

Urheber- und markenrechtliche Überlegungen zum Klingelton

Leonz Meyer

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich

I. Einleitung

Telefone klingeln schon lange nicht mehr. Bereits die fest angeschlossenen Apparate melden Anrufe mit mehr oder minder originellen Tonfolgen an. Mit der Liberalisierung der Telekomdienstleistungen und dem Boom der Mobiltelefonie kam noch mehr Fantasie in die Klingeltöne: Anrufe werden nicht nur mit einfachen Tonfolgen, sondern mit bekannten Melodien angekündigt, von Refrains modernster Popmusik bis hin zu Auszügen alter Meisterwerke. Viele Mobiltelefone ermöglichen es dem Nutzer sogar, seinen individuellen Klingelton zu komponieren.

Klingeltöne können nicht nur Telefone ankündigen sondern ganz allgemein auf Dienstleistungen im Bereich des Mobile Commerce hinweisen. Geht es nach den Visionen führender IT-Dienstleister, so werden uns mobile Informationsplattformen bald den ganzen Tag mit Services berieseln: Die mobile Plattform weckt uns und meldet das Wetter, bevor wir die Fensterläden öffnen konnten. Sie erinnert uns rechtzeitig an die anstehenden Termine und informiert uns vor Beginn der Autofahrt über die aktuellen Stauzonen. Während der Fahrt wird der nächste Weg zur Tankstelle angezeigt und vor Eintreffen am Zielort erhalten wir Restaurantvorschläge. Wollen wir wissen, von welchem Sänger das momentan über Radio gespielte Musikstück stammt, kann diese Information per SMS angefordert werden. Langweile während einer Sitzung kann mit der Teilnahme an einem online Spiel überbrückt werden. Ebenso können während der Sit-

zung Kinotickets für den Abend bestellt und bezahlt werden. Ist es nach dem Abendbierchen angezeigt, mit dem Taxi nach Hause zu gehen, so ermittelt die mobile Plattform das am nächsten gelegene Taxi und bestellt es. Beim Nachhausekommen, muss die Anlage ausgeschaltet werden, die während der Abwesenheit die Wohnung überwacht und etwaige Bewegungen umgehend mit Bildübermittlung gemeldet hätte.

Diese Services wollen sich auf der mobilen Plattform nicht nur schlicht anmelden: Mit einem originellen Klingelton kann jeder Serviceprovider seine Dienstleistungen kennzeichnen und sich mit dem Klingelton von Services anderer Providern abheben.

Gemäss einer Studie wird das Marktpotential für Klingeltöne auf dem europäischen Markt mit ca. USD 1,45 Milliarden geschätzt. Ein Marktforschungsinstitut kommt zum Ergebnis, dass ein Mobiltelefonbenutzer schon heute durchschnittlich USD 5 im Jahr für Klingeltöne ausgibt¹. Es ist deshalb angebracht, sich einige Überlegungen zum rechtlichen Umfeld von Klingeltönen zu machen.

II. Urheberrechtliche Erfassung

1. Klingeltöne als akustische Werke

Der Werkbegriff nach Art. 2 URG umfasst «Werke der Musik und andere akustische Werke» (lit. b). Da an Originalität und Individualität der Werke keine grossen Anforderungen zu stellen sind, handelt es sich zumindest bei jenen Klingeltönen, die nicht nur aus banalsten Tonfolgen bestehen, um unter das URG fallende Werke. Für Deutschland hat das Hanseatische Oberlandesgericht die Werkeigenschaft ei-

Résumé: *Les sonneries que l'on peut actuellement entendre en cas d'appels sur téléphone mobile pourraient bientôt devenir, dans le cadre de l'e-commerce, le signe distinctif essentiel des prestations de services les plus diverses. Lorsque des oeuvres de tiers sont utilisées comme sonneries, il y a lieu de tenir compte du droit d'auteur, non seulement pour l'utilisation de la sonnerie en tant que telle, mais aussi pour la transformation du morceau de musique en une sonnerie simple et reconnaissable. D'autre part, si elle peut être transcrite par le système de notes à 5 lignes, la sonnerie pourra être enregistrée comme marque acoustique et être ainsi monopolisée pas un prestataire de services donné.*

¹ REHMANN F.-J./BAHR M., Klingeltöne für Handys – eine neue Nutzungsart?, Computer und Recht 2002, S. 229 ff.

Zusammenfassung:
Klingeltöne, die zur Zeit vor allem Anrufe auf Mobiltelefone ankündigen, könnten sich bald zum zentralen Unterscheidungsmerkmal verschiedenster M-Commerce Dienstleistungen entwickeln. Sofern fremde Werke als Klingeltöne verwendet werden, ist das Urheberrecht zu beachten und zwar nicht nur für die Verwendung als Klingelton an und für sich, sondern auch bezüglich Umwandlung des Musikstückes in einen merkfähigen Klingelton. Ein Klingelton kann schliesslich - sofern er sich im 5 Linien-Noten-System darstellen lässt - als akustische Marke eingetragen und somit zu Gunsten eines bestimmten Dienstleisters monopolisiert werden.

nes Klingeltons unlängst bejaht². «Keinen Urheberrechtsschutz geniessen dagegen akustische Werke, wenn sie nicht individuell sind, also z. B. eine Tonleiter, bloss Akkorde oder eine auf banalen musikalischen Elementen aufgebaute Standard-Melodie»³.

2. Verwendung des Klingeltons nur unter Respektierung des Urheberrechts

Nach Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber oder die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Damit verfügt der Rechteinhaber über Ansprüche gegen die eigenmächtige Verwendung seiner Melodien als Klingelton.

A. Insbesondere Verwertungsrecht

Zum Monopol des Rechteinhabers gehört insbesondere das Recht, Werkexemplare herzustellen, zu veräußern, zu verbreiten, über Leitungen zu senden oder Werke wahrnehmbar zu machen. Auch die Bereithaltung von Musikstücken zum Download über Internet ist dem Rechteinhaber vorbehalten⁴, unabhängig davon, ob man diese Bereithaltung dem Verbreitungsrecht oder dem Recht auf Wahrnehmbarmachung zuordnet⁵ (wobei letzteres mit Blick auf die neuere internationale Rechtslage den Vorrang verdient⁶).

Auf den Klingelton angewandt bedeutet dies, dass der Rechteinhaber eines Tonwerkes es sich nicht gefallen lassen muss, dass sein Werk oder Auszüge daraus als Klingelton verwendet werden. Auch das Zurverfügungstellen von Klingelton Downloads ist dem Rechteinhaber vorbehalten.

B. Insbesondere Änderungsrecht

Ausserdem darf ein Werk gegen den Willen des Urhebers nicht geändert werden (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Dieses Verbot bezieht sich auf grosse wie auf kleine Änderungen⁷. Denn nur der Urheberrechtsberechtigte selbst ist letztlich in der Lage zu beurteilen, ob eine bestimmte Änderung am Werk sein Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt oder nicht. Um als Klingelton zu dienen, kann ein Musikwerk nun aber nicht im Originalton verwendet werden.

Das gesamte Werk muss auf einen banalen merkfähigen Signalton reduziert werden. Beim Abspielen der Melodie – notabene über den Mobiltelefonlautsprecher – geht es auch nicht um die Vermittlung eines sinnlich-klanglichen Erlebnisses, sondern um die Nutzung als rein funktionales Erkennungszeichen⁸. Diese Reduktion stellt eine dem Urheber vorbehaltene Bearbeitung dar⁹. Anbieter von Klingeltönen müssen deshalb die Tonfolgen entweder selbst komponieren oder sich die Lizenz des Rechteinhabers zur Verwendung der Tonfolge als Klingelton besorgen.

3. Erlaubt: Selbsteinstellung des Klingeltons durch den Privatnutzer

Das urheberrechtliche Monopolrecht an einem Werk ist durch den Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 URG eingeschränkt. Danach ist jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde, erlaubt, ohne dass eine Vergütung geschuldet ist (Art. 20 Abs. 1 URG).

Mobiltelefone und andere Plattformen sehen teilweise eine technische Möglichkeit vor, mit welcher der Nutzer einen eigenen

2 OLG Hamburg, Beschluss vom 4. Februar 2002, 5 U 106/01, abgedruckt in Computer und Recht 2002, S. 578, E. 4.

3 BARRELET D./EGLOFF W., Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 14 zu Art. 2.

4 In Deutschland hat das Oberlandesgericht München den Betrieb einer Musiktauschbörse im Internet als Urheberrechtsverletzung angesehen, Urteil vom 8. März 2001, 29 U 3282/00, Computer und Recht 2001, S. 333; in der Schweiz wurden im Frühjahr 2003 zwei Betreiber einer MP3-Dateienbörse mit CHF 1'000 wegen Verletzung des URG gebüßt (Tages-Anzeiger vom 31. Mai 2003).

5 Die verschiedenen Lehrmeinungen sind bei WEBER R.H./BISCHOF J., Napster, die Musikindustrie und der Musikvertrieb, sic! 2001, S. 154 unten und 155 oben aufgelistet.

6 Art. 8 WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996; Art. 3 Abs. 1 der EU Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG, Amtsblatt Nr. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10 - 19.

7 BARRELET/EGLOFF (FN 3), N 5 zu Art. 11 URG.

8 OLG Hamburg, Beschluss vom 4. Februar 2002, 5 U 106/01, Computer und Recht 2002, S. 578, Rubrum.

9 So auch das Landgericht Hamburg im Urteil vom 4. April 2001, Computer und Recht 2002, S. 199 E. 4.

Klingelton herstellen kann. Über die Tastatur kann eine Tonfolge definiert und so eine eigene Melodie als Klingelton festgelegt werden. Wählt der Nutzer hierbei ein urheberrechtlich geschütztes Werk und speichert beispielsweise den merkfähigen Refrain eines Schlagers als Klingelton ab, so handelt es sich um eine erlaubte Privatnutzung. Dies selbst dann, wenn der Klingelton später beispielsweise in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einem Restaurant von einer Vielzahl weiterer Personen wahrgenommen werden kann. «Denn die Werkverwendung im persönlichen Bereich» meint kein geographisches Kriterium, sondern stellt auf den Zweck der Nutzung ab¹⁰.

4. Lizenz über die Verwertungsgesellschaften

A. Der Wahrnehmungsvertrag der SUISA

Die Geltendmachung der Urheberrechte geschieht bei Musikwerken ganz überwiegend über die Verwertungsgesellschaft SUISA. Der SUISA direkt sind über 19'000 Urheberinnen und Urheber (darunter Komponisten und Musikverlage) angeschlossen. Aufgrund von Gegenseitigkeitsvereinbarungen mit über 100 analogen Verwertungsgesellschaften im Ausland vertritt SUISA sogar das Repertoire von rund 1,7 Millionen Urhebern. Die Abtretung der Urheberrechte an SUISA erfolgt aufgrund eines sogenannten Wahrnehmungsvertrages.

Gemäss diesem Wahrnehmungsvertrag überträgt der Urheber der SUISA gewisse Verwertungsformen, insbesondere das Recht, das Werk wahrnehmbar zu machen, es zu senden, es zu vervielfältigen und in Verkehr zu bringen sowie es abzuspeichern und abrufbar zu machen.¹¹

B. Klingelton vom Wahrnehmungsvertrag mitumfasst?

Hat ein Urheber die Verwertung seiner Rechte der SUISA übergeben, so stellt sich die Frage, ob der Gebrauch des Musikwerkes als Klingelton vom Wahrnehmungsvertrag umfasst ist. Zwei Aspekte sind interessant: einmal ob der Wahrnehmungsvertrag ganz generell das Recht vermittelt, ein Werk als Klingelton zu benutzen und so-

dann, ob der Nutzer das Werk zur Verwendung als Klingelton bearbeiten darf.

Der Wahrnehmungsvertrag definiert ausdrücklich, dass es sich bei der Wahrnehmbarmachung von Musikwerken, aber auch bei deren Abspeicherung, Vervielfältigung und Sendung, um an die SUISA abgetretene Rechte handelt. Klingeltöne werden vom Händler auf einem Server gespeichert und dann auf Wunsch, beispielsweise per SMS, zugesendet. Der Nutzer speichert den Klingelton auf seiner Plattform ab. Dies sind Verwertungshandlungen, die nach Wahrnehmungsvertrag vom Urheber an die SUISA abgetreten sind. Ziff. 3.2 des Wahrnehmungsvertrages verdeutlicht, dass der Urheber auch solche Rechte an SUISA abtritt, «welche durch künftige technische Entwicklungen ... entstehen und sinngemäss den obengenannten Rechten entsprechen». Es ist vertretbar, diese Abspeicherung und die Zusendung der Melodie als vom Wahrnehmungsvertrag mitumfasst anzusehen¹².

Bezüglich Bearbeitung hält Ziff. 3.5 des Wahrnehmungsvertrages der SUISA fest, dass sich «die an die SUISA abgetretenen Rechte ... auf die Werke in der vom Urheber geschaffenen Form (beziehen). Das Recht, eine Bearbeitung zu bewilligen oder zu verbieten wird nicht von der SUISA sondern vom Urheber selber wahrgenommen». Obwohl Deutschland diesbezüglich analoge Regelungen kennt¹³, entwickeln sich die Rechtsanwendungen zur Zeit unterschiedlich: In Deutschland wird die Nutzung einer Melodie als Klingelton nicht nur als sogenannte «neue Nutzungsart» verstanden, sondern auch als unzulässige Bearbeitung, welche vom Übertragungsvertrag zwischen Urheber und Verwertungsgesellschaft nicht mitumfasst ist. Somit kann

10 BARRELET/EGLOFF (FN 3), N 10 zu Art. 19 URG.

11 Ziff. 3.1 Wahrnehmungsvertrag SUISA.

12 Anders allerdings für Deutschland das OLG Hamburg, Beschluss vom 4. Februar 2002, 5 U 106/01, Computer und Recht 2002, S. 578, Rubrum, Ziffer 2. Dies trotz analoger Ausgangslage im GEMA Berechtigungsvertrag §§ 11 und 1k: «der Berechtigte überträgt diejenigen Rechte, die durch künftige technische Entwicklung oder durch Änderung der Gesetzgebung entstehen oder erwachsen».

13 §23 UrhG: «Bearbeitungen (...) dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers (...) veröffentlicht und verwertet werden».

die deutsche Verwertungsgesellschaft das Recht, ein Werk als Klingelton zu verwenden, nicht weitervermitteln, da sie es ja selbst vom Urheber nicht erworben hat.¹⁴ In der Schweiz geht die Praxis der SUISA dahin, die Verwendung eines Werkes als Klingelton trotz der damit verbundenen Bearbeitung als vom Wahrnehmungsvertrag erfasste Nutzung anzusehen, allerdings unter Vorbehalt des Einspruchs des Urhebers. Offenbar haben zahlreiche Urheber, resp. ihre Verleger von dieser Einspruchsmöglichkeit Gebrauch gemacht.

Obwohl es legalistisch gesehen keinen Grund gibt, den Sachverhalt nach deutschem und schweizerischen Recht unterschiedlich zu behandeln, ist die Praxis der SUISA aus pragmatischer Sicht vertretbar.

III. Markenrechtliche Erfassung

1. Grundsätzliches zu atypischen Markenformen

Nach Art. 1 Abs. 1 MSchG kann jedes Zeichen eine Marke sein, welches «geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden.» Abs. 2 erwähnt als Beispiele «insbesondere» Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen und dreidimensionale Formen sowie Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farbe. Art. 15 Abs. 1 TRIPS¹⁵ lässt als Marken «insbesondere Wörter einschliesslich Personennamen, Buchstaben, Zahlen, Abbildungen und Farbkombinationen ebenso wie alle Kombinationen

von solchen Zeichen zu.» Auch die EU Markenrechtsverordnung¹⁶ listet in ähnlicher Weise Markenformen auf unter Erwähnung, dass dies nur «insbesondere» sei.

Durch das Wort «insbesondere» in ihrer Fantasie angeregt, haben viele Markenrechtsspezialisten die Zulässigkeit von Klang-, Geruchs-, Geschmack- und Gefühlsmarken gefordert. Schliesslich seien auch diese Wahrnehmungen geeignet, Produkte und Dienstleistungen des einen Unternehmens von jenem des Konkurrenten zu unterscheiden. Dass diese Forderung zu weit geht, lässt schon der letzte Satz von Art. 15 Abs. 1 TRIPS erahnen. Danach dürfen die Mitgliedstaaten «die visuelle Wahrnehmbarkeit als Eintragungsvoraussetzung festlegen». Auch die EU Markenrichtlinie¹⁷, die EU Markenrechtsverordnung¹⁸ und die schweizerische Markenschutzverordnung¹⁹ verlangen, dass Marken grafisch darstellbar sein müssen.

Der Europäische Gerichtshof hat unlängst entschieden, dass mit grafischer Darstellbarkeit nur eine solche Darstellung gemeint ist, die «klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist.»²⁰

Deshalb ist es nach Ansicht der europäischen Richter nicht möglich, eine Geruchsmarke graphisch zu beschreiben, weder durch Angabe der chemischen Formel $C_6H_5-CH = CHCOOCH_3$, noch in den Worten «balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt», noch durch Hinterlegung einer Geruchsprobe. Das mit dem Markenrecht einhergehende Monopolrecht müsse für alle Wirtschaftsteilnehmer klar und eindeutig in Erfahrung gebracht werden können²¹. Eine chemische Formel stellt nicht den Geruch einer Substanz dar, sondern die Substanz selbst. Nur sehr wenige Personen könnten einen Geruch aus der chemischen Formel lesen²². Auch die Umschreibung in Worten («balsamisch-fruchtig ...») sei sehr subjektiv geprägt.

Zur Zeit beschäftigt sich der EuGH auf Verlangen des Hoge Raad der Niederlanden mit der Frage, ob die ersten paar Takte der Klavieretüde «Für Elise» von Ludwig van Beethoven sowie das Krähen eines Hahns als Marken eintragungsfähig sind.

- 14 Urteil des LG Hamburg vom 4. April 2001, Computer und Recht 2002, S. 198; bestätigt durch das OLG Hamburg, Beschluss vom 4. Februar 2002, 5 U 106/01, Computer und Recht 2002, S. 578ff.
15 Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994.
16 Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L vom 14. Januar 1994.
17 Art. 2.
18 Art. 4.
19 Art. 10 Abs. 1.
20 EuGH Urteil vom 12. Dezember 2002, C273/00, Ziff. 1 der Erkenntnis (abrufbar in vollem Wortlaut unter www.curia.eu.int), zitiert in NZZ vom 25. Februar 2003, S. 23.
21 EuGH Urteil vom 12. Dezember 2002, C273/00, Ziff. 1 der Erkenntnis (abrufbar in vollem Wortlaut unter www.curia.eu.int), RZ 51.
22 So der Generalanwalt in den Schlussanträgen (C273/00; www.curia.eu.int), RZ 40.

Aufgrund der bereits vorliegenden Schlussanträgen des Generalanwaltes²³ soll die Hinterlegung von akustischen Marken dem Grundsatz nach zulässig sein. Um den Anforderungen der «klaren, eindeutigen, in sich abgeschlossenen, leicht zugänglichen, verständlichen, dauerhaften und objektiven» Darstellung zu genügen, können akustische Marken jedenfalls in Notenschrift hinterlegt werden. Es handle sich um eine universelle Sprache, mit der das Exklusivrecht unter Angabe von Tonführung, Taktangabe und Rhythmus genau definiert werde. Demgegenüber sei die Beschreibung des Klangs in Worten (hier: »e, dis, e, dis, e, h, d, c, a« oder «Melodie Für Elise») zu unbestimmt.

Da sich das Krähen eines Hahnes nicht in Notenschrift darstellen lasse und eine universelle Beschreibung nicht möglich sei – so nennen die Holländer das Krähen «kuk-elekuuuuu», während wir hier von «kikeri-kikiiii» sprechen würden – könne keine Marke gewährt werden.

Das Urteil des EuGH betreffend Geruchsmarke und die Anträge des Generalanwaltes betreffend akustische Marke erlauben ein vorläufiges Zwischenergebnis, welches angesichts der identischen Rechtslage auch für die Schweiz Gültigkeit haben dürfte: Geräusche, wie bspw. das Brüllen des Löwen von Goldwyn Mayer lassen sich nicht «eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv» grafisch darstellen. Melodien, die sich jedoch im bekannten Fünfliniensystem mit Noten darstellen lassen, sind eintragbar, wie folgendes Beispiel einer in der Schweiz eingetragenen Swisscom Marke zeigt²⁴:



Trotz des einschränkenden Judikates des Europäischen Gerichtshofes ist nicht auszuschliessen, dass sich das Recht hier fortentwickeln wird. Es ist denkbar, dass es irgendwann in der Zukunft möglich sein wird, Marken in digitaler Form zu hinterlegen. Dies könnte den Weg ebnen, dass auch andere Zeichen, die sich digital erfassen lassen, den Eingang ins Markenregister finden.

2. Klingeltöne als akustische Marken

Unter dem Vorbehalt der grafischen Darstellbarkeit mit Noten im Fünfliniensystem können somit akustische Zeichen als Marken eingetragen werden. Selbstverständlich sind dabei die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen der Markenfähigkeit zu beachten.

In diesem Zusammenhang ist die gesetzlich verlangte Unterscheidungskraft zu nennen. Es können nur solche Klingeltöne als Marke eingetragen werden, die geeignet sind, als Kennzeichen für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erkannt zu werden. Banale Piepstöne oder Dreiklänge, wie sie als Alarmglocken, Pausentöne oder Wartezeichen gebräuchlich sind, sind vom Markenschutz ausgeschlossen. Allzu lange Tonfolgen haben ebenfalls keine Unterscheidungskraft. Ebenso wenig, wie sich lange Texte als Wortmarke anbieten, eignen sich lange Tonfolgen als akustische Marken. Das US Trademark Trial and Appeal Court (T.T.A.B.) wies einmal ein Eintragungsgesuch zurück für einen «sound made by a ship's bell clock consisting of a series of bells tolled ... beginning with one ring at approximately a first half hour and increasing in number by one ring at approximately each half hour thereafter»²⁵. Die Registrierungsbehörde stellte zutreffend fest, dass der Radiosender mit dieser Tonfolge nichts anderes beabsichtige, als den Hörern die Uhrzeit in traditioneller maritimer Art mitzuteilen, was in keiner Weise unterscheidungskräftig sei.

Sodann gibt es akustische Zeichen, die frei-haltebedürftig sind, etwa die Sirenenklänge von Polizei, Sanität und Feuerwehr. Auch soweit akustische Zeichen auf eine Herkunft anspielen, wie beispielsweise die

23 C283/01; www.curia.eu.int.

24 Marke Nr. 455 543; vgl. zur Eintragbarkeit von akustischen Marken auch DAVID L., Kommentar zum Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, Basel 1999, N 16 zu Art. 1 MSchG; WILLI C., Markenschutzgesetz, Zürich 2002, N 39 zu Art. 28 MSchG; Richtlinien für die Markenprüfung des Instituts für Geistiges Eigentum, Ziff. 4.6.4 (www.ige.ch); MARBACH E., Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III: Kennzeichenrecht, Basel 1996, S. 21.

25 General Electric Broadcasting Co., 199 U.S.P.Q. 560 (T.T.A.B. 1978); GINSBURG J.C./LITMAN J./KEVIN L., Trademark and Unfair Competition Law, 3. Auflage, New York 2001, S.107.

Tonfolge bekannter Glockenspiele (Big Ben in London), bilden sie freihaltebedürftiges Gemeingut.

IV. Erkenntnis und Ausblick

Die bereits heute hohe wirtschaftliche Bedeutung der Klingeltöne wird zunehmen: Klingeltöne eignen sich nicht nur als originelle Ankündigungen von Telefonen und Mobile Commerce Services, sondern können als Unterscheidungsmerkmal der verschiedenen Anbieter und Services einge-

setzt werden. In urheberrechtlicher Sicht muss entweder ein Klingelton neu komponiert oder aus einem bestehenden musikalischen Werk abgeleitet werden. Bei der Ableitung aus einem bestehenden Werk ist zu beachten, dass eine entsprechende Lizenz zur Nutzung und zur Bearbeitung vorliegt und dass die Bearbeitung nicht ohne weiteres über die Verwertungsgesellschaft verliehen werden kann. In markenrechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass nur solche Klingeltöne als Marke eingetragen werden können, die sich in Notenschrift graphisch darstellen lassen. ■

L'AUTRE REGARD DIE ANDERE SICHT



Cartoon: Til Mette

Le principe de transparence et les exigences du droit d'auteur

Denis Barrelet

Professeur de droit de la communication aux Universités de Neuchâtel et Fribourg, Detligen

I. Introduction¹

Fidèle à sa réputation, la Suisse se hâte lentement dans ce qui est un peu une révolution: le remplacement du principe du secret de l'activité administrative par celui de la transparence. Quelques cantons, maintenant, ont franchi le pas.² Le Conseil fédéral, après de longues hésitations et quelques escarmouches de dernière heure, s'est décidé lui aussi; le 12 février 2003, il a transmis aux Chambres un projet de loi sur la transparence de l'activité administrative.³ Ce nouveau principe pose de nombreuses questions d'application.⁴ L'une d'elles a longtemps été négligée: c'est celle de savoir dans quelle mesure transparence et droit d'auteur font, réellement, bon ménage.

Lorsque le document officiel n'est pas une oeuvre selon le droit d'auteur, parce qu'il lui manque le minimum d'originalité requis par l'art. 2 al. 1^{er} LDA, aucun problème ne se pose. C'est le cas par exemple de simples formules ou de lettres standard. Pas de problème non plus lorsque le document officiel tombe sous les exceptions de l'art. 5 LDA, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de lois, d'ordonnances, d'accords internationaux ou d'autres actes officiels, ou de décisions, procès-verbaux ou rapports émanant des autorités ou des administrations publiques. Les commentaires officiels relatifs à ces actes ou documents échappent eux aussi à la protection, de même que les oeuvres de particuliers qui y ont été incorporés, tels des mémoires ou des expertises.⁵ Pas de problème également si l'auteur du document officiel est décédé depuis plus de soixante-dix ans (art. 29 al. 2 let. b LDA).

Zusammenfassung: Es gibt nur zwei Fälle, bei denen das Urheberrecht die Veröffentlichung eines offiziellen Dokuments verbietet: Wenn ein noch nicht verbreitetes Dokument ohne Einverständnis des Autors der Verwaltung zugegangen ist und wenn ein Autor das Dokument der Verwaltung mit der Auflage der Geheimhaltung überlässt. Bei allen anderen Fällen kann die Verwaltung davon ausgehen, dass der Autor eines Werkes seiner Verbreitung zugestimmt hat. Somit kann jedermann ein solches Dokument wahrnehmen und davon auch Kopien zum privaten Eigengebrauch gemäss Art. 10 Abs. 1 Best. c URG herstellen. Die Behörden müssen aber gegen den Missbrauch ankämpfen. Das Wahrnehmungs- und Kopierrecht berechtigt nicht zu einer übermässigen Nutzung. Die Verbreitung von solchen Dokumenten sollte somit nicht über elektronische Netzwerke erfolgen, da die Gefahr besteht, dass das Urheberrecht seinem Gehalt entleert wird.

On ne voit pas non plus de grandes difficultés surgir s'il s'agit d'un document confectionné par l'administration elle-même, non visé par l'art. 5, et qui dispose des caractéristiques d'une oeuvre protégée. On considérera que le fonctionnaire a cédé à l'Etat tous les droits nécessaires pour permettre à l'oeuvre de faciliter les tâches de l'Etat, parmi lesquelles figure l'utilisation du document en accord avec le principe de la transparence de l'administration. C'est un cas d'application de la théorie de la finalité, aux termes de laquelle, lorsqu'il y a doute sur l'ampleur des droits d'auteur cédés ou des autorisations accordées, on considérera comme transférés les droits nécessaires à la réalisation du contrat liant les partenaires.⁶

Les choses sont simples aussi lorsque le document officiel a été commandé par l'administration à un tiers. Exemple: la

- 1 Le présent article s'appuie sur un avis de droit donné par l'auteur à l'Office fédéral de la justice en avril 2002.
- 2 Berne (loi sur l'information du public, du 2 novembre 1993), Soleure (Informations- und Datenschutzgesetz, du 21 février 2001), Genève (loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001), Vaud (loi sur l'information, du 24 septembre 2002), Jura (loi sur l'information et l'accès aux documents officiels, du 4 décembre 2002).
- 3 FF 2003 1807.
- 4 Voilà pourquoi les lois récentes font bien d'aménager une autorité spéciale pour l'aplanissement des conflits, tel un médiateur (Genève), une commission de médiation (Vaud) ou le Préposé à la protection des données et à la transparence (projet du Conseil fédéral), avant de renvoyer à la procédure administrative ordinaire. La loi bernoise ayant négligé cela, sa reconnaissance du principe de la transparence reste inachevée; en pratique, l'autorité sollicitée de donner l'accès à un document conserve hélas le dernier mot.
- 5 BARRELET D./EGLOFF W., Le nouveau droit d'auteur, 2^e éd., Berne 2002, ad art. 5, n^{os} 4 et 6.
- 6 FF 2003 1822. Sur cette notion, cf. par exemple VON BÜREN R., Der Urheber, in SIWR II/1, Bâle 1995, p. 149 ss

Résumé: *Il n'y a que deux cas où le droit d'auteur interdit la communication d'un document officiel: c'est lorsqu'une oeuvre non encore divulguée est parvenue à l'administration sans le consentement de l'auteur, et lorsque l'auteur a transmis son oeuvre volontairement, à la condition qu'elle reste secrète. Dans les autres cas, lorsque l'autorité a en mains une oeuvre confectionnée par un tiers, elle peut admettre que celui-ci a acquis à la divulgation. Du coup, il devient possible pour qui-conque de la consulter et même d'en faire une copie, en faisant valoir un usage privé selon l'art. 10 al. 1^{er} let. c LDA. L'autorité devra cependant lutter contre les malentendus. Ce droit de consulter et de copier n'autorise pas des utilisations à large échelle. La communication ne devra pas non plus se faire par voie électronique, tant le risque serait grand, sinon, de vider le droit de l'auteur de son contenu.*

commande d'une expertise. Dans ce cas, il y a entre l'administration et le tiers un contrat, et il est probable que celui-ci réglera la question du transfert du droit d'auteur.⁷ S'il ne le fait pas, on appliquera la théorie de la finalité. On pourra considérer que les parties sont tombées d'accord pour que le texte en question aide l'Etat dans l'accomplissement de ses tâches, ce qui suppose que l'Etat puisse en assurer la diffusion comme bon lui semble.

Qu'en est-il des autres documents provenant de tiers? La réponse mérite quelques développements. Deux obstacles se dressent sur la route menant à la diffusion:

- droit de l'auteur ou de l'ayant droit de décider de la divulgation de l'oeuvre, élément du droit moral garanti à l'art. 9 al. 2 LDA;
- droit de l'auteur ou de l'ayant droit de s'opposer à la reproduction de l'oeuvre, en vertu de son droit exclusif d'utilisation garanti à l'art. 10 al. 2 let. a LDA, à moins qu'un tiers puisse invoquer l'existence d'une exception, comme celle qui figure à l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA.

Ce sont ces deux obstacles que nous allons analyser dans les pages qui suivent (chap. II et III). Nous examinerons ensuite si la manière dont ils se laissent surmonter est compatible avec le droit international (chap. IV). Puis, nous verrons la position adoptée par les auteurs de quelques lois et projets récents (chap. V), avant d'apporter nos conclusions (chap. VI).

II. Le droit de divulgation

L'auteur a tout pouvoir sur le moment de la divulgation de son oeuvre. Lui seul peut décider à partir de quand l'oeuvre est suffisamment achevée, suffisamment digne à ses yeux de quitter sa sphère privée pour aller à la rencontre du public.⁸ Tant que l'auteur n'a pris aucune décision à ce sujet, fût-ce de manière implicite, nul ne peut faire usage de l'oeuvre en invoquant par exemple une licence légale; nul ne peut, par exemple, photocopier l'oeuvre, même pour un usage privé, ni la citer.⁹

Cela veut dire en l'occurrence que s'il est saisi d'une demande de consultation d'un

document officiel dont l'auteur est un tiers, l'Etat ne sera pas admis à y répondre favorablement s'il s'agit d'une oeuvre non divulguée au sens de la loi sur le droit d'auteur. Peu importe qu'il s'agisse d'une simple lecture éphémère dans les bureaux de l'administration, sans confection de copie. Le fait qu'une oeuvre puisse être consultée par tout un chacun a pour conséquence de faire perdre à l'auteur la maîtrise du cercle admis à prendre connaissance de l'oeuvre. Celle-ci est exposée aux yeux de tous. Autrement dit: elle est bel et bien divulguée. Or cela n'est admissible que si l'auteur y a consenti.

Le fait que l'auteur ait perdu la maîtrise physique sur son oeuvre n'est pas suffisant pour conclure qu'il y a eu divulgation. Mais cela peut être un indice allant dans ce sens.¹⁰ Il faut distinguer quatre cas:

1. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, après que celui-ci eut reçu la garantie que le contenu du document resterait confidentiel. Exemple: remise d'un document contenant des informations confidentielles utiles à l'Etat pour apprécier une situation, mais que l'auteur n'était pas obligé de livrer. Dans ce cas, l'Etat devra respecter ses engagements. C'est ce que prévoit d'ailleurs l'art. 7 al. 1^{er} let. h P LTrans, qui fait de ce cas une exception au principe de la transparence.¹¹

7 Voir par exemple le ch. 5.1 des Conditions générales (CG) de la Confédération relatives à l'achat de services.

8 Sur les conditions de la divulgation, voir par exemple DESSEMONTET F., *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, n^{os} 203 ss.

9 Les art. 19 et 25 LDA le disent explicitement.

10 ATF 120 III 208, A. et B., du 21 juillet 1994. Barrelet/Egloff (n. 5), ad art.. 9, n^o 23; GASSER CHR., *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, thèse Berne 1997, p. 45.

11 Cette disposition ne signifie pas que chaque personne remettant un document à l'administration à bien plaisir pourrait apposer une réserve de publication et ainsi échapper à la loi sur la transparence. Seules devraient être visées ici les informations sollicités par l'Etat, et dont le contenu a un caractère confidentiel. Moins restrictif, le Message insiste cependant lui aussi sur la «très grande retenue» nécessaire en l'espèce. L'assurance du secret doit, par principe, être demandée et donnée expressément. FF 2003 1853.

2. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, qui a agi spontanément ou en réponse à une invitation, mais sans y être formellement tenu. Exemples: dénonciation d'un dysfonctionnement dans un service de l'Etat, envoi d'une prise de position dans le cadre d'une procédure de consultation. Si l'auteur remet son œuvre à une institution dont il est notoire qu'elle met les œuvres reçues à disposition du public, on pourra considérer qu'il a consenti à la divulgation.¹² Quand une loi sur la transparence est adoptée et qu'elle entre en vigueur, c'est un véritable renversement qui s'opère, en ce sens que le principe du secret est remplacé par le principe de la transparence avec exceptions de secret. Ce renversement frappe les esprits. Il a pour effet d'installer dans les relations entre l'Etat et les administrés une nouvelle culture. A partir de ce jour, la personne qui confie une œuvre à l'Etat sait que celle-ci n'aura plus seulement pour lecteurs quelques fonctionnaires isolés, mais que n'importe qui, potentiellement, pourra la lire.

3. Le document a été transmis à l'administration par l'auteur, en vertu d'une obligation légale. Exemple: rapport remis à l'autorité par le bénéficiaire d'une subvention ou par l'organe d'une fondation ou d'une société concessionnaire soumise à surveillance. Dans ce cas aussi, il y a consentement implicite. Même si un droit exclusif suppose le libre choix dans l'action, il ne faut pas exagérer cette liberté, ni l'absence de liberté de celui qui est dans la situation susmentionnée. L'auteur qui livre un texte protégé à l'Etat agit rarement sous une contrainte annihilant son libre arbitre. Il lui est en principe toujours loisible soit de rédiger un texte simple non protégé par le droit d'auteur, soit de laisser autrui écrire le texte requis, soit de renoncer à la prestation de l'Etat qui rend obligatoire la remise de l'œuvre protégée. Mais surtout, il conserve une certaine prise sur le moment de l'envoi et peut ainsi décider à quel moment l'œuvre est suffisamment achevée pour être abandonnée au jugement du public. Le droit de décider de la divulgation n'a pas comme but essentiel d'empêcher la publication. Il entend d'abord donner à l'auteur le droit de décider quand une œuvre est digne d'être arrachée à son secret,¹³ quand elle reflète suffisamment ses

idées et sa personnalité pour être «lâchée dans la nature». En confectionnant une œuvre destinée à l'Etat et à une administration qu'il sait soumise au principe de la transparence, l'auteur sait que cette œuvre est destinée à publication. Son droit de divulgation n'en devient pas illusoire pour autant.

On notera que le consentement tacite, dans ce cas de figure, est restreint, car il ne porte que sur les œuvres qui sont soumises aux règles sur la transparence. Une œuvre relative à la sphère privée de l'auteur et dont la révélation ne se justifie pas par l'intérêt public à la transparence, ou une œuvre comprenant des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires,¹⁴ ne sera pas considérée comme divulguée. L'auteur sachant que la transparence n'exerce pas ses effets sur les œuvres de ce type n'est pas censé avoir donné son accord à la divulgation. La distinction entre les œuvres échappant à la transparence et les autres, dans la pratique ne sera pas toujours visible au premier coup d'œil. Cela signifie que l'assentiment de l'auteur à la divulgation sera, en fin de compte, fonction de la décision ultérieure prise par l'autorité statuant sur une demande de consultation et ne sera pas donné au moment même où l'auteur transmet son œuvre à l'administration. Cette façon de se reposer sur l'attitude de l'autorité pour qualifier la décision de l'auteur quant à la divulgation peut surprendre.¹⁵ Mais dans la pratique, elle ne devrait pas créer de difficulté.

4. Le document a été transmis à l'administration par un tiers, à l'insu de l'auteur. Exemple: lettre personnelle envoyée par l'auteur à un tiers, qui l'a transmise à l'administration à titre de preuve ou pour in-

12 Envoyer un mémoire de licence à une autorité universitaire appelée à statuer sur ce texte n'équivaut pas à une publication. ATF 120 IV 208. Si l'autorité accepte le mémoire et que l'Université en question a coutume de diffuser les textes ainsi acceptés, on pourra considérer qu'en envoyant son mémoire, l'auteur a accepté la divulgation à partir du moment de l'admission par l'autorité compétente

13 COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris 1999, n° 135.

14 Voir l'art. 7 al. 1^{er} let. g et al. 2 P LTrans, par exemple.

15 Cette possibilité pour un tiers de décider de la divulgation se rencontre aujourd'hui déjà, par exemple dans le cas où l'auteur a cédé des droits d'utilisation. VON BÜREN (n. 6), p. 211. SCHRICKER G., *Urheberrecht*, 2^e éd., Munich 1999, p. 267.

formation. Dans ce cas, il n'y a pas eu de divulgation, et l'administration ne saurait répondre favorablement à une demande de consultation. Mais rien ne l'empêche d'informer sur l'existence de cette pièce, ou d'en donner un bref résumé. Nous faisons abstraction ici du cas où l'auteur avait confié l'exercice du droit de divulgation à un tiers. Le droit de divulgation, quoique réputé incessible¹⁶, peut en effet être exercé par un tiers si l'auteur en décide ainsi. Ce cas de figure pourrait se présenter lorsque l'auteur envoie une lettre sollicitant l'intervention du destinataire auprès de l'administration ou lui donnant le feu vert pour toute autre démarche jugée utile. Le mandat inclurait alors la compétence d'exercer le droit de divulgation.

III. Le droit de reproduire l'œuvre consultée

Une œuvre divulguée pourra être consultée. Pourra-t-elle aussi être photocopiée? Dans la pratique, tant l'administration que le requérant auront un grand intérêt à ce qu'elle le soit.

L'un des buts de la loi sur le droit d'auteur de 1992 a été de tenir compte de l'évolution technique, notamment dans le domaine de la reprographie. A cet effet, le législateur a aménagé une licence légale, qui figure à l'art. 19. Elle autorise l'usage privé d'œuvres divulguées, plus particulièrement «la reproduction d'exemplaires d'œuvres au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, à des fins d'information interne ou de documentation» (al. 1^{er} let. c).

Cette licence légale ne donne pas le droit à l'administration de copier tout et n'importe quoi, à n'importe quelles conditions. Les restrictions sont les suivantes:

1° La copie doit se faire à des fins d'information interne ou de documentation. Ce sera incontestablement le cas pour la copie d'articles de journaux qu'on se passe de bureau en bureau à titre d'information, ou de rapports d'experts sensés stimuler la recherche de solutions nouvelles dans l'administration. Mais la copie d'articles sous forme de revues de presse distribuées en dehors de l'administration ne tombe pas sous la licence légale, ni la copie de documents qui ont pour but d'assurer l'information de la clientèle d'un service public. On pourrait soutenir que la copie de documents officiels consultés en vertu d'une loi sur la transparence ne tombe pas non plus sous l'art. 19 al. 1^{er} let. c, puisque le but poursuivi n'est ni l'«information interne», ni la «documentation» dont l'administration a besoin pour son activité. Cette façon de voir ne serait pas déraisonnable.¹⁷ Pour notre part, nous la trouvons trop intransigeante et nous doutons qu'elle soit conforme à l'esprit de la disposition en question. L'art. 19 al. 1^{er} let c vise notamment à faciliter le travail de l'administration, en lui évitant des retards dus à l'existence d'un seul exemplaire ou à la confection de copies manuscrites. La copie réalisée selon une loi sur la transparence vise elle aussi à rendre le travail de l'administration plus fluide. Une demande de consultation qui peut être satisfaite par l'envoi d'une copie facilite en effet considérablement le travail de l'autorité (aucune mise à disposition de locaux, pas de surveillance, anonymisation plus facile, etc.). Cette conception n'est d'ailleurs pas en complet désaccord avec la lettre de l'art. 19 al. 1^{er} let c, la documentation dont il y est fait état pouvant aussi être celle d'un tiers.¹⁸

2° La copie ne peut pas porter sur la totalité ou l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché, ni sur des œuvres des beaux-arts (art. 19 al. 3 let. a et b LDA). Si un rapport d'historiens réalisé pour l'Etat est disponible dans le commerce, ou qu'il peut même simplement être acheté à l'Office fédéral des constructions et de la logistique, ou s'il s'agit de graphiques ou d'autres informations sous for-

16 Avis contraire: DESSEMONTET (n. 8), n° 201

17 Favorables à une notion étroite de cette let. c: CHERPILLOD I, Schranken des Urheberrechts, SIWR II/1, p. 247; GASSER (n. 10), p. 95.

18 Il est vrai que le texte allemand ne coïncide pas avec les textes français et italien. L'adjectif «interne» s'y rapporte à la fois à l'information et à la documentation. Estimant le texte allemand plus conforme à la volonté du législateur: GASSER (n. 10), p. 95. Mettant à l'époque déjà l'accent sur le fait que le but des copies est souvent simplement de gagner du temps: ATF 108 II 482, Pro Litteris, du 21 décembre 1982. Comme le relève l'auteur précité, p. 64, on peut considérer que le législateur, pour l'essentiel, s'est rallié à la jurisprudence préexistante. En remettant à un tiers une copie qui a pour effet de lui épargner du travail, notamment la visite de ce tiers dans ses bureaux, l'administration demeure dans le cercle étroit qui est le sien. Il en irait différemment si de telles copies étaient envoyées spontanément à des tiers qui n'ont pas fait valoir leur droit de consulter l'original.

me de dessin, la copie n'est pas autorisée.¹⁹ Si on assimile les plans d'architecture à des oeuvres des beaux-arts,²⁰ leur copie n'est alors pas autorisée. Les plans et dessins à contenu scientifique ou technique (art. 2 al. 2 let. d LDA) ne sont pas visés par l'interdiction.

Ayant obtenu de l'administration le droit de consulter et de photocopier l'oeuvre, le requérant sera peut-être victime d'un malentendu. Il croira avoir en mains un document disponible librement, sans aucune protection du droit d'auteur, comme le sont habituellement les documents obtenus au guichet. Il se croira autorisé à multiplier les exemplaires de l'oeuvre quitte même à la commercialiser. Il est évident que le principe de la transparence n'a pas cet effet-là. La photocopie doit rester unique, à moins que le requérant puisse faire valoir un autre usage privé selon l'art. 19 LDA (cercle étroit de la famille et des amis, écoles, entreprises ou organisations).

IV. Compatibilité avec le droit international

Selon l'art. 9 al. 2 de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (CB)²¹, dans sa version de 1971, les pays signataires sont admis à autoriser la reproduction d'oeuvres protégées indépendamment de l'assentiment de l'auteur, «dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur». Cette disposition, élaborée en 1967, vise particulièrement la reprographie. Les conditions posées sont cumulatives. Même si l'exploitation normale de l'oeuvre n'est pas mise en cause, il se pourrait que des intérêts légitimes de l'auteur soient atteints, auquel cas la restriction ne serait pas admissible. Pour sa part, l'art. 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'accord du GATT, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1995 (ADPIC; en anglais: TRIPs)²², prévoit que les Etats «restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légi-

times du détenteur du droit.» Sorte de Convention de Berne bis, l'ADPIC n'institue pas une protection supplémentaire. La protection prévue est au contraire inférieure, dans la mesure où les droits moraux ne sont pas inclus.²³

L'auteur qui utilise les prérogatives que lui reconnaît le droit d'auteur ne se voit imposer aucune restriction dans ses droits. Ni avec les lois cantonales sur la transparence, ni avec celle dont se dotera la Confédération, la Suisse ne crée pas une exception aux droits de l'auteur, et les dispositions de droit international précitées ne sont pas concernées.

On pourrait certes argumenter en disant que si le consentement implicite en lui-même n'équivaut pas à une restriction du droit d'auteur, ce sont ses conséquences à l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA qui, dans un Etat devenu transparent, peuvent créer un problème. Lorsque cette disposition avait été rédigée en 1992, personne n'avait songé qu'elle pourrait inclure des copies réalisées pour satisfaire aux demandes de consultation de dossiers officiels. L'art. 19 al. 1^{er} let. c serait donc devenu suspect au regard du droit international, parce qu'autorisant des copies d'oeuvres à une trop vaste échelle. Un usage privé si largement compris compromettrait l'exploitation normale de l'oeuvre et les intérêts légitimes des ayants droit, ce qui nécessiterait sans délai une nouvelle formulation de cette disposition, excluant les copies d'oeuvres provenant de tiers et réalisées en réponse à une demande de consultation de dossiers officiels au sens de la législation sur la transparence.

19 Le P LTrans ne prend pas le détour du droit d'auteur pour protéger les documents commercialisés. Son art. 5 al. 3 let. a déclare simplement que ces documents ne sont pas considérés comme documents officiels, ce qui a pour effet de les soustraire à l'empire de la loi. Le Conseil fédéral dit vouloir ainsi prendre en compte les développements de l'administration en matière de nouvelle gestion publique, notamment en matière de météorologie ou de production de cartes topographiques. Les documents qui, sans être formellement commercialisés, forment la base directe d'un document commercialisé, telle la base de données géographiques qui permet la confection de cartes, sont également visés par cet article. FF 2003, 1839.

20 BARRELET/EGLOFF (n. 5), ad art. 2, n° 17

21 RS 0.231.15

22 RS 0.632.20

23 BERTRAND A., Le droit d'auteur et les droits voisins, 2e éd., Paris 1999, p. 476 s.

A cela, on répondra que l'administration n'a pas attendu la législation sur la transparence pour s'arroger le droit de copier tous les documents qui lui parviennent de l'extérieur, et singulièrement ceux de particuliers et d'entreprises privées. Des habitudes ont été prises, qui ont fini par constituer une sorte d'exception non écrite au droit d'auteur et dont nul n'a jamais prétendu qu'elle portait atteinte à l'exploitation de l'oeuvre. Certes, une fois la loi sur la transparence entrée en vigueur au niveau fédéral, les copies d'une même oeuvre venue de l'extérieur seront, potentiellement, beaucoup plus nombreuses. Mais on ne saurait pour autant prétendre qu'elles empêcheront l'exploitation normale de l'oeuvre, ni qu'elles toucheront aux intérêts légitimes de l'auteur.²⁴ D'une part, les oeuvres en question ont pour la plupart un caractère essentiellement administratif et on ne voit pas quel fabuleux destin commercial leur est refusé suite aux copies réalisées dans les bureaux de l'Etat. D'autre part, pour chaque copie, l'administration devra être saisie d'une demande en bonne et due forme, ce qui n'est pas le cas pour les utilisations prévues aujourd'hui par l'art. 19 LDA. Les copies remises au requérant restent ensuite soumises aux règles ordinaires, à savoir qu'elles ne pourront être multipliées à des fins dépassant le cadre privé déterminé par l'art. 19 LDA. Enfin, l'al. 3 let. a de cette disposition prohibe les copies d'oeuvres disponibles dans le commerce. Il serait dès lors audacieux de prétendre qu'une loi sur la transparence a pour effet de modifier la nature de la licence légale prévue à l'art. 19 et d'élargir si massivement son champ d'application qu'elle n'est plus compatible avec le droit international.

En irait-il différemment si les copies envisagées par une loi sur la transparence de-

vaient inclure des copies transmises électroniquement? On peut se poser la question à bon droit. De telles copies en effet sont d'une dissémination plus facile, et si l'administration se mettait à les communiquer à l'extérieur de la sorte, il y aurait peut-être lieu de nourrir quelques appréhensions sur le respect des droits d'utilisation de l'auteur dans les faits, et sur le respect des deux dispositions de droit international précitées. Il se trouve que l'art. 19 al. 1^{er} let. c autorise la reproduction de l'oeuvre, terme qui exclut des utilisations électroniques, qui, elles, relèvent du droit de représentation.²⁵ La limitation de la licence légale à la reproduction paraît trop restrictive si on considère les copies qui poursuivent uniquement un but interne à l'administration.²⁶ Mais si on étend la licence légale aux copies pour des tiers, cette limitation trouve selon nous une certaine justification.

Par souci de clarté, il conviendrait de préciser dans les lois sur la transparence ou dans leurs ordonnances d'application que les copies se font exclusivement sur papier, du moins lorsqu'elles portent sur des oeuvres protégées de personnes extérieures à l'administration, qui ne sont pas mandatées par celle-ci.²⁷ Pour l'heure, de telles précisions n'existent pas.

V. Choix législatifs

Les législateurs qui se sont préoccupés de la relation entre le droit d'auteur et le principe de la transparence ne sont pas légion et les solutions retenues ne sont guère détaillées. Ainsi, la loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents se contente d'exclure du droit d'accès «les documents à la communication desquels le droit fédéral (...) fait obstacle» (art. 26 al. 4). La loi vaudoise sur l'information réserve «les dispositions protégeant le droit d'auteur» (art. 15). Plus détaillé, le projet de règlement d'application, à l'art. 22, fait obligation à l'autorité de rendre le demandeur attentif au respect de la loi sur le droit d'auteur en matière de reproduction et de citation. Il rappelle que, «sauf accord contraire, le document qui constitue une oeuvre protégée ne peut être reproduit qu'à des fins privées, selon l'art. 19 LDA». Il rappelle également que «les citations d'oeuvres protégées doivent être courtes et

24 Pour qu'une restriction soit illicite au sens de l'art. 9 al. 2 CB, il ne suffit pas que les intérêts de l'ayant droit soient atteints. Il ne suffit pas que celui-ci ait subi un préjudice quelconque. Il faut que le préjudice soit injustifié. MASOUE C., Guide de la Convention de Berne, Genève 1978, p. 63.

25 BARRELET/EGLOFF (n. 5), ad art. 19 n° 16. Avis contraire: GASSER (n. 10), p. 98 s.

26 BARRELET/EGLOFF, loc. cit.

27 Aux Etats-Unis, le Département de la justice a rendu l'administration attentive aux effets douteux d'une telle diffusion au regard du droit d'auteur. Cf. COTTIER B., Les leçons des expériences étrangères, in Tanquerel Th./Bellanger F. (éd.), L'administration transparente, Genève-Bâle-Munich 2002, p. 110

doivent mentionner la source et l'auteur, selon l'art. 25 LDA», et que, «en vertu de l'art. 5 LDA, les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques ne sont pas des oeuvres protégées». ²⁸ Autrement dit: ce sont les possibles dérapages après la communication du document qui ont surtout préoccupé le législateur vaudois.

Le projet de loi fédérale sur la transparence réserve la législation sur le droit d'auteur. Il le fait non pas à l'art. 7, siège de la liste des exceptions, mais à l'art. 6 al. 2, immédiatement après avoir précisé que le requérant peut consulter les documents officiels sur place ou en demander une copie. Ce choix est défendable, dans la mesure surtout où il rend le lecteur attentif au fait qu'un document accessible ne peut pas faire l'objet de n'importe quelle utilisation. Dans son commentaire, le Conseil fédéral insiste là-dessus. ²⁹ Sur le plan intellectuel pur, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus satisfaisant d'évoquer le droit d'auteur dans la liste des exceptions. C'est là en effet que la question se pose en premier: si l'auteur n'a pas divulgué son oeuvre, le droit d'auteur justifie le refus d'une demande de consultation, et il n'y a plus lieu de s'interroger sur la possibilité de réaliser une copie. Si le Conseil fédéral n'a pas jugé bon d'insérer le droit d'auteur dans la liste des exceptions, c'est qu'il s'est rallié à l'opinion selon laquelle un tiers qui remet un document à l'administration consent, explicitement ou implicitement, à sa divulgation. ³⁰ Dès lors, il ne convient pas de grossir les cas où le droit d'auteur constitue véritablement une exception au principe de la transparence. Le projet insère dans la liste des exceptions le cas des informations qu'un tiers a fournies librement avec l'assurance que le secret serait gardé (art. 7 al. 1er let. h). Sur l'autre cas en revanche, celui du document parvenu à l'administration à l'insu de l'auteur, le projet reste muet, et le commentaire aussi.

A l'étranger, on retiendra le cas de la Suède, où pendant longtemps le principe de la transparence a bénéficié d'une priorité quasi absolue par rapport au droit d'auteur. ³¹ Une nouvelle du 1^{er} avril 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (chap. 8, section 27 de la loi sur le secret) a quelque peu atténué cette prééminence, pour éviter

que des oeuvres non divulguées par les ayants droit soient transmises à l'autorité dans le seul but de pouvoir ensuite les porter à la connaissance du public, en contournant le droit d'auteur. Elle protège les oeuvres parvenues à l'autorité sans le consentement du titulaire du droit d'auteur et qui sont susceptibles d'avoir une valeur commerciale. La mise à disposition de résumés, cependant, est possible. ³²

Les quelques Länder allemands qui se sont dotés d'une loi sur l'accès aux documents officiels jusqu'à ce jour ne se sont guère montrés préoccupés par notre sujet. Seul le Land de Brandebourg mentionne expressément le droit d'auteur parmi les intérêts privés prépondérants qui s'opposent à la communication du document. ³³

VI. Conclusions

Le droit d'auteur fait échec au principe de la transparence lorsque le document est une oeuvre confectionnée par un tiers qui n'a pas donné son assentiment à la divulgation de celle-ci. Tel est le cas lorsque le document est tombé dans les mains de l'administration sans l'assentiment de l'auteur. Tel est également le cas lorsque le tiers a remis ce document à bien plaisir avec la garantie officielle qu'il ne serait pas transmis plus loin. Dans les autres cas de documents de tiers parvenus à l'administration, on peut considérer qu'il y a acquiescement à la divulgation, explicite ou implicite. Bien entendu, d'autres motifs peuvent encore s'opposer à la consultation du docu-

28 Version soumise au Conseil d'Etat le 9 juillet 2003.

29 FF 2003, 1811 s., 1845 s.

30 FF 2003, 1822

31 COTTIER (n. 27), p. 108

32 COTTIER (n. 27), p. 109. Cette modification est intervenue sur pression américaine (<http://home.snafu.de/tilman/coble.txt>), pour empêcher que la « Bible secrète » de l'Eglise de Scientologie puisse être librement diffusée à partir de la Suède, contre la volonté de l'auteur. Cf. aussi Rapport sur l'accès du public à l'information dans la société de l'information, Statens offentliga utredningar SOU 2001:3, p. 34 ss; http://justitie.regeringen.se/propositionermm/sou/pdf/sou2001_3a.pdf

33 Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz, du 10 mars 1998, § 5 al. 1er ch. 2. Les préposés chargés d'aplanir les différends sont néanmoins confrontés parfois à des objections relevant du droit d'auteur. Celui du Land de Schleswig-Holstein a ainsi admis la remise d'un plan d'architecte contenu dans une demande de permis de construire, en raison de son manque d'individualité. Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, 24. Tätigkeitsbericht (2002), chap. 13.1. <http://www.datenschutzzentrum.de/material/tb/tb24/kap13.htm>

ment. Mais ceux-ci ne relèvent plus du droit d'auteur. On songe notamment à une consultation qui porterait notablement atteinte à la sphère privée de l'individu.

Il est un autre point auquel les autorités se doivent d'être attentives: c'est celui de l'utilisation qui pourrait ensuite être faite des photocopies réalisées par le requérant. La transparence de l'activité administrative n'institue pas un droit de libre disposition sur les oeuvres protégées par le droit d'auteur. Si elle inclut un droit de reproduction limité – celui prévu par l'art. 19 al. 1^{er} let. c LDA – le requérant n'est pas autorisé à multiplier les copies et à organiser une diffusion tous azimuts. L'oeuvre peut sans doute être incorporée dans un livre, un mémoire ou un article de journal, mais sous forme de citation seulement, dans les strictes limites prévues par l'art. 25 LDA. Selon nous, l'autorité devrait contribuer, par une information adéquate des requérants, à rappeler les exigences du droit d'auteur. On peut songer à des rappels préimprimés sur le papier servant de support aux copies, ou apposés au moyen d'un timbre humide, ou à l'adjonction d'une page de garde. L'autorité devrait aussi éviter toute mise à disposition sur Internet

d'oeuvres protégées, et même toute communication par voie électronique, pour ne pas créer des conditions aboutissant à des utilisations qui n'ont plus rien à voir avec l'usage privé autorisé par la loi.

Le principe de la transparence ne doit pas être le cheval de Troie par lequel on fera tomber les murailles qui aujourd'hui protègent l'auteur contre la spoliation. Mais sous les quelques réserves faites ci-dessus, ce risque n'existe pas. En particulier, nous ne croyons pas qu'on fait violence à l'auteur en postulant que, dès l'instant où il entre en contact avec l'administration, il admet ipso facto la divulgation de son oeuvre dans la mesure où il n'existe pas de motifs permettant de s'opposer à la communication de l'oeuvre au tiers qui en a fait la demande. On pourrait certes imaginer d'introduire dans la loi sur le droit d'auteur une exception pour les cas où l'auteur est forcé, légalement, de remettre son oeuvre à l'administration. Une telle exception aurait des effets limités et ne serait pas contraire aux obligations internationales contractées par la Suisse. Mais ce serait pousser le purisme un peu loin, à l'heure où nul, en Europe, n'envisage d'aller dans ce sens. ■

Aktuelle Regulierungsvorhaben im Bereich der Medienkonzentration

Harald Maag

Dr. iur. et lic. rer. publ., Rechtsanwalt, Zürich

I. Einleitung

Die meinungsbildende Funktion der Medien in der Gesellschaft beruht auf einem Wettstreit unterschiedlicher (ideologischer, parteipolitischer, religiöser usw.) Weltanschauungen. Konzentrationen im Medienbereich können diesen für eine Demokratie unerlässlichen Mechanismus bedrohen. Die Bundesverfassung (BV) kennt - im Gegensatz zu gewissen neueren kantonalen Verfassungen - keinen allgemeinen Medienartikel, der es dem Bund erlauben würde, ein sämtliche Medien erfassendes Mediengesetz zu erlassen¹. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK) hat mit ihrer parlamentarischen Initiative «Medien und Demokratie» einen neuen Versuch lanciert, die seit den 1970er Jahren geführte Diskussion um einen Medienartikel erfolgreich abzuschliessen². Gesetzgeberischen Handlungsbedarf leitet sie vor allem aus der zunehmenden Konzentration im Pressewesen ab³.

Trotz fehlender Verfassungsgrundlage im Sinne eines umfassenden Medienartikels sind auf Gesetzesstufe in verschiedenen Erlassen Bestimmungen gegen die Medienkonzentration bzw. zur Förderung der Medienvielfalt verankert worden. Zu erwähnen sind das Postgesetz (indirekte Presse-

förderung), das Kartellgesetz (Fusionskontrolle) sowie das Radio- und Fernsehgesetz (Konzentrationskontrolle im Rahmen der Konzessionsvoraussetzungen). Sämtliche dieser Erlasse sind Gegenstand laufender oder soeben abgeschlossener Revisionsbemühungen, wobei namentlich auch die Bestimmungen zur Sicherung der Medienvielfalt revidiert wurden.

Im Folgenden wird ein kurzer «tour d'horizon» über die wichtigsten Gesetzesänderungen und Revisionsvorschläge zur Sicherung der Medienvielfalt geboten. Dabei zeigt sich, dass die einzelnen legislatorischen Vorhaben unzureichend aufeinander abgestimmt sind. Um dieses Koordinationsdefizit zu beheben, wäre es angebracht, zuerst eine Grundsatzdiskussion über die einzuschlagende Medienkonzentrations- bzw. -förderungs politik zu führen. Den Anstoss dazu liefert die parlamentarische Initiative der SPK. Erst nach Abschluss dieser Diskussion sollte über die zweckmässige Umsetzung auf Gesetzesstufe beschlossen werden.

II. Parlamentarische Initiative «Medien und Demokratie»

Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates schlägt mit einer parlamentarischen Initiative eine neue Verfassungsbestimmung für die Medienpolitik des Bundes vor⁴:

Art. 93 Medienpolitik
Der Bund fördert die Vielfalt und Unabhängigkeit der Medien. Er anerkennt dabei die Bedeutung der Medien für die demokratische Meinungsbildung auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene und für den gesellschaftlichen Zusammenhalt.

Résumé: *Pour que la politique en matière de concentration des médias soit cohérente, il manque une base constitutionnelle. Cela devrait changer grâce à l'initiative parlementaire de la commission des institutions politiques du Conseil national «Médias et démocratie». Les dispositions légales visant à empêcher une concentration des médias sont contenues dans de nombreuses lois (loi sur la poste, LRTV). Elles sont en voie de révision. En juin 2003, les Chambres fédérales ont décidé de biffer la norme que la loi sur les cartels consacrait au contrôle des fusions dans le domaine des médias. Si on examine les travaux de révision en cours, on constate qu'il existe un besoin de coordination. On peut se demander s'il ne serait pas utile de regrouper dans une loi sur la diversité des médias les dispositions visant à assurer la pluralité des opinions et de l'offre.*

1 Die Kompetenz nach Art. 93 BV erstreckt sich nur auf den Rundfunk.
2 Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 3. Juli 2003 zur parlamentarischen Initiative «Medien und Demokratie», <http://www.parlament.ch/ed-pa-spk-03-048-d.pdf> (nachfolgend «Bericht SPK»), S. 16.
3 Vgl. zur Pressekonzentration etwa die Untersuchung der früheren Kartellkommission in: VKKP 4/1993, S. 15 ff.; Bericht SPK (FN 2), S. 14 f.
4 Bericht SPK (FN 2), S. 20.

Zusammenfassung: Für eine zusammenhängende Medienkonzentrationspolitik fehlt die Verfassungsgrundlage. Dies soll sich mit der parlamentarischen Initiative der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates «Medien und Demokratie» ändern. Die Bestimmungen zur Verhinderung der Medienkonzentration sind nach geltendem Recht in einer Mehrzahl von Erlassen enthalten (Postgesetz, RTVG). Diese Erlasse sind Gegenstand von Gesetzesrevisionen. In der Sommersession 2003 beschloss das Parlament, die Fusionsbestimmung im Kartellgesetz zu streichen. Eine Analyse der Revisionsbemühungen offenbart Koordinationsbedarf. Es lässt sich fragen, ob die Bestimmungen zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht am zweckmässigsten in einem Medienvielfaltsgesetz zusammenzufassen wären.

Mit dieser Bestimmung erhalte die Presseförderung eine «solide verfassungsrechtliche Basis», die auch als Grundlage für eine zusammenhängende Medienpolitik und den Erlass eines für alle Medien geltenden Medienvielfaltsgesetzes dienen soll⁵.

Die SPK hat nicht nur einen Entwurf für einen neuen Verfassungsartikel vorgelegt, sondern sie schlägt auch konkrete Massnahmen zur Förderung der Vielfalt und Unabhängigkeit der Medien vor. Diese Vorschläge betreffen hauptsächlich den Printbereich. Gefordert wird eine Abkehr vom System der indirekten Presseförderung (vgl. dazu nachfolgend III.). Stattdessen will die SPK eine direkte finanzielle Unterstützung von Presseprodukten, die aber an folgende Bedingungen geknüpft ist⁶: So sollen bloss abonnierte Presseprodukte (im Gegensatz zu Gratiszeitungen und zur unentgeltlichen Mitgliedschaftspresse) subventioniert werden. Die Presseprodukte müssen zudem mit einer bestimmten Regelmässigkeit erscheinen (z.B. mindestens 25 mal im Jahr). Das zu unterstützende Pressezeugnis sollte einen Mindestanteil an redaktionellen Beiträgen aufweisen und mit eigenem Personal hergestellt werden. Ausserdem muss es über ein Redaktionsstatut verfügen. Die Kommission schlägt ferner vor, Mindest- und Höchstwerte hinsichtlich der Auflagenzahl festzusetzen (z.B. Mindestauflage 2'000, Höchstaufgabe 40'000 Exemplare). Schliesslich sollen finanzielle Beiträge nur an solche Verlage ausgerichtet werden, die ihre Titel einer Presseombudsstelle unterstellen und ihre Rechnung offen legen. Diese Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein⁷. Die SPK verspricht sich dadurch vermehrte Markteintritte im regionalen oder lokalen Bereich. Schliesslich, aber eher beiläufig, weist sie auf Massnahmen hin, die mit Blick auf die multimediale Konzentration zu prüfen wären. Insbesondere wirft sie die Frage auf, ob von solchen Subventionen Medienunternehmen ausgeschlossen werden sollen, die in der gleichen Region massgeblich an einem anderen Medienunternehmen beteiligt sind⁸.

III. Revision des Postgesetzes und der Ausführungsbestimmungen

Presseförderung wird in der Schweiz heute nur indirekt auf der Grundlage von Art. 15

des Postgesetzes⁹ betrieben. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Post Vorzugspreise für abonnierte Zeitungen, vor allem für die Regional- und Lokalpresse, sowie für abonnierte Zeitschriften gewährt. Art. 11 der Postverordnung¹⁰ listet die Kriterien für die Gewährung der Vorzugstarife auf. In der Praxis kommen eine Vielzahl von Pressezeugnissen - insgesamt über 3'000 Titel - in den Genuss verbilligter Posttaxen. Von den Vorzugstarifen profitieren nicht nur die Lokal- und Regionalpresse, sondern auch Publikationen aus den Bereichen Religion, Musik und Sport sowie die Mitgliedschaftspresse¹¹.

Entsprechend wurde dieses System der indirekten Presseförderung auch schon von verschiedener Seite kritisiert. Es handle sich um eine Giesskannensubvention, führe zu Wettbewerbsverzerrungen, wirke strukturerhaltend und verfehle seinen eigentlichen Zweck: die Förderung der Lokal- und Regionalpresse¹². Ausserdem wird auch die Verfassungsmässigkeit von Art. 15 PG in Frage gestellt¹³.

Der Bund hat die Verbilligung der Postzustellung von Zeitungen und Zeitschriften bislang mit jährlich rund CHF 100 Millionen Franken mitfinanziert. Ab 2004 wird dieser Betrag auf CHF 80 Millionen Franken begrenzt¹⁴. Gleichzeitig hat der Bun-

5 Bericht SPK (FN 2), S. 16.

6 Bericht SPK (FN 2), S. 6 f.

7 Bericht SPK (FN 2), S. 7.

8 Bericht SPK (FN 2), S. 7.

9 Postgesetz vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0).

10 Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (VPG, SR 783.01).

11 Bericht SPK (FN 2), S. 8.

12 Botschaft des Bundesrates vom 30. September 2002 über die Massnahmen zur Entlastung des Bundeshaushaltes, BBl 2002 6965 ff., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/6965.pdf> (nachfolgend «Botschaft zur Entlastung des Bundeshaushaltes»), S. 6972; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Januar 2003 zum neuen Medien-Verfassungsartikel der SPK, <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/radiotv2/allgemeines/mdienedemokratie/behrden/2.pdf>; vgl. auch MASMEJAN D., Nouveaux tarifs postaux pour la distribution de journaux, *medialex* 2/2002, S. 65 f. und MUGNY P., Taxes postales pour les journaux: un système indéfendable, *medialex* 3/2001, S. 123 f.

13 SCHÜRMAN L./NOBEL P., Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993, S. 66 f.; Bericht SPK (FN 2), S. 17.

14 Vgl. Art. 15 Abs. 2 PG in der revidierten Fassung, BBl 2002 8348: «Der Bund leistet der Post für die ungedeckten Kosten aus der Ge-

desrat Änderungen der Postverordnung angekündigt. Presseprodukte mit einer Abonnentenzahl von mehr als 500'000 sollen nicht mehr subventioniert werden. Dies hat zur Folge, dass insbesondere die grossauflagige Mitgliedschaftspresse (Migros, Coop, Touring) nicht mehr subventioniert wird. Für die übrigen Presseprodukte werden mit Ausnahme der Regional- und Lokalpresse (bis zu 30'000 Abonnenten und mindestens wöchentliche Erscheinungsweise) die Tarife erhöht¹⁵.

Diese Regelung im Postgesetz ist allerdings bloss eine Übergangslösung. «Art. 15 gilt bis zum Inkrafttreten neuer Bestimmungen über die Presseförderung, längstens aber bis zum 31. Dezember 2007»¹⁶. Spätestens dann soll das System der indirekten Presseförderung durch eine grundlegende Neugestaltung der Presseförderung abgelöst werden.

IV. Revision Kartellgesetz

Das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995¹⁷ sah für Medienunternehmen besondere Aufgreifkriterien im Rahmen der Fusionskontrolle vor¹⁸. Art. 9 Abs. 2 KG reduzierte die Schwellenwerte, die ein Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig werden liessen, auf einen Zwanzigstel der sonst üblichen Umsätze. Begründet wurde die Sondervorschrift damit, dass Konzentrationsvorgänge im Medienbereich besonders sensibel seien und die Wettbewerbskommission auch bei regional bedeutsamen Zusammenschlüssen die Möglichkeit haben müsse, gegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs rechtzeitig einschreiten zu können¹⁹. Diese Sondervorschrift für die Medien betraf jedoch nur die Meldepflicht. Nach herrschender Auffassung erfolgte die materielle Prüfung von Medienezusammenschlüssen nach den üblichen, rein wettbewerblichen Kriterien der Fusionskontrolle. Besondere medienpolitische Eingreifkriterien kennt das Kartellrecht nicht²⁰.

Aufgrund der reduzierten Aufgreifkriterien hatte sich die Wettbewerbskommission relativ häufig mit Medienfusionen zu befassen. Seit 1996 gingen bei der Wettbewerbskommission über 45 Meldungen von Medienezusammenschlüssen ein. In acht Fällen eröffnete sie ein Prüfungsverfahren nach Art. 33 KG, die übrigen Zusammenschlüsse

wurden ohne vertiefte Prüfung für unbedenklich erklärt. Ein Zusammenschlussvorhaben zogen die Parteien angesichts der drohenden Untersagung durch die Wettbewerbskommission zurück²¹, in zwei Fällen genehmigte die Wettbewerbsbehörde die Fusion mit Bedingungen oder Auflagen²². Mindestens drei Verfahren sind noch hängig²³. Vereinzelt machten die Parteien des Zusammenschlussvorhabens aber auch Zusagen, um einer Untersagung des Vorhabens (bzw. einer blossen Genehmigung unter Auflagen oder Bedingungen) durch die Wettbewerbskommission zuvor zu kommen²⁴. Insgesamt betrug die «Interventionsrate»²⁵ der Wettbewerbskommission rund 10%.

Trotz der Sondervorschrift von Art. 9 Abs. 2 KG erwies sich das Kartellrecht als unwirksames Instrument zur Verhinderung der fortschreitenden Medienkonzentration.

währung der Vorzugspreise eine jährliche Abgeltung von 80 Millionen Franken».

- 15 Botschaft zur Entlastung des Bundeshaushaltes (FN 12), S. 6973 ff.; Bericht SPK (FN 2), S. 13.
- 16 Vgl. den Gesetzesentwurf in BBl 2002 6980, Ziff. II, <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/6980.pdf>; Botschaft zur Entlastung des Bundeshaushaltes (FN 12), S. 6974 f.
- 17 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).
- 18 WEBER R.H., Zur Medienrelevanz des neuen Kartellgesetzes, *medialex* 1996, S. 19 ff.
- 19 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 KG vgl. DUCREY P., in: SIWR V/2, S. 254; HOFFET F./HOEHN T., Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, sic! 1999, S. 243 ff.; MAAG H., Medienkonzentration - zur Reichweite des fusionskontrollrechtlichen Instrumentariums, Diss. Basel 2002, S. 24 ff.
- 20 AMANN M., Zeitungs-fusionskontrolle, Diss. Zürich 2000, S. 60 ff./130; DUCREY (FN 19), S. 254.
- 21 Dieses Zusammenschlussvorhaben konnten die Parteien aber zwichenzeitlich vollziehen, vgl. RPW 2000/3, S. 414 ff., Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG.
- 22 RPW 1998/1, S. 40 ff., Le Temps; RPW 2001/4, S. 721 ff., Tamedia/Belcom.
- 23 Vgl. die Medienmitteilungen der Wettbewerbskommission zu den Zusammenschlussvorhaben Neue Luzerner Zeitung/Anzeiger Luzern, Tamedia/Berner Zeitung/20 Minuten und Ringier/Edipresse/Le Temps, <http://www.weko.ch/site/g/medien/Medienmitteilungen.html>.
- 24 RPW 1997/1, S. 179 ff., Gasser - Tschudi Druck; RPW 2003/1, S. 177 ff., Edipresse - Corbaz.
- 25 Definiert als die Anzahl Zusammenschlussfälle, in welchen die Wettbewerbskommission entweder Auflagen oder Bedingungen verfügte bzw. den Parteien Zugeständnisse abrang, im Verhältnis zur Gesamtzahl gemeldeter Medienfusionen. Angesichts dieser relativ hohen Rate erscheint die Begründung des Bundesrates für die Abschaffung von Art. 9 Abs. 2 KG - nämlich dass die Kontrolle gesamtschweizerischer Medienezusammenschlüsse ausreiche - nicht widerspruchsfrei, intervenierte die Wettbewerbskommission doch regelmässig in regionalen und lokalen Medienmärkte. Würde man der Argumentation des Bundesrates folgen, hätte für diese Eingriffe gar kein Anlass bestanden.

tration²⁶. Dies veranlasste den Bundesrat, die verschärften Meldevorschriften für Medienunternehmen in der Revision des Kartellgesetzes zu streichen. Begründet wurde dieser Schritt mit der geringen Eignung des Kartellgesetzes für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen²⁷. Der Prüfung durch die Wettbewerbskommission sollten nur Medienfusionen von gesamtschweizerischer Bedeutung unterliegen²⁸. Hierfür genügten jedoch die allgemeinen Aufgreifkriterien nach Art. 9 Abs. 1 KG. Wörtlich stellt der Bundesrat in der Botschaft in Abrede, dass der Wettbewerb durch lokale und regionale Zusammenschlüsse von Medienunternehmen gefährdet ist, «weil genügend andere Printmedien (überregionale Zeitungen, Zeitschriften), potenzielle Konkurrenten, weitere Informationsträger und auch die Werbewirtschaft eine genügende disziplinierende Wirkung auf die lokalen und regionalen Zeitungen ausüben»²⁹. In der Sommersession 2003 beschloss das Parlament im Rahmen der Kartellgesetzrevision, Art. 9 Abs. 2 KG ersatzlos zu streichen³⁰.

V. Totalrevision RTVG

1. Massnahmen zur Bekämpfung der Medienkonzentration

Nachdem die Bestimmungen zur Kontrolle der Medienkonzentration im Wettbewerbsrecht gelockert worden sind, verfolgt das neue Rundfunkrecht genau das Gegenteil. Der Entwurf für eine Totalrevision des RTVG³¹ enthält eine Medienkonzentrations-Regelung, die deutlich weiter geht als

das bisherige Recht und ausserdem eine Verbindung zum Kartellrecht herstellt.

Das geltende RTVG sieht eine Kontrolle der Medienkonzentration nur im Rahmen der Konzessionierungsvoraussetzungen vor. Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. g RTVG darf eine Konzession einem Bewerber nur erteilt werden, wenn dadurch die Meinungs- und Angebotsvielfalt nicht gefährdet wird. Die mangelnde Bestimmtheit, aber auch Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips bei behördlichen Eingriffen haben dazu beigetragen, dass die praktische Bedeutung dieser Bestimmung gering geblieben ist³².

In der laufenden Revision des RTVG hat sich der Bundesrat für eine Verschärfung der Massnahmen zur Bekämpfung der Medienkonzentration ausgesprochen. Art. 82 Abs. 1 E-RTVG definiert die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Eine solche kann vorliegen, wenn «ein Programmveranstalter im relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehat » (Bst. a) oder wenn «ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung eine beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten innehat» (Bst. b). Dabei konsultiert die Kommission³³ die Wettbewerbskommission hinsichtlich der Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG vorliegt (Art. 82 Abs. 2 E-RTVG). Stellt die Kommission nach Beizug des Gutachtens der Wettbewerbskommission fest, dass ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung durch ihre marktbeherrschende Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet, kann sie Massnahmen im Bereich Radio und Fernsehen ergreifen. Dabei handelt es sich um sehr weitreichende Massnahmen (Art. 83 Abs. 2 E-RTVG):

- Massnahmen zur Vielfaltssicherung durch Einräumung von Sendezeit für Dritte, Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern, Schaffung einer unabhängigen Programmkommission oder Erlass eines Redaktionsstatuts (Bst. a);
- Anpassung der unternehmerischen und organisatorischen Strukturen des Unternehmens (Bst. b);

26 Dagegen wird der analogen Vorschrift im deutschen Wettbewerbsrecht attestiert, die fortschreitende Medienkonzentration aufgehalten zu haben; vgl. MAAG (FN 19), S. 98 f. m.w.H.

27 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2022ff., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/2022.pdf> (nachfolgend «Botschaft KG»), S. 2042.

28 DUCREY (FN 19), S. 254; Botschaft KG (FN 27), S. 2042.

29 Botschaft KG (FN 27), S. 2043.

30 <http://www.weko.ch/site/g/revisionkg.html>, wobei die revidierten Bestimmungen im Frühjahr 2004 in Kraft treten sollen.

31 Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl 2002 1569 ff., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2003/1569.pdf> (nachfolgend «Botschaft E-RTVG»).

32 DUMERMUTH M., in: SBVR, Weber R.H. (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996, Rz. 169; Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1646.

33 Art. 86 Abs. 1 E-RTVG: Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien.

- Herauslösung einzelner Unternehmensbereiche oder Beteiligungen aus dem Unternehmen (Bst. c).

Diese Massnahmen können gegenüber dem Programmveranstalter oder der betroffenen Unternehmung angeordnet werden.

Nach der Botschaft eignet sich die neue Konzentrationsregel insbesondere «zur Beurteilung von lokalen und regionalen Märkten»³⁴.

2. Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt

A. Anknüpfungspunkt: marktbeherrschende Stellung

Das Ziel der Regelungen des E-RTVG ist es, eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt zu verhindern. Art. 82 E-RTVG umschreibt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Gefährdung angenommen werden kann. Anknüpfungspunkt ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei unterscheidet Art. 82 Abs. 1 E-RTVG zwei Konstellationen. Bst. a regelt den Fall, dass «ein Programmveranstalter im relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehat.» Dies ist dann der Fall, wenn ein Programmveranstalter innerhalb seines Medienbereichs eine marktbeherrschende Stellung hat (z.B. ein Radiounternehmen im Radiomarkt, sog. horizontale Konzentration)³⁵. Da Printmedien keine Programmveranstalter sind, fallen sie nicht in den Anwendungsbereich von Bst. a.

Der E-RTVG formuliert den Gefährdungstatbestand allerdings noch breiter. So kann eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt gemäss Bst. b auch dann vorliegen, wenn «ein Programmveranstalter oder eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung eine beherrschende Stellung in einem oder mehreren medienrelevanten Märkten innehat». Mit dieser Vorschrift soll die Konstellation erfasst werden, dass ein Unternehmen in einem oder mehreren Medienmärkten tätig ist, dort eine beherrschende Stellung innehat und sich gleichzeitig bei Radio und Fernsehen engagiert. Der «medienrelevante Markt» ist dabei nicht beschränkt auf elektronische Medien, sondern erfasst insbesondere auch Printmedien sowie vor- und

nachgelagerte Märkte (z.B. Rechtehandel, Programmverbreiter; sog. vertikale Konzentration). In diesen Fällen ist der Gefährdungstatbestand erfüllt, wenn das betreffende Unternehmen in einem dieser Märkte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und gleichzeitig als Programmveranstalter tätig ist³⁶.

Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung knüpft an die Terminologie des Kartellgesetzes an (Art. 82 Abs. 2 E-RTVG). Entsprechend sieht der Gesetzesentwurf vor, dass die Wettbewerbskommission im Rahmen eines institutionalisierten Verfahrens zu konsultieren sei. Wie eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt konkret festgestellt wird, lässt der Entwurf indes offen. In Art. 82 Abs. 1 E-RTVG heisst es bloss, eine Gefährdung «kann» bei Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen³⁷. Welches im Einzelnen die Kriterien für das Vorliegen einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt sind, bestimmt der Entwurf nicht. Auch die Botschaft hilft in diesem Punkt nicht weiter. Dort wird lediglich ausgeführt, mit den «offen formulierten Vorschriften» sei es möglich, der «jeweiligen publizistischen Situation Rechnung zu tragen». Sollte die Wettbewerbskommission eine marktbeherrschende Stellung feststellen, dürfe «daraus nicht automatisch auf das Vorliegen einer Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt» geschlossen werden³⁸. An anderer Stelle ist der Botschaft demgegenüber zu entnehmen, eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt sei zu «vermuten», wenn ein Programmveranstalter oder ein anderes im Radio- und Fernsehmarkt tätiges Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat³⁹.

34 Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1646 f.

35 Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1730.

36 Dabei lässt sich fragen, ob der breiter formulierte Tatbestand von Bst. b nicht auch denjenigen von Bst. a umfasst. Ob der Programmveranstalter bzw. ein anderes im Radio- und Fernsehmarkt tätiges Unternehmen entweder im «relevanten Markt» (Bst. a) oder in einem «medienrelevanten Markt» (Bst. b) eine beherrschende Stellung hat, läuft m.E. auf dasselbe hinaus.

37 Der Vernehmlassungsentwurf hatte in Art. 67 noch vorgesehen, dass eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt insbesondere im Falle einer marktbeherrschenden Stellung «vorliegt»; <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/aktuel/2.pdf>.

38 Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1731.

39 Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1647.

B. Die marktbeherrschende Stellung gemäss Praxis der Wettbewerbskommission

Die Wettbewerbskommission hat für die Beurteilung marktbeherrschender Stellungen im Medienbereich eine inzwischen reichhaltige Praxis im Rahmen von Fusionskontrollverfahren entwickelt. Diese Praxis ist aufgrund des institutionalisierten Konsultationsverfahrens nach Art. 82 Abs. 2 E-RTVG und des ausdrücklichen Hinweises auf Art. 4 Abs. 2 KG auch unter dem revidierten RTVG von Bedeutung. Sie ist daher nachfolgend kurz zu beleuchten.

a. Marktabgrenzung

Nach ständiger Praxis unterscheidet die Wettbewerbskommission im Medienbereich zwischen dem Leser- bzw. Rezipientenmarkt und dem Werbemarkt⁴⁰. Sie geht auch von unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten für Print- und elektronische Medien aus. Der Lesermarkt für Print-erzeugnisse kann je nach Inhalt (Art und Tiefe der Berichterstattung), Erscheinungsweise (-häufigkeit) und Verbreitungsgebiet weiter unterteilt werden. Eigene Lesermärkte bilden Tageszeitungen, Boulevardzeitungen, Sonntagszeitungen, Wochenzeitungen, Zeitschriften (mit weiteren Unterteilungen in themenspezifische Publikationen), Anzeiger (inklusive Pendlerzeitungen) sowie Internetzeitungen⁴¹. Bei Tageszeitungen bildet die Wettbewerbskommission zuweilen separate Märkte für überregionale bzw. regional-lokal berichtertende Zeitungen⁴². Auf dem Werbemarkt ist zwischen lokaler bzw. regionaler und

nationaler Werbung zu unterscheiden. Zuweilen unterteilt die Wettbewerbskommission den nationalen Werbemarkt weiter in Anzeigemärkte für Luxus-, Stellen- und Finanzanzeigen⁴³. Sie übersieht dabei nicht, dass namentlich auf dem regional/lokalen Werbemarkt erhebliche Substitutionsbeziehungen zwischen Print- und elektronischen Medien bestehen können⁴⁴. Den Fernseh Zuschauermarkt unterteilt die Wettbewerbskommission in Pay und Free TV. Weitere sachlich relevante Märkte bilden das Regionalfernsehen, aber auch Märkte für Film- und Sportübertragungsrechte. Beim Radiomarkt verzichtet die Wettbewerbskommission auf eine Unterteilung des sachlich relevanten Marktes in Hörer- und Werbemarkt und stellt lediglich auf letzteren ab. In räumlicher Hinsicht grenzt die Wettbewerbskommission den relevanten Markt in der Regel nach dem Verbreitungsgebiet des jeweiligen Mediums ab⁴⁵.

b. Materielle Beurteilung

Die tendenziell enge Marktabgrenzungspraxis der Wettbewerbskommission erhöht die Gefahr, dass für einen bestimmten relevanten Markt eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wird. Angesichts der Vielzahl möglicher «medienrelevanter Märkte» im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b E-RTVG muss das Interventionspotential dieser Vorschrift grundsätzlich als gross bezeichnet werden. Diese Gefahr wird indes durch die Praxis der Wettbewerbskommission bei der materiellen Prüfung von Zusammenschlussvorhaben relativiert. Wie bereits erwähnt, hat sie die meisten Medienfusionen ohne vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zugelassen (IV.).

Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis zur Prüfung von Medienfusionen vor allem folgende Kriterien für die Beurteilung der Marktbeherrschung entwickelt: aktuelle Konkurrenz (Marktanteile), potentielle Konkurrenz, Substitutionswettbewerb bzw. Abwanderung zu anderen Informations- und Unterhaltungsträgern, Einfluss der Werbemärkte und Marktentwicklung⁴⁶. Kaum je eine Rolle hat die Finanzkraft bzw. der Ressourcenzuwachs der beteiligten Unternehmen und die Stellung der Marktgegenseite gespielt, obschon diese Kriterien

40 RPW 1997/1, S. 179 ff., Gasser - Tschudi Druck.

41 Vgl. die Darstellung der Praxis der Wettbewerbskommission bei AMANN (FN 20), S. 101 ff.; DUCREY (FN 19), S. 276; MAAG (FN 19), S. 116 ff.; REINERT M., Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen - ausgewählte Problemen, AJP 1999, S. 443 ff.

42 Für einen einheitlichen Tageszeitungsmarkt: RPW 2000/3, S. 429, Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG; für einen Regionalzeitungsmarkt («marché ... des quotidiens d'analyse à caractère régional»): RPW 2003/1, S. 186, Edipresse - Corbaz.

43 RPW 1998/1, S. 48, Le Temps.

44 Siehe hierzu sowie zur nachfolgenden Marktabgrenzung bei den elektronischen Medien MAAG (FN 19), S. 166 ff.

45 RPW 2001/4, S. 723 f., Tamedia/Belcom.

46 RPW 2000/3, S. 434 ff., Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2003/1, S. 190 ff., Edipresse - Corbaz.

üblicherweise bei der materiellen Prüfung von Marktpositionen miteinbezogen werden⁴⁷.

Bei der Gewichtung dieser Beurteilungskriterien fällt auf, dass die Wettbewerbskommission das angesichts der engen Marktabgrenzung problematischste Kriterium, nämlich den Marktanteil der betroffenen Unternehmen, nur schwach berücksichtigt. Die Wettbewerbskommission schliesst von hohen Marktanteilen kaum je auf eine marktbeherrschende Stellung der Unternehmen. Im Gegenteil, sofern es beim Zusammenschluss von Unternehmen, die zwar in benachbarten, aufgrund der engen Marktabgrenzung jedoch separaten relevanten Märkten tätig sind, zu keiner sog. Marktanteilsaddition kommt, lässt die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben regelmässig allein schon aus diesem Grund zu⁴⁸. Die potenzielle Konkurrenz stuft sie in der Regel als gering ein, anerkennt dafür aber einen gewissen Wettbewerbsdruck aus dem «marktnahen» Bereich (bei Tageszeitungen geht solcher z.B. von Gratisanzeigen, Radio, Fernsehen, Internet aus)⁴⁹. Ausserdem übe der Werbemarkt eine disziplinierende Wirkung auf die Leser- bzw. Rezipientenmärkte bei den Print- und elektronischen Medien aus⁵⁰. Mit Blick auf die «Marktentwicklung» bei Presseunternehmen hat die Wettbewerbskommission sodann festgestellt, ein wirtschaftlich erfolgreicher Titel bedürfe einer Mindestauflage von 100'000 Exemplaren⁵¹.

C. Beschränkte Interventionsmöglichkeit der Kommission

Kommt die Kommission zum Schluss, die Meinungs- und Angebotsvielfalt sei gefährdet, kann sie die Massnahmen nach Art. 83 E-RTVG ergreifen. Die Gefährdung kann sich prinzipiell aus der beherrschenden Stellung eines Unternehmens auf irgendeinem medienrelevanten Markt ergeben. Insbesondere ist es möglich, dass sich die marktbeherrschende Stellung aufgrund der Verhältnisse im Printbereich oder in einem der eigentlichen publizistischen Tätigkeit vor- oder nachgelagerten Markt ergibt (Rechtehändler, Verbreitungsebene). Die Interventionsmöglichkeit der Kommission ist indessen beschränkt auf den Erlass von Massnahmen gegenüber Unternehmen, die

in den Geltungsbereich des RTVG fallen. Die Verfassung sieht eine Bundeszuständigkeit nur im Radio- und Fernsehbereich vor. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise die Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt aufgrund multimedialer Konzentrationserscheinungen «nur durch Interventionen auf der Rundfunkseite korrigiert oder gemildert werden können»⁵².

VI. Würdigung

Die parlamentarische Initiative der SPK ist ein Schritt in die richtige Richtung. Mit der vorgeschlagenen Verfassungsnorm würde eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Presseförderung geschaffen. Zusammen mit dem Radio- und Fernsehartikel wäre dann die Grundlage für eine zusammenhängende Medienpolitik gegeben. Betrachtet man indes die von der SPK konkret vorgeschlagenen Massnahmen zur Vielfaltssicherung, fällt auf, dass diese Massnahmen lediglich den Printbereich betreffen. Von einer zusammenhängenden, kohärenten Medienpolitik kann gerade nicht gesprochen werden. Die derzeit laufenden bzw. soeben abgeschlossenen Revisionen des Rundfunk- und Kartellrechts bestätigen leider diesen Eindruck.

Weil das RTVG bloss den Rundfunk regelt, können darin vorgesehene Konzentrationsbestimmungen nur gegen Unternehmen aus dem Radio- und Fernsehbereich gerichtet sein. Dies kommt auch im E-RTVG zum Ausdruck. Eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt aufgrund multimedialer Konzentrationserscheinungen könnte nur durch Interventionen, die nur auf der Rundfunkseite wirken, korrigiert werden. Diese Ordnung ist unbefriedigend. Sie hat zur Folge, dass Massnahmen nicht da

47 DUCREY (FN 19), S. 281 ff.; ZÄCH R., Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 271 ff.

48 RPW 1997/1, S. 179 ff., Gasser - Tschudi Druck; RPW 1999/1, S. 142, Société Neuchâteloise de Presse S.A.

49 RPW 2000/3, S. 437 f., Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2003/1, S. 193, Edipresse - Corbaz.

50 RPW 2000/3, S. 438 ff., Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2003/1, S. 195, Edipresse - Corbaz.

51 RPW 2000/3, S. 440 ff., Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland Medien AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2003/1, S. 150, Edipresse - Corbaz.

52 Botschaft E-RTVG (FN 31), S. 1647.

ergriffen werden können, wo sie am notwendigsten und wohl auch am wirkungsvollsten wären, nämlich beim Unternehmen, das über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sondern bloss gegen diejenigen Unternehmen gerichtet werden können, die unter die Rundfunkregulierung fallen. Eine solche Ordnung ist auch unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit fragwürdig.

Nachdem sich die Wettbewerbskommission im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes für eine Beschränkung ihrer Tätigkeit auf die Prüfung gesamtschweizerischer Konzentrationsvorgänge im Medienbereich aussprach, hat der Gesetzgeber die besonderen Aufgreifkriterien für Medienunternehmen nach Art. 9 Abs. 2 KG abgeschafft. Demgegenüber wertet Art. 82 Abs. 2 E-RTVG die Funktion des Kartellgesetzes und der Wettbewerbskommission für Sicherung der Medienvielfalt hingegen wieder auf, indem die Wettbewerbskommission zur Beurteilung der Frage, ob eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliegt, beigezogen wird. Dieses Vorgehen erscheint insofern widersprüchlich, als gemäss Botschaft zu Art. 82 f. E-RTVG insbesondere Konzentrationsvorgänge auf regionalen und lokalen Medienmärkten erfasst werden sollen, die Wettbewerbskommission aber gerade auf diesen Märkten keinen Handlungsbedarf sieht. Generell fraglich ist auch, welchen Beitrag die Wettbewerbskommission zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt leisten kann bzw. will. Bislang hat sie jedenfalls noch nie eine Medienfusion untersagt.

Leider lässt Art. 82 E-RTVG die wichtige Frage, wann eine Gefährdung der Meinungs- und Angebotsvielfalt vorliegt, offen. Ist die Gefährdung zu vermuten, wenn die Wettbewerbskommission eine marktbeherrschende Stellung festgestellt hat, oder müssen noch zusätzliche Kriterien er-

füllt sein, und wenn ja, welche? Diese Unklarheit bei der Definition des Gefährdungstatbestands ist angesichts der teilweise drastischen Rechtsfolgen, welche bis zur Abspaltung von Unternehmensteilen reichen können, rechtsstaatlich bedenklich.

Zustimmung verdient der von der SPK vorgeschlagene Systemwechsel bei der Presseförderung. Die einzelnen Massnahmen, welche die SPK gestützt auf die neue Verfassungsbestimmung erlassen will, schieszen im Einzelnen aber über das Ziel hinaus. Die Revision sollte dazu benutzt werden, die Presseförderung einfacher und transparenter zu gestalten. Diesem Anspruch werden die Vorschläge der SPK nur bedingt gerecht. Die Umschreibung der subventionsberechtigten Titel erscheint arbiträr. Der generelle Ausschluss nicht abonniertes sowie unentgeltlicher Presseprodukte ist sachlich nicht gerechtfertigt; auch solche Titel können zur Meinungsbildung beitragen.

Insgesamt hinterlassen die beschlossenen bzw. vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Sicherung der Meinungs- und Angebotsvielfalt einen zwiespältigen Eindruck. Die einzelnen Vorhaben sind unzureichend aufeinander abgestimmt. Mit ein Grund für dieses Kohärenzdefizit ist das Fehlen einer Verfassungsnorm, welche eine zusammenhängende Medienpolitik ermöglicht hätte. Diese Grundlage soll nunmehr mit der parlamentarischen Initiative der SPK geschaffen werden. Es ist zu hoffen, dass jetzt zuerst grundsätzlich über Art und Umfang der Medien(vielfalts-)regulierung diskutiert wird. Insbesondere wird die Notwendigkeit sowie die Zweckmässigkeit der Schaffung eines Medienvielfaltsgesetzes zu prüfen sein. Solange diese medienpolitische Grundsatzdebatte nicht geführt worden ist, sollte von weiteren legislatorischen Massnahmen zur Vielfaltssicherung im Bereich der Medien abgesehen werden. ■