large, les utilisations abusives des brevets, fréquentes dans le domaine des logiciels (sur la question v. R.M. HILTY/C. GEIGER, Breveter le logiciel?, Une analyse juridique et socio-économique: Propr. intell. 2005, n° 16, p. 296), pourraient être également perçues comme une forme de «censure». Mais cela relève alors d'un autre débat...
- 14 Sur la relation entre droit d'auteur et liberté d'expression/droit à l'information v. l'ouvrage édité par A. STROWEL, Droit d'auteur et liberté d'expression, Bruxelles, Larcier, 2006 (à paraître), ainsi que notamment P. B. HUGENHOLTZ, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in: R. C. DREYFUSS, D. L. ZIMMERMAN, H. FIRST (éd.), Expanding the Boundaries of intellectual property, Oxford University Press, 2001, p. 343; H. COHEN JEHORAM, Copyright and Freedom of Expression, Abuse of Rights and Standart Chicanery: American and Dutch Approaches: EIPLR 2004, p. 275; J. GRIFFITHS, Copyright Law and the Public's Right to Receive Information: Recent Developments in an Isolated Community, in: E. BARENDT and A. FIRTH (éd.), The Yearbook of Copyright and Media Law 2001/2, Oxford University Press, 2002, p. 29; C. GEIGER (préc. note 2), ainsi que du même auteur: Droit d'auteur et droit du public à l'information, Pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux: D. 2005, p. 2683; M. LÖFFLER, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts: NJW 1980, p. 201.
- 15 Sur le rôle des droits fondamentaux en droit d'auteur suisse v. plus généralement R. H. WEBER/C. BREINING-KAUFMANN, Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht?: sic! 2005, p. 415.

critique et l'information (souvent critique elle aussi) font partie de ces utilisations qui «gènent». Il n'est donc pas surprenant que les droits de propriété intellectuelle, offrant à leurs titulaires ce formidable «droit d'interdire», ont été sollicités pour «faire taire», pour empêcher la critique. Pour reprendre une expression de M. VIVANT, c'est le libéralisme qui semble avoir découvert les charmes du féodalisme<sup>10</sup>; alors que sous l'Ancien régime, le contrôle de la parole et de l'information était assuré par le seigneur (ou autre dirigeant), il semblerait l'être aujourd'hui par de puissants acteurs économiques...

Il ne s'agit pas de revenir ici en détail sur les raisons qui ont conduit à ces évolutions, ni de décrire la manière dont se manifeste ce qui est parfois considéré comme une tendance à la «surprotection»<sup>11</sup>. Il s'agit uniquement d'étudier quelques affaires dans lesquelles les droits de propriétés intellectuelles nous semblent avoir été utilisés à des fins étrangères à leur fonction et d'analyser la manière dont les juges ont arbitré le conflit d'un droit de propriété intellectuelle avec la liberté d'expression et le droit à l'information<sup>12</sup>. S'il n'existe à notre connaissance pas de cas dans le domaine des brevets<sup>13</sup>, le droit d'auteur et le droit des marques ont parfois été utilisés d'une manière qui pourrait être considérée comme une forme de «censure». Nous étudierons donc successivement ces deux domaines.

## I. Censure et droit d'auteur

Il existe un certain nombre d'affaires dans lesquelles le droit d'auteur a été confronté à la liberté d'expression et au droit du public à l'information<sup>14</sup>. Une affaire très intéressante s'est déroulée en Suisse, sur laquelle il convient de revenir dans un premier temps<sup>15</sup>. Les faits étaient les suivants: une controverse avait éclaté entre deux personnes publiques sur la manière dont sont traités les demandeurs d'asile en Suisse. Ces personnalités avaient engagé un débat public par la voie d'articles interposés. Un journal d'extrême droite publia les deux articles côte à côte en les assortissant d'un commentaire très critique vis-à-vis d'un des articles. Visiblement agacé, l'auteur de l'article en question a agi sur le terrain du droit d'auteur, arguant du fait que les limites de l'exception de citation avait été dépassées car la reproduction avait été inté-

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Christophe Geiger | Propriété intellectuelle et censure

ation (souvent critique  
de ces utilisations qui  
pas surprenant que  
été intellectuelle, offrant  
formidable «droit d'in-  
licités pour «faire taire»,  
critique. Pour reprendre  
M. VIVANT, c'est le libéralis-  
r découvert les charmes  
ors que sous l'Ancien ré-  
e la parole et de l'infor-  
par le seigneur (ou autre  
erait l'être aujourd'hui  
eurs économiques...

venir ici en détail sur les  
duit à ces évolutions, ni  
re dont se manifeste ce  
sidéré comme une ten-  
tection»<sup>11</sup>. Il s'agit uni-  
quelques affaires dans  
s de propriétés intellec-  
nt avoir été utilisés à des  
ar fonction et d'analyser  
es juges ont arbitré le  
e propriété intellectuelle  
pression et le droit à l'in-  
existe à notre connais-  
ns le domaine des bre-  
teur et le droit des mar-  
é utilisés d'une manière  
considérée comme une  
. Nous étudierons donc  
deux domaines.

### Droit d'auteur

nombre d'affaires dans  
l'auteur a été confronté  
sion et au droit du pu-  
<sup>14</sup>. Une affaire très inté-  
lée en Suisse, sur laquel-  
evenir dans un premier  
étaient les suivants: une  
claté entre deux person-  
manière dont sont trai-  
s d'asile en Suisse. Ces  
nt engagé un débat pu-  
articles interposés. Un  
droite publia les deux ar-  
en les assortissant d'un  
critique vis-à-vis d'un  
ment agacé, l'auteur de  
n a agi sur le terrain du  
ant du fait que les limi-  
de citation avait été dé-  
duction avait été inté-

grale. L'auteur s'était placé sur le terrain du droit patrimonial, mais également sur le terrain du droit moral, étant de l'avis que la publication de son article dans un journal d'extrême droite portait atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Le droit d'auteur était donc sans aucun doute mis en avant pour empêcher l'analyse critique de l'article en question, l'auteur étant en désaccord manifeste avec les opinions émises dans le journal.

La Cour suprême du canton de Zürich lui donna tort, estimant que le but de la citation ne pouvait être atteint que par la reproduction intégrale de l'article. Elle justifia sa décision en se basant directement sur la liberté d'opinion et d'information ainsi que la liberté des médias protégées par les articles 16 et 17 de la Constitution fédérale suisse<sup>16</sup>. Le Tribunal fédéral suisse a néanmoins cassé l'arrêt, estimant que l'équilibre entre droit de propriété et liberté d'information avait déjà été réalisé en interne par la loi sur le droit d'auteur et qu'au demeurant la reproduction de certains passages aurait suffi à satisfaire la liberté d'information<sup>17</sup>, rejoignant ainsi la position de la Cour de cassation française dans la célèbre affaire Utrillo, sur laquelle il convient à présent de nous pencher<sup>18</sup>.

Une chaîne de télévision avait réalisé, afin d'informer sur une nouvelle exposition concernant le peintre Maurice Utrillo, un petit reportage au cours duquel elle filmait rapidement quelques-unes des toiles exposées. Suite à ce reportage, l'ayant droit du peintre, Jean Fabris, s'adressa à la chaîne de télévision afin de lui demander une rémunération pour la représentation des œuvres du peintre lors du reportage. La chaîne de télévision France 2 refusa en faisant valoir le caractère informatif du reportage, sur quoi Monsieur Fabris l'assigna en contrefaçon. Pour sa défense, la société France 2 invoqua une série d'arguments, les principaux étant l'exception de citation et le droit du public à l'information issu de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), et, à la surprise générale, obtint gain de cause en première instance sur ce dernier fondement. Le tribunal a considéré en effet que la représentation des œuvres était justifiée «par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre et son auteur»<sup>19</sup>.

Ceci provoqua une levée de boucliers de la part d'une partie de la doctrine, laquelle n'eut pas de mots assez durs pour critiquer la décision des juges parisiens, estimant qu'il s'agissait d'un «mauvais usage des droits de l'homme», l'application de l'article 10 pouvant constituer «une menace pour le droit d'auteur»<sup>20</sup>. La Cour d'appel a ensuite infirmé la décision<sup>21</sup> et le pourvoi formé par France 2 a été rejeté par la Cour de Cassation<sup>22</sup>. Les hauts magistrats affirment, après avoir rappelé leur formule désormais standard selon laquelle «la représentation intégrale d'une œuvre, quelle qu'en soit la forme et la durée, ne peut constituer une courte citation», que le moyen tiré d'une violation de l'article 10 de la CEDH s'avère «inopérant». Dans le même esprit également, la Cour de Cassation belge estime, dans un arrêt du 25 septembre 2003, de manière abstraite, que «le droit de liberté d'expression, garanti à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à l'article 19 du Traité international relatif aux droits civils et politiques ne s'oppose pas à la protection d'une œuvre littéraire ou artistique par le droit d'auteur»<sup>23</sup>. Elle nie donc toute existence de conflit de manière abstraite.

16 Arrêt du 9 sept. 2004, *medialex* 2004, p. 231, note W. EGLOFF.

17 Arrêt du 22 juin 2005, *sic!* 2005, p. 732; *medialex* 2005, p. 153, note D. BARRELET. Sur l'affaire dans son intégralité v. également C. GASSEYER/M. O. MORANT, *Das Zitatrecht im Lichte von «Kreis vs. Schweizerzeit»*: *sic!* 2006, p. 229.

18 Sur cette affaire v. également P. KAMINA, *Droit d'auteur et Article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*: *Légicom* 2001/2, n° 25, p. 7; C. GEIGER, *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*: *A&M* 2004/3, p. 213.

19 TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 23 février 1999, D. 1999, p. 580, note P. KAMINA; *RTD com.* 2000, p. 96, obs. A. FRANÇON; *RIDA avr.* 2000, p. 374, note A. KEREVER; *GRUR Int.* 2001, p. 252, note C. GEIGER. V. également la décision du TGI Toulouse, 26 sept. 2001, *Légipresse* 2001, n° 187, p. 149; *Prop. intell.* 2002, n° 3, p. 58, obs. A. LUCAS, infirmée par CA Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 13 juin 2002, *Prop. intell.* 2003, n° 9, p. 384, obs. A. LUCAS.

20 B. EDELMAN, *Du mauvais usage des droits de l'homme*: D. 2000, Chr., p. 455; C. CARON, *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public: une menace pour le droit d'auteur?*: *Comm. com. électr.* oct. 1999, p. 9 sq.

21 CA PARIS, 4<sup>e</sup> ch. A, 30 mai 2001, *Légipresse* 2001, n° 184, p. 137, note V. VARET; D. 2001, p. 2504, note C. CARON; *Prop. intell.* 2001, n° 1, p. 66, obs. A. LUCAS; *RIDA janv.* 2002, p. 294, obs. A. KEREVER (p. 209); *GRUR Int.* 2002, p. 329, note C. GEIGER.

22 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, D. 2004, Jur., p. 200, note N. BOUCHE; *Prop. ind. janv.* 2004, p. 26, obs. P. KAMINA; *Comm. com. électr. janv.* 2004, p. 25, obs. C. CARON; *Légipresse* 2004, n° 209, p. 23, note V. VARET; *Prop. intell.* 2004, n° 10, p. 549, obs. A. LUCAS; *JCP G* 2004 II 10080, note C. GEIGER; *IIIC* 2004, n° 6, p. 716, note C. GEIGER.

23 Cass., 25 sept. 2003, *A&M* 2004/1, p. 29. Pour un commentaire conjoint des deux arrêts v. A. LUCAS, *Droit d'auteur, liberté d'expression et «droit du public à l'information»*: *A&M* 2005/1, p. 13.



Il nous semble néanmoins que, dans les affaires française et suisse, il faille saluer l'application des droits fondamentaux, en ce qu'elle a permis aux juges d'adapter les exceptions au droit d'auteur à une évolution sociale. En effet, comment un média comme la télévision travaillant exclusivement avec l'image peut informer de manière efficace sur une exposition sans montrer au moins une toile de l'auteur?<sup>24</sup> Comment un journal peut-il mieux confronter les points de vues divergents qu'en les reproduisant intégralement?<sup>25</sup> Il existe des œuvres bénéficiant de la protection du droit d'auteur qui se retrouvent au centre de certains importants débats de société et il nous semble que le droit d'auteur ne devrait pas servir à empêcher que ce débat ait lieu. Un journal ne devrait-il pas pouvoir reproduire les caricatures du prophète Mahomet lorsqu'il informe sur la controverse que ces dessins ont provoquée?<sup>26</sup> Une chaîne de télévision devrait-elle vraiment avoir à demander l'autorisation du titulaire de droit lorsqu'elle montre à l'écran les photos des traitements inhumains infligés aux prisonniers irakiens dans la prison d'Abu Ghraib? L'information est dans ces cas bien plus importante et objective si l'on montre l'œuvre dont il est question, le public pouvant s'assurer et se convaincre lui-même, ainsi qu'en tirer ses propres conclusions. De plus, soumettre l'utilisation en question à l'autorisation de l'auteur entraînerait le risque que celui-ci la refuse toutes les fois

où l'information s'accompagnera d'une critique de l'œuvre et de son contenu. L'auteur aurait de cette manière le pouvoir de contrôler l'information sur son travail, ce qui semble contraire à la libre expression et au droit à la libre information<sup>27</sup>.

Une telle argumentation a d'ailleurs explicitement été admise par la Cour suprême autrichienne dans un arrêt du 12 juin 2001. La Cour a en effet admis que la reproduction de 16 articles de journaux sur le site Internet de la personne auxquels les articles étaient consacrés était couverte par la liberté d'expression de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Elle considère en effet que bien que la reproduction intégrale des articles n'était pas accompagnée de commentaires, ce qui aurait pu constituer une citation au sens de la loi autrichienne<sup>28</sup>, elle était justifiée en l'espèce, puisqu'elle permettait à ladite personne de démontrer qu'elle était la victime d'une vaste campagne médiatique. La Cour considère donc qu'en l'espèce la liberté d'expression et le droit du public à l'information prévalent sur les intérêts pécuniaires des journaux et précise que «les titulaires de droits entendent utiliser leurs droits exclusifs à l'unique fin d'empêcher la critique de leur campagne médiatique. L'utilisation du droit d'auteur pour la poursuite d'un tel objectif ne peut justifier une atteinte à la liberté d'expression dans une société démocratique»<sup>29</sup>.

Dans cet esprit, l'on peut faire état d'une très intéressante décision américaine de la US District Court for the Southern District of New York du 29 septembre 2005<sup>30</sup>, dans laquelle la Cour refusa de procéder à l'exécution d'une décision française qui avait condamné pour contrefaçon les auteurs d'un site web consacré à l'actualité de la mode, lesquels avaient mis en ligne des photos prises lors de certains défilés. La Cour estima qu'une telle condamnation était contraire à la liberté d'expression protégée par le Premier amendement de la Constitution américaine et donc à l'ordre public interne, condition nécessaire pour refuser d'exécuter une décision étrangère. Les juges ont considéré, après avoir précisé que les défilés de modes sont des événements qui intéressent grandement le public et dont il doit pouvoir être rendu compte dans les médias, qu'«une image vaut bien un millier de mots» et que dans

- 24 En ce sens également M. VIVANT, La transposition de la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information en France, Analyse critique et prospective: Propr. intell. 2005, n° 15, p. 153.
- 25 Dans le même esprit, comment mieux démasquer un parti extrémiste qu'en publiant un de ses tracts? Comment mieux dénoncer la corruption d'un élu qu'en reproduisant une lettre dans laquelle il accepte un pot de vin?
- 26 Indépendamment de savoir si ces caricatures vont trop loin. V. sur la question A. CAPITANI/M. MORITZ, La liberté de caricature et ses limites en matière religieuse: RLDI 2006, n° 14, p. 75.
- 27 Certes, il restera la possibilité d'informer «sans montrer», ce qui aura cependant une valeur assez limitée pour les médias travaillant avec l'image. V. C. GEIGER, Liberté de l'image et droit d'auteur: Légipresse 2005, n° 223, p. 84.
- 28 La loi autrichienne est donc plus «permissive» en matière de citation que certaines lois nationales telles que la loi française, qui semble exclure toute citation intégrale. C'est du moins dans ce sens que se prononce très clairement la Cour de cassation (v. à titre d'exemple Cass., 13 nov. 2003 (préc. note 22)).
- 29 Cour suprême autrichienne, 12 Juin 2001, Medienprofessor, GRUR Int. 2002, p. 341.
- 30 Louis Féraud Int. Sarl v. Viewfinder Inc., 2005 U. S. Dist. LEXIS 22242. Sur cette décision v. C. Manara, Violation de droit français de propriété intellectuelle par un site web américain: pas d'exequatur aux Etats-Unis!: D. 2005, Act. p. 2738.

le com  
vre du  
que d  
doit p  
graph  
appro  
tre sel  
matio  
forme  
une in  
non s  
meuse  
une p  
n'est  
ment  
cision  
l'affai  
londo  
que d  
de l'e  
l'infor  
sation  
cessai

Dans  
faill  
Cour  
bre 20  
cation  
intern  
gie su  
l'exc  
puisq  
non p  
était j  
matio  
europ  
te reti  
sorte  
dans s  
fait q  
pron  
car il  
permi  
droit

Une  
quée,  
te de  
gée au  
l'infor  
mand  
l'auto  
pièce  
toten  
pièces  
de Ga



Etudes & réflexions  
Untersuchungen & Meinungen

Christophe Geiger | Propriété intellectuelle et censure

le contexte en question «la nature de l'œuvre du «designer» en question est (en italique dans la décision) «de l'information» qui doit pouvoir être communiquée, la photographie étant pour ce faire le moyen le plus approprié». La Cour admet donc - à juste titre selon nous - sans ambiguïté que l'information peut passer par une reprise de la forme et que, dans certains cas, l'œuvre est une information. Et les juges de conclure, non sans humour, qu' «à l'instar de la fameuse peinture d'une pipe de Magritte, une photo d'une robe n'est pas une robe- ce n'est que l'image d'une robe». Ce raisonnement n'est pas sans rappeler une autre décision de la Cour d'appel de Londres dans l'affaire *Ashdown*, dans laquelle les juges londoniens avaient précisé explicitement que dans certaines circonstances la forme de l'expression est aussi importante que l'information qu'elle contient et que l'utilisation de la forme de l'œuvre est alors nécessaire afin d'exprimer une opinion<sup>31</sup>.

Dans cette perspective, il nous semble qu'il faille également approuver un arrêt de la Cour d'appel de la Haye rendu le 4 septembre 2003<sup>32</sup>. Il s'agissait en l'espèce de publication à des fins de critique de documents internes de la secte de l'église de scientologie sur un site Internet. La Cour estima que l'exception de citation ne s'appliquait pas puisqu'il s'agissait de documents jusqu'alors non publiés, mais estima que la publication était justifiée par le droit du public à l'information de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La secte retira son pourvoi en dernière minute, de sorte que la Cour suprême néerlandaise dans sa décision du 16 décembre 2005<sup>33</sup> n'a fait que confirmer l'arrêt d'appel, sans se prononcer sur le fond. Ceci est regrettable car il s'agissait là d'un cas d'école qui aurait permis une clarification des rapports entre droit d'auteur et liberté d'expression.

Une dernière décision mérite d'être évoquée, rendue en Allemagne dans le contexte de la liberté de création artistique protégée au même titre que le droit du public à l'information par la Loi fondamentale allemande. Les faits étaient les suivants: l'auteur Heiner Müller avait inséré dans sa pièce intitulée «Germania 3 Gespenster am toten Mann» deux passages tirés de deux pièces différentes de Bertolt Brecht, «la vie de Galilée» et «Coriolan», l'objectif étant à

travers la reprise de ces passages dans le contexte de la pièce de permettre au spectateur de procéder à une appréciation critique des thèses développées par Brecht. Il s'agissait donc d'une sorte de dialogue artistique sous forme de collage, censé confronter certaines thèses de Brecht en les insérant dans un contexte dramatique. Les héritiers de Brecht ont refusé de donner leur autorisation. Le problème était que les passages étaient trop longs pour constituer des citations au sens de la loi sur le droit d'auteur. La Cour constitutionnelle allemande a néanmoins estimé, dans un attendu qui mérite d'être reproduit dans son intégralité, que «dans le contexte de la création artistique, la liberté de citer une œuvre est plus large et ne doit pas avoir pour unique fonction de venir à l'appui d'un développement personnel. L'artiste doit pouvoir intégrer des œuvres protégées dans sa propre création sans qu'il y ait nécessairement un développement propre que la citation viendrait illustrer. La citation doit cependant être utilisée comme outil ou véhicule d'une opinion artistique exprimée par l'auteur»<sup>34</sup>. Elle a pour ce faire analysé l'exception de citation à la lumière de la liberté artistique incluse dans la Loi fondamentale allemande (article 5 al. 3). Après avoir, dans le cadre du test de proportionnalité, mis en balance les intérêts en présence, la Cour a estimé que la liberté artistique devait préva-

31 Cour d'appel de Londres, 18 juill. 2001, *Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, E.M.L.R. 2001, p. 44 (n° 43 de la décision). Sur cette décision v. J. Griffiths, *Copyright law after Ashdown – time to deal fairly with the public*: IPQ 2002, p. 240.

32 Gerechtshof- Gravenhage, 4 sept. 2003, AMI 2003, n° 6, p. 222, note P. B. HUGENHOLTZ; A&M 2004, n° 1, p. 44, note G. GATHEM/A. STROWEL; Propr. intell. 2004, n° 12, p. 834, obs. M. VIVANT. Sur cet arrêt v. également l'article très complet de G. W. G. KARNELL, *Copyright Protection Under Human Rights Control- In Particular of Works Not Disseminated to the Public*: World E-Commerce & IP Report sept. 2004, p. 18.

33 Hoge Raad, Eerste Kamer, n° C04/020/HR. Dans son opinion précédant la décision, l'avocat général Verkade avait estimé que le pourvoi de la secte devait être rejeté sur le fondement de l'article 15b de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur (exception permettant la reproduction d'une œuvre communiquée au public par les autorités, notamment les tribunaux). En effet, les textes en question avaient déjà été utilisés dans une autre procédure judiciaire aux États-Unis et fait l'objet d'une publication par la bibliothèque des tribunaux américains. L'avocat général avait donc essayé de trouver une solution «interne» au droit d'auteur en interprétant de manière extensive une exception existante.

34 BVerfG, 29 juin 2000, «Germania 3», GRUR 2001, p. 149. Sur cette décision v. également J. DE WERRA, *Liberté de l'art et droit d'auteur: medialex 2001*, p. 147; A. METZGER, *Germania 3 Gespenster am toten Mann oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?*: ZUM 2000, p. 924; P. GARLOFF, *Copyright und Kunstfreiheit- zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück*: GRUR 2001, p. 476.

loir: «Lorsque – comme c'est le cas en l'espèce – une violation des droits de l'auteur de faible ampleur, n'entraînant qu'une perte financière minime pour les ayants droits, s'oppose à la liberté de création, l'intérêt de l'artiste à la libre utilisation de l'œuvre dans le cadre d'une confrontation sur le terrain artistique doit prévaloir sur les simples intérêts financiers des titulaires de droit».

Ces décisions étudiées dans le domaine du droit d'auteur sont donc riches d'enseignements. Si certains tribunaux refusent d'admettre tout conflit, certains autres ont, à l'aide des droits fondamentaux, essayé de trouver des aménagements afin d'éviter une certaine forme de censure privée. Mais le droit d'auteur n'est pas le seul droit de propriété intellectuelle concerné, puisque le droit des marques a également été confronté dans un certain nombre d'affaires à la liberté d'expression, sur lesquelles il convient à présent de nous pencher.

## II. Censure et droit des marques

En droit des marques, la difficulté vient du fait qu'à la différence du droit d'auteur, il n'existe pas un dispositif de limites permettant de savoir exactement les utilisations permises en vertu de la loi. Certes, il existe certaines limites implicites découlant de la finalité de la marque<sup>35</sup>. Mais nous avons vu que ces finalités ont été progressivement

perdues de vue, ce qui a encouragé un certain nombre de titulaires de marques à utiliser leur droit pour empêcher la critique de leur produit ou de la politique de leur entreprise. S'ils ont pu obtenir gain de cause dans certains cas<sup>36</sup>, dans d'autres décisions, les juges ont fait appel aux droits fondamentaux pour justifier les utilisations en question.

Dans cet esprit, la Cour fédérale allemande a en effet récemment, dans un cas de parodie de marque, fait prévaloir la liberté artistique de l'article 5 al. 3 de la Loi fondamentale allemande sur le droit de propriété intellectuelle. Examinant l'atteinte au droit de marque (en vertu de l'article 14 al. 2 n° 3 de la loi allemande sur les marques), elle a mise en balance cette atteinte avec la liberté artistique et estimé que «si la carte postale (support de la parodie) ne dénigre pas la marque du demandeur et qu'il n'est pas établi que le défendeur poursuivait uniquement un objectif commercial, la protection de la liberté artistique doit prévaloir dans le cas litigieux sur la protection du droit de propriété de l'art. 14 al. 1. de la Loi fondamentale»<sup>37</sup>. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a dans un arrêt récent analysé la loi sur les marques à la lumière de la liberté d'expression protégée par l'article 16 de la Constitution Sud-africaine pour déclarer licite l'usage d'une marque à des fins de parodie<sup>38</sup>. La Cour estime en effet que le droit des personnes à s'exprimer librement ne doit pas être limité facilement et précise que «chaque expression est protégée et doit donc être mise en balance de manière appropriée avec d'autres droits, parmi lesquels figurent le droit de propriété (ce qui comprend la propriété intellectuelle)».

Ces arrêts sont à rapprocher d'un certain nombre de décisions françaises récentes dans lesquelles les juges ont estimé que l'utilisation à des fins critiques de marques renommées était couverte par le «principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression»<sup>39</sup>. Les faits de ces affaires étaient similaires. En effet, l'association Greenpeace avait mis en ligne sur son site Internet des marques qu'elle avait modifié de manière satirique afin de dénoncer les conséquences néfastes de l'activité de ces entreprises sur l'environnement. Le «S» du groupe pétrolier ESSO avait été remplacé par des signes de dollars (E,\$\$O), tandis que le «A»

- 35 M. VIVANT, Touche pas à mon filtre! Droit de marque et liberté de création: de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle: JCP E 1993, I, 251.
- 36 V. notamment les exemples cités par A. CHAVANNE/J.-J. BURST, Droit de la propriété industrielle, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 1154, dans lesquelles les juges semblent considérer que le droit de marque est un droit qui ne connaît aucune limite.
- 37 Arrêt «Lila-Postkarte» du 3 févr. 2005, GRUR 2005, p. 583. Sur cette décision v. C. Born, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie: GRUR 2006, p. 192.
- 38 Arrêt du 27 mai 2005, Laugh it Off Promotions CC v. South African Breweries Int. (Finance) B.V. t/a Sabmark Int., CCT 42/04. Pour un commentaire v. D. Greenberg, To Dilute Your Trade Mark- Just Add Parody: EIIPR 2005, 436. V. également opinion concurrente du juge Sachs dans cette affaire, dans laquelle celui-ci considère: «What is in issue is not the limitation of a right, but the balancing of competing rights. The present case does not require us to make any determinations on that matter. But it would appear once all the relevant facts are established, it should make no difference in principle whether the case is seen as a property rights limitation on free speech, or a free speech limitation on property rights. At the end of the day this will be an area where *nuanced and proportionate balancing in a context-specific and fact-sensitive character will be decisive*, and not formal classification based on bright lines» (n° 83; nous soulignons).
- 39 Sur ces affaires, v. C. GEIGER, Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?: JCP G 2004, I 150.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Christophe Geiger | Propriété intellectuelle et censure

de la société Areva avait été stylisée avec une ombre reproduisant une tête de mort. Dans la troisième affaire, c'était la politique sociale de la société Danone qui était critiquée par une association suite à la fermeture d'usines de l'entreprise sur un site dénommé «jeboycottedanone.com» (ou «.net»), où des marques figuratives avaient été reproduites barrées de l'inscription «jeboycottedanone.com». Dans les trois cas, les titulaires des marques essayèrent de faire taire la critique en engageant une action judiciaire sur le terrain de la contrefaçon de marques<sup>40</sup>. Ils obtinrent d'ailleurs partiellement raison en première instance à la suite de décisions au raisonnement radicalement opposé<sup>41</sup>. En appel, leur demande fût néanmoins rejetée dans des termes quasiment identiques, la Cour estimant dans les trois arrêts que «le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression implique que l'association Greenpeace (le Réseau Voltaire) puisse, sur son site Internet, dénoncer sous la forme qu'elle estime appropriée les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé publique par ses activités industrielles (les conséquences sociales des plans de restructuration mis en place par les intimées); que si cette liberté n'est pas absolue, elle ne peut néanmoins subir que les restrictions rendues nécessaires par la défense des droits d'autrui». Ces arrêts ont grandement attiré l'attention et ont été abondamment commentés en doctrine<sup>42</sup>, ce qui peut surprendre dans la mesure où il ne s'agit pas d'arrêts de dernière instance. De plus, dans l'affaire Greenpeace et Areva, la Cour d'appel de Paris était intervenue sur appel d'une décision du président du tribunal de Paris saisi d'une action en interdiction provisoire de la contrefaçon selon l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure en référé. Cependant, le même raisonnement a été ensuite repris par les juges statuant sur le fond, du moins dans l'affaire ESSO<sup>43</sup>, puisque le principe de la liberté d'expression a également conduit en première instance<sup>44</sup> et en appel<sup>45</sup> à écarter les demandes d'interdiction de l'usage du signe. On peut faire également état d'une décision allemande rendue à propos d'un nom de domaine «Stoppesso.de», dans laquelle la Cour, en se fondant sur la liberté d'expression de l'article 5 de la Loi fondamentale allemande, estime que l'utilisation est licite, précisant qu'«une entrepri-

se ne peut utiliser le droit des marques pour empêcher que son nom soit utilisé dans le cadre d'un compte rendu critique sur ses activités»<sup>46</sup>.

Ces décisions nous semblent particulièrement intéressantes, car elles permettent de clarifier les limites que connaissent les droits des titulaires de marques. Elles démontrent de plus une réelle volonté de la part des juges de ne pas permettre que le droit de propriété intellectuelle soit utilisé pour empêcher la libre critique.

En conclusion, l'on peut estimer que l'application des droits fondamentaux a permis aux juges de corriger certaines applications excessives des droits de propriété intellectuelle et de remédier à une certaine tentation des titulaires de droit à utiliser la propriété intellectuelle à des fins de censure privée. Entendons-nous bien: invoquer

- 40 Sur le fondement des articles L. 713-2 (contrefaçon par reproduction) ou L. 713-3 (contrefaçon par imitation de la marque) du Code de la propriété intellectuelle (CPI).
- 41 TGI Paris, réf., 8 juill. 2002, Sté Esso c/ Ass. Greenpeace France, et TGI Paris, réf., 2 août 2002, SA Sté des participations de CEA c/ Ass. Greenpeace France, Comm. com. électr. nov. 2002, p. 25, note C. CARON; TGI Paris, réf., 14 mai 2001, Danone c/ Réseau Voltaire, Société Gandhi et Valentin Lacambre, Comm. com. électr. juill. /août 2001, p. 20, note J. HUET; TGI Paris, réf., 23 avr. 2001, Danone c/ Olivier M., Petites Affiches juin 2001, n° 120, p. 11, note V. LAPP; TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 4 juill. 2001, Petites Affiches sept. 2002, n° 186, p. 11, note N. CUZACQ; concernant les trois dernières décisions v. J. Passa, Parodie ou détournement de marque: droit des marques ou droit de la responsabilité civile?, Propr. intell 2001, n° 1, p. 89.
- 42 CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. A, 26 fevr. 2003, Assoc. Greenpeace France c/ SA Sté Esso; CA Paris 14<sup>e</sup> ch. A, 26 fevr. 2003, SA SPCEA c/ Assoc. Greenpeace et al., Comm. com. électr. avr. 2003, p. 22, obs. C. CARON; Légipresse 2003, n° 200, p. 41, note E. BAUD/S. COLOMBET; D. 2003, Jur., p. 1831, note B. EDEMAN; Propr. intell. 2003, n° 9, p. 458, obs. M. VIVANT; Propr. ind. mai 2003, p. 27, obs. P. TREFIGNY; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., sect. A, 30 avr. 2003, Assoc. Le Réseau Voltaire pour la liberté d'expression c/ Sté Gervais Danone, D. 2003, AJ, p. 1760, obs. C. MANARA. Pour un commentaire conjoint de ces arrêts v. V.-L. Benabou, Propr. intell. 2003, n° 8, p. 322; N. BOESPFLUG/P. GREFFE/D. BARTHELEMY, Chronique Marques: JCP E 2003, 1468; S. DURRANDE, Droit des marques: D. 2003, Somm., p. 2685. V. également M. VIVANT (préc. note 9), Notice n° 1, ainsi que A. SINGH, Freedom of Expression and Trademarks In Recent French Case Law: World E-Commerce and IP Report 2003, n° 6, p. 3 sq.
- 43 En effet, statuant sur le fond dans l'affaire Areva c/Greenpeace, les juges ont rejeté la contrefaçon de marque, mais ont admis que les limites de la liberté d'expression avaient été franchies et qu'il y avait eu dénigrement de la marque, ce qui engageait la responsabilité de Greenpeace (TGI Paris, 9 juill. 2004, Propr. ind. oct. 2004, p. 18, note P. TREFIGNY). Mais un appel a été interjeté.
- 44 TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 30 janv. 2004, D. 2004, AJ, p. 879; GRUR Int. 2005, p. 162, note C. WELL-SZÖNY.
- 45 CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., sect. A, 16 nov. 2005, RLDI 2005, n° 11, p. 20; Propr. ind. 2006, p. 17, note P. TREFIGNY; Propr. intell. 2006, n° 18, p. 103, obs. V.-L. BENABOU; RLDI 2006, n° 13, p. 13, note G. TEISSONNIERE. V. également en ce sens CA Aix-en-Provence, 3 oct. 2005, Juris-Data n° 2005-285206, concernant les critiques du Crédit agricole sur un site internet intitulé www.sos.victimescréditagricole.org.
- 46 LG Hamburg, 10 juin 2002, MD 2002, n° 9, p. 947.



Etudes & réflexions  
Untersuchungen & Meinungen

Christophe Geiger | Propriété intellectuelle et censure

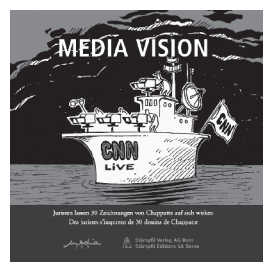
des règles externes au droit d'auteur ne peut évidemment pas être la solution idéale. Il serait bien entendu préférable que ces problèmes soient réglés par la loi. Il ne faut pas non plus oublier que les droits fondamentaux, de par leur formulation très large et peu précise, peuvent parfois être invoqués de manière abusive. On peut cependant constater que les juges ne se laissent pas tromper et savent très bien trier le bon grain de l'ivraie. En effet, il n'existe pas à ce jour de décision dans laquelle l'application des droits fondamentaux a porté un sérieux préjudice au titulaire de droit. Le principe de proportionnalité qu'implique l'utilisation de ces instruments juridiques permet d'obtenir des solutions mesurées. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il

puisse y avoir des abus ne devrait pas permettre de rejeter *en soi* l'application des droits fondamentaux, ou encore de nier l'existence de tout conflit. Les droits de propriété intellectuelle sont également fréquemment (et de plus en plus fréquemment d'ailleurs) invoqués de manière abusive. Ce n'est pas pour cela qu'ils doivent être remis en cause *en soi*. Ceci dit, la balle est certainement dans le camp du législateur national et européen afin de trouver des solutions à ces zones de conflit<sup>47</sup>. Il ne s'agit certainement pas d'un bon signe lorsque les juges de différents pays constatent que la propriété intellectuelle ne prend pas suffisamment en compte la liberté d'expression et le droit à l'information, considérés pourtant par la Cour européenne des droits de l'homme comme les «fondements essentiels d'une société démocratique», «conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun»<sup>48</sup>. En absence d'un certain rééquilibrage, la légitimité de la propriété intellectuelle pourrait s'en trouver sur le long terme sérieusement affectée. ■

47 V. en ce sens C. GEIGER, L'avenir des exceptions au droit d'auteur, Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système: JCP G 2005, I, 186; R.M. HULTY, La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Analyse critique et prospective: Propr. intell. 2005, n° 15, p. 140 sq.

48 CEDH, 7 décembre 1976, Handyside, série A, n° 24, par. 49; CEDH, 25 août 1998, Hertel c/ Suisse, D. 1999, Somm. p. 239, obs. M.-L. NIBOYET.

NEUERSCHEINUNG IM STÄMPFLI VERLAG



Media Vision

Juristen lassen 30 Zeichnungen von Chappatte auf sich wirken

Des juristes s'inspirent de 30 dessins de Chappatte

204 Seiten/pages, gebunden/relié, ISBN 3-7272-2948-9, CHF 48.-

Hier ist von Kommunikation die Rede, und von den Gesetzen, die sie bestimmen. Von den höllischen Spams bis zum himmlischen Fernsehgenuss wurden 30 Cartoons ausgewählt und anerkannten Kommentatoren unterbreitet. Fast alle der hier auftretenden Autoren schreiben für die Zeitschrift Medialex. Alle sind der Kommunikationsfreiheit verpflichtet. Aber damit diese ihre Kraft behält sind kritische Blicke unabdingbar: der Blick des Pressezeichners, der Blick des Juristen. Und auch Ihr Blick!

*C'est de communication qu'il est ici question, et des lois qui la régissent. De l'enfer des spams aux paradis télévisuels, 30 dessins ont été choisis et soumis à des commentateurs reconnus. Les auteurs collaborent à la revue Medialex pour la plupart. Tous, ils sont attachés à la liberté de communication. Mais pour que celle-ci garde toute sa sève, les regards critiques sont nécessaires – celui du dessinateur, celui du juriste. Et le vôtre!*

**Autoren/Auteurs:** Denis Barrelet, Carl Baudenbacher, Didier Berberat, Roger Blum, Christian Bovet, Daniel Cornu, Bertil Cottier, Willi Egloff, Marc Furrer, Thomas Geiser, Christoph Beat Graber, Andreas Gross, Heiner Käppeli, Andreas Kley, Philip Kübler, Denis Masmajan, Andreas Meili, Laurent Moreillon, Charles Poncet, Franz Riklin, Edy Salmina, Urs Saxer, Oliver Sidler, Oswald Sigg, Peter Studer, Daniel Thüner, Rolf H. Weber, Franz Werro, Franz Zeller, Ulrich Zimmerli

Zu beziehen bei:

Buchstämpfli

Versandbuchhandlung

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

3001 Bern

Telefon +41 (0)31 300 66 77

Fax +41 (0)31 300 66 88

order@buchstaempfli.com

www.buchstaempfli.com

Stämpfli

Verlag AG

www.staempfliverlag.com



Gegenstand nachfolgender sind Ansprüche auf Geld. einem Medienbericht Be dem Medienunternehmen sen Mitarbeitern stellen die im eigentlichen Sin sprüche, womit die im che unbehandelt bleibe

I. Gesetzgeberische dungen

1. Der Geldanspruch

Das materielle Recht st Ansprüche zur Verfüg ung, den Schadenersatz herausgabe.<sup>2</sup> Zivilgesetz schutzgesetz (DSG) und unlauteren Wettbewerb ser Beziehung sogar bi rungen hinein deckun der entscheidende Absa ZGB: «Vorbehalten blei Schadenersatz und Gen Herausgabe eines Gew den Bestimmungen über rung ohne Auftrag.» Art weist auf diese Bestimm Klagen und vorsorgliche Schutze der Persönlich 28-281 des Zivilgesetzbu UWG lautet: «Er» - gem «kann ausserdem nach gationenrechts auf Scha ngtung sowie auf He

- 1 Darunter seien nament sprüche auf Feststellu Berichtigung oder Urte streitungsvermerk oder strafrechtliche Ehrverlet se gegen das URG ode Patentschutz bleiben hi
- 2 Die zivilprozessual beg eines Prozesses, nämli Gerichtskosten und An bleiben ausser Acht.
- 3 Artikel, Sendung oder f

## Hohle Hände – grosse Zahlen

Matthias Schwaibold

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Gegenstand nachfolgender Ausführungen sind Ansprüche auf Geldzahlung, die ein von einem Medienbericht Betroffener gegenüber dem Medienunternehmen und / oder dessen Mitarbeitern stellen kann. Es geht um die im eigentlichen Sinne materiellen Ansprüche, womit die immateriellen Ansprüche unbehandelt bleiben.<sup>1</sup>

### 1. Gesetzgeberische Grundentscheidungen

#### 1. Der Geldanspruchsdreiklang

Das materielle Recht stellt drei pekuniäre Ansprüche zur Verfügung: Die Genugtuung, den Schadenersatz und die Gewinnersatz.<sup>2</sup> Zivilgesetzbuch (ZGB), Datenschutzgesetz (DSG) und Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sind in dieser Beziehung sogar bis in die Formulierungen hinein deckungsgleich: So lautet der entscheidende Absatz 3 von Art. 28a ZGB: «Vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.» Art. 15 Abs. 1 DSG verweist auf diese Bestimmung wie folgt: «Für Klagen und vorsorgliche Massnahmen zum Schutze der Persönlichkeit gelten die Art. 28-28l des Zivilgesetzbuches». Art. 9 Abs. 3 UWG lautet: «Er» - gemeint der Verletzte - «kann ausserdem nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Ge-

winnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen.» Praktisch gleichlautend ist Art. 62 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes (URG).

#### 2. Die Anspruchsharmonie

Alle vier Gesetze verweisen auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnersatz, sie enthalten also nicht etwa eine davon abweichende Bestimmung oder schaffen einen eigenständigen, vom OR losgelösten Anspruch. Es ist deshalb auch nicht weiter danach zu unterscheiden, auf Grund welcher spezialgesetzlichen Grundlage der Kläger vorgeht - sein «datenschutzrechtlicher» Schaden begründet und bemisst sich nicht anders als derjenige aus UWG, URG oder ZGB, und die «Genugtuung» ist auch dieselbe, egal ob sie auf Grund eines Verstosses gegen eines dieser Gesetze oder gegen das Strafrecht gefordert wird. Die Ansprüche aus den einzelnen Gesetzen sind deshalb auch nicht einfach kumulierbar: Denn Genugtuung und Schaden hängen vernünftigerweise nicht davon ab, gegen wieviele Rechtsnormen eine Aussage oder eine Mehrzahl solcher in einem einheitlichen Kontext<sup>3</sup> verstösst.

Die Vorstellung einer fraktionierten Betrachtung ist auch prozessual abwegig. Sie würde die Behauptungs- und Substantiierungs- sowie die Beweisführungsanforderungen an die Kläger überspannen. Wenn alle vorgenannten Bestimmungen dem Verletzten Anspruch auf Genugtuung geben, dann ist dies ein einheitlicher Anspruch, der im gemeinsamen Rechtsgut - nämlich der Persönlichkeit - und der gemeinsamen Rechtsgrundlage - nämlich dem OR - begründet ist. Das Gesetz will in allen Fällen nur, aber immerhin sicherstellen, dass alle Persönlichkeitsverletzungen dieselben Folgen haben und es nicht etwa eine gibt, bei der einer der drei pekuniären Ansprüche entfällt und es deshalb nur noch deren zwei gibt oder dafür in einer

**Résumé:** Le CCS, la LPD, la LCD ainsi que la LDA mettent à disposition de celui qui est touché par un article de presse trois voies pour faire valoir des prétentions pécuniaires. Deux d'entre elles au moins peuvent être cumulées: la réparation morale avec les dommages-intérêts ou la remise du gain. Avec cette dernière prétention se pose de notables problèmes relatifs à l'administration de la preuve. Dans tous les cas, le plaignant doit satisfaire à des conditions formelles qui ont été assez largement concrétisées par la jurisprudence. Quantitativement, les exigences de réparation morale sont souvent trop élevées. Une certaine augmentation des sommes allouées - certes lente et peu importante - est toutefois observable. Lors des procédures en dommages-intérêts les exigences habituelles s'agissant de la preuve s'appliquent. D'un côté, le Tribunal fédéral ne pose pas de grandes exigences quant à l'admission de l'existence d'un lien de causalité. De l'autre, il n'hésite pas à diminuer drastiquement les montants alloués lorsqu'il apparaît qu'un fait extérieur a également eu une certaine influence. Au final, les dommages-intérêts alloués peuvent parfois se monter à plus d'un million de francs. Quoi qu'il en soit, la demande de remise de gain devra faire l'objet d'une procédure.

1 Darunter seien namentlich verstanden die Ansprüche auf Feststellung, Gegendarstellung, Berichtigung oder Urteilspublikation, der Bestreitungsvermerk oder die Datensperre, die strafrechtliche Ehrverletzung sowie die Verstösse gegen das URG oder UWG. - Marken- und Patentschutz bleiben hier ausgeklammert.  
2 Die zivilprozessual begründeten Nebenfolgen eines Prozesses, nämlich die Verteilung von Gerichtskosten und Anwaltsentschädigungen, bleiben ausser Acht.  
3 Artikel, Sendung oder Buch.



**Zusammenfassung:** ZGB, DSG, UWG und URG stellen dem von einem Medienbericht Betroffenen drei pekuniäre Ansprüche zur Verfügung, von denen er zumindest zwei kumulieren kann: Den auf Genugtuung mit dem auf Schadenersatz oder dem auf Gewinnherausgabe. Bei letzterem stellen sich erhebliche Beweisführungsprobleme. In allen Fällen muss der Kläger den Behauptungs- und Substantiierungserfordernissen genügen, die von der Rechtsprechung einigermaßen konkret formuliert wurden. Im Quantitativ sind die Genugtuungsforderungen oft zu gross, die Steigbewegung dessen, was zugesprochen wird, ist langsam und flach. Beim Schadenersatz stellen sich die üblichen Anforderungen an den Beweis, wobei das Bundesgericht einerseits keine allzu hohen Anforderungen an den Kausalzusammenhang, andererseits hohe an eine Kürzung des Schadensbetrags durch mitwirkende Drittsachen zu stellen scheint. Im Ergebnis kann deshalb ein Schadenersatz von einer halben oder mehr als einer ganzen Million zugesprochen werden. Der Gewinnherausgabeanspruch harret in jeder Beziehung der prozessualen Realisierung.

bestimmten Konstellation ein anderer kompensatorisch dazu gegeben würde.<sup>4</sup>

### 3. Der einheitliche Anspruch

Dass es sowohl beim strafrechtlichen Ehrenschaft wie in den vorgenannten Immaterialgütergesetzen je um Ausformungen, Konkretisierungen, Facetten oder Komponenten des einheitlich verstandenen Persönlichkeitsrechts geht, begründet die Ansicht von einer einheitlichen und einmaligen Anspruchsgrundlage. Sie bestünde gerade auch ohne die rein deklaratorischen Rückverweise auf das OR im ZGB und den drei andern Spezialgesetzen. Im Bereich des Strafrechts war noch nie fraglich, dass ein Delikt auch zur Genugtuung berechtigt - selbst wenn das StGB genau dies nirgendwo sagt: Das OR gilt eben neben und unabhängig vom StGB. In einem neuesten Entscheid hat das Bundesgericht - unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, die es aber nur mit einem einzigen Entscheid belegt - allerdings folgende Überlegung angestellt: Wo der Kläger seine Ansprüche ausdrücklich nur auf das UWG stützt, ist kein Raum für eine (vom vorinstanzlichen Gericht vorgenommene) Anwendung von Art. 28 ff. ZGB. Insoweit ist deren Anwendung als bloss subsidiärer Normen gegenüber den spezialgesetzlichen Vorschriften des UWG ausgeschlossen.<sup>5</sup>

## II. Problematisches, Praktisches und Prozessuales

### 1. Genugtuung

#### A. Gesetzliche Grundlage

Die einschlägige Bestimmung von Art. 49 Abs. 1 und 2 OR lautet: «Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat

Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.» Genugtuung setzt - neben schwerer Verletzung, besonderem Leiden und Absenz von Wiedergutmachtung - insbesondere ein Verschulden des Täters voraus. Das schien einen Augenblick lang ungewiss, ist aber seit BGE 126 III 166 ff. wieder eindeutige Rechtsprechung nicht nur des Bundesgerichts - jedenfalls wenn es um die Verschuldenshaftungen nach Art. 41 und nicht um Kausalhaftungen geht; Medienpersönlichkeitsverletzungen sind aber gerade keine Kausalhaftungen, also ist Verschulden bei der Genugtuung Voraussetzung.<sup>6</sup>

#### B. Bezifferung

Ein Genugtuungsbegehren muss genau beziffert werden: Bloss eine Genugtuung zu verlangen genügt - jedenfalls vor Bundesgericht - nicht.<sup>7</sup> Unbegründet ist dabei die hier und dort zu spürende Angst vor dem Überklagen: Es wird dem Kläger - unter Hinweis auf die aus dem Versicherungsrecht bekannte Problematik - konzidiert, dass die Bezifferung einer Genugtuungsforderung mit einem aleatorischen Element von Natur aus behaftet ist und er sich ja verständlicherweise auch nicht bloss wegen der Folgen teilweisen Unterliegens der Gefahr aussetzen will, zu wenig verlangt zu haben.<sup>8</sup>

Allerdings lassen sich keine genauen Grenzen ausmachen, ausserhalb derer die Gerichte wieder bereit wären, sinnloses bzw. massives Überklagen bei den Nebenfolgen zu sanktionieren. «Hält sich das Überklagen an ein vernünftiges und realistisches Mass, werden auch bei nur teilweiser Klageguthetung die Kosten vollumfänglich der beklagten Partei auferlegt und wird diese zur Zahlung einer vollen Prozessentschädigung verpflichtet.»<sup>9</sup>

#### C. Behaupten und Beweisen

Der Kläger muss einen Antrag stellen, etwa: «Die Beklagte sei zu verpflichten, den Betrag X als Genugtuung zu bezahlen». Er hat dann die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast. Das sind drei sehr verschiedene Dinge, die aber eigentlich aus sons-

4 Was keineswegs daran hindert, dass z.B. das URG einen eigenständigen Auskunftsanspruch in Art. 62 Abs. 1 lit. c statuiert.  
5 4C.224/2005 vom 12. Dezember 2005; ähnlich schon in BGE 129 III 715 ff., 724 f. zum Verhältnis von URG und ZGB.  
6 Wohl wieder h.L., vgl. ANDREAS MELI im Basler Kommentar zum ZGB, N 17 zu Art. 28a ZGB BGE 126 III 209 ff. - unpubl. Erw. 1; ZR 103 Nr. 74.  
7 ZR 103 Nr. 74, S. 290.  
8 Vorzit. ZR-Entscheid a.a.O.



## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

ng einer Geldsumme als  
die Schwere der Verlet-  
und diese nicht anders  
worden ist. Anstatt oder  
ng kann der Richter auch  
der Genugtuung erken-  
setzt - neben schwerer  
erem Leiden und Absenz  
nung - insbesondere in  
iters voraus. Das schien  
lang ungewiss, ist aber  
56 ff. wieder eindeutige  
cht nur des Bundesge-  
enn es um die Verschul-  
h Art. 41 und nicht um  
eht; Medienpersönlich-  
ind aber gerade keine  
also ist Verschulden bei  
oraussetzung.<sup>6</sup>

gehren muss genau be-  
ss eine Genugtuung zu  
jedenfalls vor Bundesge-  
gründet ist dabei die hie  
de Angst vor dem Über-  
n Kläger - unter Hinweis  
Versicherungsrecht be-  
k - konzidiert, dass die  
Genugtuungsforderung  
schen Element von Na-  
und er sich ja verständ-  
cht bloss wegen der Fol-  
erliegens der Gefahr aus-  
g verlangt zu haben.<sup>8</sup>

ch keine genauen Gren-  
usserhalb derer die Ge-  
t wären, sinnloses bzw.  
n bei den Nebenfolgen  
Hält sich das Überkla-  
ftiges und realistisches  
bei nur teilweiser Klage-  
sten vollumfänglich der  
uferlegt und wird diese  
vollen Prozessentschädi-  
?

### Beweisen

nen Antrag stellen, etwa:  
u verpflichten, den Be-  
ng zu bezahlen». Er hat  
ngs-, Substantiierungs-  
sind drei sehr verschie-  
ber eigentlich aus sons-

tigen Forderungsprozessen bekannt sind.  
Bei der Genugtuung hat der Kläger sein Lei-  
den zu beweisen. Die Kriterien hat das  
Bundesgericht schon vor Jahren klar for-  
muliert<sup>10</sup>: «Der Ansprecher hat» - so die Re-  
geste - «die Umstände darzutun, aus wel-  
chen von der objektiv schweren Verlet-  
zung auf seinen seelischen Schmerz ge-  
schlossen werden kann.» Und weiter: «Die  
objektiv schwere Verletzung muss vom An-  
sprecher zudem als seelischer Schmerz  
empfunden werden, ansonsten ihm keine  
Genugtuung zusteht. Es reagiert nicht je-  
der Mensch in gleicher Weise auf eine Ver-  
letzung seiner psychischen Befindlichkeit;  
der Richter muss daher bei deren Beurteil-  
ung auf einen Durchschnittsmassstab ab-  
stellen. Damit der Richter sich überhaupt  
ein Bild von der Entstehung und Wirkung  
der Verletzung machen kann, hat der Klä-  
ger ihm die Umstände darzutun, die auf  
sein subjektiv schweres Empfinden schlies-  
sen lassen; dass der Gefühlsbereich dem  
Beweis mitunter schwer zugänglich ist, ent-  
bindet ihn jedoch nicht davon, diesen an-  
zutreten. Gemäss den Feststellungen im  
angefochtenen Urteil hat der Kläger im  
kantonalen Verfahren keinerlei Beweise für  
die von ihm erlittene Unbill erbracht oder  
solche wenigstens angeboten. (...) Der Klä-  
ger begründet seinen Anspruch auf eine  
Genugtuung mit der Aussage, die wider-  
rechtliche Persönlichkeitsverletzung als  
solche sei geeignet, ihn psychisch erheb-  
lich zu beeinträchtigen. Das Bundesgericht  
könnte diesen Darlegungen nur folgen,  
wenn sie sich auf die allgemeine Lebenser-  
fahrung abstützen liessen. Dies ist vorlie-  
gend indessen nicht der Fall.»<sup>11</sup>

Von Ausführlichkeit der Darlegung ihres  
Leidens scheinen sich die Kläger allerdings  
oft dispensiert zu halten. Als Begründung  
nur anzuführen, «Psyche und Gemüt»  
seien schwer verletzt worden, ist im Lichte  
des vorgenannten Entscheids völlig unge-  
nügend. Das Bundesgericht hat seither wie-  
derholt vorbehaltlos auf dieses Urteil ver-  
wiesen, und auch die unteren Instanzen  
halten sich an diese prozessual und materi-  
ellrechtlich klare Vorgabe.

Nicht nur der Beweis ist schwierig, wie das  
Bundesgericht festgestellt hat. Es ist gele-  
gentlich schwierig, das Leiden in Worte zu  
fassen. Gewitzte Kläger verwenden dann  
spätestens in der Replik Formulierungen

der folgenden Art: «Die Klägerin hatte und  
hat wegen den Artikeln der Beklagten im-  
mer wieder mit starken Anfeindungen zu  
kämpfen. Über die beruflichen Nachteile  
wurden bereits Ausführungen gemacht.  
Die Klägerin leidet besonders darunter,  
dass ihre Kinder und andere Verwandte bis  
heute immer wieder aufgrund der inkrimi-  
nierten Artikel angepöbelt werden. Nicht  
zuletzt hat die Klägerin wegen des Artikels  
auch mit gesundheitlichen Schwierigkeiten  
zu kämpfen (physischer und psychischer  
Natur). Das Verschulden der Beklagten  
wiegt unter Mitberücksichtigung der sehr  
unsorgfältigen Berichterstattung schwer.»  
Oder: «Die Kampagne hat das Leben des  
Klägers und seiner Ehefrau grundlegend  
verändert. Er hat zahlreiche negative Reak-  
tionen erhalten und musste sich auch ge-  
genüber seiner Arbeitgeberin, dem Perso-  
nal und seinen Kunden rechtfertigen. Der  
Sohn des Klägers... hat den Druck den die-  
se hochgeputzten Differenzen und die in  
der Öffentlichkeit auf die Berichterstattung  
erzeugten Reaktionen nicht mehr ausge-  
halten und ist ... zum Leidwesen des Klä-  
gers nach Übersee ausgewandert.» Damit  
entgehen die Kläger zwar dem Vorwurf  
mangelnder Behauptung, setzen sich aber  
dem Verdacht des Gerichts aus, zu über-  
treiben, um den prozessualen Obliegen-  
heiten zu genügen. Deshalb fühlen sich na-  
mentlich die Zürcher Gerichte veranlasst,  
solche Darlegungen in der Parteibefragung  
und im Beweisverfahren auf ihre Konsis-  
tenz zu überprüfen.

### D. Quantitatives und Qualitatives

Wenn das Gericht zum Schluss gelangt, es  
liege eine genugtuungsbegründende Rechts-  
verletzung vor, geht es um deren Bemes-  
sung: Mehr als eingeklagt gibt es nicht, da-  
vor steht die Dispositionsmaxime und das  
Prinzip «ultra petita iudex non eat», häufig  
gibt es weniger, und immer noch recht oft  
gar nichts. Zum Grundsatz und zur Höhe  
deshalb die folgende Bemerkungen: In zwei  
Zürcher Entscheiden<sup>12</sup> ging es jeweilen um  
einen Genugtuungsanspruch, der als Folge  
einer Zeitungsmeldung geltend gemacht

10 BGE 120 II 97.

11 A.a.O. S. 98 f.

12 ZR 94 Nr. 23 und ZR 95 Nr. 28.

worden war. Im ersten Entscheid wurde ausdrücklich gesagt, die Genugtuung habe Ausnahmecharakter<sup>13</sup>, im zweiten Urteil wurde festgehalten, dass die Genugtuung nur subsidiären Charakter hat.<sup>14</sup> Zudem gibt es zu diesen Ausnahmen bzw. zur Subsidiarität noch Reduktionsgründe: So wurde im zweiten Fall die (dort erfolgte) richterliche Feststellung, wonach eine Persönlichkeitsverletzung vorliege, bei der Bemessung der Genugtuung herabsetzungsweise berücksichtigt, im ersten die seitens des Beklagten erfolgte Richtigstellung. Sodann wurde im zweiten Fall bei schwerem Verschulden des dort Beklagten und eindeutiger Persönlichkeitsverletzung durch eine krass verzerrte, unrichtige Zeitungspublikation nur ein Fünftel der verlangten Summe zugesprochen, nämlich CHF 5'000.-- statt der vom Kläger verlangten CHF 25'000.--. Würde das Gericht zu einem strafrechtlichen Schuldspruch gelangen, dann würde dieser an die Stelle der zivilrechtlichen Feststellung treten. Entsprechend wäre - wenn man überhaupt noch eine Genugtuung zusprechen könnte - der geltend gemachte Anspruch erheblich zu kürzen; das gilt auch dann, wenn im Gegensatz zum Fall ZR 95 Nr. 28 keine gewichtige Verletzung und insbesondere kein schweres Verschulden vorliegt, denn beides ist indessen nach ZR 94 Nr. 23 Voraussetzung für die Zusprechung einer Genugtuung.

#### E. Neueste Entscheide

Eine Urheberrechtsklägerin verlangte CHF 3'000.-- Genugtuung; ihr Anspruch wurde - mit der vorstehend vertretenen Auffassung teilweise übereinstimmend - als ein nicht im engen Sinne urheberrechtlich begründeter erkannt, sondern als einer, der sich auf Art. 28 ff. ZGB stütze. Das hatte eine unerwartete Folge für die Klägerin: Nicht-eintreten auf ihr Begehren, weil diesbezüglich sachliche Unzuständigkeit des - allein urheberrechtlich zuständigen! - Zürcher

Obergerichts vorliege.<sup>15</sup> Gemäss BGE 129 III 715 ff., 717 war eine Genugtuungsforderung, die ebenfalls aus einer Urheberrechtsverletzung abgeleitet worden war, dagegen von derselben Vorinstanz materiell behandelt, wenn auch abgewiesen worden; die Berufung ans Bundesgericht war auch in diesem Punkt erfolglos.<sup>16</sup>

Jedenfalls bedarf eine Persönlichkeitsverletzung, um eine Genugtuung zu rechtfertigen, einer objektiven und subjektiven Schwere. «Ob eine Persönlichkeitsverletzung hinreichend schwer wiegt, um die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung zu rechtfertigen, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab.»<sup>17</sup> Die Verwendung eines Filmausschnitts für einen Werbespot erreichte diese genügende Schwere gerade nicht, eine bloss leichte Persönlichkeitsverletzung begründet aber keinen Genugtuungsanspruch.<sup>18</sup>

Kürzlich hat die Genfer Cour de justice einen vorinstanzlichen Entscheid insoweit aufgehoben, als darin eine Persönlichkeitsverletzung überhaupt verneint worden war. Es ging im Prozess um eine Nachrichtensendung, die den Eindruck aufkommen liess, ein im Inland lebender Spross eines ausländischen Adelsgeschlechts beschäftige Schwarzarbeiter. Da dem nicht so sei, befand die 2. Instanz, liege eine Persönlichkeitsverletzung vor. Diese beseitigte es durch ein entsprechendes Feststellungsurteil und dessen Publikation in einer bestimmten Fernsehsendung. Bezüglich der Genugtuung erkannte es wie folgt: «La réparation du tort moral peut intervenir autrement que par le paiement d'une somme d'argent, notamment par l'admission de l'action en constatation de droit. Ce n'est pas la gravité de l'atteinte qui est décisive, mais la gravité de la souffrance qui est résultée de l'atteinte. En l'occurrence, l'admission de l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte et la publication de la partie du dispositif de l'arrêt suppléent à la réparation morale de l'atteinte subie. En outre, rien ne permet de retenir que les appelants ont gravement souffert des suites de la diffusion du reportage.» Zusammengefasst traten also die Feststellung und die Urteils publikation an die Stelle einer geldmässigen Entschädigung; eine solche würde voraussetzen, dass die Kläger in besonderer Weise unter der falschen Veröffentlichung gelitten hätten. Damit war

13 ZR 94 Nr. 23 S.81, Sp. rechts.

14 ZR 95 Nr. 28 S. 92, Sp. links.

15 BGE 130 III 714 ff., 715 f. – Im Lichte von Art. 7 Abs. 2 GestG scheint die obergerichtliche Begründung einigermassen gesucht.

16 Sowohl der Entscheid des Zürcher Obergerichts wie der des Bundesgerichts sind in jeder Hinsicht richtig.

17 BGE 129 III 715 ff., 725.

18 A.a.O., S. 726.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

die Genugtuungsforderung in Höhe von CHF 25'000.-- abzuweisen.

In einem zweiten Genfer Fall, der allerdings bis zum Bundesgericht gelangte, ging es um den hohen Betrag von CHF 500'000.-- als Genugtuung für einen einzigen Artikel. Die Klage wurde durch drei Instanzen abgewiesen, wobei das Bundesgericht seinen Tritt ans Schienbein der an sich obsiegenden Beklagten wie folgt formulierte: «Sur le fond, l'article incriminé n'énonçait aucun fait précis. (...) Il ne recelait que des hypothèses, de sorte qu'on ne pouvait considérer qu'il contenait des faits fauts.» Je schwammiger also ein Artikel in tatsächlicher Hinsicht ist, je weniger «hard facts» und je mehr blosse Unterstellungen, Vermutungen und diffuse Andeutungen er enthält, desto weniger gross ist die Gefahr, dass eine Persönlichkeitsverletzung angenommen wird. Ohne eine solche ist aber jede Diskussion über Genugtuung und ihre Formen erledigt.<sup>19</sup>

Das Bundesgericht hat in einem neuesten Entscheid diese Praxis bestätigt<sup>20</sup> und ausdrücklich festgestellt, dass eine Genugtuung dann nicht geschuldet ist, wenn der Richter auf eine andere Art der Wiedergutmachung erkennt: «.....; si une indemnité pour tort moral est due, le juge peut notamment lui substituer un autre mode de réparation» (Erw. 12.2.). Das Gericht erinnert daran, dass die Urteilspublikation schon in seiner alten Rechtsprechung<sup>21</sup> als «andere Art der Genugtuung» betrachtet worden war. Es räumt weiter ein, dass seine Rechtsprechung später in dieser Beziehung nicht mehr so eindeutig war und dass - nicht nur deshalb - in der Lehre vertreten wurde, die Urteilspublikation sei keine andere Form der Genugtuung; allerdings wurde diese Ansicht nicht zur herrschenden Meinung. Weiter erinnert das Bundesgericht nun daran, dass es sich bei Art. 49 Abs. 2 OR um eine Kann-Vorschrift handelt, mithin eine Ermessensnorm, die den Richter nur, aber immerhin verpflichtet, seine Entscheidung wohl zu begründen. Wo dann eine solche Begründung fehlt, kann sie das Bundesgericht in seinem Entscheid nachliefern - und das tat es in diesem Falle gleich selbst. Denn die Vorinstanz hatte zwar zu Recht den Genugtuungsanspruch von CHF 25'000.-- abgewiesen und die Urteilspublikation für ausreichend erklärt, aber deren Ersatzcharakter

zu wenig genau begründet. Das Bundesgericht führte ersatzweise dazu aus, dass die Urteilspublikation das beste Mittel sei, um «réparer le tort moral subi par le demandeur». <sup>22</sup> Nur wenn neben der Rufschädigung durch falsche Informationen noch zusätzlich «des graves souffrances morales» und eine «faute grave» des Journalisten bewiesen wären, könnte man überhaupt noch an einen Geldbetrag als Genugtuung neben der Urteilspublikation denken. <sup>23</sup> Damit hat das Bundesgericht sich für den Ausnahmecharakter einer Geldentschädigung entschieden und die Urteilspublikation zum Regelfall erklärt; diese ist seiner Ansicht nach das vollkommen geeignete und zugleich das erschöpfende Mittel, eine Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen, ja sie verdrängt geradezu die Geldentschädigung. Denn, so das Bundesgericht, «on ne voit pas quel tort moral subsisterait encore après la publication des constatations des atteintes illicites». <sup>24</sup> Diese Entscheidung dürfte die pekuniären Ambitionen der angeblichen Medienopfer in Zukunft einigermaßen dämpfen. Das Tessiner Appellationsgericht hat diese Praxis in zwei neuesten Entscheiden vom 20. März 2006 bestätigt: Die Urteilspublikation ist das adäquate Mittel zur Beseitigung der Unbill. Die klägerischen Genugtuungsforderungen (die in beiden Fällen von erstinstanzlich CHF 150'000.-- auf zweitinstanzlich noch CHF 15'000.-- reduziert worden waren) scheiterten aber auch - wie die Eventualbegründung klarstellt - mangels gehöriger Substantiierung des erheblichen Leidens.

Der einzig wirklich einschlägige zivilrechtliche BGE 126 III 166 f. hielt denn auch die Zusprechung einer Genugtuung von CHF 15'000.-- durch die kantonale Oberinstanz nicht für eine Bundesrechtsverletzung. Damit ist jedenfalls gerade nicht gesagt, dies sei die absolute Untergrenze. Die Rechtsprechung wie die Erledigungspraxis der Verlage behandelt auch im Quantitativ die bloss «intellektuellen» Verletzungen an-

19 5C.180/2004 vom 14. Januar 2005.

20 BGE 131 III 26 ff.

21 BGE 58 II 290, S. 311; 60 II 399, S. 412; 63 II 185, S. 189; 64 II 14, S. 23.

22 BGE 131 III 32.

23 A.a.O. S. 32.

24 A.a.O. S. 33.



## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

ders als die «realen» einer Körperverletzung. Eine Ehrverletzung durch die Presse kann und darf genugtuungsmässig auch nicht annähernd mit den Beträgen «entgolten» werden, die bei schwersten Verbrechen mit psychischen und/oder physischen Dauer- bzw. Langzeitfolgen zugesprochen werden. Hier müssen, gerade mit Rücksicht auf die Opfer solcher Straftaten, auch die Abstände deutlich gewahrt und die Unterschiede im Quantitativ gemacht werden, um nicht den falschen Eindruck zu schaffen, hier lägen eigentlich vergleichbare Verhältnisse vor. Im Gegenteil: Zwischen der letztlich vorübergehenden Beeinträchtigung durch eine Zeitungsmeldung und dem irreversiblen Verlust von Menschenleben oder der körperlichen Integrität muss immer ein grosser Abstand auch bei der Festlegung von Genugtuungsbeträgen bleiben.

Dazu kommt ein Weiteres: Die Genugtuung ist dazu bestimmt, entgangene Lebensfreude auszugleichen, sie soll Wohlbefinden hervorgerufen<sup>25</sup>, sie darf aber nicht zu ungerechtfertigter Bereicherung führen.<sup>26</sup> Sie knüpft also einerseits an die Beeinträchtigung des Lebensgenusses an, andererseits auch an die ökonomische Funktion des Geldes: Der Betrag muss nämlich geeignet sein, beim Betroffenen ein (allerdings nur gerechtfertigtes, will heissen begrenztes!) Bereicherungsegefühl hervorzurufen.<sup>27</sup> «Vom Zweckgedanken des Schmerzensgeldes nicht gedeckt wird jedoch die unverhoffte Herbeiführung eines finanziellen Wohlstandes.»<sup>28</sup> Darüber hinaus kommt es gemäss dem ZR-Entscheid unter anderem massgeblich auf die wirtschaftliche Situation des Ansprechers an. Der Kläger hat also Ausführungen über seine wirtschaftliche Situation zu machen, Gericht und Beklagte wollen und dürfen, ja müssen wissen, wie arm oder reich er ist, und es ist deshalb nicht einfach im Sinne von Tatsachenvermutungen davon auszugehen, dass die einge-

klagte Summe – auch und gerade nicht in der üblichen Höhe von CHF 25'000.-- – im Lichte der wirtschaftlichen Verhältnisse des Ansprechers adäquat sei; dem Klagerecht korrespondiert vielmehr eine Auskunftspflicht.

### F. Folgerungen

Die jüngste Praxis zeigt namentlich zwei Dinge bezüglich des Quantitativen: Zahlreiche Kläger halten den von ihnen geforderten Betrag von CHF 25'000.-- für «moderat» oder jedenfalls adäquat; zudem scheint der Betrag gewissermassen zum «Standardbetrag» für Genugtuungen avanciert zu sein. Ausnahmen, bei denen CHF 150'000.-- oder gar CHF 500'000.-- gefordert werden, bestätigen die Regel. Zugesprochen werden allerdings Beträge, wenn überhaupt, die nicht in dieser Höhe liegen. Bei Medienberichten folgt die Rechtsprechung der Entwicklung der Genugtuungssummen für Persönlichkeitsverletzungen durch Unfälle und Verbrechen nicht. Sie wahrt vielmehr im Quantitativ deutliche Abstände. Zur Erinnerung: Bei sehr schweren Sexualdelikten werden den Opfern heute in Ausnahmefällen schon CHF 100'000.-- zugesprochen<sup>29</sup>, die Regel liegt aber immer noch im Bereich von CHF 20'000.--<sup>30</sup>; bei Tötungsdelikten kommt es auf die familiären Beziehungen an, hier liegen die Genugtuungen teils noch unter CHF 10'000.-- und nicht über CHF 50'000.-- (abgestuft danach, ob das Deliktsoffer Ehegatte, Elternteil, Kind oder Geschwister des Ansprechers ist).<sup>31</sup> Bei nichtsexuellen Körperverletzungsdelikten mit Dauerfolgeschäden liegt man im Bereich von unter CHF 10'000.-- bis etwas über CHF 50'000.--.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund kommt dem Entscheid bei einem rein intellektuellen Delikt hohe Bedeutung zu: In BGE 128 IV 53 ff. 72, wurde dem Opfer einer Ehrverletzung richtigerweise nur der Betrag von CHF 4'000.-- als Genugtuung zugesprochen. Im Falle des Malers Julien wurde für das (unzulässige) Brustbild einer Dame CHF 10'000.-- verlangt, aber nur CHF 3'000.-- zugesprochen und vom Bundesgericht bestätigt.<sup>33</sup> Dieser Betrag entspricht auch in etwa der Praxis der Zürcher Gerichte bei strafrechtlichen Ehrverletzungen. Die nicht adhäsionsweise, sondern im Zivilprozess zugesprochenen Genugtuungen bewegen sich im Urteils- wie im Vergleichsfalle noch immer deutlich im vierstelligen Bereich.<sup>34</sup>

25 ZR 94 Nr. 23 S. 90, Sp. rechts.

26 BGE 123 III 10.

27 ZR 94 Nr. 23 S. 90.

28 BGE 123 III 10, 15 f.

29 BGE 125 IV 199 ff.; 125 III 269 ff.

30 BGE 129 IV 149.

31 BGE 127 IV 215.

32 BGE 121 II 369; 122 III 5 ff; unpubl. BGE vom 14. 2. 2000.

33 BGE 5C.26/2003 und 5P.40/2003, je vom 27. Mai 2003.

34 Vgl. noch dazu BGE 129 III 529 ff.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

### G. Ergebnis

Eine Genugtuung setzt eine gewichtige Verletzung des Opfers und ein schweres Verschulden des Täters voraus; sie darf zudem nicht zu einer Bereicherung des Opfers führen und sie ist nur zuzusprechen, wenn nicht andere Rechtsbehelfe, wie namentlich richterliche Feststellung, Urteilspublikation oder strafrechtlicher Schuldspruch das erlittene seelische Leid schon ausgeglichen haben. Wo es solche Ersatzformen aber gibt, hat - so jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung - die Genugtuung keinen Platz mehr oder höchstens dann, wenn der Kläger sein schweres Leiden unter den Folgen der Publikation noch gesondert dartun kann.

### 2. Schadenersatz

#### A. Grundsatz

Auch im Bereich des Medienrechts ist Schadenersatz der Ausgleich dafür, dass jemand durch eine Publikation Schaden erlitten hat, also eine messbare finanzielle Einbusse erlitten hat. Das ist nichts anderes als wenn man das Opfer eines Verkehrsunfalls, eines Mordversuchs oder einer Vertragsverletzung wird. Der Kläger hat vier Umstände zu behaupten und zu beweisen: Erstens eine widerrechtliche Handlung des Täters, zweitens einen Schaden, drittens ein adäquates Kausalverhältnis zwischen dieser Täterhandlung und dem eigenen Schaden und viertens schliesslich Verschulden des Täters. Im Bereich der Medienhaftpflicht ergeben sich die erste und vierte Voraussetzung sozusagen symbiotisch: Liegt eine Persönlichkeitsverletzung durch einen Artikel vor, ist dies eine widerrechtliche Handlung; widerrechtlich ist sie allerdings, weil der Täter keinen Rechtfertigungsgrund hatte (weil andernfalls die Persönlichkeitsverletzung eben gerade keine wäre); Vorliegen bzw. Fehlen des Rechtfertigungsgrundes entscheiden sich aber weitgehend auf der Ebene des Verschuldens. Insofern ist die Frage des Verschuldens nur theoretisch, aber nicht mehr praktisch von derjenigen nach der widerrechtlichen Handlung zu trennen.

#### B. Schadensquantitativ

Der Schaden ist auch bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien die Differenz

zweier Vermögensstände, der Vergleich zwischen dem Zustand, wie er ohne das Ereignis wäre und wie er nach dem Ereignis tatsächlich ist. Dabei spielen nicht andere Beweisprobleme eine Rolle als sonst im Leben, wenn es darum geht, den Schaden zu quantifizieren. Die Gerichte lassen sich auch nicht einfach auf Art. 42 Abs. 2 OR festnageln, der den Richter ermächtigt, den Schaden zu schätzen: Bevor sie das tun, muss der Kläger einiges an Substantiierungsarbeit leisten. Wie wir aus bekannt gewordenen Fällen allerdings inzwischen wissen, kann am Ende einer solchen Schadensberechnung ein Betrag von knapp einer halben oder auch mehr als einer ganzen Million Franken stehen. Der berechnete und bewiesene Schaden ist allerdings - jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes - nicht der Weisheit letzter Schluss: Denn der Richter setzt den zu leistenden Schadenersatz in Würdigung aller Umstände fest, er ist also gerade nicht mechanisch an das Quantitativ des Beweisergebnisses gebunden. So jedenfalls Wortlaut und Sinn von Art. 43 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hat in seinen jüngsten Entscheiden die Bedeutung dieser Bestimmung allerdings erheblich relativiert: Das Zürcher Obergericht hatte einen bestimmten Schaden festgestellt, indessen nur rund 3/4 als Schadenersatz zugesprochen; die Kürzung wurde - wohl zu wenig ausführlich - begründet und zum Leidwesen des Klägers auf Art. 43 Abs. 1 OR gestützt. Das Obergericht folgte - im Ergebnis - der beklagten Darstellung, wonach der bewiesene Schaden nur die Obergrenze des zu leistenden Schadenersatzes sei, während der vom Gericht zuzusprechende Schadenersatzbetrag im Lichte der gesamten Umstände zu bemessen sei; damit war das Obergericht zu einer Herabsetzung gelangt. Das Bundesgericht hat dagegen die vom Obergericht vorgenommene Kürzung rückgängig gemacht und dafürgehalten, dass es nichts zu kürzen gegeben habe. Es hat dabei klarerweise in den Ermessensbereich der Vorinstanz eingegriffen, was es sonst eigentlich nicht macht. Im Ergebnis jedenfalls wurde damit als Schadenersatz das zugesprochen, was am Ende des obergerichtlichen Verfahrens als Schadensquantitativ feststand. Bei einem Bankdirektor, der während einigen Jahren weniger verdiente, kamen so über CHF 1,1 Mio. zusammen.<sup>35</sup> Damit wurde

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

der bisherige Spitzenreiter «Contra-Schmerz» deutlich in den Schatten gestellt: In jenem Fall hatte das Bundesgericht, gestützt auf das UWG und eine Expertise, das Fernsehen zur Zahlung von CHF 480'000.-- verpflichtet.<sup>36</sup>

### C. Adäquate Kausalität

An sich gelten auch hier die allgemeinen Regeln. Im vorgenannten Fall des Bankdirektors wirkte sich das wie folgt aus: In erster Instanz war die Schadenersatzklage vollumfänglich wegen fehlender Kausalität abgewiesen worden, für den Einkommensverlust des Klägers seien zahlreiche verschiedene Ursachen, namentlich sein freiwilliges Ausscheiden aus einer festen Anstellung und sein vorgerücktes Alter nachgewiesen worden, weshalb die streitgegenständliche Publikation keine Rolle gespielt habe. Das Obergericht sah es anders: Es spreche eine überzeugende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der krass negative und teilweise falsche Pressebericht den Kläger in seinem wirtschaftlichen Fortkommen behindert und schadensstiftend gewirkt habe. Zwar hätten neben dem Artikel auch noch andere (es waren acht) Ursachen mitgespielt, insbesondere habe der Kläger ja vor Publikation der Artikel seine Stelle bei der einen Bank aufgegeben und damit das «Basisrisiko der Stellenlosigkeit» selbst auf sich genommen, denn eine neue Stelle hatte er zu diesem Zeitpunkt nicht. Wenn einem Bankier in leitender Position Insiderhandel und ähnliche Machenschaften vorgeworfen werden, so sei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und allgemeiner Lebenserfahrung damit zu rechnen, dass sich die Chancen für eine Neueinstellung zumindest vorübergehend erheblich reduzieren und damit Einkommenseinbusen entstehen. Das Bundesgericht sagte zur einzigen, vom Kläger konkret vorgebrachten Nichtanstellung: «Wohl kann nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass eine Beschäftigung des Klägers bei Bank X. auch ohne Erscheinen der

Artikel hätte scheitern können. Angesichts der obergerichtlichen Feststellungen ist dieses Restrisiko jedoch als sehr minim einzustufen und daher vernachlässigbar.» Und daraus folgert es: «Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass das Andauern der anfangs Oktober 1990 durch das Ausscheiden bei der A-Bank entstandenen Stellenlosigkeit des Klägers einzig auf den persönlichkeitsverletzenden Artikel vom 19. Oktober 1990 zurückzuführen ist. Damit fallen die vom Obergericht angeführten Faktoren, die zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hätten und eine Herabsetzung des Schadenersatzes rechtfertigten, ausser Betracht.» Eine Herabsetzung des Schadens war also aus diesen andern, von der Beklagten unabhängigen Gründen nicht zu gewähren.<sup>37</sup> In einem späteren Entscheid, bei welchem gleichfalls die Schädigung durch eine Reihe von persönlichkeitsverletzenden Artikeln feststand, führte das Bundesgericht zum beklaglichen Einwand der fehlenden Adäquanz aus: «Die Beklagte setzt die rezessive Wirtschaftslage den meteorologischen Einflüssen gleich, welche das Bundesgericht in einem Präjudiz aus dem Jahre 1983 als Ursache anerkannt hatte, und bemängelt, dass das Obergericht diese Ursache nicht den anderen gleichgesetzt und demzufolge ihre Ersatzpflicht nicht ermässigt bzw. nicht gänzlich verneint habe. (...) Wie dem auch sei, stellt die Wirtschaftslage als allfällige andere überholende Ursache überhaupt eines der schwächsten Gegenargumente der Beklagten dar: Es genügt, daran zu erinnern, dass es der Zeuge Meier, Inhaber der Howatec AG, war, der in seiner Einvernahme eindeutig aussagte, dass seine Firma der herrschenden Wirtschaftslage zum Trotz gut arbeitete (wenn auch nicht mehr so gut wie in den Vorjahren) und durchaus in der Lage gewesen wäre, dem Kläger die in Aussicht gestellte Entlohnung auszurichten. Nichts hätte ihn 10 Jahre nach dem Vorfall und mit entsprechendem Überblick über die weitere Entwicklung seiner Firma, daran gehindert, allfällige wirtschaftliche Schwierigkeiten zuzugeben. Die Annahme, der Zeuge Meier habe aus wirtschaftlichen Gründen auf die Einstellung eines neuen leitenden Mitarbeiters schliesslich verzichtet, mutet als Spekulation an. Im Übrigen hat die Beklagte tatsächlich, wie der Kläger zutreffend hervorhebt, jede Angabe darüber unterlassen, warum diese vermeintliche

35 Unpubl. BGE vom 2. September 2004.

36 BGE 124 III 72.

37 BGE vom 2. September 2004, Erw. 3; ebenso 5C.61/2004 vom 26. April 2005.

Et  
Un

Schw

Mitur  
Kläger  
Ausm  
che B  
dieser  
mentl  
wie de  
ge, di  
trifft.  
die re  
um e  
Kausa  
fall al  
deten  
sich il  
darau  
zuges  
auf ru  
mag a  
als Klä  
nicht  
über e

Im vo  
waren  
ber ei  
berich  
rechtl  
(grun  
und k  
war d  
Einko  
rung,  
von ru  
lenfal  
chenc  
die An  
mit ei

D. E

Schad  
liche  
und s  
vorzit  
Kläger  
steine  
satzpr  
ein Fe  
Bunde  
persön

3. G  
ze

Dies i  
gentli



## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

Mitursache dem Zufall (und damit dem Kläger) zuzurechnen sei und in welchem Ausmass diese sich ausgewirkt habe. Welche Bedeutung schliesslich die Vorinstanz dieser Ursache hätte beimessen müssen, namentlich mindestens das gleiche Gewicht wie den anderen drei Gründen, ist eine Frage, die sowieso die Beweiswürdigung betrifft. (...) Wenn sich die Beklagte also auf die rezessive Wirtschaftslage beruft, sei es, um eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs, sei es, um den Zufall als Reduktionsgrund für den geschuldeten Schadenersatz darzulegen, erweist sich ihre Berufung als unbegründet, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.»<sup>38</sup> Der zugesprochene Schadenersatz belief sich auf rund CHF 50'000.--, und der Entscheid mag als Argument dafür dienen, dass man als Kläger wie als Beklagter Zeitungsberichte nicht mit Unwettern gleichsetzen soll, die über einen hereinbrechen.....

Im vorerwähnten Falle des Bankdirektors waren sich alle drei Gerichtsinstanzen darüber einig, dass die Wirkung eines Medienberichts mit der Zeit nachlässt; damit lässt – rechtlich gesprochen - die Adäquanz der (grundsätzlich gegebenen) Kausalität nach und kann mit Zeitablauf entfallen. Deshalb war dem Kläger nicht, wie gefordert, die Einkommenseinbusse bis zur Pensionierung, sondern nur für eine beschränkte Zeit von rund 6 Jahren zu ersetzen: Für eine allenfalls über diesen Zeitrahmen hinausreichende Einkommensschmälerung waren die Artikel nicht mehr adäquat-kausal, womit eine Schadenersatzpflicht entfiel.

### D. Ergebnis

Schadenersatz kann heute auch bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien sechs- und siebenstelligen Beträge erreichen. Die vorzitierten Fälle machen klar, dass es für Kläger wie Beklagte verschiedentlich Stolpersteine gibt. Für den Kläger ist im Schadenersatzprozess schon viel gewonnen, wenn er ein Feststellungsurteil – vielleicht sogar des Bundesgerichts – hat, wonach der Artikel persönlichkeitsverletzend gewesen sei.<sup>39</sup>

### 3. Gewinnherausgabe nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag

Dies ist der theoretisch und prozessual eigentlich spannendste Anspruch. Das be-

ginnt schon mit der materiellrechtlichen Grundsatzfrage: Gewinnherausgabe und Schadenersatz sind im eigentlichen Sinne alternativ - d.h. es gibt nur das eine oder das andere, aber nicht beides gleichzeitig. Mit dem Schadenersatz verlangt der Kläger den Ausgleich seines Schadens, mit der Gewinnherausgabe verlangt er dagegen die Abschöpfung des vom Täter erzielten Gewinnes. Das sind zwei sehr verschiedene Betrachtungsweisen, zwei ganz unterschiedliche Beweisprobleme. Wo es am eigenen Schaden fehlt, bleibt also nur das andere. Der Anspruch ist - soweit ersichtlich - bisher noch nirgendwo mit Erfolg durchgesetzt worden. Darüber hinaus stellt sich die prozessrechtliche Frage der Mitwirkungspflicht des Beklagten: Muss er über seine Zahlen Auskunft geben, wie weit muss er im Beweisverfahren mitwirken, bzw. welche Folgerungen zieht das Gericht aus dem Verhalten der beklagten Partei, die ganz schweigt oder zumindest teilweise mauert? So selbstverständlich, wie das z.T. behauptet wird<sup>40</sup>, ist das Auskunftsrecht wohl nicht. Kann ein Kläger tatsächliche Behauptungen über angebliche Gewinne aufstellen, die dann der Beklagte widerlegen muss, oder muss er seine Behauptungen beweisen? Kann er sich umgekehrt auf den Beweisantrag «Edition von Kalkulationsunterlagen» beschränken und sagen, erst nach deren Vorlage durch die beklagte Partei und Auswertung würde er seinen Anspruch quantifizieren können? Und, so ist weiter zu fragen, bemisst sich der Gewinn nach dem Verhältnis von Buchstaben pro Seite oder Artikel pro Nummer, nach der verkauften Auflage in einem bestimmten Zeitraum oder nur dem konkreten Mehrverkauf der Ausgabe, welche den persönlichkeitsverletzenden Artikel enthielt? Was gilt, wenn die fragliche Zeitungsausgabe schlecht, ja ganz schlecht verkauft wurde (also messbar unter den durchschnittlichen Verkaufszahlen blieb) -

38 5C.61/2004 vom 26. April 2005; zum gleichen Sachverhalt schon 5P.47/2003 vom 4. September 2003 und dann wieder 5P.93/2004 vom 26. April 2005.

39 Vgl. für die genannten Beispiele die Urteile BGE 123 III 385 ff. und 5P.47/2003 vom 4. September 2003.

40 Neuestens REGINA AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern, 2005, S. 154, ohne eigene Begründung unter blosser Hinweis auf die Lehrmeinung von SCHMID.

Etudes & réflexions  
Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Hohle Hände - grosse Zahlen

ist schon dann jeder Gewinnanspruch entfallen oder verschiebt sich damit nur die Berechnungsproblematik in einen weiteren Bereich? Das ist derzeit alles offen.

Es ist verdienstvoll, dass in jüngeren Arbeiten hervorgehoben wird, was gelegentlich vor allem auf Klägerseite vergessen wird: Dass sich nämlich die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe gegenseitig ausschliessen und nicht etwa kumuliert werden können; es gibt auch keine «Anrechnung» des einen Anspruchs auf

den andern: Denn entweder wird die Rechtsverletzung als Zufügung eines Schadens oder als Einmischung in die - bereicherungs- bzw. geschäftsführungsrechtlich geschützte - Sphäre des Klägers betrachtet; er kann nicht beides (erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn) geltend machen, sowenig wie der Verletzer zweimal für seine - widerrechtliche - Handlung zahlen muss, nämlich einmal als Ersatz eines Vermögensschadens und zum zweiten Mal zum Ausgleich eines dem Kläger zustehenden Bereicherungs- bzw. Geschäftsführungsanspruchs.<sup>41</sup> Alles andere widerspricht dem Bereicherungsverbot – nur der effektive Schaden ist zu ersetzen<sup>42</sup> - und würde den Verletzer zu nach geltendem Recht unbegründeter «Doppelzahlung» verpflichten. Der Kläger hat sich schon bei der Formulierung des Rechtsbegehrens zu überlegen, welcher seiner beiden Ansprüche quantitativ grösser ist und wo die für ihn weniger ungünstige Beweislage liegt.

Der Gewinnherausgabeanspruch harrt in jeder Beziehung der prozessualen Realisierung und steht einstweilen zwar im Gesetz und in den Lehrbüchern, aber auch nur dort. ■

41 RETO M. JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zürich 2005, S. 351 ff., ALEXANDER CHRISTOPH BÜRIG-WYSS, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2005, S. 258 ff.; ebenso das - nicht rechtskräftige - Urteil des Zürcher Obergerichts vom 16. Dezember 2005, welches vorbehaltlos eine Kumulierung von Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüchen ausschliesst. Diffus in der zivilrechtlichen Begründung dagegen der Aufsatz von ROLF H. WEBER, Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen, in: medialex 2/2000, S. 75 ff., in welchem contra legem constitutionemque dem reinen Präventionsdenken gehuldigt wird.

42 ANTON K. SCHNYDER, im Basler Kommentar zum OR, 3. Aufl., N 1 zu Art. 41 OR.