

# Ist das Verbot der Rassendiskriminierung revisionsbedürftig?

Roberto Peduzzi

Dr. iur., Advokat, Basel

**Résumé:** *La norme pénale anti-raciste (art. 261<sup>bis</sup> CP) polarise les passions publiques comme aucune autre disposition légale. Récemment, le chef du Département fédéral de Justice et Police, Christoph Blocher, a remis en question la raison d'être de cette disposition, déclenchant de la sorte une tempête de réactions. La présente contribution se veut une analyse, basée sur la pratique jurisprudentielle depuis 1995, de la compatibilité de cette norme avec la liberté d'opinion et la liberté des médias. Elle examine en particulier si la restriction des droits fondamentaux précités repose sur une base légale solide et si l'interdiction de la censure est susceptible d'être violée. Enfin, elle se concentre sur le respect des critères s'agissant des restrictions des libertés de communication et sur la proportionnalité desdites restrictions. Quelques réflexions politico-juridiques enrichissent la contribution en s'écartant de l'examen constitutionnel proprement dit.*

## I. Einleitung

Alle westlichen rechtsstaatlichen Demokratien mit Ausnahme der USA stellen öffentliche rassendiskriminierende Äusserungen unter Strafe. In der Schweiz nimmt der Art. 261<sup>bis</sup> StGB diese Aufgabe wahr. Kaum eine weitere Gesetzesbestimmung hat in der jüngeren schweizerischen Gesetzgebungsgeschichte die politische Debatte derart stark polarisiert. Strafverfahren und gerichtliche Prozesse finden regelmässig Echo in den Medien und sorgen immer wieder für unterschiedliche Reaktionen seitens breiter Bevölkerungskreise.

Die Auseinandersetzung hat in jüngster Zeit die parteipolitischen Dimensionen verloren und innen und aussenpolitische Relevanz bekommen. Justizminister Blocher hat vergangenen Herbst die Daseinsberechtigung dieser Bestimmung in wenig staatsmännischer Manier in Frage gestellt, als er anlässlich eines offiziellen Besuchs in der Türkei erklärte, die AntiRassismusStrafnorm bereite ihm «Bauchweh»<sup>1</sup>. Die Äusserungen des Justizministers waren nicht mit dem Bundesratskollegium abgesprochen worden. Es erstaunt nicht, dass sie für grosse Aufregung gesorgt haben. Während der Bundesrat und die Mehrheit der Medien Inhalt und Vorgehensweise der Stel-

lungnahme verurteilten, griff Blocher zurück und kündigte die Einsetzung einer Arbeitsgruppe innerhalb des EJPD zur Überprüfung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB an<sup>2</sup>.

Die neuen Entwicklungen haben der ohnehin regen Debatte neuen Aufschwung gegeben. In teils emotionalen Reaktionen sind verfassungsrechtliche Überlegungen und rechtspolitische Erwägungen verquickt worden. Ausgehend von der Schilderung der Entstehungsgeschichte und des Inhalts von Art. 261<sup>bis</sup> StGB und unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Praxis versucht vorliegender Aufsatz, die geltende Gesetzgebung auf sachlicher Basis zu analysieren. In einem ersten Schritt wird die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit den Kommunikationsgrundrechten der schweizerischen Bundesverfassung und der europäischen Menschenrechtskonvention, namentlich mit der Meinungs und Medienfreiheit (Art. 16 und 17 BV bzw. Art. 10 EMRK) untersucht. Einige von der verfassungsrechtlichen Prüfung getrennte rechtspolitische Überlegungen runden den Beitrag ab.

## II. Die umstrittene Norm

### 1. Entstehungsgeschichte

Die Strafbestimmung gegen die Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) ist eine junge Gesetzesnorm. Sie ist am 1. Januar 1995 in Kraft getreten und ist also erst zwölf Jahre alt. Die Entstehungsgeschichte von Art. 261<sup>bis</sup> StGB ist mit dem Beitritt der Schweiz zum internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungskonvention, RDK) untrennbar verbunden. Die RDK wurde am 21. Dezember 1965 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen und wies im Dezember 2006 173 Vertragsparteien auf<sup>3</sup>.

1 Vgl. die NZZ vom 5. Oktober 2006, S. 13 («Blocher will RassismusStrafnorm ändern Überraschende Äusserungen des Justizministers in der Türkei»).

2 Vgl. die NZZ vom 13. November 2006, S. 10 («Blochers Kleingruppe»).

3 «International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination» (CERD), Resolution 2106 A (XX) der Generalversammlung. – Für einen aktuellen Überblick über den Ratifikationsstand vgl. die unter <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm> abrufbare und regelmässig aktualisierte Liste.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Peduzzi | Ist das Verbot der Rassendiskriminierung revisionsbedürftig?

Da die RDK den Vertragsparteien verschiedene Verpflichtungen auferlegt, die in der landesinternen Gesetzgebung umzusetzen sind, zögerte die Schweiz lange, bevor sie dem Übereinkommen beitrug<sup>4</sup>. Sie tat dies erst, als der Gesetzgeber die innerstaatliche Umsetzung der völkerrechtlichen Pflichten in Angriff nahm und Art. 261<sup>bis</sup> StGB verabschiedete<sup>5</sup>. Gegen die Einführung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB, der dem Wortlaut des Übereinkommens nachgebildet ist, wurde das fakultative Referendum ergriffen. Die Vorlage wurde in der Volksabstimmung vom 25. September 1994 mit einer Mehrheit von 54,6 % der Stimmenden angenommen.

## 2. Inhalt der Norm

Art. 261<sup>bis</sup> StGB erfasst im Wesentlichen vier Gruppen von Sachverhalten<sup>6</sup>. Die ersten drei

- 4 Vgl. FREDI HÄNNI, Die schweizerische AntiRassismusStrafnorm und die Massenmedien, Diss. Bern 1997, S. 21 ff.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, Zürich 1996, S. XXI ff.; ALEXANDRE GUYAZ, L'incrimination de la discrimination raciale, Diss. Lausanne 1996, S. 110 f.; ROBERT ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995, S. 77 f. und 102 ff.; PETER MÜLLER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde?, ZBJV 1994, S. 241 ff., S. 245 f. und 252; DANIEL JOSITSCH, Strafrecht gegen Rassendiskriminierung – Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kolumbien mit Blick auf die Revision des schweizerischen Strafrechts, Diss. St. Gallen 1993, S. 256 ff.; ROLAND STRAUSS, Das Verbot der Rassendiskriminierung: Völkerrecht, internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Diss. Basel 1991, S. 171 ff. und 228 ff.
- 5 Zur Absicht, durch den Erlass von Art. 261<sup>bis</sup> StGB den Anforderungen der RDK gerecht zu werden, vgl. die Botschaft des Bundesrates über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992, BBl 1992 III 269 ff., S. 301 ff.
- 6 Vgl. PETER MÜLLER, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP 1996, S. 659 ff., S. 665 f.; FRANZ RIKLIN, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB), *medialex* 1995, S. 36 ff., S. 39 ff.; KARLLUDWIG KUNZ, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStrR 1992, S. 154 ff., S. 160 f.
- 7 Vgl. Botschaft RDK (Fn. 5), S. 309; P. MÜLLER (Fn. 4), S. 253.
- 8 Vgl. Botschaft RDK (Fn. 5), S. 305 f.; NIGGLI (Fn. 4), N 610 und 614; ROM (Fn. 4), S. 155 f.; JOSITSCH (Fn. 4), S. 275 ff.; STRAUSS (Fn. 4), S. 235 f.

Absätze erklären die Rassenhetze in verschiedenen Begehungsformen als strafbar. Als tatbestandsmässige Handlungen gelten namentlich das öffentliche Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung (Abs. 1), die öffentliche Verbreitung von rassistischen Ideologien (Abs. 2) sowie das Organisieren, das Fördern und die Teilnahme an Propagandaaktionen (Abs. 3). In der zweiten Fallgruppe werden rassistisch motivierte Diskriminierungen unter Strafe gestellt (Abs. 4, 1. Satzteil). Besonders hervorgehoben wird weiter eine dritte Fallgruppe, nämlich das Leugnen, Verharmlosen oder Rechtfertigen von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Abs. 4, 2. Satzteil). Als letzte Konstellation strafbarer Diskriminierung wird schliesslich die rassistisch motivierte Verweigerung einer der Allgemeinheit angebotenen Leistung beschrieben (Abs. 5).

Art. 261<sup>bis</sup> StGB stellt nicht jedes rassistisch motivierte Verhalten unter Strafe. Der Gesetzgeber ist beim Erlass dieser Norm davon ausgegangen, dass nur die öffentliche, nicht aber die private Kommunikation wie z.B. die Kommunikation im Familien und Freundeskreis vom Anwendungsbereich der Norm erfasst werden soll<sup>7</sup>. Nach geltendem Recht ist weiter die blosser Beteiligung an rassistischen Organisationen straffrei. Ebenfalls nicht unter Strafe steht das blosser Tragen von Symbolen und Emblemen mit rassendiskriminierender Bedeutung sowie die Verwendung rassistischer Gesten und Grussformen<sup>8</sup>.

## III. Vereinbarkeit von Art. 261<sup>bis</sup> StGB mit den Kommunikationsgrundrechten

### 1. Die Kommunikationsgrundrechte erfassen auch die rassistische Kommunikation

Die Grundrechtskonformität staatlicher Massnahmen beurteilt sich nach westeuropäischer Grundrecht dogmatik nach dem so genannten SchutzbereichSchranken-Schema. Dabei geht es um eine in zwei Gedankenschritten abgestufte Prüfung. Kann ein Sachverhalt unter den sachlichen Schutzbereich einer Norm subsumiert werden, wird in einer folgenden Phase geprüft, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Einschränkung des berührten Grundrechts erfüllt sind. Eine Grundrechtsverletzung liegt erst vor, wenn der Grundrechtsein-

**Zusammenfassung:** Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) polarisiert die Öffentlichkeit wie kaum eine weitere Gesetzesnorm. Jüngst hat Justizminister Blocher die Daseinsberechtigung dieser Bestimmung in Frage gestellt und eine Welle von Reaktionen ausgelöst.

Unter Berücksichtigung der seit 1995 ergangenen Praxis, analysiert vorliegender Aufsatz die geltende Gesetzgebung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der Meinungs- und Medienfreiheit.

Geprüft wird namentlich, ob die Grundrechtseinschränkung auf einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruht und ob das Verbot der Zensur verletzt wird. Weiter wird die Einhaltung der Kriterien für die Vornahme inhaltsbezogener Kommunikations-einschränkungen und die Verhältnismässigkeit der Grundrechtseinschränkung untersucht.

Einige von der verfassungsrechtlichen Prüfung getrennte rechtspolitische Überlegungen über Machbarkeit und Opportunität einer Gesetzesrevision runden den Beitrag ab.

griff den Einschränkungserfordernissen nicht standhält. Um zulässig zu sein, muss also jede Grundrechtseinschränkung den von Art. 36 BV gestellten Anforderungen genügen: Sie muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Ferner darf sie den grundrechtlichen Kerngehalt nicht berühren.

Das geschilderte Vorgehen gilt auch für die Prüfung, ob die Bestrafung rassistischer Kommunikation mit den in der Bundesverfassung (Art. 16 und Art. 17 BV) und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 10 EMRK) verankerten Meinungs und Medienfreiheit vereinbar ist. Beim ersten Schritt der Grundrechtsprüfung stellt sich die Frage, ob rassistische Äusserungen in den sachlichen Schutzbereich von Art. 16 BV bzw. Art. 10 EMRK fallen. Dies hängt davon ab, ob rassistische Äusserungen als Meinungen zu betrachten sind.

Das Bundesgericht hat den verfassungsrechtlichen Begriff der Meinung seit je weit gefasst und einen offenen Meinungsbegriff verfochten<sup>9</sup>: Werturteile sind Tatsachenbehauptungen gleichzustellen, und die Qualität der Kommunikation im Hinblick auf die Subsumtion irrelevant. Als Meinung im Sinne der Verfassung gilt auch die rassistische Kommunikation<sup>10</sup>. Eine abweichende Lehrauffassung, wonach rassistische Äusserungen nicht als verfassungsrechtlich geschützte Meinungen zu qualifizieren sind, weil kein «Menschenrecht auf Menschen-

rechtsverletzung» bestehen darf, hat sich nicht durchgesetzt<sup>11</sup>. Zur Zeit des Beitritts der Schweiz zur RDK hob der Bundesrat mehrfach hervor, dass die innerstaatlich neu einzuführende Strafrechtsbestimmung im Einklang mit der (damals ungeschriebenen) Meinungsäusserungsfreiheit stehen muss<sup>12</sup>. Eine Position, die vom Parlament geteilt wurde, hat doch die Bundesversammlung einen Vorbehalt angefügt, wonach die Schweiz sich vorbehält, die gesetzgeberischen Massnahmen zur Umsetzung der RDK in gebührender Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte zu ergreifen<sup>13</sup>. Seinerseits hat das Bundesgericht festgestellt, dass Art. 261<sup>bis</sup> StGB eine «gesetzliche Beschränkung der von der EMRK grundsätzlich garantierten Meinungsäusserungsfreiheit» darstellt<sup>14</sup>. In diesem Punkt folgt es dem Standpunkt der Konventionspraxis, welche die Einschränkung rassistischer Kommunikation an den Voraussetzungen des Art. 10 Ziff. 2 EMRK misst<sup>15</sup>.

Der sachliche Schutzbereich erfasst wahre wie unwahre Tatsachenbehauptungen. Im Hinblick auf rassistische Äusserungen bedeutet dies, dass auch die Behauptung einer erwiesenermassen falschen und absurden Tatsache wie die Leugnung der Judenverfolgung und des Holocausts unter den Schutzbereich von Art. 16 BV und Art. 10 EMRK fällt<sup>16</sup>.

## 2. Zulässigkeit der Einschränkung der Meinungs und Medienfreiheit

Die Tatsache, dass rassistische Äusserungen in den Schutzbereich von Art. 16 BV fallen, bedeutet noch lange nicht, dass sie verfassungsrechtlichen Schutz geniessen. Der Grundrechtskonflikt zwischen dem sich rassistisch Äussernden und den Angegriffenen ist auf der Schrankenebene (Art. 36 BV bzw. Art. 10 Ziff. 2 EMRK) zu lösen. Im Folgenden werden die wichtigsten Fragen geprüft, die sich im Zusammenhang mit Art. 261<sup>bis</sup> StGB stellen.

### A) Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage

Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bedingt mit Ausnahme der polizeilichen Generalklausel einen genügend bestimmten, das heisst in seinen Konsequenzen voraussehbaren Rechtssatz und eine demo-

- 9 Vgl. statt vieler BGE 117 Ia 472 (478).
- 10 Vgl. z.B. ROBERTO PEDUZZI, Meinungs und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, S. 191 f.; DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, § 45, N 9; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 2. Auflage, Bern 2006, N 559; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, AJP 1994, S. 1079 ff., S. 1080.
- 11 Die abweichende Meinung wird namentlich von NIGGLI (Fn. 4), N 565 und N 573 ff., vertreten.
- 12 Vgl. die Botschaft RDK (Fn. 5), S. 304 ff.
- 13 Vgl. den Vorbehalt zum Art. 4 RDK, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm#reservations> (Stand: 15. Januar 2007).
- 14 Urteil des BGer vom 18. März 2002, 6S.614/2001, Erw. 2.c.bb. – Vgl. ferner das Urteil des BGer vom 16. September 2003, 6S.148/2003, Erw. 2.2; Urteil des BGer vom 16. Oktober 2001, 6P.92/2001, Erw. 3.
- 15 Wegleitend ist der Fall Jersild v. Dänemark, Urteil des EGMR vom 23. September 1994, Ser. A, Nr. 298.
- 16 Ebenso AUBERT (Fn. 10), S. 1085. Teilweise anders stellt sich die Situation im deutschen Verfassungsrecht vor. Vgl. BVerfGE 90, 241 ff.

kratisch hinreichend abgestützte Gesetzesform.

Art. 261<sup>bis</sup> StGB stellt unbestrittenermassen eine hinreichende Gesetzesform dar, da diese Bestimmung in einem formellen Gesetz verankert ist, das überdies die ausdrückliche Zustimmung des Stimmvolkes erhalten hat. Fraglich bleibt, ob die Strafnorm genügend bestimmt formuliert ist. Art. 261<sup>bis</sup> StGB enthält etliche unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa «öffentlich», «aufrufen», «diskriminieren», «herabsetzen», «verleumden» oder «in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise».

Zum Stil der Formulierung ist vorweg anzumerken, dass der Tatbestand der Rassendiskriminierung sich in eine sich in den letzten Jahren abzeichnende Entwicklung einfügt. Im modernen Strafrecht, so etwa im Bereich der Bekämpfung krimineller Organisationen (Art. 260<sup>ter</sup> StGB), werden Defizite an Tatbestandsbestimmtheit allgemein in Kauf genommen, um das Interesse eines effizienten, verstärkt auf Prävention ausgerichteten Strafschutzes in den Vordergrund treten zu lassen<sup>17</sup>. Damit ist aber zugleich gesagt, dass die rechtsstaatliche Dimension der Strafgesetzgebung an Bedeutung verliert. Ob diese Entwicklung begrüssenswert ist, ist eine im Zeitalter der internationalen Terrorismusbekämpfung offene Frage. Sicher steht allerdings fest, dass die Debatte über die Opportunität rechtsstaatlicher Defizite nicht allein auf den Tatbestand von Art. 261<sup>bis</sup> StGB beschränkt werden darf. Ungeachtet dieser allgemeinen Tendenz sah ein Teil der Lehre zur Zeit des Inkrafttretens des Rassendiskriminierungsverbots ein rechtsstaatliches Problem in der tatbestandlichen Unschärfe der Gesetzesbestimmung<sup>18</sup>. Anlass zur Kritik gab insbesondere das Argument, dass die «Intransparenz» des Straftatbestandes zu «bislang unbekanntem Beurteilungsspielräumen» führen würde, die «kaum prognostizierbar» wären<sup>19</sup>. Damit so die damalige Kritik weiter werde das Opportunitätsprinzip bei der Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzungen eingeführt, was im Widerspruch mit dem überkommenen Prinzip stehe, wonach die Strafbarkeit feststehen muss, bevor Strafbedürftigkeitsüberlegungen anzustellen sind<sup>20</sup>.

Diesen Argumenten wurde schon damals entgegengehalten, dass Art. 261<sup>bis</sup> StGB

Kontur gewonnen und praktikabel geworden wäre, wenn die Tatbestandskonkretisierung sich von der gesetzgeberischen Regelungabsicht hätte leiten lassen. Denn diese Norm anvisiere lediglich die Vorbeugung der Entstehung eines Klimas der Rassenhetze und der Herabwürdigung von Gruppen und Menschen, nicht jedoch die Kriminalisierung von Gesinnungen, die zwar moralisch verwerflich sein können, aber rechtlich nicht zu steuern sind. Vor diesem Hintergrund sah ein anderer Teil der Lehre das Rassendiskriminierungsverbot nicht unklarer als andere Bestimmungen des Strafgesetzbuches<sup>21</sup>.

Zwölf Jahre nach dem Inkrafttreten von Art. 261<sup>bis</sup> StGB und nachdem etliche höchstrichterliche Entscheide ergangen sind, steht fest, dass die anfänglichen Zweifel über die Sicherheit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung sich gelöst haben. Das Bundesgericht hat in einer grundsätzlichen Stellungnahme zwar eingeräumt, dass Auslegung und Anwendung dieser Norm «wegen der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe einige Schwierigkeiten» bieten<sup>22</sup>. Die einzelnen Tatbestandsvarianten seien aber «nicht derart unbestimmt, dass ihnen, gestützt auf Art. 1 StGB, die Anwendung versagt werden müsste»<sup>23</sup>.

Diese grundsätzliche Aussage des Bundesgerichts wird dahin gehend gestützt, dass die bisher gefällten Urteile von einem kohärenten Gesamtbild zeugen<sup>24</sup>. Seit 1995 hat das Bundesgericht mindestens 12 Urteile in der amtlichen Sammlung (BGE) pu-

17 Vgl. KARLLUDWIG KUNZ, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG), ZStrR 1998, S. 223 ff, S. 224 f.; NIGGLI (Fn. 4), N 26.

18 Vgl. CHARLES PONCET, La répression du négationnisme sous l'angle de l'art. 10 CEDH, *medialex* 2001, S. 81 ff., S. 83 und 89; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II, 5. Auflage, Bern 2000, § 39 N 21; KUNZ (Fn. 17), S. 224 ff.; HÄNNI (Fn. 4), S. 34 und 66 ff. und 110 ff.; ROM (Fn. 4), S. 164 f.; KUNZ (Fn. 6), S. 158 ff. und 168 ff.

19 KUNZ (Fn. 17), S. 225. – Ähnlich KUNZ (Fn. 6), S. 159.

20 Vgl. erneut KUNZ (Fn. 17), S. 225.

21 Vgl. P. MÜLLER (Fn. 4), S. 258; AUBERT (Fn. 10), S. 1081.

22 Urteil des BGer vom 3. März 2000, 6P.132/1999, Erw. 14.

23 Urteil des BGer vom 3. März 2000, 6P.132/1999, Erw. 14.

24 Für eine kritische Bestandesaufnahme der Rechtsprechung bis 2001 vgl. den 2. und 3. Bericht der Schweiz an den UNOAusschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 22. Mai 2001, N 104 ff. (am. 15. Januar 2007 von der Internetseite des Hohen Kommissariats für Menschenrechte der Vereinten Nationen abrufbar: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/626c2b1f4ae950bbc1256b51005c0d3d/\\$FILE/G0142413.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/626c2b1f4ae950bbc1256b51005c0d3d/$FILE/G0142413.pdf)).

bliziert. Hinzu kommen die nicht veröffentlichten Entscheide des Bundesgerichts (seit 2000 sind nicht weniger als 17 Bundesgerichtsurteile auf der Webseite des Bundesgerichts abrufbar) und die Entscheide der kantonalen Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden<sup>25</sup>.

Eine grosse Zahl der Bundesgerichtsurteile betrifft die Konkretisierung des Begriffes der Öffentlichkeit<sup>26</sup>. Nach einer anfänglichen Phase, in welcher eine eindeutige Rechtsprechungslinie nicht leicht zu erkennen war, hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil seine Praxis klargestellt und festgelegt, dass als öffentlich im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> StGB Äusserungen gelten, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat sind Äusserungen im Familien und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt von den konkreten Umständen ab. Die Zahl der anwesenden Personen kann eine Rolle spielen, ist aber nicht das einzig massgebende Kriterium<sup>27</sup>.

Weitere Entscheide befassen sich mit verschiedenen Formen von Herabsetzung oder Rassendiskriminierung<sup>28</sup>. In diesem Zusam-

menhang führt die Praxis aus, dass als Herabsetzung oder Diskriminierung alle Verhaltensweisen erscheinen, durch welche den Angehörigen einer Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer Rasse, Ethnie oder Religion die Gleichwertigkeit als menschliche Wesen oder die Gleichberechtigung in Bezug auf die Menschenrechte abgesprochen oder zumindest in Frage gestellt werden. Bei der Gesetzesanwendung gilt aber zu berücksichtigen, dass in der politischen Auseinandersetzung eine Herabsetzung oder Diskriminierung nicht leichthin zu bejahen ist. Den Tatbestand erfüllt somit nicht bereits, wer über eine geschützte Bevölkerungsgruppe etwas Unvorteilhaftes äussert, solange die Kritik im Gesamtzusammenhang sachlich bleibt und sich auf objektive Umstände stützt<sup>29</sup>.

Eine wichtige Rolle spielen in der Praxis weiter die Urteile über die Strafbarkeit der Holocaustleugnung<sup>30</sup>. Zur Frage, ob weitere Völkermorde neben dem Holocaust unter Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Satzteil StGB zu subsumieren sind, hat sich das Bundesgericht leider noch nicht geäussert<sup>31</sup>. Gelegentlich sind auch Urteile zur Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB ergangen<sup>32</sup>.

Aus strafprozessualer Sicht sind Fragen der Opfer und Parteistellung sowie der Beschwerdelegitimation der Betroffenen thematisiert worden<sup>33</sup>. Dabei unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Tatbestandsvariante der Völkermordleugnung und den weiteren Tatbestandsvarianten<sup>34</sup>. Schliesslich ist die Problematik der Einziehbarkeit von Gegenständen, die für die rassistische Propaganda bestimmt waren, erörtert worden<sup>35</sup>.

#### B) Verstösst Art. 261<sup>bis</sup> StGB gegen das Verbot der Zensur?

Gemäss Art. 36 Abs. 4 BV darf der Kerngehalt von (Kommunikations)Grundrechten in keinem Fall angetastet werden. Grundrechtliche Kerngehalte sind jene Teilbereiche des sachlichen Schutzbereichs, die keinen Eingriff dulden und als solche absolute Schranken gegenüber Grundrechtseinschränkungen bilden. Eine zentrale Erscheinung des Kerngehalts der Kommunikationsgrundrechte ist das Verbot der Zensur (Art. 17 Abs. 2 BV)<sup>36</sup>. Im Zusammenhang mit der

- 25 Gemäss den von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus veröffentlichten statistischen Angaben erfolgten bis Ende 2003 241 Anzeigen; es ergingen 123 Urteile, 23 Frei und 100 Schuldsprüche. Vgl. <http://www.edi.admin.ch/ekr/db/00586/00650/index.html?lang=de&PHPSESSID=cb715cf0dc7eacc44f3be487cdc95399> (Stand: 15. Januar 2007).
- 26 Vgl. BGE 130 IV 111 ff.; BGE 127 IV 203 ff.; BGE 126 IV 230 ff.; BGE 126 IV 176 ff.; BGE 126 IV 20 ff.; Urteil des BGer vom 30. Mai 2002, 6S.635/2001.
- 27 Vgl. BGE 130 IV 111 (119 f.).
- 28 BGE 131 IV 23 ff.; BGE 128 I 218 ff.; Urteil des BGer vom 31. Oktober 2005, 6S.297/2005; Urteil des BGer vom 26. September 2000, 6S.367/1998; Urteil des BGer vom 16. September 2003, 6S.148/2003; Urteil des BGer vom 22. Juni 2000, 1P.232/2000.
- 29 Vgl. BGE 131 IV 23 (28).
- 30 Vgl. BGE 127 IV 203 ff.; BGE 126 IV 230 ff.; BGE 126 IV 20 ff.; Urteil des BGer vom 22. Januar 2003, 6S.698/2001; Urteil des BGer vom 18. März 2002, 6S.614/2001; Urteil des BGer vom 22. März 2000, 6S.719/1999; Urteil des BGer vom 3. März 2000, 6P.132/1999; Urteil des BGer vom 19. August 2003, 1P.297/2003; Urteil des BGer vom 16. Oktober 2001, 6P.92/2001.
- 31 Vgl. dazu hinten IV.
- 32 Vgl. BGE 131 IV 78 ff.; Urteil des BGer vom 19. März 2003, 1P.147/2003.
- 33 Vgl. BGE 129 IV 216 ff.; BGE 123 IV 202 ff.; Urteil des BGer vom 9. Mai 2005, 6P.29/2005.
- 34 Vgl. BGE 129 IV 95 ff.; Urteil des BGer vom 7. November 2002, 6P.73/2002.
- 35 Vgl. BGE 124 IV 121 ff.; Urteil des BGer vom 27. September 2000, 1P.437/2000.
- 36 Vgl. PEDUZZI (Fn. 10), S. 244 ff.; SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 463 f.

Einschränkung rassistischer Kommunikation stellt sich namentlich die Frage, ob sie eine unzulässige Form von Zensur darstellt.

Nicht jede inhaltsbezogene Einschränkung ist als Zensur im Sinne von Art. 17 Abs. 2 BV einzustufen: Nur die präventive und systematische Inhaltskontrolle fällt darunter. Obwohl der Verfassungswortlauf zwischen Vor- und Nachzensur nicht differenziert, ist allgemein anerkannt, dass nur das Verbot der präventiven (vorgängigen) Zensur als kommunikationsgrundrechtlicher Kerngehalt aufzufassen ist<sup>37</sup>. Eine nachträgliche, d.h. nach ihrer Veröffentlichung erfolgende Inhaltskontrolle, wie es bei der Bestrafung rassistischer Kommunikation der Fall ist, erfüllt dieses Kriterium nicht. Neben dem Zeitpunkt spielt die Modalität der Kommunikationseinschränkung eine gewichtige Rolle: nur eine breit angelegte, systematische Inhaltskontrolle berührt das kerngehaltsrelevante Zensurverbot<sup>38</sup>. Dies würde etwa zutreffen, wenn die Zulässigkeit der Meinungsverbreitung von einer behördlichen Genehmigung regelmässig abhängig gemacht würde, nicht aber, wenn die Inhaltskontrolle punktuell, namentlich auf Anzeige hin, praktiziert wird.

Die herrschende Auffassung ist zweifellos zu begrüssen: Wäre jedes Anknüpfen am Kommunikationsinhalt von vornherein unzulässig, würde beispielsweise kein Raum für die Einschränkung pornographischer Kommunikation oder für den Erlass von Werbevorschriften für gesundheitsgefährliche Produkte bestehen. Dies kann offensichtlich nicht der Fall sein.

#### C) Art. 261<sup>bis</sup> StGB als inhaltsbezogene Kommunikationseinschränkung

Obwohl nicht jede Grundrechtseinschränkung, die einen engen Bezug zum Inhalt der Äusserung hat, als Zensur einzustufen ist, bleiben inhaltsbezogene Kommunikationseinschränkungen heikel. Durch die Privilegierung einzelner Ansichten besteht die Gefahr der Diskriminierung unbeliebter Auffassungen, was im Gegensatz zum Grundgedanken einer offenen und toleranten gesellschaftlichen Ordnung steht. Inhaltsbezogene Kommunikationseinschränkungen sind mit anderen Worten «verdächtig» und ihre Eindämmung verdient besonderen Grundrechtsschutz. Um dieser Gefahr vorzubeugen hat die Grund-

rechtslehre erhöhte Zulässigkeitsanforderungen für die Rechtfertigung inhaltsbezogener Kommunikationseinschränkungen erarbeitet<sup>39</sup>. Zwei Voraussetzungen sind strikt einzuhalten. Jede inhaltsbezogene Einschränkung gilt zunächst als «schwerwiegend» im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV. Als solche muss sie auf einer formellen gesetzlichen Grundlage beruhen. Weiter darf an den Kommunikationsinhalt nur angeknüpft werden, wenn ein zwingender Grund polizeilicher Natur das rechtfertigt. In diesem Zusammenhang kommen vor allem Grundrechtsinteressen Dritter in Betracht. Inhaltsbezogene Kommunikationseinschränkungen, die zur Wahrung nichtpolizeilicher Interessen erfolgen, sind demgegenüber unzulässig.

Im Fall von Art. 261<sup>bis</sup> StGB trifft das demokratisch begründete Erfordernis der hinreichenden Gesetzesform zu<sup>40</sup>. Die aus dieser Bestimmung resultierende Kommunikationseinschränkung liegt ferner im polizeilichen Interesse. Die Bestimmung will die Wahrung des öffentlichen Friedens und der öffentlichen Sicherheit sichern und schützt Grundrechtsinteressen Dritter, in erster Linie die Würde der Opfer und der Betroffenen<sup>41</sup>.

#### D) Verhältnismässigkeit der Grundrechtseinschränkung

Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung gebietet, dass Kommunikationseinschränkungen nur im Rahmen des Nötigen zugelassen

37 Vgl. PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 17 N 16; HERBERT BURKERT, *St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich u.a. 2002, Art. 17 N 45 f.; BARRELET (Fn. 10), N 46; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 10), N 572; J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Auflage, Bern 1999, S. 193; MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz* Ergänzungsband, Bern 2005, S. 191 f.; ANDREAS KLEY, *Die Medien im neuen Verfassungsrecht*, in: Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, Bern 2000, S. 183 ff., S. 202.

38 Vgl. z.B. PEDUZZI (Fn. 19), S. 74 f. und 82.

39 Vgl. RENÉ A RHINOW, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel/Genf/München 2003, N 1426; ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, *St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich u.a. 2002, Art. 16 N 17; BURKERT (Fn. 37), Art. 17 N 46; BARRELET (Fn. 10), N 48; J. P. MÜLLER (Fn. 37), S. 193 f.; KLEY (Fn. 37), S. 202 f.

40 Vgl. dazu vorne III, 2, A).

41 Vgl. BGE 128 I 218 (222); BGE 123 IV 202 (206). – Aus der Lehre vgl. PEDUZZI (Fn. 10), S. 264 ff., mit weiterführenden Hinweisen aus verfassungsrechtlicher und strafrechtlicher Perspektive.

werden. Die Grundrechtsbeeinträchtigung, die aus der Zulassung rassistischer Meinungsäusserungen entsteht, muss mit anderen Worten diejenige, die sich aus ihrer Unterdrückung ergibt, überwiegen<sup>42</sup>.

Rassistische Äusserungen dürfen erst eingeschränkt werden, wenn eine Gefährdung des öffentlichen Friedens oder eine Verletzung der Menschenwürde Dritter vorliegt. Und auch dann muss eine Einschränkung ausbleiben, wenn keine vernünftige Relation zwischen dem anvisierten Eingriffszweck und der herbeigeführten Eingriffswirkung besteht. Aus diesem Grund entschloss sich der Gesetzgeber, mit Ausnahme von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB (Leistungsverweigerung) nur die öffentliche Kommunikation unter Strafe zu stellen.

Bei der Erarbeitung der wesentlichen Kriterien für die Vornahme der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass rassistische Kommunikation keinen demokratischen Wert besitzt, weil sie weder einen gesellschaftskritischen noch einen meinungsbildenden Inhalt hat und somit nicht zum geistigen Meinungskampf beiträgt. Auch können rassistische Äusserungen keinen künstlerischen oder wissenschaftlichen Anspruch erheben<sup>43</sup>. In diesem Sinne sind sie als minderwertige Kommunikation einzuordnen, die weitergehenden Einschränkungen unterworfen werden kann<sup>44</sup>.

Aus der Minderwertigkeit der rassistischen Kommunikation folgt nach der hier vertretenen, in der Schweiz nicht herrschenden Auffassung, dass das von Lehre<sup>45</sup> und Praxis<sup>46</sup> vielfach betonte Gebot verfassungsverfassungskonformer Auslegung des

Art. 261<sup>bis</sup> StGB stark zu relativieren ist. Richtigerweise soll Art. 261<sup>bis</sup> StGB primär als Norm zum Schutz der Menschenwürde und zur Verwirklichung der indirekten Drittwirkung gegen Diskriminierungen angesehen werden<sup>47</sup>. Der Schutz der Meinungsfreiheit der sich Äussernden kommt erst an zweiter Stelle. In die hier postulierte Richtung argumentiert auch die EMRK-Praxis: Indem sie die Missbrauchsklausel (Art. 17 EMRK) in die Verhältnismässigkeitsprüfung des Art. 10 Ziff. 2 EMRK einfließen lässt, verneint sie den Schutz von Art. 10 EMRK für rassenhetzerische oder revisionistische Äusserungen, weil diese sich gegen die Meinungsfreiheit selber richten und Ziele verfolgen, die – falls sie zugelassen würden – zur Zerstörung der Konventionsrechte beitragen würden<sup>48</sup>.

#### IV. Machbarkeit und Opportunität einer Gesetzesrevision

Die Feststellung, dass Art. 261<sup>bis</sup> StGB verfassungskonform ist, bringt nicht zwingend mit sich, dass diese Bestimmung nicht revidiert oder gar abgeschafft werden darf. Die Abschaffung oder die Änderung der Norm würde zwar die Kündigung der RDK durch die Schweiz unausweichlich machen. Angenommen, dass der Gesetzgeber bereit wäre, die sich aus der Kündigung ergebenden völkerrechtlichen Konsequenzen in Kauf zu nehmen, würde dieser Umstand dennoch den Gesetzgeber nicht hindern, die eigene landesinterne Rechtsordnung anzupassen.

Ob dies opportun oder gar angebracht ist, ist eine weitere Frage. Die Gesetzgebung soll sich durch ihre Fähigkeit auszeichnen, gesellschaftliche Bedürfnisse aufzufassen und gemeinschaftliche Probleme, die sich aus diesen Bedürfnissen ergeben, zu lösen. In diesem Sinne hat jeder gesetzgeberische Entscheid eine politische Dimension. Der Gesetzgeber ist Ausdruck des kollektiven politischen Willens, er verkörpert ja mit seiner Besetzung den kollektiven Willen der Stimmbürger. Bei der Ausübung der gesetzgeberischen Gewalt soll sich der Gesetzgeber vom Gedanken leiten lassen, dass die Rechtssetzung eine über die Grenzen der partikularen und parteipolitischen Wertvorstellungen hinausgehende Aufgabe darstellt, die letztlich Ausdruck eines freiheitlichdemokratischen und pluralistischen Staatsverständnisses ist. Die Meinungs und

42 Vgl. BARRELET (Fn. 10), N 9; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 10), N 605 ff.

43 Zur Abgrenzung zwischen seriösen wissenschaftlichen Untersuchungen und pseudowissenschaftlichen rassistischen Behauptungen vgl. ALEXANDRE GUYAZ (Fn. 4), S. 195 f. – Vgl. auch das Urteil des BGer vom 22. Januar 2003, 6S.698/2001, Erw. 1 und 5.4.

44 Ebenso STRAUSS (Fn. 4), S. 224.

45 In diesem Sinne argumentieren z.B. HÄNNI (Fn. 4), S. 104 und 121 ff.; P. MÜLLER (Fn. 6), S. 663; RIKLIN (Fn. 6), S. 43.

46 Vgl. BGE 131 IV 23 (27 f.); Urteil des BGer vom 16. September 2003, 6S.148/2003, Erw. 2.2; Urteil des BGer vom 3. März 2000, 6P.132/1999, Erw. 13.a.

47 Von diesem Normverständnis geht auch J. P. MÜLLER (Fn. 37), S. 94 und 455, aus.

48 Vgl. z.B. den Fall *Marais v. Frankreich*, Entscheid der EKMR vom 24. Juni 1996, D.R. 86A, S. 184 ff. Für weiterführende Praxishinweise vgl. SCHEFER (Fn. 37), S. 196 f.

Medienfreiheit gehört selbstverständlich zu den Grundpfeilern eines solchen Staatsverständnisses. Keine individuelle Freiheit ist aber in einer auf harmonisches Zusammenleben ausgerichteten Gesellschaft schrankenlos. In einem demokratischen, den Idealen der Gleichheit und der Toleranz verpflichteten Rechtsstaat dürfen rassistische Meinungsäusserungen keinen Platz finden<sup>49</sup>. Denn die Meinungsfreiheit darf nicht als Vorwand zur Förderung tiefst undemokratischer Werte missbraucht werden. Der Gesetzgeber ist aus diesen Gründen nicht bloss ermächtigt, sondern verpflichtet, Angehörige von Zielgruppen vor rassistischer Meinungsäusserung zu schützen.

Vertretbare Gründe für eine inhaltliche Revision der umstrittenen Strafnorm sind seit dem Inkrafttreten von Art. 261<sup>bis</sup> StGB keine entstanden<sup>50</sup>. Die über die Jahre regelmässige Gerichtspraxis zeigt, dass das Schutzbedürfnis ethnischer und kultureller Minderheiten sowie benachteiligter Personengruppen nach wie vor aktuell ist. Angesichts der stetig wachsenden Mobilität ist kaum zu erwarten, dass das Gesamtbild sich in den nächsten Jahren ändern wird. Kaum mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar sind weiter die Versuche, die Rechtsprechung unter Druck zu setzen. In einem funktionierenden, auf dem Grundsatz der Gewaltentrennung beruhenden Staatswesen sollen politische Behörden Gerichten nicht vorschreiben, wie sie das Recht zu sprechen haben. Die Ausübung der Rechtsprechung ist eine staatliche Funktion, welche über die gesellschaftlichen Konflikte nicht hinwegtäuschen kann. Insofern ist es unvermeidlich, dass die Gerichte auch eine politische Aufgabe wahrnehmen müssen. Das Bild des Richters als gefühlloser Vollstrecker eines in alle Einzelheiten vorgegebenen Willens des Gesetzgebers entspricht nicht dem Bedürfnis einer modernen Gesellschaft, die rasche Antworten auf die sich ständig neu wandelnden Fragestellungen verlangt. Gerade weil dies manchmal eine äusserst heikle Aufgabe ist, ist es von äusserst wichtiger Bedeutung, dass die Judikative die institutionelle Freiheit genießt, um über den Inhalt der Rechtsprechung frei von jeglichem politischem Druck zu bestimmen.

Die institutionelle Freiheit der Rechtsprechung hat auch eine Kehrseite. Gesetze, die sich der demokratische Gesetzgeber in einem offenen Verfahren gibt, sind anzuwenden.

Die Gerichte können nicht nach Belieben entscheiden, ob und wann sie tätig werden. Es gehört zu den Kernaufgaben der Rechtsprechung, sich mit politisch und historisch heiklen Fragen zu befassen. Dies gilt selbstverständlich auch im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Rassendiskriminierungsverbotes, namentlich mit der Beantwortung der umstrittenen Frage, ob die Leugnung des Völkermords an den Armeniern von 1915 unter Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 zweiter Satzteil StGB fällt. Die Kontroverse belastet seit mehreren Jahren die schweizerisch-türkischen Beziehungen<sup>51</sup> und ist zum innenpolitischen Thema avanciert<sup>52</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Lehre haben sich die Stimmen vermehrt, die eine Klarstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangen<sup>53</sup>. In den Medien sind weiter materielle Stellungnahmen von Historikern und Journalisten, teilweise in gegensätzliche Richtungen, erschienen<sup>54</sup>. Seinerseits hatte das Bundesgericht die Gelegenheit schon im Jahr 2002, eine inhaltliche Antwort auf die umstrittene Frage zu geben<sup>55</sup>. Dabei scheute es sich offensichtlich, Stellung zu beziehen und trat aus strafprozessualen Gründen auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein. Die zurückhaltende Haltung des Bundesgerichts ist sehr zu bedauern und trägt nicht zur Verstärkung des Vertrauens in die Unabhängigkeit der Rechtsprechung bei. Es ist nun zu hoffen, dass das Bundesgericht sich seiner institutionellen Aufgabe gewachsen zeigt und endlich eine verbindliche Entscheidung fällt. ■

49 Ebenso P. MÜLLER (Fn. 4), S. 250.

50 In diesem Sinne argumentiert neuerdings auch FRANZ RIKLIN, *Punir le négationnisme?*, *medialex* 2006, S. 169.

51 Für einen zusammenfassenden Überblick über die Ereignisse vgl. die NZZ am Sonntag vom 31. Juli 2005, S. 7 («Konflikte ohne Ende» und «Die Schweiz beschneidet die Freiheit – Alev Kilig, Botschafter der Türkei in Bern, kritisiert die Schweizer Justiz»).

52 Vgl. z.B. die NZZ vom 17. Oktober 2006, S. 13 («RassismusStrafnorm falsche Priorität»).

53 Vgl. HANS VEST, *Zur Auslegung des Revisionismustatbestands der Vorschrift über Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB, 2. Alternative)*, AJP 2006, S. 122 f.; DOMINIQUE EXQUIS/MARCEL A. NIGGLI, *Recht, Geschichte und Politik – Eine Tragikomödie in Akten über das Rechtsgut von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 Zweite Satzhälfte StGB)*. Zugleich Anmerkungen zu BGE 129 IV 95, AJP 2005, S. 1274 ff.; HANS VEST, *Folter ohne Ende*, AJP 2004, S. 1275 ff.; HANS VEST, *Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915 – Eine politisch noch immer und strafrechtlich wieder aktuelle Kontroverse*, AJP 2000, S. 66 ff.

54 Vgl. NZZ vom 27. Oktober 2006, S. 13 («Symbolik gegen das Böse. Rassismus, Brutalos, Wirtschaftsgebaren strafrechtliche Problembewältigung hat Hochkonjunktur»); NZZ am Sonntag vom 21. August 2005, S. 12 («Armenienfrage löst Kontroverse um RassismusArtikel aus»); NZZ vom 9. Juli 2005, S. 85 («Geschichte als Schlüssel zur Zukunft. Der Armeniermord und die Identität der Türkei»).

55 Vgl. BGE 129 IV 95 ff.

# Der Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten nach dem revidierten Fernmelderecht

*Heinrich Wilms*

*Professor für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Medienrecht an der Zeppelin University Friedrichshafen*

*Thomas Maier*

*Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Friedrichshafen*

*Volker Köllmann*

*Head of Business Development, telegate AG, München*

**Résumé:** *Les données d'annuaire actualisées représentent une ressource clé pour l'efficacité des services de renseignements et la publication des annuaires. Par le passé, des entreprises intéressées se sont plaintes du comportement de Swisscom Directories SA qui gérait le stock de données d'annuaire le plus conséquent. La Comco n'a toutefois pu mettre à jour aucune infraction à la loi sur les cartels. La nouvelle loi impose un changement dans la formation des prix, dans la mesure où seuls les coûts liés à la mise à disposition des données d'annuaires peuvent être répercutés. Un paiement tributaire du nombre de requêtes ou de critères de succès économique est inacceptable. Cela conduira à des paiements marginaux pour les données d'annuaire actualisées. En outre, l'ampleur de ces dernières doit être plus précisément examinée.*

## I. Einleitung

Um eine Telefonnummer mittels Auskunftsdiensten, elektronischer oder gedruckter Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) dem Endverbraucher zur Verfügung stellen zu können, benötigen die Anbieter von Auskunft und Teilnehmerverzeichnisdiensten die Daten (insb. Name und Telefonnummer) der Endkunden von

- 1 Swisscom hat sämtliche Verzeichnisdienstleistungen seit 1999 auf die Swisscom Directories AG ausgelagert. SD ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Swisscom AG und der PubliGroupe S.A. Vgl. hierzu RPW/DPC 2005/1, S. 54 Z. 2.
- 2 Vgl. Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) v. 24.3.2006, BBl 2006 3565 ff. – künftig: FDV n.F.; (Vernehmlassungs)Entwurf der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) v. 28.6.2006 (abrufbar unter [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch)) – für die weiteren Ausführungen wird diese Fassung zugrunde gelegt und als FDV n.F. bezeichnet. Es wird mithin unterstellt, dass der Entwurf in den hier relevanten Punkten unverändert bleibt.
- 3 Art. 21 Abs. 3 S. 2, Art. 11a FMG n.F. ermöglicht nunmehr eindeutig eine hoheitliche Regulierung der Entgelte für die Bereitstellung regulierter Verzeichnisdaten.
- 4 Vgl. zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland: WILMS, H., Die zulässige Höhe der Datenkosten nach dem Telekommunikationsgesetz und die mangelhafte Umsetzung der Europäischen Sprachtelefonienrichtlinie in Deutschland, Münster 2003; MAIER, T., Der Zugang zu den Daten der Telefondienstkunden im novellierten deutschen und europäischen Telekommunikationsrecht, Diss. 2006.

Fernmeldediensteanbietern (FDA). Die Bereitstellung dieser sog. Verzeichnis oder Telefonteilnehmerdaten erfolgt in drei Stufen: Zunächst erfassen die FDA die Daten ihrer Teilnehmer. Diese Daten enthalten neben Telefonnummer, Name, Vorname und Adresse auch noch weitere Angaben über den Kunden. Im zweiten Schritt werden die bei den FDA gespeicherten Daten an den Incumbent<sup>1</sup> Swisscom Directories (SD), der in der Schweiz als «Datensammelstelle» fungiert, weiter geliefert. Im dritten Schritt werden die von der SD verwalteten Daten den Anbietern von Auskunft und Teilnehmerverzeichnisdiensten zur Verfügung gestellt. Die demnächst in Kraft tretende Novellierung des schweizerischen Fernmelderechts<sup>2</sup> wird diesen Ablauf im Wesentlichen unverändert lassen. Bei der nachgelagerten Bereitstellung von Verzeichnisdaten an Auskunftsdienste und Herausgeber von Teilnehmerverzeichnissen lassen sich aber grundlegende Änderungen feststellen. Diese sind zum einen verfahrensrechtlicher Natur.<sup>3</sup> Zum anderen fordern Art. 21 Abs. 2 FMG n.F., Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. künftig eine kostenorientierte Preisgestaltung durch SD bei der Festlegung des Entgelts für die Bereitstellung von Verzeichnisdaten.

Das Entgelt für den Zugang zu den Telefonteilnehmerdaten der FDA ist auch<sup>4</sup> in der Schweiz seit Jahren Gegenstand von rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Wilms/Maier/Köllmann | Der Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten

dem Incumbent und Unternehmen, die Auskunftsdienste und/oder Telefonbücher bereitstellen wollen. Der Zugang zu den Verzeichnisdaten der Unternehmen, die Dienste der Grundversorgung anbieten, ist zwar bisher schon in Art. 21 Abs. 2 FMG<sup>5</sup> und Art. 29 Abs. 5 FDV<sup>6</sup> geregelt. Mehrere Teilnehmerdaten nachfragende Unternehmen beschwerten sich aber ab 1999 bei der WEKO über die vom ehemaligen Staatsmonopolunternehmen auferlegten Zugangsbedingungen. Die Beschwerdeführer machten vor allem geltend, SD gewähre den Zugang gar nicht, nicht in der gewünschten Form, zu überhöhten Preisen oder nur unter inakzeptablen Beschränkungen hinsichtlich der Weiterverwertung.<sup>7</sup>

Im Dezember 2001 richtete die Glue Software Engineering AG ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit der Begründung an die WEKO, SD verrechne erstens für die eigenen Verzeichnisangebote im Internet intern nicht den gleichen Preis wie für ihre externen Kunden. Zweitens gewähre sie bestimmten Kunden den Zugang zu ihrer Datenbank auf eine weniger kostenintensive Weise und drittens verkaufe SD ihre Daten sowohl an Endkunden als auch an Nichtendverbraucher zum gleichen Preis.<sup>8</sup> Die allgemeine Kartellbehörde konnte aber keine grosse Wahrscheinlichkeit für ein missbräuchliches Verhalten der SD feststellen.<sup>9</sup> Die Vorwürfe sollten aber im Rahmen der im Januar 2002 eingeleiteten<sup>10</sup> Vorabklärung im Einzelnen geprüft werden.<sup>11</sup> Dabei ging es vor allen Dingen um die Frage, zu welchen Bedingungen SD die regulierten – d.h. die in den Anwendungsbereich von Art. 21 FMG, Art. 29 FMG fallenden – Verzeichnisdaten weiterverkauft.

Nach Durchführung der Vorabklärung eröffnete die WEKO schliesslich im November 2003 eine Untersuchung gegen SD. Es sollte überprüft werden, ob die Konditionen, zu welchen SD die regulierten Verzeichnisdaten Dritten bereitstellt, mit dem Kartellrecht in Einklang stehen.<sup>12</sup> Die allgemeine Kartellbehörde<sup>13</sup> kam im November 2004 zu dem Ergebnis, dass SD zwar auf dem Markt für elektronische Adressdaten und dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Untersuchung sei aber einzustellen, weil SD die für alternative Verzeichnisse und Verzeichnisdienste nötigen Daten an Dritte zu nicht wettbewerbsschädigenden Konditionen herausgebe. Dem ging eine eingehende Erörterung der Beziehungen zwischen den involvierten Unternehmen sowie der Bedingungen für die Nutzung der regulierten und unregulierten Verzeichnisdaten voraus.

Ob die kartellrechtliche Einschätzung der WEKO zutreffend ist, soll an dieser Stelle nicht untersucht werden. Vor dem Hintergrund der Novelle des schweizerischen Fernmelderechts stellt sich vielmehr die Frage, ob das von der WEKO festgestellte Verhalten der SD mit den künftigen gesetzlichen Vorgaben in Einklang steht. Im Folgenden wird gezeigt, dass dies nicht der Fall ist.

## II. Offline vs. Onlineverfahren

Beim Zugang zu den Verzeichnisdaten muss zwischen der sog. Offline und der sog. Onlineüberlassung unterschieden werden. Im Rahmen des Offlineverfahrens überlässt das herausgabepflichtige Unternehmen den Datenbestand auf einem physischen Trägermedium (z.B. CDROM) an das nachfragende Unternehmen oder bietet diesem den Dateidownload über einen mittels IPAdresse anwählbaren Server an. Die «blockweise»<sup>14</sup> erhaltenen Datensätze kann das nachfragende Unternehmen dann für eigene Zwecke weiterverwenden. Im Gegensatz dazu findet bei der Onlineüberlassung keine Überlassung des gesamten Datenbestandes statt. Hier bindet das herausgabepflichtige Unternehmen das Auskunftsdienstleistungsunternehmen vielmehr unmittelbar an seine Datenbank an. Das nachfragende Unternehmen hat dann die Möglichkeit, nach Eingang einer Anfra-

**Zusammenfassung:** Die regulierten Verzeichnisdaten stellen eine Schlüsselressource für das Erbringen von Auskunftsdienstleistungen und das Herausgeben von Telefonbüchern dar. In der Vergangenheit haben sich interessierte Unternehmen über das Verhalten der den bedeutendsten Verzeichnisdatenbestand verwaltenden Swisscom Directories AG beschwert. Die WEKO konnte insofern aber keinen Verstoss gegen das allgemeine Kartellrecht feststellen. Nach dem neuen Fernmeldegesetz muss der Incumbent indes insbesondere seine Preisgestaltung grundlegend ändern, da nur die mit der Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten verbundenen Kosten auf die nachfragenden Unternehmen abgewälzt werden dürfen. Ein am wirtschaftlichen Erfolg oder der Anzahl der nachgefragten Datensätze orientiertes Entgelt ist unzulässig. Dies wird zu marginalen Entgelten für die regulierten Verzeichnisdaten führen. Darüber hinaus muss der Umfang der regulierten Verzeichnisdaten genauer untersucht werden.

5 Fernmeldegesetz (FMG) v. 30.4.1997, AS 1997 2187, SR 784.10.

6 Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) v. 31.10.2001, AS 2001 2759, SR 784.101.1.

7 Vgl. zu den Einzelheiten RPW/DPC 2005/1, S. 54 ff.

8 RPW/DPC 2002/2, S. 284 f. Z. 53.

9 Verfügung v. 18.3.2003, RPW/DPC 2002/2, S. 276 ff.

10 Vgl. RPW/DPC 2005/1 S. 57 Z. 19.

11 RPW/DPC 2002/2, S. 286 Z. 59.

12 Vgl. WEKO Jahresbericht 2003, RPW/DPC 2005/1, S. 61 Z. 47.

13 Vgl. WEKO Jahresbericht 2004, S. 11 u. 19; RPW/DPC 2005/1, S. 54.

14 Vgl. Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. bzw. Art. 29 Abs. 5 FDV a.F.

ge einzelne Teilnehmerdaten – möglichst das gesuchte Teilnehmerdatum – abzurufen und für eigene (Auskunfts)Zwecke zu verwenden, d.h. die entsprechende Information an den Kunden weitergeben.

### III. Feststellungen der WEKO

#### 1. Offline und Onlinezugang zu den regulierten Verzeichnisdaten

Hinsichtlich der Offlineüberlassung stellte die WEKO fest, dass SD für einen übertragenen Datensatz 0,60 CHF verlangt. Die Aktualisierung eines Datensatzes berechnet sie mit 1,10 CHF. Aktualisierungen kann der Kunde aber lediglich innerhalb der ersten sechs Monate nach der Lieferung des per Stichtag ausgewählten Datenbestandes verlangen. Nach Ablauf dieser Frist muss er erneut den gesamten Datenbestand beziehen, bevor er für diesen wieder Aktualisierungen verlangen kann.<sup>15</sup> Dies hat zur Folge, dass ein Anbieter von Sprachauskunftsdiensten, der notwendigerweise auf aktualisierte Daten angewiesen ist, pro Halbjahr rund 4 Mio. CHF aufwenden muss, um ca. 6 Mio. Datensätze zur Weiterverwendung in seiner eigenen Datenbank zu erhalten. Nach den vertraglich von SD auferlegten Bedingungen darf der Datenempfänger den ausgewählten und übermittelten Datenbestand zum eigenen Gebrauch, für die Herstellung veredelter Verzeichnisdaten, für die Herstellung von Offlineverzeichnissen aller Art, für die Herstellung von Onlineverzeichnissen aller Art oder zum Betrieb von Sprachauskunftsdiensten aller Art nutzen.<sup>16</sup> Er ist auch berechtigt, den ausgewählten Datenbestand mehrmals und/oder

für mehrere der erwähnten Nutzungsarten gleichzeitig einzusetzen.<sup>17</sup> Im Gegensatz dazu ist es den Kunden vertraglich unter Androhung einer Konventionalstrafe untersagt, die Daten oder Teile davon an Dritte zu verkaufen oder Dritten zu überlassen, ohne diese zuvor mit erheblichem eigenen Aufwand zusätzlich zu veredeln, d.h. mit zusätzlichen Daten anzureichern.<sup>18</sup>

Ein im Wege des Onlineverfahrens jeweils tagesaktuell überlassener Datensatz kostet hingegen grundsätzlich 0,016 CHF. In Abhängigkeit von der abgenommenen Menge gewährte SD darüber hinaus Rabatte von 5% ab 1 Mio. bis zu 25% ab 40 Mio. bezogenen Datensätzen.<sup>19</sup> Der von SD eingeräumte Datenbankzugang umfasst die Suche nach Datensätzen an Hand der vorhandenen Suchkriterien und die einmalige Verwendung der übermittelten Datensätze, einschliesslich dem Weiterverkauf und/oder der kostenlosen Einräumung des Onlinezugangs gegenüber Dritten.

#### 2. Veredelte Verzeichnisdaten

Neben dem Offline bzw. Onlinezugang zu den – nach Auffassung der SD unter Art. 21 FMG, Art. 29 FDV fallenden – regulierten Verzeichnisdaten bietet SD über seine gesetzliche Verpflichtung hinaus weitere Produkte<sup>20</sup> an. Sie bezeichnet ausserhalb von Art. 21 FMG, Art. 29 FDV liegende Informationen als «veredelte Verzeichnisdaten».<sup>21</sup> Neben technischen Unterschieden<sup>22</sup> machen sich diese Produkte den Umstand zu Nutze, dass ihre Datenbank – das Elektronische Teilnehmerverzeichnis (ETV) – diverse Zusatzinformationen (z. B. Mobiltelefonnummer, Telefaxnummer, EMailAdresse, Homepageadresse etc.) enthält, die von einem eigenem Redaktionssystem recherchiert bzw. erhoben werden.<sup>23</sup> Das ETV besteht demnach einerseits aus den Daten im Umfang der regulierten Verzeichnisdaten und andererseits aus zusätzlichen Informationen<sup>24</sup>, die den fernmelderechtlich festgelegten Umfang der herauszugebenden Daten übersteigen.

Die WEKO hat auch die Datenbezugspreise der veredelten Verzeichnisdaten untersucht. Im Rahmen des Onlinezugangs hat sie hierbei unterschiedliche Preisstrukturen festgestellt.<sup>25</sup> Der Onlinezugriff auf das ETV zur Erbringung von Sprachauskunftsdiens-

15 RPW/DPC 2005/1, S. 68 Z. 93.

16 RPW/DPC 2005/1, S. 68 Z. 94.

17 RPW/DPC 2005/1, S. 68 Z. 95.

18 RPW/DPC 2005/1, S. 68 Z. 96.

19 RPW/DPC 2005/1, S. 69 Z. 97.

20 Vgl. die aktuelle Übersicht unter [www.directories.ch/base.aspx?do=content&anm=prod&pid=nmprod&language=de](http://www.directories.ch/base.aspx?do=content&anm=prod&pid=nmprod&language=de)

21 RPW/DPC 2005/1, S. 70 Z. 104 ff.

22 Im Rahmen der Offlineüberlassung von regulierten Verzeichnisdaten liefert SD bei einem Kunden, der jeweils über eine Festnetz, Mobilfunk und Telefaxnummer verfügt, drei separate Datensätze, ohne die drei Zugangsarten (Nummern) dem einen Telefonteilnehmerdatum unterzuordnen. Bei der Erstellung der von SD als «veredelte Daten» bezeichneten Datensätze löst SD diese sog. Komplexdatensätze auf und reduziert somit die drei Datensätze auf einen Datensatz.

23 RPW/DPC 2005/1, S. 71 Z. 108 f.

24 RPW/DPC 2005/1, S. 71 Z. 110.

25 Vgl. RPW/DPC 2005/1, S. 72 f.

ten ist so ausgestaltet, dass jede Transaktion Kosten verursacht. Als Transaktion gilt jede vom Kunden ausgelöste Aktion zum Starten einer Abfrage und/oder zum Anzeigen weiterer Suchergebnisse. Pro Transaktion werden 0,10 CHF für nationale Sprachauskunftsdienste bzw. 0,30 CHF für internationale Sprachauskunftsdienste berechnet.<sup>26</sup> Der Offlinedatenbezug für die Herstellung gedruckter oder elektronischer Verzeichnisse auf CD/DVD beläuft sich für einen Grundeintrag (Name, Vorname, Strasse und Hausnummer, Ortschaft, PLZ und Telefonnummer) auf 0,30 CHF. Ein Folgeeintrag (z.B. Mobiltelefonnummer, Faxnummer, eMailAdresse etc.) kostet darüber hinaus 0,15 CHF. Ein Offlinedatenbezug für das Erbringen von Auskunftsdienstleistungen ist hingegen nicht vorgesehen.

#### IV. Umfang der regulierten Verzeichnisdaten

##### 1. Einschlägige Regelung

Gem. Art. 21 Abs. 2 S. 1 FMG n.F. haben Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder von Diensten, die auf den Verzeichnisdaten basieren, den Zugang zum Mindestinhalt nach Art. 12d Abs. 2 zu ermöglichen. Mit dem «Mindestinhalt nach Art. 12d Abs. 2» sind die in Art. 11 Abs. 1 FDV n.F. aufgezählten Informationen gemeint. Denn Art. 12d FMG n.F. bestimmt lediglich, dass die Verzeichnisse der Telefondienstkunden veröffentlicht werden können und der Eintrag in einem solchen Verzeichnis von der Zustimmung des jeweiligen Kunden abhängt. Den Mindestinhalt eines solchen Eintrags hat wiederum gem. Art. 12d Abs. 2 FMG n.F. der Bundesrat zu bestimmen. Durch Art. 11 Abs. 1 FDV n.F. erfüllt der Bundesrat mithin seine Verpflichtung aus Art. 12d Abs. 2 FMG n.F., indem er die Pflichtbestandteile eines Verzeichniseintrags festlegt.

Demnach gehört zum Mindestinhalt eines Verzeichniseintrages zunächst die Telefonnummer, die an den einzelnen Kunden von seinem FDA nach dem auf der ITUEmpfehlung E.164 basierenden nationalen Nummerierungsplan vergeben wurde. Hinzu kommen der vollständige Name bzw. die Geschäfts oder Firmenbezeichnung sowie die vollständige Adresse des Kunden,

bestehend aus dem Strassennamen, der Hausnummer bzw. weiteren Ergänzungen wie «Haus A», der Postleitzahl und dem (Wohn bzw. Geschäfts)Ort. Bei diesen Informationen handelt es sich eindeutig um regulierte Verzeichnisdaten.

##### 2. Rubrik / Branche

Nach Art. 11 Abs. 1 lit. c FDV n.F. besteht der Verzeichniseintrag «gegebenenfalls» aus der Rubrik, unter der der Teilnehmer erscheinen möchte. Es ist deshalb zu überlegen, was der Gesetzgeber unter dem Begriff der Rubrik versteht. Rubrik bedeutet dem Wortlaut nach Einteilung/Einordnung bzw. Abteilungen eines Ordnungssystems. Der fernmelderechtliche Hintergrund ergibt sich daraus, dass Telefonverzeichnisse einen unterschiedlichen Gliederungsmodus aufweisen. So gibt es Teilnehmerverzeichnisse für eine bestimmte Stadt oder eine bestimmte Region, bei denen der Nutzer unter einer bestimmten Stadt auf die alphabetisch geordneten Teilnehmerdaten sämtlicher Telefondienstkunden zugreifen kann (sog. «Weisse Seiten»). Andere Verzeichnisse beschränken sich auf bestimmte Teilnehmerdaten (Gewerbetreibende und Freiberufler) und/oder nehmen eine Gliederung an Hand von Rubriken vor (z.B. «Gelbe Seiten»). Art. 83 Abs. 2 lit. a FDV n.F. bringt diesen Zusammenhang mittelbar dadurch zum Ausdruck, dass er Anbietern elektronischer Verzeichnisse ausdrücklich einräumt, seinen Kunden Mechanismen zur Informationssuche zur Verfügung zu stellen, die die Anzeige einer nach Rubriken geordneten Liste von Berufsgruppen ermöglicht. Mit Rubrik ist deshalb die branchenspezifische<sup>27</sup> Abgrenzung unterschiedlicher Wirtschafts, Geschäfts und Berufszweige sowie Fachgebiete anhand der Art der überwiegend ausgeübten Tätigkeit gemeint.<sup>28</sup>

Der fakultative Charakter der Formulierung des Art. 11 Abs. 1 lit. c FDV n.F. («gegebenenfalls») resultiert daraus, dass das Vorliegen dieser Information vom Willen

26 RPW/DPC 2005/1, S. 73 Z. 117.

27 Die WEKO versteht deshalb Rubrik und Branche zu Recht als Synonyme – vgl. RPW/DPC 2005/1, S. 73 Z. 118.

28 MAIER, T., in: WILMS, H.; MASING, J.; JOCHUM, G., Kommentar zum TKG der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, § 47 Rn. 66 (Stand: 3/2006).

des Kunden («unter der sie oder er erscheinen möchte») abhängt. Liegen dem herausgabepflichtigen Unternehmen aber Angaben zur Rubrik bzw. Branche vor, dann ist diese Information ebenfalls bereitzustellen.

### 3. Telefaxnummer

Die Untersuchung der WEKO hat gezeigt, dass SD die Telefaxnummer nicht als reguliertes Verzeichnisdatum behandelt.<sup>29</sup> Fraglich ist, ob dies den fernmelderechtlichen Vorgaben entspricht. Für die Auffassung der SD lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber das Kartellverfahren und damit auch das Verhalten des ehemaligen Monopolunternehmens kannte, ohne insofern eine ausdrückliche Neuregelung zu treffen. Andererseits spricht Art. 11 Abs. 1 lit. a FDV n.F. nunmehr von dem «Adressierungselement, mit welchem die Kundin oder der Kunde des betroffenen Fernmeldedienstes kontaktiert werden kann.» Eine Beschränkung auf die «Telefonnummer» oder «Rufnummer» als Adressierungselement, mit welchem der Kunde des betroffenen Fernmeldedienstes im Wege der Sprachkommunikation kontaktiert werden kann, ist hiermit nicht verbunden. Beim Telefax erfolgt die Kommunikation in Textform, wobei das öffentliche Telefonnetz (einschliesslich der «E.164Nummer») als Übertragungsmedium verwendet wird. Die Telefaxnummer ist insofern nichts anderes als ein Sonderfall der Telefonnummer. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass über eine «Nummer» sowohl der Telefon als auch der Telefaxverkehr abgewickelt werden kann. Dieser technische Hintergrund kommt auch in der Legaldefinition des Begriffs «Adressierungselement» in Art. 3 lit. f FMG n.F. zum Ausdruck. Dieser ist definiert als «Kommunikationsparameter sowie Nummerierungselemente, wie Kennzahlen, Rufnummern und Kurznummern» und umfasst folglich auch die Telefaxnummer. Auch aus dem Begriff des Fernmeldedienstes lässt sich

nichts Gegenteiliges herleiten. Denn hierbei handelt es sich gem. Art. 3 lit. b FMG n.F. um die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte. Die gesetzliche Definition ist mithin nicht auf die Übertragung von Sprachinformation beschränkt. Folglich stellt diese Information ebenfalls ein reguliertes Verzeichnisdatum dar.

## V. Das Entgelt für die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisse

### 1. Kostenorientierte Preisgestaltung

Art. 29 Abs. 2 S. 2 FDV n.F. bestimmt, dass die zur Herausgabe der Teilnehmerdaten verpflichteten Unternehmen «einzig die durch die Bereitstellung der Daten entstandenen Kosten nach Massgabe von Art. 52 in Rechnung stellen» dürfen. Art. 52 FDV n.F. definiert das Erfordernis einer kostenorientierten Preisgestaltung zusammenfassend ausgedrückt als die mit der Bereitstellung der Teilnehmerdaten in einem kausalen Zusammenhang stehenden Kosten (relevante Kosten). Hierbei handelt es sich um die langfristigen, ausschliesslich mit der Zurverfügungstellung der Teilnehmerdaten verbundenen Zusatzkosten<sup>30</sup>, einem konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (joint and common costs) basiert sowie einem branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen. Entscheidend sind zudem nicht die tatsächlichen, sondern die den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin entsprechenden Kosten. Ferner ist ein forwardlooking orientierter Kostenansatz zugrunde zu legen.

#### a. Zusatzkosten

##### (1) Einzelkosten

Nach der Legaldefinition des Art. 52 Abs. 1 lit. a u. b FDS sind per se nur Kosten berücksichtigungsfähig, die im Zusammenhang mit der Leistungsbereitstellung – hier der Bereitstellung von Teilnehmerdaten in der konkret praktizierten Art und Weise<sup>31</sup> – *zusätzlich* anfallen. Die zusätzlichen Kosten einer Leistung sind diejenigen Kosten, die die Bereitstellung der konkreten Leistung zusätzlich zu den anderen Leistungen des betroffenen Unternehmens verursacht.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Vgl. das Schaubild unter RPW/DPC 2005/1, S. 97.

<sup>30</sup> LRIC; = long run incremental costs

<sup>31</sup> Bei der Kostenermittlung muss deshalb strikt zwischen dem Offline und dem Onlineverfahren differenziert werden. Kosten, die lediglich im Rahmen einer der beiden Verfahrensarten anfallen, können deshalb nicht in der Kalkulation beider Verfahren berücksichtigt werden.

<sup>32</sup> Vgl. SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKGKommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 7; Spoerr, W., in: Trute, H.H.; Bosch, W.; Spoerr, W., Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Berlin/New York 2001, § 24 Rn. 27.

Bei den Zusatzkosten handelt es sich umgekehrt ausgedrückt um diejenigen Kosten, die das Unternehmen einsparen kann, wenn die Erbringung der betrachteten Leistungen eingestellt wird.<sup>33</sup> Demnach besteht bei den Zusatzkosten stets eine kausale Verbindung zwischen den Kosten und der Leistung. Deshalb handelt es sich aus der Perspektive der betriebswirtschaftlichen Kosten und Leistungsrechnung bei Art. 52 Abs. 1 lit. a u. b FDV n.F. um die sog. Einzelkosten.<sup>34</sup> Denn die Betriebswirtschaftslehre definiert diese als diejenigen Kosten, die sich den einzelnen betrieblichen Leistungen (Kostenträger) – hier der Dienstleistung der Herausgabe an Teilnehmerdaten nachfragende Unternehmen – direkt zu rechnen lassen.<sup>35</sup>

Folglich kann eine kostenorientierte Preisgestaltung a priori solche Einzelkosten nicht umfassen, die dem herausgabepflichtigen Unternehmen unabhängig davon entstehen, ob die betreffende Leistung – hier die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten in dem gesetzlich bestimmten Umfang – erbracht wird oder nicht.

Für das herausgabepflichtige Unternehmen hat dies zur Konsequenz, dass Kosten nicht in Ansatz gebracht werden dürfen, die ihm in Zusammenhang mit der Verwaltung seiner aus dem Abschluss von Telefondienstleistungsverträgen resultierenden Kundendaten entstehen. Hierzu gehören insbesondere die mit der Akquise, Betreuung und Abwicklung des Telefondienstgeschäfts (Vertragskundenmanagement) verbundenen Personal und Sachkosten. Unter die nicht abwälzbaren Sachkosten fallen vor allen Dingen Investitionen in die zur Verwaltung der Kundendaten erforderliche EDV-Infrastruktur (Datenbanksysteme und Datenbankssoftware). Bei den nicht abwälzbaren Personalkosten, die den Telefondienstunternehmen unabhängig von der Nachfrage nach Teilnehmerdaten durch Dritte entstehen, handelt es sich insbesondere um die Löhne und Gehälter der Mitarbeiter, die sowohl im Front als auch im BackOfficebereich Vertragskundendaten aufnehmen, pflegen, ergänzen und aktualisieren. Es kann auch keine Rolle spielen, wie viele Datenbanksysteme das herausgabepflichtige Unternehmen vorhält. Entscheidend ist alleine, dass das Telefondienstunternehmen schon wegen seines

Sprachtelefondienstgeschäfts und der hierbei generierten Vertragskundendaten mindestens eine Datenbank vorhalten muss und sich hieraus die fernmelderechtlich zur Verfügung zu stellenden Daten herausfiltern und entweder auf einem Datenträger (Offlineverfahren) speichern oder über eine spezielle Auskunftsdiensterecherchesoftware (Onlineverfahren) abrufen lassen.

Folglich kann es stets nur darauf ankommen, welche Kosten für die Extrahierung der regulierten Verzeichnisdaten aus einer Datenbank entstehen.<sup>36</sup> Im Fall von SD sind hiernach die Kosten der Extrahierung aus der ETVDatenbank – nicht aber die Kosten der ETVDatenbank selbst – massgebend. Dies gilt sowohl beim Offline als auch beim Onlineverfahren. Die Kosten für das ETV sind vielmehr dem Bereich der von der Swisscom bereitgestellten Dienste der Grundversorgung zuzurechnen. Der europäische Gesetzgeber hat insofern bereits in Art. 18 Abs. 3 lit. a RL 98/10/EG klargestellt, dass die «Kosten für den Sprachtelefondienst insbesondere die direkten Kosten [umfassen], die den Telekommunikationsorganisationen durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Sprachtelefondienstes sowie dessen Vermarktung und Abrechnung entstehen.»

Dies führt auch – anders als die Swisscom meint<sup>37</sup> – nicht zu für die Kunden nachteiligen, wirtschaftlich ineffizienten oder sonst unbilligen Ergebnissen. Die von ihr vorgeschlagene Ergänzung von Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. dahingehend, dass das bereitstellungspflichtige Unternehmen «die Investitions und Betriebskosten der Verzeichnisherstellung und die durch die Bereitstellung der Daten entstandenen Kosten nach Massgabe von Artikel 52 in Rechnung stellen» darf<sup>38</sup>, ist schon in sich widersprüchlich. Denn Art. 52 FDV n.F. setzt einen

33 Vgl. SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKGKommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 7.

34 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKGKommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 7.

35 Vgl. z.B. HABERSTOCK L., Kosten und Leistungsrechnung I, 12. Aufl., S. 57.

36 So auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.11.2006, VIU (Kart) 1/06, S. 14 f.; LG Köln, Urteil v. 31.8.2005, 91 O 230/04, S. 16.

37 Stellungnahme zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG v. 15.9.2006, S. 12 ff.

38 Vgl. Stellungnahme zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG v. 15.9.2006, S. 16.

Kausalzusammenhang zwischen den abwälzbaren Kosten und den in Anspruch genommenen Leistungen voraus. Dieser besteht bei den Investitions und Betriebskosten der Verzeichnisherstellung aber gerade nicht. Der Vorschlag impliziert vielmehr, dass – wie bisher – die nachfragenden Unternehmen den FDA – in erster Linie Swisscom – die zur Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen erforderliche Infrastruktur (insbesondere die Erstellung, Pflege, Wartung und Erneuerung der Verzeichnisdatenbank) bezahlen. Dies erscheint schon deshalb unbillig, weil die Tätigkeit als FDA zwingend das Vorhandensein einer solchen Datenbank voraussetzt, weil die Kundendaten gesammelt und verwaltet werden müssen. Mit der Pflege einer solchen Datenbank sind – zum Beispiel weil sich die Adresse des Kunden geändert hat – sicherlich auch nicht unerhebliche Personalaufwendungen verbunden. Das Erfordernis der Kundendatenverwaltung trifft aber generell jedes Unternehmen. Darüber hinaus stellt die kostenorientierte Preisgestaltung gem. Art. 29 Abs. 2, Art. 52 FDV n.F. sicher, dass das bereitstellungspflichtige Unternehmen monetär betrachtet so steht, als gäbe es die Verpflichtung aus Art. 21 FMG, Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. nicht. Ihm wird auch nicht die Möglichkeit der Vermarktung seiner Verzeichnisdaten genommen. Die Feststellungen der WEKO zeigen vielmehr, dass SD Dritten eine Vielzahl von Produkten anbietet, die auf dem ETV-Datenbestand beruhen und ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 21 Abs. 2 FMG, Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. liegen.

Bei dem Verzeichnisdatenbestand von SD handelt es sich um ein faktisches Monopol. Ein an den Kosten orientiertes Entgelt für den Zugang zu dieser essentialfacility bzw. Schlüsselressource sorgt dafür, dass die nachgelagerten Märkte für Auskunfts und Verzeichnisdienstleistungen nicht durch die Ausübung von Marktmacht auf dem vorgelagerten Markt beeinträchtigt werden. Denn hohe Entgelte für die Zugangsdienstleistung führen zu einem hohen Preis, von den Endkunden zu bezahlenden Preisen auf den nachgelagerten Märkten. Zum

anderen beschränken sie die Möglichkeit des Markteintritts alternativer Anbieter. Praktisch kommt dieser Zusammenhang darin zum Ausdruck, dass Telefonauskunftsdienstleistungen oder Werbeeinträge in Branchenverzeichnisse wie den Gelben Seiten ein hohes Preisniveau aufweisen. Der Vorteil der Kunden liegt deshalb darin, dass ihnen diese Dienstleistungen durch den Eintritt neuer Wettbewerber künftig preiswerter angeboten werden.

Schliesslich geht auch die Annahme fehl, die Endkunden würden dadurch zur Subventionierung der kommerziellen Aktivitäten der Verzeichnisanbieter gezwungen. Denn die Notwendigkeit der Pflege des Kundendatenbestandes geht stets – also auch dann, wenn das betroffene Unternehmen selbst weder Auskunfts noch Verzeichnisdienstleistungen anbietet – mit der Tätigkeit als FDA einher. Das bereitstellungspflichtige Unternehmen wird deshalb auch stets in seiner Preiskalkulation für die Telefondienstleistung die hiermit verbundenen Kosten berücksichtigen. Deshalb spielt auch die Frage keine Rolle, ob der Verzeichniseintrag für den Kunden entgeltspflichtig ist oder nicht. Aus diesem Grund vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, es bestehe zwischen dem öffentlichen Telefondienst und der Nutzung von Verzeichnissen kein Sachzusammenhang, so dass der – hierauf beruhende Dienstleistungen möglicherweise nie in Anspruch nehmende – Kunde die Herstellung von kommerziellen Verzeichnissen mitfinanziert.<sup>39</sup> Abgesehen davon bezahlt der Kunde im Rahmen der Grundversorgung stets denselben Preis, unabhängig davon, ob er sich in Verzeichnisse eintragen lässt, mithin seine Daten wirtschaftlich verwertbar macht, oder nicht.

#### (a) Einzelkosten beim Offlineverfahren

Im Rahmen des Offlineverfahrens dürfen deshalb nur die folgenden Kostenpositionen als Einzelkosten in Ansatz gebracht werden:

Sachkosten für das Extrahieren und Abspeichern der regulierten Verzeichnisdaten unter Verwendung eines gebräuchlichen Dateiformats (Datenbankfilter, Dateispeicher, und Dateikomprimierungssoftware)

39 Vgl. Stellungnahme zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG v. 15.9.2006, S. 13.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Wilms/Maier/Köllmann | Der Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten

Sachkosten für das Trägermedium (CD-Rohling, Server für den FTP-Dateidownload, Hostingkosten, Stromkosten) und ggfs. dessen Versand (Verpackung, Porto)

Weitere Sachkosten, die in Zusammenhang mit der Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 21 Abs. 2 FMG n.F., Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. im Wege des Offlineverfahrens entstehen (z.B. Büroeinrichtung, Raummiete, sonstige Raumkosten), falls es sich um Einzelkosten des Offlineverfahrens handelt

Personalkosten, die in Zusammenhang mit der Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 21 Abs. 2 FMG n.F., Art. 29 Abs. 2 FDV n.F. entstehen

Herauszurechnen sind hingegen jeweils die Kostenbestandteile, die durch eine konzern-eigene Nutzung der Teilnehmerdaten im Wege des Offlineverfahrens durch das bereitstellungspflichtige Unternehmen verursacht werden.

## (b) Einzelkosten beim Onlineverfahren

Im Rahmen des Onlineverfahrens gilt derselbe Kostenmassstab, lediglich die einzelnen Kostenpositionen unterscheiden sich wegen des unterschiedlichen Verfahrensablaufs. Folgende Kostenpositionen können hier abgewälzt werden:

Sachkosten für die Herstellung der Datenverbindung zwischen dem nachfragenden und dem herausgabepflichtigen Unternehmen (v.a. Kosten für die Anbindung an das ETV, Leitungen, Schalter, Strom)

Sachkosten der Auskunftsdienstrecherchesoftware (einschliesslich FrontEnd-Maske) bzw. der Softwarekomponenten, die den nachfragenden Unternehmen zugänglich sind

Weitere Sachkosten, die in Zusammenhang mit dem Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten im Wege des Onlineverfahrens entstehen (z.B. Büroeinrichtung, Raummiete, sonstige Raumkosten), falls es sich um Einzelkosten des Onlineverfahrens handelt

Personalkosten für Betrieb und Wartung der Auskunftsdienstrecherchesoftware

Weitere Personalkosten, die in Zusammenhang mit dem Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten im Wege des Onlineverfahrens entstehen

Herauszurechnen sind jeweils die Kostenbestandteile, die durch eine konzern-eigene Nutzung der Teilnehmerdaten im Wege des Onlineverfahrens durch das bereitstellungspflichtige Unternehmen verursacht werden.

## (2) Gemeinkostenzuschlag

Bei den Gemeinkosten handelt es sich betriebswirtschaftlich betrachtet um die Kosten, die sich im Unterschied zu den Einzelkosten nicht exakt einem bestimmten Kostenträger – hier der Gewährung des Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten gegenüber Dritten auf eine bestimmte Art und Weise (offline oder online) – zurechnen lassen. Es handelt sich hierbei um indirekte Kosten, die mehrere Dienstleistungen und/oder Produkte betreffen und dementsprechend auf die jeweiligen Kostenträger aufgeteilt werden müssen. Während Einzelkosten dem jeweiligen Kostenträger direkt zuzurechnen sind, werden die Gemeinkosten zunächst auf die verschiedenen Kostenstellen aufgeteilt, die unmittelbar an der Erstellung der Produkte bzw. Dienstleistungen mitwirken. Anschliessend werden sie dem jeweiligen Kostenträger im Wege eines Gemeinkostenzuschlages zugerechnet. Gemeinkosten können für eine Gruppe von Dienstleistungen bzw. Produkten (sog. «joint costs») oder als Unternehmensgemeinkosten (sog. «common costs») anfallen.<sup>40</sup> Ein klassisches Beispiel für «common costs» stellt die Vergütung des Unternehmensvorstandes oder des Aufsichtsrates dar.<sup>41</sup> Würden nur die direkt zurechenbaren Einzelkosten der auf dem Prüfstand stehenden Dienstleistungen von dem gesetzlich zulässigen Entgelt gedeckt, entstünde dem herausgabepflichtigen Unternehmen ein Defizit in Höhe der Gemeinkosten.<sup>42</sup> Dies will der Gesetzgeber gem. Art. 52 Abs. 1 lit. c FDV n.F. durch ei-

40 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 8.

41 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 8.

42 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 8.

nen konstanten Gemeinkostenzuschlag vermeiden. Bei der Bestimmung des Gemeinkostenzuschlags sind sowohl die in Zusammenhang mit der Gewährung des Zugangs zu den Teilnehmerdaten entstehenden Gemeinkosten als auch die allgemeinen, mit keiner Dienstleistung beziehungsweise mit keinem Produkt in Verbindung stehenden Gemeinkosten des herausgabepflichtigen Unternehmens zu berücksichtigen. Die in Zusammenhang mit dem Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten anfallenden Personal und Sachgemeinkosten müssen in sachlich und wirtschaftlich vernünftiger Weise auf die Kostenträger «Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten im Wege des Offlineverfahrens» bzw. «Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten im Wege des Onlineverfahrens» aufgeteilt werden. Hierbei wird es vor allen Dingen darum gehen, jeweils für einzelne Mitarbeiter plausibel darzulegen, welcher zeitliche Umfang der Tätigkeit hierauf entfällt. Entsprechendes gilt für Sachgemeinkosten wie Büroeinrichtungen und räume. Hier gilt es zu bestimmen, in welchem zeitlichen und räumlichen Umfang diese für Zwecke der Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten in Anspruch genommen werden. Anhand dieser Werte lässt sich dann insbesondere der jährliche Anteil der Abschreibungen ermitteln.

Die Frage der Gemeinkostenentstehung und der Gemeinkostenverteilung hängt erheblich von der internen Struktur des konkret betroffenen Unternehmens ab. Dies zeigt sich insbesondere im Fall der SD. Dort wird sicherlich ein Teil der Personalkosten schon deshalb nicht ohne weiteres als Einzelkosten einem Kostenträger direkt zugerechnet werden können, weil sowohl das Offline als auch Onlineverfahren praktiziert und hierfür dasselbe Personal eingesetzt wird. Hier bedarf es deshalb einer verursachungsgerechten Aufteilung solcher Personalgemeinkosten. Ferner ist wichtig, dass Kosten einer anderen Unternehmenseinheit, d.h. Kosten, die zugleich «joint costs» darstellen, keine «common costs» i.S. von Art. 52 Abs. 1 lit. c FDV n.F. darstellen.

### (3) Langfristige Zusatzkosten, Wiederbeschaffungskosten und Kapitalverzinsung

Nach der Legaldefinition sind die langfristigen zusätzlichen Kosten massgebend. Langfristige Kosten stehen im Gegensatz zu kurzfristigen Kosten. Bei letzteren handelt es sich um diejenigen Kosten, die aus der Sicht des Unternehmens kurzfristig variiert werden können. Langfristige Kosten zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass hier sämtliche Kosten variabel sind. Diese sind entscheidend bei der Frage, ob eine bestimmte Dienstleistung bzw. ein bestimmtes Produkt von dem betroffenen Unternehmen bereitgestellt werden soll oder nicht. Denn nur wenn sich die langfristigen Kosten erwirtschaften lassen, wird sich ein Unternehmen für das Erbringen einer bestimmten Dienstleistung bzw. eines bestimmten Produkts entscheiden.<sup>43</sup> Es ist zudem auf die Wiederbeschaffungskosten abzustellen. Eine kostenorientierte Preisgestaltung umfasst ferner einen «branchenüblichen Kapitalertrag der eingesetzten Investitionen». Unternehmen finanzieren sich sowohl durch Eigen als auch durch Fremdkapital. Die klassische Form von Eigenkapital wird Telekommunikationsunternehmen durch die Einlagen der Aktionäre bzw. Gesellschafter zur Verfügung gestellt. Bei der klassischen Form von Fremdkapital handelt es sich um Darlehen bzw. entsprechende Schuldtitel (Anleihen etc.). Während die Kosten für die Inanspruchnahme von Fremdkapital in der Finanzbuchhaltung zu entsprechenden Aufwendungen führt, werden die «Kosten des Eigenkapitals» allein im Rahmen des internen Rechnungswesens berücksichtigt. Es handelt sich hierbei um die sog. «kalkulatorischen Zinsen». Dahinter steht die Überlegung, dass die Inhaber der Eigenkapitalanteile für ihre Investition eine angemessene jährliche Rendite in Form von Dividenden erwarten, das betroffene Unternehmen also auch diese Zahlungen erwirtschaften muss, ohne dass «ihm selbst» die entsprechenden Umsatzerlöse als Gewinn und damit zukünftige Investitionen verbleiben. Aus regulierungsrechtlicher Sicht muss deshalb die angemessene Fremd und Eigenkapitalverzinsung und hieraus in Abhängigkeit von der Finanzierungssituation die Gesamtkapitalverzinsung des betroffenen Unternehmens er-

43 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKGKommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 15.

mittelt werden. Darüber hinaus besteht aber kein Raum für einen Gewinnzuschlag.<sup>44</sup>

#### (4) Kosten einer effizienten Anbieterin

Art. 52 Abs. 2 S. 1 FDV n.F. bestimmt ausdrücklich, dass die dem Grunde nach ansetzbaren Kosten den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin zu entsprechen haben. Hierbei handelt es sich um ein regulatorisches Korrektiv für die interne Preisbildung des herausgabepflichtigen Unternehmens. Denn danach müssen sich sowohl die Höhe der ansetzungsfähigen Kosten als auch die Aufteilung der Gemeinkosten als wirtschaftlich vernünftig darstellen. Dabei gilt der Grundsatz der kostenminimalen Produktionstechnologie. Hiergegen würde z. B. offensichtlich dann verstossen, wenn im Verhältnis zu den anfallenden Tätigkeiten und der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zuviel Personal und/oder überqualifiziertes Personal eingesetzt wird.<sup>45</sup> Entsprechendes gilt für den Bereich der Sachkosten. Im Rahmen des Offlineverfahrens ist zum Beispiel nur die preislich günstigste Datenbankfiltersoftware anzuerkennen, mit der sich das gesetzlich geforderte Ergebnis – Auslesen der regulierten Verzeichnisdaten – bewerkstelligen lässt.

Die Aufgabe des Regulierers besteht gem. Art. 21 Abs. 3 S. 2, Art. 11a FMG n.F. im Fall der Uneinigkeit der betroffenen Unternehmen darin, die vom herausgabepflichtigen Unternehmen vorgelegten Kostenunterlagen daraufhin zu überprüfen, ob die Preisbildung diesen Massstäben genügt. Sie hat unter Berücksichtigung der Kostengrundentscheidung des Gesetzgebers die konkrete Höhe der abwälzungsfähigen Kostenpositionen zu bestimmen. Dabei wird es insbesondere um die Prüfung gehen, ob sich die ausgewiesenen Gemeinkostenzuschläge als nach den anerkannten Methoden der betriebswirtschaftlichen Kosten und Leistungsrechnung vertretbar darstellen.

#### 2. Art. 21 Abs. 2 FMG n.F., Art. 29 Abs. 2, Art. 52 FDV n.F. aus der Perspektive von Art. 25 Abs. 2 RL 2002/22/EG

Ein Ziel der Novelle besteht darin, die Fernmeldegesetzgebung der Schweiz an die

Rechtsordnung der EU anzupassen.<sup>46</sup> Im Hinblick auf die Änderung von Art. 21 Abs. 2 FMG a.F., Art. 29 Abs. 5 FDV a.F. führt der Bundesrat aus, dass die Teilnehmerdaten sammelnden Anbieterinnen von Fernmeldediensten zwar angemessen entschädigt werden müssen. Gleichwohl dürften sie aber aus ihrer Pflicht zur Bereitstellung der «Schlüsselressource»<sup>47</sup> Verzeichnisdaten keinen wesentlichen Geschäftsvorteil ziehen. Die Neufassung entspreche deshalb auch Art. 25 Abs. 2 RL 2002/22/EG.<sup>48</sup> Nach dieser europäischen Richtlinienvorgabe haben die EGMitgliedstaaten sicherzustellen, dass alle Teilnehmern Telefonnummern zuweisenden Unternehmen allen zumutbaren Anträgen entsprechen, die relevanten Informationen zum Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen in einem vereinbarten Format und zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Die unmittelbare Vorgängerregelung zu Art. 25 Abs. 2 RL 2002/22/EG stellt der dem Inhalt nach unveränderte Art. 6 Abs. 3 RL 98/10/EG dar. Zur Frage, was unter «gerechten, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen» i.S. von Art. 6 Abs. 3 RL 98/10/EG zu verstehen ist, hat der EuGH 2004 entschieden, «dass (...) der Erhalt der Basisdaten<sup>49</sup> über die Teilnehmer, d. h. deren Name, Anschrift und Telefonnummer, untrennbar mit dem Telefondienst verbunden ist und keinen besonderen Aufwand seitens des Universaldiensteanbieters erfordert.»<sup>50</sup> Die mit dem Erhalt oder der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten seien, «anders als die Kosten, die berechnet

44 GROEBEL, A., in: SÄCKER, F.J., Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt a.M. 2006, § 31 Rn. 34.

45 SCHUSTER, F.; STÜRMER, S., Beck'scher TKGKommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh § 27 § 3 TEntgV Rn. 20.

46 UVEK, Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG), Erläuternder Bericht (Vernehmlassungsentwurf), Juli 2002, S. 2.

47 Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) v. 12.11.2003, BBl 2003 7951 7978.

48 Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) v. 12.11.2003, BBl 2003 7951 7978; so auch schon UVEK, Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG), Erläuternder Bericht (Vernehmlassungsentwurf), Juli 2002, S. 17.

49 Hierbei handelt es sich um die Daten, die nach Art. 6 Abs. 3 RL 98/10/EG bereitgestellt werden müssen. Insofern räumt der EuGH den Mitgliedstaaten aber ausdrücklich das Recht ein, den Datenumfang selbst festzulegen.

50 EuGH, Urteil v. 25.11.2004, Rs. C109/03, Slg. 2004, I11273 (KPN/OPTA) Rn. 38.

werden, um diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, jedenfalls vom Anbieter eines Sprachtelefondienstes zu tragen und bereits in den Kosten und Einnahmen eines solchen Dienstes enthalten. (...) Daher können, wenn diese Daten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, die auf dem Markt für die Bereitstellung von Verzeichnissen miteinander konkurrieren, nur die zusätzlichen mit diesem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten vom Universaldiensteanbieter in Rechnung gestellt werden. Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn es um zusätzliche Daten ginge, für deren Erhalt der Universaldiensteanbieter selbst zusätzliche Kosten aufwenden musste. Wenn dieser in einem solchen Fall beschliesst, diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne durch die Richtlinie dazu verpflichtet zu sein, ist es ihm durch keine ihrer Vorschriften verwehrt, den Dritten diese zusätzlichen Kosten in Rechnung zu stellen, sofern deren nichtdiskriminierende Behandlung gewährleistet ist.»<sup>51</sup>

Die entscheidende Feststellung ist in diesem Zusammenhang, dass das bereitstellungspflichtige Unternehmen für die bereitzustellenden Daten nur die bei ihm zusätzlich durch das Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte anfallenden, nicht aber die mit dem Erhalt oder – wie der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen klarstellt<sup>52</sup> – die mit der Pflege einer Datenbank verbundenen Kosten abgewälzt werden dürfen. Zusammenfassend lässt sich das Ergebnis des EuGH auf die – von der österreichischen Regulierungsbehörde entwickelte<sup>53</sup> – Formel bringen, dass der – nach der Massgabe des nationalen Rechts – zur Datenherausgabe verpflichtete Telefondienstleister «so gestellt werden soll, dass er durch die Übermittlung weder einen finanziellen Vorteil noch einen Nachteil hat.»<sup>54</sup> Es sind daher die Kosten zu ersetzen, die mit der tatsächlichen Bereitstellung dieser

Daten in kausalem Zusammenhang stehen». Dadurch ist es ausgeschlossen, dass der Telefondiensteanbieter auf die nachfragenden Unternehmen Kosten überträgt, die ihm «so oder so», d.h. unabhängig von seiner Pflicht zur Herausgabe der Teilnehmerdaten, entstehen. Für den EuGH kommt es demnach entscheidend darauf an, dass zwischen der Bereitstellungspflicht und den abwälzbaren Kosten ein hinreichender Kausalzusammenhang besteht. Allerdings hat er keine weitergehenden Ausführungen zu der Frage gemacht, aus welchen Bestandteilen sich die Kosten der Zurverfügungstellung im Einzelnen zusammensetzen. Vergleicht man aber die einzelnen Komponenten der kostenorientierten Preisgestaltung i.S. von Art. 52 FDV n.F., dann zeigt sich, dass neben den Einzelkosten auch der in Zusammenhang mit der Herausgabe der Teilnehmerdaten entstehende Gemeinkostenanteil das Kausalitätskriterium erfüllt. Denn hierbei handelt es sich auch um Kosten, die aufgrund des Zugangs zu den regulierten Verzeichnisdaten anfallen. Die Langfristigkeit der Kostenbetrachtung, das Abstellen auf Wiederbeschaffungskosten sowie die Berücksichtigung kalkulatorischer Zinsen ist in der betriebswirtschaftlichen Kosten und Leistungsrechnung allgemein anerkannt und entspricht ökonomischrationalem Handeln bei der Preisbildung eines Unternehmens. Es lässt sich deshalb feststellen, dass zwischen den Termini «kostenorientierte Bedingungen» i.S. von Art. 25 Abs. 2 RL 2002/22/EG und «kostenorientierte Preisgestaltung» i.S. von Art. 21 Abs. 3 FMG n.F., Art. 29 Abs. 2, Art. 52 FDV n.F. keine inhaltlichen Unterschiede bestehen.

### 3. Verursachungsgerechte Kostenaufteilung

Die kostenorientierte Preisgestaltung als zwingend anzuwendender Massstab bei der Ermittlung des dem Grunde und der Höhe nach zulässigen Entgelts für die regulierten Verzeichnisdaten impliziert einen verursachungsgerechten Modus der Kostenaufteilung für den hier gegebenen Fall, dass der Datenbestand des herausgabepflichtigen Unternehmens von mehreren nachgefragt wird. Eine Abrechnung nach der Anzahl der nachgefragten Daten, Anzahl der Nutzungsfälle, Anzahl der Transaktionen oder der Auflagenhöhe wird dem nicht ge-

51 EuGH, Urteil v. 25.11.2004, Rs. C109/03, Slg. 2004, I11273 (KPN/OPTA) Rn. 39 – 41.  
52 GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 14.7.2004, Rs. C109/03, Slg. 2004, I11273 (KPN/OPTA) Rn. 48 f. u. 53.  
53 TelekomControlKommission, Beschluss v. 7.3.2005, T 3/0445, S. 48.  
54 So auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.11.2006, VIU (Kart) 1/06, S. 16.

## Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Wilms/Maier/Köllmann | Der Zugang zu regulierten Verzeichnisdaten

recht.<sup>55</sup> Denn danach hängt die Kostenverteilung unter den nachfragenden Unternehmen davon ab, in welchem Umfang die Daten vom einzelnen Unternehmen genutzt und am Markt abgesetzt werden (können). Über die Frage der Kostenverteilung entscheidet demnach der wirtschaftliche Erfolg des jeweiligen Unternehmens. Die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Teilnehmerdaten steht aber in keinem Sach und schon gar nicht in einem Kausalzusammenhang zu den auf Seiten des herausgabepflichtigen Unternehmens entstehenden Kosten.<sup>56</sup> Entsprechendes gilt für einen Abrechnungsschlüssel, der ein bestimmtes wirtschaftliches Verwertungspotenzial unterstellt.

55 So auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.11.2006, VIU (Kart) 1/06, S. 12 f. u. 17.

56 Zu einem Art. 21 Abs. 2 FMG, Art. 29 Abs. 2, Art. 52 FDV gerecht werdenden Kostenverteilungsmaßstab vgl. TelekomControlKommission, Beschluss v. 7.3.2005, T 3/0445, insbes. S. 14 u. 22.

### VI. Ergebnis und Fazit

SD wird unter dem neuen Rechtsrahmen auch ihre Preisgestaltung für den Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten sowohl im Wege des Offline als auch des Onlineverfahrens grundlegend ändern müssen, da diese bisher vom wirtschaftlichen Erfolg des nachfragenden Unternehmens abhängt, so dass eine verursachungsgerechte Kostenzurechnung unmöglich ist. Schon dem Grunde nach nicht abwälzbar sind hierbei die Kosten für die ETVDatenbank. Im Ergebnis wird dies – wie die Erfahrungen in anderen Ländern zeigen – zu marginalen Entgelten für die regulierten Verzeichnisdaten und einer Intensivierung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten für Auskunft und Verzeichnisdienstleistungen führen. Darüber hinaus sind der Umfang der «regulierten Verzeichnisdaten» sowie die Auflösung komplexer Datensätze näher zu untersuchen. SD wird künftig insbesondere Informationen zur Telefaxnummer und der Rubrik als regulierte Verzeichnisdaten behandeln müssen ■.

### L'AUTRE REGARD DIE ANDERE SICHT



Martial Leiter

# Open Source et droit des brevets

Philippe Gilliéron

Prof. remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, J.S.M. (Stanford), Avocat, Lausanne

**Zusammenfassung:**  
*Software auf «Open Source» Basis ist zu einer echten Alternative zur traditionellen Software mit Exklusivrechten geworden. Es gibt nur wenige Autoren im Urheberrecht, die sich auch für die Zusammenhänge zwischen freier Software und Patentrecht interessieren; meist wird der patentrechtliche Schutz von Software ignoriert. Was gilt aber, wenn freie Software Objekt eines Patentes wird? Wird ein «patentleft» vom «copyleft» abgeleitet? Wie behandelt man die Open Source Lizenz zu dieser Frage? Diesen und ähnlichen Fragen müssen sich die Autoren stellen und Open Source Lizenzen analysieren.*

«Open Source»: inconnu des juristes il y a quelques années, rares sont aujourd'hui ceux à ne pas avoir encore rencontré ces termes. Phénomène emblématique du développement des biens communs informationnels, cité en exemple comme nouveau modèle possible de coopération sociale remettant en cause les modèles économiques traditionnels fondés sur des droits exclusifs, l'«Open Source» n'en demeure pas moins méconnu. Un rappel des grands principes le régissant (I), ainsi qu'un bref exposé des principales licences existantes (II) n'est donc pas inutile. Les rapports entretenus par l'Open Source et le droit d'auteur ayant été analysés en détail par la littérature spécialisée<sup>1</sup>, il m'a semblé utile d'axer la présente contribution sur ses rapports avec le droit des brevets, domaine moins exploré qui n'en suscite pas moins d'importantes questions avec de véritables enjeux pratiques comme nous le verrons plus bas (III).

## I. Introduction

C'est au *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) que commence l'histoire de l'«Open Source». Travaillant en qualité de

chercheur dans le laboratoire d'intelligence artificielle du MIT, Richard Stallman se voit refuser l'accès au code source du système d'exploitation UNIX développé par la société AT&T qu'il entendait modifier pour améliorer les performances du laboratoire. Entrevoyant les limites posées par le modèle propriétaire de distribution des logiciels, Stallman prend alors deux décisions: tout d'abord, il crée en 1984 la *Free Software Foundation*<sup>2</sup> et le projet GNU<sup>3</sup>, qui joueront et continueront à jouer un rôle fondamental dans ce domaine, notamment en raison de l'adoption de la *General Public Licence* (GPL) que Stallman élabore avec Eben Moglen<sup>4</sup> et à laquelle recourent encore aujourd'hui la majorité des logiciels libres; ensuite, Stallman décide de développer de manière totalement indépendante un système d'exploitation sur le modèle UNIX, en garantissant que ce système restera «disponible»<sup>5</sup> sous un régime relevant de biens communs. Huit ans seront nécessaires à Stallman pour que le projet aboutisse, non sans avoir eu besoin d'un génie de vingt-trois ans, Linus Torvalds, qui seul parviendra finalement à développer le noyau<sup>6</sup> Linux: le système GNU/Linux était né.

Si la distribution du système GNU/Linux sous la licence *General Public License* (GPL) en a assuré le succès, on dénombre aujourd'hui de très nombreuses licences «libres»<sup>7</sup>. Que faut-il entendre concrètement par «Open Source» ou «logiciels libres»? Quelles en sont les caractéristiques? Alors que la *Free Software Foundation* énonce quatre grands principes<sup>8</sup>, l'*Open Source Initiative* (OSI) en mentionne dix<sup>9</sup>. Suivant en cela LAWRENCE ROSEN<sup>10</sup>, j'en retiendrai cinq:

1. Le licencié est en droit d'utiliser le logiciel libre pour quelque usage que ce soit. Il en résulte en pratique que des restrictions quant au domaine d'activité (*fields of use restriction*) seront interdites.

- 1 Voir en particulier pour le droit suisse MIKE J. WIDMER, *Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software*, Berne 2003.
- 2 <http://www.fsf.org>.
- 3 <http://www.gnu.org>.
- 4 Eben Moglen est aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de l'Université de Columbia, à New York.
- 5 Nous verrons plus bas ce qu'il faut entendre par là.
- 6 Concrètement, le noyau d'un système, dénommé kernel, gère l'accès aux ressources de calcul et tous les autres logiciels du système d'exploitation y font appel.
- 7 Voir le site <http://www.sourceforge.net>.
- 8 <http://www.fsf.org>.
- 9 <http://www.opensource.org>.
- 10 LAWRENCE ROSEN, *Open Source Licensing – Software Freedom and Intellectual Property Law*, Upper Saddle River 2005, pp. 8 ss.

2. Le licencié est en droit de faire des copies du logiciel libre et de les distribuer sans devoir s'acquitter de redevances en faveur du donneur de licence. Ce principe ne signifie nullement que les logiciels libres sont nécessairement gratuits, mais simplement que le licencié ne doit pas avoir à payer de redevance pour la reproduction de logiciels dont les termes d'utilisations sont définis par une licence «Open Source». Rien n'interdit en revanche que la distribution de ces logiciels à des tiers soit payante. Concrètement, cette exigence a pour effet de réduire le coût de reproduction des logiciels libres à leur coût marginal de production et de distribution<sup>11</sup>;

3. Le licencié est en droit de créer une œuvre dérivée du logiciel libre et de la distribuer sans devoir s'acquitter de redevances en faveur du donneur de licence. Ce principe tient compte de la nature particulière du développement des logiciels, où chaque concepteur se réfère à ce qui a été fait précédemment pour améliorer le logiciel (*incremental and subsequential*). De manière à encourager les innovations, chaque licencié soumis à une licence «Open Source» est donc en droit de modifier tout logiciel libre comme bon lui semble;

4. Le licencié est en droit d'accéder et d'utiliser le code source du logiciel libre. Pour pouvoir modifier un logiciel, encore faut-il pouvoir accéder au code source du logiciel. Ce principe, corollaire du précédent, modifie fondamentalement les modèles propriétaires traditionnels de distribution des logiciels où le code source est gardé secret et l'accès octroyé uniquement moyennant rétribution financière. Ce principe a ainsi donné son terme au phénomène lui-même;

5. Le licencié est en droit de combiner le logiciel libre à d'autres logiciels. Conformé-

ment à l'adage *res inter alios*, ce principe implique que les licences «Open Source» ne sauraient bien entendu entraîner des restrictions quant à l'exploitation des logiciels avec lesquels le logiciel libre est utilisé. L'utilisateur qui choisit comme navigateur le logiciel Firefox, gouverné par la licence Mozilla, a bien entendu le droit d'avoir sur son ordinateur des logiciels relevant d'un modèle propriétaire comme Windows. Si le donneur de licence ne saurait donc imposer à l'utilisateur de choix quant aux logiciels à adopter, rien ne lui interdit en revanche d'exiger du licencié, son partenaire contractuel, qu'il distribue à son tour le logiciel modifié conformément aux termes de la licence; on parle alors de «licence réciproque» sur laquelle je reviendrai.

En pratique, toute licence remplissant ces conditions peut figurer sur le site de l'OSI et apposer la marque de garantie (*certification mark*) enregistrée par cet organisme, dont l'importance ne saurait être négligée puisque tous les logiciels hébergés sur le site de SourceForge<sup>12</sup> par exemple doivent au préalable avoir été approuvés par l'OSI<sup>13</sup>. Comme le souligne Aigrain, «l'usager qui ne respecte pas les conditions portant sur les œuvres dérivées ne peut plus arguer avoir reçu permission d'usage, et est donc passible de poursuites pour contrefaçon. Cette utilisation du copyright pour fonder *a contrario* les biens communs fut appelée par Stallman «copyleft»<sup>14</sup>. Dit plus simplement, choisir la voie de l'«Open Source», c'est consentir à renoncer à ses droits d'auteur vis-à-vis de ses licenciés et, du même coup, à «lever» l'exercice de ses droits exclusifs, d'où le terme «copyleft». Le «Copyleft» n'implique pas pour autant le «patent-left» comme nous le verrons plus bas. Mais avant cela, intéressons-nous quelques instants aux divers modèles existants de licences libres.

## II. Les catégories de licences libres

Il serait faux d'imaginer que toutes les licences libres sont équivalentes. Comme l'a exposé ROSEN dans son ouvrage<sup>15</sup>, le concepteur qui souhaite développer un projet informatique sous une licence libre aura tout intérêt à consulter un avocat spécialisé en la matière, à même de lui exposer les différentes caractéristiques des principales licences envisageables. De manière schéma-

**Résumé:** *La distribution des logiciels sur le modèle «Open Source» s'est imposé comme une alternative viable du modèle propriétaire traditionnel basé sur l'existence de droits exclusifs. Généralement pensées en termes de droit d'auteur, rares sont les auteurs à s'être intéressés aux rapports entretenus par les licences libres avec le droit des brevets, dont l'importance pour la protection des logiciels ne saurait pourtant être ignorée. Qu'advient-il lorsqu'un logiciel exploité selon les termes d'une licence libre fait l'objet d'un brevet? Un «patent-left» doit-il être déduit du «copyleft»? Quel traitement les licences libres réservent-elles à cette question? Autant de questions auxquelles l'auteur s'efforce de répondre en se reposant sur l'examen de quelques licences libres.*

11 cf. ROSEN (n. 10), p. 10.

12 <http://www.sourceforge.net>.

13 ROSEN (n. 10), p. 3.

14 PHILIPPE AIGRAIN, Cause commune – L'information entre bien commun et propriété, Paris 2005, p. 111. Voir également sur cette notion le même PHILIPPE AIGRAIN, A framework for understanding the impact of the GPL copylefting vs. non copylefting licenses, <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain2.pdf>.

15 Cf. supra n. 10.

tique, on peut considérer qu'il existe trois catégories de licences libres, qui reposent sur des considérations différentes.

La première réside dans les licences dites «académiques». A la suite de la propriétérisation du système UNIX par AT&T en 1982, l'Université de Berkeley a veillé à développer des versions libres de ses logiciels sous divers noms utilisant les initiales BSD pour *Berkeley Software Distribution*<sup>16</sup>. La licence BSD en est l'archétype. Fondamentalement, le but poursuivi par ce type de licence réside dans la volonté de mettre à la disposition du public les logiciels, sans pour autant exiger des utilisateurs qu'eux-mêmes distribuent les modifications apportées aux logiciels sous la même licence. Aucune réciprocité n'est donc imposée aux licenciés; autrement dit, si le donneur de licence révèle le code source du logiciel originel, point n'est besoin pour le licencié d'en faire de même. A défaut pour le licencié de distribuer son logiciel sous la licence BSD, seul le logiciel originel est donc libre et l'on ne saurait parler de véritable «bien commun».

La seconde catégorie est constituée par les licences dites «réciproques», dont l'archétype est la licence GPL et qui comprend la très large majorité des licences libres. A la différence des licences académiques, les licences réciproques exigent des licenciés qu'ils distribuent les logiciels modifiés aux mêmes conditions que celles dont ils ont bénéficié; autrement dit, le preneur est dans l'obligation de divulguer à son tour le code source du logiciel par lui modifié pour en faire bénéficier ses propres licenciés. Ce type de licence fait donc des logiciels qui leur sont soumis de véritables «biens communs». Si la licence BSD est ainsi compatible avec la licence GPL, un logiciel dont l'exploitation est soumise dès l'origine à la

licence GPL ne peut en revanche voir son utilisation ultérieurement soumise à la licence BSD en raison de cette exigence de réciprocité<sup>17</sup>. Toutes les licences réciproques ne sont pas pour autant identiques, comme nous le verrons en examinant leurs rapports avec le droit des brevets.

Enfin, une dernière catégorie particulière réside dans les licences dites de «contenu». Celles-ci ne sont pas à proprement parler des licences «Open Source», dans la mesure où elles ont pour but d'assurer la libre distribution d'œuvres protégées par le droit d'auteur autres que les logiciels. Aucune divulgation de code source, par essence inexistant, n'a donc lieu pour cette catégorie. La licence type en la matière est la «Creative Commons»<sup>18</sup>, qui permet au titulaire de renoncer en tout ou partie à l'application de ses droits exclusifs pour garantir l'exploitation de ses œuvres aux conditions définies contractuellement: autorisation d'exploiter l'œuvre à des fins commerciales ou non, de l'utiliser pour en faire une œuvre dérivée ou non. L'éventail possible est évidemment large. Bien que différentes, les licences de contenu poursuivent donc un but similaire aux licences «Open Source», en ce sens qu'elles visent à garantir une large diffusion d'œuvres érigées au rang de «biens communs».

Après ces quelques remarques introductives, il est temps de nous intéresser au cœur de notre sujet, à savoir les rapports entretenus par les licences libres avec le droit des brevets.

### III. Open Source et droit des brevets

#### A. L'importance du droit des brevets dans le domaine informatique

Le droit suisse n'est guère favorable à la brevetabilité des logiciels. Considérés à tort ou à raison comme de simples indications à l'esprit humain<sup>19</sup>, les logiciels sont ainsi avant tout protégés par le droit d'auteur.

Bien qu'initialement restrictive dès lors que l'art. 52(2) al. 2 lit. c CBE<sup>20</sup> dispose que les programmes d'ordinateurs ne sont pas considérés comme des inventions, la jurisprudence de la Chambre des recours s'est peu à peu assouplie avec les arrêts *Sohei*<sup>21</sup> et *IBM*<sup>22</sup>. Plus de 30'000 brevets auraient

16 AIGRAIN (n. 14), 109.

17 En effet, soumettre à la BSD l'exploitation d'un logiciel modifié originellement soumis à la GPL impliquerait pour les licenciés du logiciel modifié le droit de le distribuer sans divulguer le code source, ce que la GPL tend justement à interdire par la clause de réciprocité.

18 <http://www.creativecommons.org>.

19 ATF 98 Ib 396.

20 Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance des brevets européens, RS 0.232.142.2.

21 JO OEB 1995 525, T769/92.

22 JO OEB 1999 609, T1173/97.

aujourd'hui été délivrés en la matière<sup>23</sup>. Les défenseurs et opposants à la brevetabilité des logiciels n'en continuent pas moins de s'affronter; longtemps débattu, le projet de directive concernant la brevetabilité des logiciels a finalement été rejeté en seconde lecture le 6 juillet 2005 par le Parlement européen<sup>24</sup>.

Si la brevetabilité des logiciels demeure controversée aux Etats-Unis et suscite de nombreux débats<sup>25</sup>, le principe n'en est pas moins acquis depuis 1994 et l'affaire *Alla-pat*<sup>26</sup>. Preuve en est le fait que, parmi les sociétés ayant déposé le plus de brevets aux Etats-Unis au cours de ces dernières années, IBM, HP, Micron ou Intel figurent dans le haut du classement, avec près de 3'000 brevets délivrés 2005 pour IBM<sup>27</sup>. Le laxisme<sup>28</sup> dont fait preuve le *United States Patent and Trademark Office* (USPTO) dans la délivrance des brevets «informatiques» pousse en effet les sociétés informatiques à constituer d'importants portefeuilles défensifs en la matière, de manière à dissuader d'éventuels plaideurs à agir en violation de brevets au risque de se voir intenter une action reconventionnelle pour violation d'un autre brevet. La création de larges portefeuilles (*patent thickets*) pousse ainsi les entreprises actives dans le domaine à négocier et à se concéder des licences croisées sur certaines parties de leurs portefeuilles respectifs.

Etant donné l'importance des sociétés de la Silicon Valley en la matière, on ne saurait ignorer le rôle joué par le droit des brevets dans la protection des logiciels. Or, en définissant les droits concédés, la terminologie des licences libres se réfère essentiellement au droit d'auteur, en parlant tour à tour de «copy», «distribute», «modify», «publish» ou «display», laissant dans la plupart des cas de côté les notions de «use», «make», «have made», «sell» ou «offer to sell» afférentes au droit des brevets. Pourtant, il n'est pas rare aujourd'hui que les logiciels exploités soient protégés en sus du droit d'auteur par le droit des brevets. Qu'advient-il au licencié lorsque le logiciel exploité en application d'une licence libre fait l'objet d'un ou de multiples brevets? Doit-on déduire du «copyleft» un éventuel «patentleft»?

Loin d'être théorique, la question fait actuellement l'objet d'un important contentieux entre les sociétés *SCO* et *Novell*, aux

termes duquel la première prétend que le système GNU/Linux distribué en particulier par la seconde violerait certains brevets dont elle serait titulaire sur le système UNIX<sup>29</sup>. Inutile de souligner les conséquences importantes que cette affaire pourrait avoir<sup>30</sup>. Ses répercussions se font déjà sentir, puisque la ville de Munich a renoncé à équiper son infrastructure informatique de systèmes Linux aussi longtemps que la question de l'impact des brevets sur les logiciels libres ne serait pas éclaircie<sup>31</sup>. Sans même m'interroger sur l'issue possible de ce litige, je propose dans la suite de cette contribution de passer en revue quelques licences qui me semblent dignes d'intérêt pour examiner la manière dont elles traitent du droit des brevets et les conséquences qu'il faut en tirer.

## B. Les licences libres et le droit des brevets

Je commencerai par la GPL (1.) avant d'examiner les *Mozilla Public License* (MPL) (2.), *Common Public License* (3.) et *Open Software License* (OSL) (4.).

### 1. La General Public License (GPL)

La version de la licence actuellement en vigueur est la version numéro 2, ce depuis le

- 23 LUCIE GUIBAULT, Paradigm Shift in European Intellectual Property? From Microsoft to Linux, in *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, Hiver 2006, accessible à <http://www.lexelectronica.org/articles/v103/guibault.htm>.
- 24 [http://fr.wikipedia.org/wiki/Brevet\\_logiciel\\_en\\_Europe](http://fr.wikipedia.org/wiki/Brevet_logiciel_en_Europe).
- 25 Voir par exemple, récemment et parmi beaucoup d'autres: DAVID S. EVANS/ANNE LAYNEFARRAR, Software Patents and Open Source: The Battle over Intellectual Property Rights, à paraître dans VA. J.L. & TECH. (2007), accessible à l'adresse [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=533442](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=533442); ROBERT PLOTKIN, Software Patentability and Practical Utility: What's the Use?, 19 INT'L R. L., COMPUTERS & TECH. 23 (2005); ANDRES GUADAMUZ, The Software Patent Debate, 1 J. IP L. & PRACTICE 196 (2006).
- 26 In re Alappat, 33 F.3d 1526 (Fed.Cir. 1994).
- 27 IBM figure largement en tête de liste avec 2'941, suivi par Canon avec 1'828. HP est troisième avec 1'797, tandis que Micron et Intel sont respectivement 6 et 7ème, avec 1'561 et 1'549 brevets délivrés (<http://www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/0603.htm>).
- 28 Point toutefois combattu dans une certaine mesure par EVANS/FARRAR dans l'article précité n. 25.
- 29 Cette présentation en dix mots schématise évidemment un litige fort complexe. Pour un site entièrement consacré au litige, voir <http://www.groklaw.net>. Cf. également ROSEN (n. 10), pp. 290 ss et ANDRES GUADAMUZ, Legal challenges to open source licenses, (2005) 2:2 SCRIPTed.
- 30 Contra ROSEN (n. 10), pp. 290 ss, pour qui le litige n'aura en réalité que peu d'influence sur l'avenir des logiciels libres. La réaction de la ville de Munich me laisse penser qu'il pourrait en aller autrement.
- 31 Linux Business Week Desk, Concerns Over Patent Infringement, Munich Calls Halt to Linux Switch, *Linux World*, 5 août 2004, <http://www.linuxworld.com/story/45825.htm>.

mois de juin 1991. Les dispositions topiques pour le sujet qui nous intéresse sont les chiffres 7 et 8, ainsi rédigés:

«7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program. [...]».

«8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License».

Richard Stallman et Eben Moglen ont retenu dans la seconde version de la GPL une solution pragmatique. A partir du moment où un logiciel exploité en application de la licence GPL fait l'objet d'une prétention qui en empêche l'utilisation selon les termes contractuels, le licencié n'a d'autre choix que de renoncer purement et simplement à la distribution du logiciel<sup>32</sup>. Tel

peut en particulier être le cas lorsque des éléments brevetés sont incorporés au logiciel dont le code source est exploité en application de la licence GPL. L'existence d'un tel brevet rend du même coup impossible l'exploitation du logiciel puisque, sauf licence ne prévoyant aucune redevance (*royaltyfree license*), il interdit la distribution gratuite du logiciel sans l'accord exprès du titulaire du brevet. Dans son ouvrage, ROSEN écrit ne pas comprendre en quoi une décision judiciaire concernant un brevet empêcherait l'exécution des obligations de réciprocité et de paternité caractéristiques de la licence GPL comme l'implique le chiffre 7<sup>33</sup>. J'avoue quant à moi ne pas comprendre cette remarque dont la portée m'échappe sans doute: l'exigence de réciprocité impliquant l'obligation pour le licencié de distribuer son logiciel gratuitement<sup>34</sup>, la distribution d'un logiciel revient à le mettre en circulation et peut ainsi contrevenir à l'existence d'un brevet portant sur le logiciel. GUIBAULT semble du même avis<sup>35</sup>. Le lien me semble donc assez simple, mais sans doute ROSEN y voit-il une nuance qui m'échappe. Comme le souligne les auteurs précités, la rédaction du chiffre 7 laisse il est vrai quelque peu perplexe, puisque ce chiffre distingue les «*obligations pertinent to this License*» des «*any other pertinent obligations*», sans indiquer ce que recourent ces dernières<sup>36</sup>; pourrait-il s'agir d'obligations résultants d'engagements passés avec des tiers? Je vois difficilement en quoi le non respect d'obligations extérieures au contrat pourrait entraîner la fin de la licence GPL, mais force est d'admettre qu'il est quoi qu'il en soit difficile de faire l'exégèse de cette disposition, de sorte que la question doit rester indécise.

Une interprétation littérale du chiffre 7 pourrait laisser croire qu'il suffit d'invoquer la violation d'un brevet pour entraîner l'interdiction de distribuer le logiciel («*allegation of patent infringement*»). Il n'en est rien. Si une injonction judiciaire confirmant la validité et la violation d'un brevet n'est pas nécessaire, l'ouverture d'une action judiciaire est en revanche exigée; une simple mise en demeure ne suffit pas<sup>37</sup>. A dire vrai, le fait que la seule ouverture d'une action judiciaire suffise à entraîner l'application du chiffre 7 et, du même coup, mettre un terme à la distribution possible du logiciel, me semble critiquable,

32 On relèvera que le droit de reproduction et de créer des œuvres dérivées n'est en revanche pas touché.

33 ROSEN (n. 10), p. 135.

34 Le chiffre 2 lit. b de la licence GPL prévoit ainsi que: «You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.»

35 GUIBAULT (n. 23), p. 23.

36 GUIBAULT (n. 23), p. 28; ROSEN (n. 10), p. 134.

37 Dans ce sens: GUIBAULT (n. 23), p. 28; ROSEN (n. 10), p. 134.

puisque le licencié devra renoncer à distribuer son logiciel avant même de connaître l'issue du procès. Force est cependant d'admettre que ce chiffre tel que rédigé distingue clairement la décision judiciaire («*court judgment*») de la simple allégation de violation du brevet («*allegation of patent infringement*»), toutes deux constituant des hypothèses mettant un terme à la licence. On imagine sans peine les pertes financières considérables qui peuvent résulter d'un procès en contrefaçon de brevet de plusieurs années s'avérant infondé par la suite. Or, ces pertes seront d'autant plus regrettables que, sauf pour le titulaire du brevet à avoir requis et obtenu en cours d'instance des mesures provisoires s'avérant ultérieurement infondées et qui pourraient justifier le remboursement du dommage subi par l'exploitant du logiciel<sup>38</sup>, ce dernier devra supporter ses propres pertes, sans pouvoir s'en prendre au donneur de licence puisqu'il a expressément consenti au chiffre 7 et à l'exonération de responsabilité figurant au chiffre 11 de la licence GPL. Partant, libre au licencié de décider s'il entend assumer le risque financier découlant du procès et continuer à distribuer le logiciel nonobstant la litispendance, quitte à devoir s'acquitter d'un certain montant à titre de redevances pour le passé et pour l'avenir. La décision, économique, dépendra donc en grande partie de l'importance du logiciel pour les activités du licencié concerné.

Enfin, le chiffre 8 est un rappel du principe de territorialité qui régit les droits de propriété intellectuelle et permet à l'exploitant du logiciel d'en interdire l'utilisation dans les pays où elle contreviendrait à d'autres droits exclusifs existants.

Ces dispositions étant expliquées, la question se pose de savoir si l'on pourrait déduire du «*copyleft*» un «*patentleft*»? Cette question semble devoir trouver une réponse négative en droit américain. Selon ROSEN, la licence GPL est la seule à devoir être interprétée comme une pure licence de droit d'auteur, et non comme un contrat<sup>39</sup>; il en résulte selon cet auteur qu'on ne saurait conclure à l'octroi implicite d'une licence de brevet, laquelle ne saurait se présumer<sup>40</sup>. En va-t-il de même en droit suisse? De prime abord, la nature exclusive du droit au brevet s'oppose à admettre l'octroi d'une li-

cence implicite, puisqu'il revient au titulaire de décider si, quand et de quelle manière il autorise l'exploitation de son droit. Or, on ne saurait déduire d'une licence de droit d'auteur une licence portant sur un droit d'une autre nature, ce d'autant plus que de nombreuses questions telle l'étendue de cette licence resteraient indécises. D'un autre côté, force est d'admettre que la conclusion d'un contrat de licence n'est soumise à aucune forme en droit suisse, et que rien ne s'oppose par conséquent théoriquement à l'octroi tacite d'une licence de brevet<sup>41</sup>. Pourrait-on dès lors soutenir que l'octroi d'une licence «Open Source» implique nécessairement l'octroi de tous les droits nécessaires à l'exécution des obligations découlant de la licence et, du même coup, également ceux en matière de brevets, sauf à conclure un contrat impossible *ab initio*? Prétendre trancher la question sur ces quelques pages serait présomptueux. Force est en tous les cas d'admettre que l'abus de droit ne serait à mon avis pas loin pour celui qui, en connaissance de l'existence de brevets portant sur des logiciels, autoriserait l'exploitation de ce logiciel tout en taisant l'existence de ses brevets pour s'en prévaloir le cas échéant ultérieurement. On ne saurait toutefois exclure que le donneur de licence ignore le fait que le logiciel en question porte sur l'un de ses brevets étant donné le volume important des portefeuilles en la matière. Une action en violation de brevets ne saurait toutefois être admise à la légère selon moi: d'une part, c'est au donneur de licence qu'il incombe d'être vigilant dans l'octroi de la licence, et l'on ne saurait faire supporter au licencié qui a exploité de bonne foi le logiciel conformément à la licence GPL les conséquences de la négligence du donneur de li-

38 Cf. par exemple art. 107 CPC.

39 ROSEN (n. 10), p. 140. La distinction semble étrange pour le juriste européen, puisque toute licence est par essence un contrat. Rappelons qu'aux Etats-Unis, les conflits relatifs au droit contractuel relèvent des divers Etats, tandis que les conflits relatifs aux droits de propriété intellectuelle relèvent des juridictions fédérales. Le traitement explicite d'une «licence» comme définissant uniquement l'étendue des droits de propriété intellectuelle conférés a donc pour effet d'exclure toute nature contractuelle à d'éventuels conflits et, du même coup, toute compétence d'un Etat qui interpréterait l'étendue des droits selon les règles applicables en matière contractuelle. Je n'entrerai pas plus dans ces détails qui nous éloigneraient par trop du sujet traité.

40 ROSEN (n. 10), p. 126.

41 Cf. PETER HEINRICH, PatG/EPÜ, Zurich 1998, ad art. 34 n° 34.09.

cence dans son obligation de *due diligence*; d'autre part, dès l'instant où le donneur de licence a consenti à ce que l'exploitation de son logiciel soit régi par la licence GPL, on pourrait soutenir qu'il a lui-même décidé que le développement de son logiciel dont il connaissait les fonctionnalités ait lieu sous une forme «libre» et que, par conséquent, il ne saurait unilatéralement revenir en arrière en contestant l'octroi de ce mode de coopération pour lequel il a lui-même opté. L'octroi implicite d'une licence de brevet ne serait donc que le résultat d'une application rigoureuse de l'adage *contra venire factum proprium est*. Cette question, *a priori* centrale dans le litige opposant SCO à Novell, donnera certainement lieu à de passionnantes constructions juridiques.

Cette question pourrait quoi qu'il en soit perdre de son intérêt à l'avenir, puisque le projet de révision de la licence GPL actuellement en cours prévoit en son chiffre 11 que les utilisateurs prendraient l'engagement de ne pas agir en violation de leurs brevets lorsque ces derniers porteraient sur le logiciel objet de la licence<sup>42</sup>. La révision de la licence étant cependant âprement discutée, je renonce à m'étendre plus en détail sur son examen pour me concentrer ici sur l'analyse du «droit» positif.

## 2. La Mozilla Public License (MPL)

Selon les chiffres 2.1 (b) et (d) de la version 1.1 en vigueur:

«2.1 (b) The Initial Developer hereby grants You a worldwide, royalty-free, nonexclusi-

ve license, subject to third party intellectual property claims under Patent Claims infringed by the making, using or selling of Original Code, to make, have made, use, practice, sell, and offer for sale, and/or otherwise dispose of the Original Code (or portions thereof). [...] (d) Notwithstanding Section 2.2(b) above, no patent license is granted: 1) for code that You delete from the Original Code; 2) separate from the Original Code; or 3) for infringements caused by: i) the modification of the Original Code or ii) the combination of the Original Code with other software or devices».

Le brevet peut concerner aussi bien un produit qu'un procédé ou une méthode puisque, au terme du chiffre 1.10.1, «Patent Claims» means any patent claim(s), now owned or hereafter acquired, including without limitation, method, process, and apparatus claims, in any patent Licensable by grantor». On remarquera tout d'abord l'étendue limitée de la licence de brevet, puisqu'elle ne s'étend qu'au «Original Code», soit au «Source Code of computer software code which is described in Exhibit A as Original Code, and which, at the time of its release under this License is not already Covered Code governed by this License». Autrement dit, la licence de brevet ne va permettre au licencié que d'utiliser le code source défini à l'annexe A au contrat de licence.

Selon ROSEN, il en résulte qu'à chaque modification du logiciel, il y aura lieu d'examiner si le code source objet du brevet est maintenu, dès lors que le chiffre 2.1 (d) précise que la suppression de tout ou partie de ce code n'est pas couvert par la licence, pas plus en principe que ses modifications<sup>43</sup>. Encore faut-il que la suppression de lignes ou les modifications apportées puissent être considérées comme une violation du brevet, question qui devra être tranchée de cas en cas suivant le droit applicable. Si tel est le cas, une licence additionnelle devra être négociée. De même le code source tel que concédé aux termes de la licence ne pourra-t-il être incorporé dans d'autres logiciels, puisque le chiffre 2.1(d) en interdit la séparation pour l'incorporer dans des logiciels de tiers. Dans toutes les hypothèses envisagées au chiffre 2.1(d), des licences additionnelles devront ainsi le cas échéant être négociées.

42 Le chiffre 11 est ainsi rédigé: «You receive the Program with a covenant from each author and conveyor of the Program, and of any material, conveyed under this License, on which the Program is based, that the covenanting party will not assert (or cause others to assert) any of the party's essential patent claims in the material that the party conveyed, against you, arising from your exercise of rights under this License. If you convey a covered work, you similarly covenant to all recipients, including recipients of works based on the covered work, not to assert any of your essential patent claims in the covered work. If you convey a covered work, knowingly relying on a nonsub licensable patent license that is not generally available to all, you must either (1) act to shield downstream users against the possible patent infringement claims from which your license protects you, or (2) ensure that anyone can copy the Corresponding Source of the covered work, free of charge and under the terms of this License, through a publicly available network server or other readily accessible means. Nothing in this License shall be construed as excluding or limiting any implied license or other defenses to infringement that may otherwise be available to you under applicable patent law».

43 ROSEN (n. 10), pp. 149150.

L'un des buts recherchés par les licences libres étant d'encourager l'innovation, on peut sans peine imaginer qu'un participant (appelé «Contributor») découvre un nouveau domaine d'application pour le code source tel que breveté, ou que les modifications par lui apportées justifient la délivrance d'un nouveau brevet, qu'il soit dépendant ou indépendant du ou des brevets portant sur la version originelle du logiciel. Autrement dit, au fil du temps, le logiciel modifié peut faire l'objet de multiples brevets portant sur tout ou partie du code source, raison pour laquelle le chiffre 2.2 (b) de la licence MPL prévoit que chaque participant aux modifications subséquentes du logiciel original concède une licence similaire à leurs propres licenciés. On imagine aisément les difficultés qui s'en suivront pour déterminer si les portions de code source brevetées ont été maintenues comme l'exigent les chiffres 2.1 (d) et 2.2 (d) et, le cas échéant, si leur suppression constitue une violation ou non des brevets concernés.

Si les chiffres 2.1 et 2.2 de licence MPL prévoient ainsi, dans un cadre certes limité, que les participants concèdent aux utilisateurs une licence portant sur le(s) brevet(s) dont le code source fait l'objet, ces chiffres ne répondent pas à la question de savoir quel traitement doit être réservé au tiers qui invoque une violation de son brevet résultant de l'exploitation du logiciel libre. La licence MPL apporte deux réponses à cette question:

La première, contenue au chiffre 3.4 (a), prévoit une obligation d'information sous la forme d'une notice indiquant la revendication émise par un titulaire de droits exclusifs donnés<sup>44</sup>, de manière à permettre aux utilisateurs de contacter ce tiers pour le cas échéant négocier une licence si les utilisateurs l'estiment nécessaire. Le non respect de cette obligation peut entraîner la résiliation de la licence s'il n'y est pas remédié dans un délai de trente jours, conformément au chiffre 8.1. Sans prétendre résoudre la question par manque de place, on peut s'interroger sur les effets juridiques de cette obligation d'information: l'utilisateur faisant l'objet d'une injonction qu'il ne pouvait prévoir en l'absence d'une telle notice pourrait-il prétendre à des dommages-intérêts de la part de son

donneur de licence? On peut en douter, ne serait-ce que pour deux raisons: d'une part, il lui faudra tout d'abord démontrer que le participant avait connaissance ou ne pouvait ignorer l'existence du brevet en question, ce qui s'avérera bien souvent difficile sinon impossible; de plus, étant donné l'absence de garantie et l'exonération de responsabilité ancrées aux chiffres 7 et 9, la licence laisse penser que la violation de cette disposition pourrait demeurer sans effet juridique. Les rapports entre l'obligation d'information et ces exonérations mériteraient toutefois d'être examinés plus en détails. A noter enfin que cette obligation, rédigée comme suit, n'est imposée qu'aux participants (*Contributor*), à l'exclusion de celui qui a développé le logiciel originel (*Initial Developer*):

«*Third Party Claims*. If Contributor has knowledge that a license under a third party's intellectual property rights is required to exercise the rights granted by such Contributor under Sections 2.1 or 2.2, Contributor must include a text file with the Source Code distribution titled «LEGAL» which describes the claim and the party making the claim in sufficient detail that a recipient will know whom to contact. If Contributor obtains such knowledge after the Modification is made available as described in Section 3.2, Contributor shall promptly modify the LEGAL file in all copies Contributor makes available thereafter and shall take other steps (such as notifying appropriate mailing lists or newsgroups) reasonably calculated to inform those who received the Covered Code that new knowledge has been obtained».

La seconde, prévue aux chiffres 8.2 et 8.3, vise l'hypothèse où le licencié invoquerait la violation de l'un de ses brevets. Ces dispositions prévoient:

«8.2 If You initiate litigation by asserting a patent infringement claim (excluding declaratory judgment actions) against Initial Developer or a Contributor (the Initial Developer or Contributor against whom You file such action is referred to as «Participant») alleging that:

44 L'obligation ne vise pas uniquement les brevets, mais tous droits de propriété intellectuelle possibles.

# Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Gilliéron | Open Source et droit des brevets

a) such Participant's Contributor Version directly or indirectly infringes any patent, then any and all rights granted by such Participant to You under sections 2.1 and/or 2.2 of this License shall, upon 60 days notice from Participant terminate prospectively, unless if within 60 days after receipt of notice you either: (i) agree in writing to pay Participant a mutually agreeable reasonable royalty for Your past and future use of Modifications made by such Participant, or (ii) withdraw Your litigation claim with respect to the Contributor Version against such Participant. If within 60 days of notice, a reasonable royalty and payment arrangement are not mutually agreed upon in writing by the parties or the litigation claim is not withdrawn, the rights granted by Participant to You under Sections 2.1 and/or 2.2 automatically terminate at the expiration of the 60 day notice period specified above.

b) any software, hardware, or device, other than such Participant's Contributor Version, directly or indirectly infringes any patent, then any rights granted to You by such Participant under Sections 2.1(b) and/or 2.2(b) are revoked effective as of the date You first made, used, sold, distributed, or had made, Modifications made by that Participant.

8.3 If you assert a patent infringement claim against Participant alleging that such Participant's Contributor Version directly or indirectly infringes any patent where such claim is resolved (such as by license or settlement) prior to the initiation of patent infringement litigation, then the reasonable

value of the licenses granted by such Participant under Sections 2.1 or 2.2 shall be taken into account in determining the amount or value of any payment or license».

En résumé, la licence n'est octroyée qu'ausi longtemps qu'aucune action n'est intentée à l'encontre du concepteur originel ou des participants. Dès l'instant où l'utilisateur invoque la violation de l'un de ses brevets, le contrat prend fin, et avec lui le droit d'exploiter le logiciel libre aux termes de la licence; peu importe que la violation alléguée porte sur le logiciel libre objet de la licence ou un autre<sup>45</sup>. C'est dire que l'obligation est particulièrement large puisqu'elle s'étend en réalité bien au-delà de l'objet même de la licence et couvre tous les logiciels et appareils conçus et développés par l'ensemble des participants (compris comme «*Initial Developer*» et «*Contributor*»). On relèvera toutefois que seule la licence de brevet prend fin lorsque l'action porte sur un logiciel, équipement ou appareil autre que le logiciel libre faisant l'objet du contrat<sup>46</sup>, alors que c'est l'ensemble du contrat qui est touché lorsque l'action est intentée à l'encontre du logiciel libre<sup>47</sup>. On peut se demander si, au regard du droit suisse, une telle obligation impliquant une renonciation anticipée à ses droits est valable; s'agissant de droits dont les parties peuvent librement disposer, on peut le penser. En tous les cas, l'utilisateur qui envisage d'exploiter un logiciel libre en application de la licence Mozilla aura tout intérêt à effectuer une *due diligence* préventive et à s'assurer que d'éventuels brevets dont il serait titulaire ne sont pas violés car les conséquences pourraient s'avérer désastreuses pour lui.

En conférant ce moyen de défense aux parties contractuelles, la licence MPL tire les conséquences logiques de l'autorisation concédée aux participants de breveter leur contribution au « logiciel » originel. Autoriser l'enregistrement de brevets résultant du développement ultérieur du logiciel sans interdire aux titulaires de s'en prévaloir permettrait en effet à ces derniers d'invoquer la violation de leur brevet à l'encontre de futurs licenciés, en contrariété avec la finalité de la licence libre. Cette méthodologie a été reprise sous une forme modifiée dans d'autres licences. Nous en examinerons deux :

45 Chiffre 8.2 (b): «any software, hardware, or device, other than such Participant's Contributor Version [...]».

46 Chiffre 8.2 (b): «[...] then any rights granted to You by such Participant under Sections 2.1(b) and/or 2.2(b) are revoked [...]».

47 Chiffre 8.2 (a): «[...] then any and all rights granted by such Participant to You under sections 2.1 and/or 2.2 of this License [...]».

48 Aux termes de ce chiffre: «Subject to the terms of this Agreement, each Contributor hereby grants Recipient a nonexclusive, worldwide, royaltyfree patent license under Licensed Patents to make, use, sell, offer to sell, import and otherwise transfer the Contribution of such Contributor, if any, in source code and object code form. This patent license shall apply to the combination of the Contribution and the Program if, at the time the Contribution is added by the Contributor, such addition of the Contribution causes such combination to be covered by the Licensed Patents. The patent license shall not apply to any other combinations which include the Contribution, No hardware per se is licensed hereunder». Pour ceux que l'exégèse de cette disposition que je ne peux faire par manque de place intéresse, voir ROSEN (n. 10), pp. 163 ss.

### 3. La Common Public License (CPL)

A l'image de la licence MPL, la licence CPL prévoit également l'octroi d'une licence de brevets en sus de la licence de droit d'auteur, conformément au chiffre 2 (b)<sup>48</sup>. Pour des raisons de place, nous nous concentrerons toutefois sur le moyen de défense prévu lors de l'action en violation de brevet intentée par un utilisateur. Selon le deuxième paragraphe du chiffre 7 de la licence MPL:

«7. GENERAL  
[...] If Recipient institutes patent litigation against a Contributor with respect to a patent applicable to software (including a crossclaim or counterclaim in a lawsuit), then any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement shall terminate as of the date such litigation is filed. In addition, if Recipient institutes patent litigation against any entity (including a crossclaim or counterclaim in a lawsuit) alleging that the Program itself (excluding combinations of the Program with other software or hardware) infringes such Recipient's patent(s), then such Recipient's rights granted under Section 2(b) shall terminate as of the date such litigation is filed».

Le moyen de défense prévu par la licence CPL est similaire à celui prévu par la licence MPL en ce sens que l'action en violation de brevet intentée par un utilisateur (*Recipient*) entraîne la fin de la licence. Elle n'en recèle pas moins des différences importantes: tout d'abord, seule la licence de brevet concédée aux termes du chiffre 2 (b) de la licence CPL prend fin (any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement shall terminate), tandis que la licence de droit d'auteur concédée au chiffre 2 (a) continue. C'est dire que, de ce point de vue, la licence CPL est plus généreuse que la licence MPL qui prévoit la fin du contrat dans son entier. Cette restriction s'explique en raison du fait que la licence a été développée par IBM, qui détient le portefeuille de brevets le plus important au monde. Pour cette société, menacer ses licenciés de mettre fin à la licence de brevets concédée représente donc un risque à prendre très sérieusement en ligne de compte, sans qu'il lui soit nécessaire de rajouter une pression supplémentaire en menaçant de mettre également fin à la licence de droit d'auteur. Si

cette licence est donc appropriée pour les sociétés qui disposent d'un portefeuille de brevets importants et qui peuvent l'utiliser comme moyen de pression, elle l'est beaucoup moins pour la plupart des sociétés qui souhaitent développer leurs activités au moyen de logiciels libres et qui ne disposent pas d'un portefeuille de brevets conférant un poids réel à cette menace<sup>49</sup>. Pour ces sociétés, opter pour la licence OSL que nous examinerons plus bas est préférable.

La licence CPL est plus restreinte dans son champ d'application que la licence MPL. En effet, si elle prévoit certes la fin du contrat dès l'instant où l'action est intentée à l'encontre de n'importe quel logiciel de l'utilisateur (*patent applicable to software*), ce qui est déjà relativement large, elle n'étend toutefois pas cet effet aux actions en violation intentées à l'encontre des équipements (*hardware*) et autres appareils (*devices*) comme le fait la licence MPL. Elle est en revanche plus sévère à deux égards: tout d'abord, la licence de brevet prend fin non seulement lorsque l'action est intentée à l'égard de l'utilisateur (*Recipient*), mais de tout sujet de droit (*any entity*)<sup>50</sup>. Ensuite, elle ne prévoit aucun motif réparateur qui permettrait d'éviter la fin de la licence de brevet tel un retrait d'action au contraire de la licence MPL; dès l'instant où l'action judiciaire est intentée, le contrat prévoit l'expiration de la licence de brevet. Libre il est vrai aux parties d'en décider autrement si l'instance devait aboutir à une transaction judiciaire.

### 4. La Open Software License (OSL)

A l'image des licences MPL et CPL, la licence OSL confère également à ses licenciés une licence de brevet sur l'«*Original Work*», définie comme «*any original work of authorship*», soit l'œuvre dans son ensem-

49 Cf. ROSEN (n. 10), p. 213.

50 Comme le relève ROSEN (n. 10), p. 171, on peut s'étonner de la rédaction de ce chiffre puisque la première phrase prévoit la fin de «any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement», tandis que la seconde prévoit la fin des «rights granted under Section 2(b)». Or, le chiffre 2 (b) concerne précisément les licences de brevet octroyées aux termes du contrat, de sorte que la raison d'être de cette distinction demeure incertaine.

51 Le chiffre 2 est ainsi rédigé: «Licensor grants You a worldwide, royalty-free, nonexclusive, sublicensable license, under patent claims owned or controlled by the Licensor that are embodied in the Original Work as furnished by the Licensor, for the duration of the patents, to make, use, sell, offer for sale, have made, and import the Original Work and Derivative Works».

ble et pas uniquement le code source<sup>51</sup>. Le chiffre 10 de la version 3 actuellement en vigueur prévoit un moyen de défense à l'encontre d'actions intentées par un utilisateur en violation de ses brevets:

«10. Termination for Patent Action

This License shall terminate automatically and You may no longer exercise any of the rights granted to You by this License as of the date You commence an action, including a crossclaim or counterclaim, against Licensor or any licensees alleging that the Original Work infringes a patent. This termination provision shall not apply for an action alleging patent infringement by combinations of the Original Work with other software or hardware».

Comparée à la solution retenue par les licences MPL et CPL, la licence OSL opte pour une solution qui me semble plus nuancée et adéquate. A la différence de la licence MPL, l'application du chiffre 10 a lieu ensuite de n'importe quelle action en violation de brevet, soit également lors d'une action en constatation de droit, qui est expressément exclue par le chiffre 8.2. de la licence MPL. Elle est également plus large en ce sens que le chiffre 10 s'étend à une action en violation de brevet portant sur le logiciel libre qui serait intentée à l'encontre de n'importe qui, alors que les licences MPL et CPL limitent la portée de leur moyen de défense aux actions intentées contre les «participants». En revanche, l'action en violation de brevet ne peut porter que sur le logiciel libre faisant l'objet de la licence, à l'exclusion d'un autre logiciel comme le permettent les licences MPL et CPL; c'est là une différence fondamentale, puisque le licencié n'aura pas à craindre de ne pouvoir faire usage de son portefeuille de brevets à l'encontre des «participants» s'il devait s'avérer que ces derniers exploitent d'autres logiciels violant ses droits. Enfin, à la différence de la licence CPL, ce n'est pas uniquement la licence de brevet qui prend fin, mais tout le contrat, soit également la licence de droit d'auteur.

#### IV. Conclusion

Pensé à l'origine en termes de droit d'auteur, les fondateurs du mouvement Open Source ont négligé l'importance considérable prise par le droit des brevets au cours de ces dernières années dans le domaine informatique. A défaut de disposition particulière, les sociétés qui souhaitent recourir à des logiciels libres en sont ainsi réduites à devoir fournir un coûteux effort de *due diligence* pour s'assurer de la non existence de brevets sur le logiciel qu'elle souhaite exploiter voire modifier et, le cas échéant, négocier une licence de brevet avec le titulaire. S'il est loisible aux sociétés informatiques de développer un portefeuille de brevets défensifs pour faciliter les négociations et licences croisées<sup>52</sup>, un tel luxe demeure l'apanage de quelques grosses sociétés à l'exclusion de nombreux petits développeurs en informatique incapables de se prémunir contre de tels risques de manière efficace. Certaines sociétés ont développé leur propre stratégie en la matière. Red Hat Inc., le plus important distributeur des systèmes d'exploitation Linux, dispose d'un portefeuille important mais renonce à s'en prévaloir à l'encontre des utilisateurs du système, une garantie qui ne s'étend évidemment pas aux autres logiciels des utilisateurs ou dans l'hypothèse où ces derniers intenteraient eux-mêmes action à l'encontre de Red Hat<sup>53</sup>. Novell suit une stratégie similaire<sup>54</sup>. Laisser un modèle reposer sur des initiatives isolées ne permet toutefois pas d'en assurer la prospérité. Certaines licences Open Source en ont tenu compte et incorporent désormais une licence de brevet tout en prévoyant des moyens de défense. Comme nous l'avons vu, croire qu'une licence en vaut une autre serait toutefois erroné et les différences sont importantes. Opter pour une licence ou accepter de s'y soumettre dépendra donc de nombreux facteurs: importance du logiciel en question pour l'exploitation ou développement des activités, rôle joué par les brevets sur le logiciel en question et dans sa propre société, etc. Une analyse rigoureuse des licences envisagées au regard des intérêts de la société concernée est donc vivement recommandée pour ne pas dire nécessaire. Cette contribution a soulevé certaines pierres; d'autres méritent encore d'être retournées. Puissent d'autres contributions continuer à éclairer cette matière dont les enjeux pratiques ne sauraient être passés sous silence. ■

52 GUIBAULT (n. 23), p. 26; MIKKO VÄLIMAKI, A practical Approach to the Problem of Open Source and Software Patents, 2004 EIPR 523, spéc. p. 526.

53 [http://www.redhat.com/legal/patent\\_policy.html](http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html).

54 LARRY GREENEMIER, Novell Warns Against Linux Patent Suits, CRN, 12 octobre 2004, <http://www.crn.com/sections/breakingnews/dailyarchives.html?articleId=49901223>.