

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## Urheberrechtsabgaben für digitale Speichergeräte

Bundesgerichtsentscheid vom 19. Juni 2007  
(2A.53/2006, 2A.322/2006, 2A.336/2006, 2A.337/2006, 2A.338/2006)

*Neue digitale Speichermedien, die zusammen mit einem Aufnahmegerät bzw. für einen entsprechenden Einsatz angeboten werden, fallen grundsätzlich unter den Begriff der Leerträger nach Art. 20 Abs. 3 URG. Dazu gehören auch fest eingebaute Speicher (Harddiscs), soweit sie derselben bzw. einer vergleichbaren Nutzung dienen wie auswechselbare Speichermedien (Flash Memories) in den vom GT 4d erfassten Verwendungsformen.*

*Les nouveaux supports de données numériques, couplés avec un appareil d'enregistrement et/ou ceux destinés à une telle utilisation, sont visés par la rémunération exceptionnelle pour l'usage privé prévue par l'article 20 al. 3 LDA. Tombent dans cette catégorie tant les mémoires physiques (disques durs) que les supports de données de type mémoire flash, pour autant que ces supports amovibles soient destinés à une utilisation comparable (tarif commun 4d Suisa).*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Nach verschiedenen Verhandlungsrunden genehmigte die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Schiedskommission) mit Beschluss vom 17. Januar 2006 den folgenden (hier auszugsweise wiedergegebenen) Entscheid:

«1. Die Konsumentenschutzorganisationen (Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana, Fédération romande des consommateurs, Konsumentenforum, Stiftung für Konsumentenschutz) sind keine massgebenden Nutzerverbände gemäss Art. 46 Abs. 2 URG und es kommt ihnen in diesem Verfahren somit keine Parteistellung zu.

2. Der Gemeinsame Tarif 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) wird in der Fassung vom 28. September 2005 mit den folgenden Änderungen mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2007 genehmigt:

a) Ziff. 1.1 Abs.1:

(...)

- in Audioaufnahmegeräten, namentlich mp3-Walkman, mp3-Jukebox (sowie solche mit entsprechenden Kom-

pressionsverfahren), iPod, Audio-Harddiscrecorder oder -in Videoaufnahmegeräten, namentlich Satelliten-Receiver mit eingebauter Harddisc, Set-Top-Boxen mit eingebauter Harddisc, TV-Geräte mit eingebauter Harddisc, DVD-Recorder mit eingebauter Harddisc, Digital Video Recorder (DVR) und Personal Video Recorder (PVR) mit eingebauter Harddisc (...)

b) Ziff. 1.1 neuer Absatz:

Die Verwertungsgesellschaften erstellen in Zusammenarbeit mit den Verbänden von Herstellern und Importeuren ein Verzeichnis dieser Kategorien von Trägern.

c) Ziff. 4.1 für Chipkarten

- mit weniger als 512 Megabyte (MB) Speicherkapazität Fr. 0.0253 pro MB
- mit weniger als 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0178 pro MB
- mit 1 aber weniger als 2 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0145 pro MB
- mit 2 aber weniger als 4 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0078 pro MB
- mit 4 und mehr Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.00467 pro MB

Ziff. 4.2 für Harddisc in Audio-Aufnahmegeräten:  
pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.469

Ziff. 4.3 für Harddisc in  
pro 1 Gigabyte Speicher

d) Ziff. 9.1:  
Dieser Tarif tritt am 1.  
ab diesem Zeitpunkt vo  
an den Detailhandel od  
kauften Leer-Datenträg  
2007 (...).»

Gegen diesen Beschluss  
schiedene Verwaltungs  
gericht ein.

### Aus den Erwägungen

(...)

3.1 Gemäss Art. 103 lit.  
schwerde berechtigt, w  
gung berührt ist und ein  
Aufhebung und Änderu  
Rechtsprechung des Bu  
Mitglieder geltend mach  
handelt, die er nach sei  
Mehrheit oder doch ein  
meinsam sind und zu  
schwerde jedes dieser M  
514 E. 2.3.3 S. 519, mit  
Verbandsbeschwerde). I  
lit. c OG jede andere F  
die das Bundesrecht zu  
lit. c OG; so genannte id  
gitimation nach Art. 10  
drückliche Ermächtigung  
Gesetzgebung voraus (v  
woran es hier fehlt (Ur  
vom 8. September 2006

3.2 Unter dem Gesicht  
schwerde sehen Art. 46  
URG die Beteiligung der  
«massgebenden Nutzer  
verfahren vor; diesen w  
mission nach Art. 16 Al  
1993 über das Urheber  
(Urheberrechtsverordnu  
öffnet, womit die Rech  
den genannten Bestim  
setzgeber neben den V  
«massgebenden Nutzer  
rechtsbeschwerde befug  
Vorverfahren berechti  
sationen von Werknutz  
lichen Teil der vom Tari  
Dies wurde nach einer  
angenommen, wenn e

L'avis des tribunaux  
Die Gerichte entscheiden

Ziff. 4.3 für Harddisc in Audiovisions-Aufnahmegeräten:  
pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.346

d) Ziff. 9.1:

Dieser Tarif tritt am 1. März 2006 in Kraft und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leer-Datenträger. Er gilt bis zum 31. Dezember 2007 (...).»

Gegen diesen Beschluss der Schiedskommission gingen verschiedene Verwaltungsgerichtsbeschwerden beim Bundesgericht ein.

#### Aus den Erwägungen

(...)

3.1 Gemäss Art. 103 lit. a OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung und Änderung hat. Ein Verband kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Interessen seiner Mitglieder geltend machen, wenn es sich um Interessen handelt, die er nach seinen Statuten zu wahren hat, die der Mehrheit oder doch einer Grosszahl seiner Mitglieder gemeinsam sind und zu deren Geltendmachung durch Beschwerde jedes dieser Mitglieder befugt wäre (BGE 130 II 514 E. 2.3.3 S. 519, mit Hinweisen; so genannte egoistische Verbandsbeschwerde). Legitimiert ist sodann nach Art. 103 lit. c OG jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt (Art. 103 lit. c OG; so genannte ideelle Verbandsbeschwerde). Die Legitimation nach Art. 103 lit. c OG setzt allerdings eine ausdrückliche Ermächtigung zur Beschwerdeführung in der Gesetzgebung voraus (vgl. BGE 131 II 753 E. 4.2 S. 757), woran es hier fehlt (Urteil des Bundesgerichts 2A.183/2006 vom 8. September 2006, E. 2.4).

3.2 Unter dem Gesichtspunkt der egoistischen Verbandsbeschwerde sehen Art. 46 Abs. 1 und 2 sowie Art. 59 Abs. 2 URG die Beteiligung der Verwertungsgesellschaften und der «massgebenden Nutzerverbände» am Tarifgenehmigungsverfahren vor; diesen wird der Entscheid der Schiedskommission nach Art. 16 Abs. 3 der Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231.11) schriftlich eröffnet, womit die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt. Aus den genannten Bestimmungen geht hervor, dass der Gesetzgeber neben den Verwertungsgesellschaften auch die «massgebenden Nutzerverbände» als zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt erachtet hat. Zur Teilnahme am Vorverfahren berechtigt sind die hauptsächlichsten Organisationen von Werknutzern, d.h. solche, die einen wesentlichen Teil der vom Tarif betroffenen Werknutzer umfassen. Dies wurde nach einer früheren Praxis grundsätzlich dann angenommen, wenn eine Organisation 20 bis 25 % der

vom Tarif betroffenen Werknutzer vertrat (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 1b). Inzwischen verfolgt die Schiedskommission offenbar eine Praxis, wonach ein Nutzerverband dann massgeblich ist, wenn er in mindestens einem Landesteil wenigstens einen Drittel der vom Tarif betroffenen Branche vertritt (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.183/2006 vom 8. September 2006, E. 2.2).

3.3 Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt sind jedenfalls die Verwertungsgesellschaften, die den Tarifentwurf ausgearbeitet und der Schiedskommission zur Genehmigung unterbreitet haben und welche von deren Entscheid direkt berührt sind.

3.4 Ebenfalls zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert sind als vom Tarif unmittelbar betroffene wesentliche Nutzerverbände der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) sowie der Verband der Schweizer Unternehmen (economiesuisse), deren Mitglieder zu einem wesentlichen Teil die vom Tarif erfassten Gegenstände herstellen oder vertreiben und die Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG zu entrichten haben (dazu DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 10 zu Art. 20). Vertieft zu prüfen ist demgegenüber die Beschwerdeberechtigung des Dachverbands der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN).

3.4.1 In seinem Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 1b/cc, äusserte das Bundesgericht gewisse Zweifel hinsichtlich der Beschwerdelegitimation des DUN; da im damaligen Zusammenhang jedoch ein repräsentativer Verband der privaten Nutzer fehlte und der DUN widerspruchlos an den Tarifverhandlungen beteiligt gewesen war, erachtete das Bundesgericht den DUN als befugt, den Tarifgenehmigungsentscheid der Schiedskommission vor Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten. Analoges muss auch im vorliegenden Fall gelten: Die Verwertungsgesellschaften haben ihre Tarifverhandlungen unter anderem mit dem DUN geführt, und die Existenz eines repräsentativen Verbraucherverbandes für die spezifisch in Frage stehenden, vom Tarif erfassten Objekte ist nicht nachgewiesen. Unter diesen Umständen ist der DUN beschwerdelegitimiert.

3.4.2 Fragen wirft freilich auf, wenn ein Mitglied der Schiedskommission selbst für den DUN die Anwaltsvollmacht zur Beschwerdeführung unterzeichnet, wie dies hier zuzutreffen scheint. Nach Art. 55 URG wählt der Bundesrat die Schiedskommission. Diese setzt sich gemäss Art. 56 URG unter anderem aus Mitgliedern zusammen, die von den Verwertungsgesellschaften und den massgebenden Nutzerverbänden vorgeschlagen werden. Bei der Schiedskommission handelt es sich im Tarifgenehmigungsverfahren um eine richterliche Behörde (Urteile des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999, E. 1b, teilweise wiedergegeben in sic! 3/1999 S. 264, sowie 2A.142/1994 vom 24. März



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

mission entgegen dem  
llung hätte einräumen  
ären die Konsumenten-  
ache beschwerdeberech-  
un, dann würde es den  
insoweit an der (for-  
fehlen, weshalb sie vor  
beschwerdelegitimiert  
kommen sein (vgl. E. 5,

deln die Verwertungsges-  
einzelnen Tarife mit den  
chdem die Schiedskom-  
onstruktion zunächst von  
erischen Konsumenten-  
e Genehmigungsverfah-  
später auf Empfehlung  
Gelegenheit erteilt, sich  
nen Entscheid sprach ih-  
allerdings die Parteistel-  
eshalb ab, weil sie nicht  
besonders betroffen zu  
mentenschutzorganisati-  
n Amtes wegen oder auf  
auf rechtliches Gehör  
ch nicht aus.

ge bei anderen Tarifen  
e massgebliche Eigenge-  
G unmittelbar vom End-  
genommen. Der Gesetz-  
3 URG den Importeur  
ergütung. Diese Schuld-  
erweise dazu, dass die  
ren repräsentative Ver-  
bs. 2 URG als Verhand-  
r Tarife beigezogen wer-  
ätzlich auch geeigneter  
sationen, die den Werk-  
llen, bei den Verhand-  
u unterbreiten, die erst  
eit eines Tarifs erlauben  
ung mit Art. 51 URG so-  
A.539/1996 vom 20. Ju-  
). Immerhin werden die  
ten regelmässig auf die  
es nicht ausgeschlossen  
enschutzorganisationen  
nen. Das Bundesgericht  
, Nutzer im Sinne von  
Verbraucher, die Leerträ-  
eigenen Gebrauch kau-  
repräsentativen Verband  
(damals: Leerkassetten)  
ssenvertretung geeignet  
nt (Urteil 2A.142/1994

vom 24. März 1995, E. 1b/cc). An dieser Einschätzung ist grundsätzlich festzuhalten: Es ist nicht ersichtlich, weshalb repräsentative Konsumentenschutzorganisationen von vornherein nicht als Verhandlungspartner mit eigenen Parteirechten nach Art. 46 Abs. 2 URG in Frage kommen sollten. Voraussetzung wäre indessen, dass ihre Repräsentativität für den in Frage stehenden Tarif belegt ist.

**5.3** Nach der Feststellung der Schiedskommission haben diejenigen Konsumentenschutzorganisationen, die im vorliegenden Verfahren eine Stellungnahme einreichten, es unterlassen, ihre Repräsentativität zu belegen bzw. insbesondere ihre Statuten einzureichen. Es lasse sich daher nicht beurteilen, inwiefern sie bzw. ihre Mitglieder durch den strittigen Tarif besonders betroffen seien und inwiefern es zu ihren statutarischen Aufgaben gehöre, die Interessen von Urheberrechtsnutzern in fraglicher Hinsicht zu vertreten. Der allgemeine Anspruch, Konsumenteninteressen zu verfolgen, rechtfertige für sich allein eine Teilnahme an (auf spezifische Produkte ausgerichtete) Tarifverhandlungen noch nicht.

**5.4** Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht im Tarifgenehmigungsverfahren eine im Vergleich zum gewöhnlichen Verwaltungsverfahren erhöhte Mitwirkungspflicht der Parteien (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 8d). Dies muss auch für diejenigen Organisationen gelten, die für sich eine Parteistellung in Anspruch nehmen wollen. Die Frage des allfälligen Einbezugs von Konsumentenschutzorganisationen in das urheberrechtliche Tarifgenehmigungsverfahren ist nicht neu. Namentlich weist die Schiedskommission im angefochtenen Entscheid darauf hin, sich bereits im Jahre 2002 bei der Genehmigung der Gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c damit befasst zu haben. Unter diesen Umständen oblag es in erster Linie den Konsumentenschutzorganisationen selbst, ihre Repräsentativität zu belegen, und war es nicht Aufgabe der Schiedskommission, hierzu von Amtes wegen die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen. Die Konsumentenschutzorganisationen haben die einschlägigen Unterlagen bei der Vorinstanz indessen nicht eingereicht. Dies lässt sich auch nicht vor Bundesgericht nachholen, da es sich bei der Schiedskommission um eine gerichtliche Instanz handelt, die Abklärungen nicht von Amtes wegen zu treffen waren und keine wesentlichen Verfahrensvorschriften verletzt wurden. Die entsprechenden vor Bundesgericht nachgereichten Unterlagen erweisen sich demnach als unzulässige neue Beweismittel und sind aus dem Recht zu weisen (vgl. E. 4.3). Zwar kann es als notorisch gelten, dass die betreffenden Organisationen in allgemeiner Weise Konsumenteninteressen vertreten. Dass sie aber auch konkret im hier fraglichen Zusammenhang repräsentativ sind, wurde vor der Vorinstanz nicht belegt. Unter diesen Umständen verletzt es Bundesrecht nicht, dass die Schiedskommission den vier Konsumentenschutzorganisationen im vorliegenden Verfahren die Parteistellung abgesprochen hat. Deren Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher insoweit abzuweisen.

**5.5** Daraus ergibt sich auch, dass die Konsumentenschutzorganisationen nicht legitimiert sind, den Tarifgenehmigungsentscheid der Schiedskommission in der Sache anzufechten, weshalb insofern auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann (vgl. E. 3.5).

**6.1** Nach Art. 9 Abs. 3 URV kann der Präsident der Schiedskommission die Akten unter Ansetzung einer Frist an die Verwertungsgesellschaften zurückweisen, wenn die in Art. 46 Abs. 2 URG vorgesehenen Tarifverhandlungen nicht mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt wurden. Die Nutzerverbände machen in diesem Sinne geltend, die Verwertungsgesellschaften hätten es an der erforderlichen Ernsthaftigkeit der Verhandlungen fehlen lassen.

**6.2** Beim Entscheid über die Rückweisung nach Art. 9 Abs. 3 URV verfügt der Präsident der Schiedskommission über einen Ermessensspielraum, weshalb sich das Bundesgericht auf eine Missbrauchsüberprüfung beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 3a). Nichts anderes gilt für den Entscheid der Schiedskommission als ganzes über eine allfällige Rückweisung aus dem gleichen Grund.

**6.3** Art. 46 Abs. 2 URG verlangt nicht eine Einigung zwischen den Tarifparteien. Erforderlich ist einzig, dass sich die Parteien ernsthaft auf Verhandlungen einlassen, um dabei wenigstens zu versuchen, zu einem gemeinsamen Ergebnis zu gelangen (dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 6 ff. zu Art. 46; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern/Genf/München 2006, S. 460 ff. und 489 f.). Gelingt das nicht, belegt dies allein die mangelnde Einlässlichkeit gemäss Art. 9 Abs. 3 URV noch nicht, sondern es braucht klare Hinweise dafür, dass eine Partei von vornherein gar keinen Konsens angestrebt hat. So kann etwa das Beharren einer Partei auf ihrer Ausgangsposition, ohne Berücksichtigung der Einwände der Gegenseite, gegen die Pflicht zu einlässlichen Verhandlungen verstossen (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 3a). Das trifft etwa zu, wenn eine Partei völlig unrealistische oder sachfremde Positionen vertritt und davon nicht oder nur geringfügig abrücken will, nicht aber wenn ihre Standpunkte allenfalls ambitiös, aber noch vertretbar erscheinen. Lässt sich keine Einigung erzielen, müssen die Parteien nicht endlos weiterverhandeln. Sind insbesondere die Positionen so festgefahren, dass ein Konsens unmöglich oder sehr unwahrscheinlich erscheint, rechtfertigt sich in diesem Sinne auch ein Abbruch ernsthaft aufgenommener Verhandlungen.

**6.4** Aus den Feststellungen der Schiedskommission geht hervor, dass die Verhandlungen nach dem Rückzug eines ersten Entwurfs für einen GT 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien in mp3-Geräten) im Dezember 2002 mit den seit September 2002 laufenden Verhandlungen für einen GT 4e (mp3-Geräte mit Harddisc) zusammengelegt wurden. Ab Ja-

nuar 2003 wurde insgesamt über Geräte mit Speicherchips wieder verhandelt. Ein erster Tarifentwurf lag am 25. Februar 2003 vor. Nach einer weiteren Sitzung im Jahre 2003 wurden die Verhandlungen im Mai 2004 fortgesetzt. Im August 2004 brachen die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen nach drei weiteren erfolglosen Sitzungen ab.

6.5 Entgegen der Ansicht der Nutzerorganisationen ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz den entsprechenden Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt hätte. Angesichts des inneren sachlichen Zusammenhangs ist es namentlich nicht unzulässig, davon auszugehen, die Verhandlungen hätten im Jahr 2002 begonnen. Zudem kommt es im vorliegenden Fall nicht darauf an, dass die Verwertungsgesellschaften, wie die Nutzerorganisationen geltend machen, offenbar erst im April 2004 konkrete Beträge vorlegten. Während den Verhandlungen blieben nämlich grundsätzliche Rechtsfragen wie etwa jene nach der gesetzlichen Grundlage des Tarifs und dem anwendbaren Berechnungsmodell stark umstritten. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz liessen sich die Nutzerorganisationen nur zögerlich auf die Verhandlungen ein und machten im Laufe des Verfahrens kaum Angaben über das Nutzungsverhalten. Dass die Verwertungsgesellschaften unter diesen Umständen nicht ohne weiteres bereit waren, von ihren ambitionierten Vorstellungen zum Tarif abzurücken, und zuerst die grundsätzlichen Rechtsfragen abklären lassen wollten, bevor vertieft über Beträge verhandelt wurde, ist nachvollziehbar. Die Schiedskommission hat damit ihr Ermessen beim Entscheid über eine allfällige Rückweisung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 URV nicht missbraucht.

7.1 Nach Art. 20 Abs. 3 URG schuldet, wer Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, dem Urheber eine Vergütung für Werkverwendungen zum Eigengebrauch. Über Art. 38 URG findet Art. 20 Abs. 3 URG auch Anwendung auf die verwandten Schutzrechte. Die beteiligten Nutzerverbände bestreiten, dass Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage für den GT 4d darstellt, und zwar sowohl hinsichtlich der dauerhaft in einem Aufnahmegerät eingebauten Speicher (so genannte «Harddiscs») als auch der austauschbaren Speicher- oder Chipkarten (so genannte «Flash Memories»). Nach ihrer Auffassung stellt der fragliche Tarif eine verkappte Geräteabgabe dar bzw. enthält er zumindest Elemente einer solchen. Eine Gerätevergütung sehe das Gesetz aber gerade nicht vor und dürfe nur durch eine Gesetzesrevision eingeführt werden.

7.2 Ob Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende Grundlage für den hier strittigen GT 4d abgibt, ist durch Auslegung zu bestimmen. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Ent-

stehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (vgl. BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 31, mit Hinweisen).

7.2.1 Nach dem Wortlaut unterstehen alle zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger der Vergütungspflicht. Der Gesetzestext ist insofern recht weit gefasst. Harddiscs und Flash Memories sind zur Aufnahme von Werken geeignet, und sie können, nebst anderen Funktionen, auch als Ton- und Tonbildträger dienen. Rein vom Wortlaut her fallen sie daher, wenn auch nicht ohne weiteres im Rahmen einer Prima-facie-Prüfung (vgl. die Präsidialverfügung vom 20. Februar 2006, E. 3.2.1, im Verfahren 2A.53/2006), so doch aufgrund einer vertieften Analyse in den Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 3 URG.

7.2.2 Mit der ausdrücklichen Beschränkung der Leerträgervergütung auf geeignete Träger wollte der Gesetzgeber einzig Tonträger von der Abgabe ausschliessen, die nicht für Werkverwendungen bestimmt sind. Im Übrigen war die gesetzliche Regelung zwar von der - damals vorrangigen - Frage der Leerkassetten geleitet, im Parlament wurde aber auf mögliche neue digitale Speichermedien hingewiesen (vgl. Amtl. Bull. NR 1992 S. 41 f.). Wie die Schiedskommission zu Recht erwägt, wollte der Gesetzgeber solche technischen Änderungen offenbar nicht von der Vergütungspflicht ausschliessen, hätte er doch sonst nicht eine derart offene gesetzliche Bestimmung zu erlassen brauchen. Erfasst werden somit Träger, die wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden (CHRISTOPH GASSER, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Bern 1997, S. 166 f.). Dazu zählen auch neue digitale Speichermedien (vgl. GASSER, a.a.O., S. 168).

7.2.3 Eine solche Auslegung von Art. 20 Abs. 3 URG entspricht dem Gesetzeszweck. Ziel des Gesetzgebers war es, einen umfassenden Schutz der Rechteinhaber für ihre Werke und Leistungen und insbesondere auch für die Nutzung derselben einzurichten bzw. ihnen eine angemessene Entgeltung zu garantieren, soweit die Nutzung gesetzlich freigegeben wurde (vgl. etwa BBl 1984 III 173 ff. und 1989 III 477 ff.). Die Abgabe für digitale Leerträger, die sich in Geräten befinden, welche zur Aufnahme von Musik- und Filmwerken geeignet sind, dient der Vergütung für die private und persönliche Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch Kopieren, wodurch die Kosten für die Anschaffung eines Werkexemplars eingespart werden (vgl. BGE 108 II 475 ff., insbes. E. 3 S. 480 ff.). Genau solche Vorgänge sollen mit der Abgabe für die Verwendung zum Eigengebrauch abgegolten werden. Digitale Vervielfältigungen bieten denn auch eine besondere Qualität und vermögen grundsätzlich noch mehr Personen vom Kauf der auf dem Markt angebotenen Werkexemplare abzuhalten als analoge Kopien (GASSER, a.a.O., S. 177).

7.3 Damit fallen solche die zusammen mit ein entsprechenden Einsatz unter den Begriff der Leer prüfen bleibt, ob allenfalls Memories oder Speicherchern (Harddiscs) zu un drücklich erwähnte Fall allenfalls nahelegen, nu te Leerträger anzuerken gegebenfalls wiederu gesetzt werden können. teilweise lediglich sol (wie Ton- und Videoka und DVD) als Beispiele (vgl. etwa BARRELET/EGLO dings hinkt auch das S wicklung zwangsläufig

7.3.1 Im Jahr 2004 leh Einführung einer Verg Speichern ab, nachdem nommen worden war (2005 S. 835 f.). Nach e Vernehmlassung sah in der Einführung einer 2006 3389 ff., insbes. 3 teratur ausgeführt, dam interessierenden) mp3- PILLOD, *Schranken des U [Hrsg.], Schweizerisches recht*, 2. Aufl., Bern/Ger Andererseits fällt auf, da ber- und Nachbarrechts ter anderem mit dem A vielfältigen von Werker über ein Vergütungssys im analogen als auch in komme (vgl. BBl 2006 dass sich die Geräteabg medien wie Festplatter hätte. Solche Speicherme benbei auch für das Kop und dienen in erster Lin wendung von Schreib-, Computerspielen). Der abgabe kann daher nic miterfasste kleinere Spe Geräten zum Einsatz gel nie das Kopieren von To vornherein nach dem bi be von einer Vergütung men sind, solange es ke

7.3.2 Zu berücksichtig Verpflichtungen der Sch men der Berner Überein

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

weck der Norm oder aus Gesetzesbestimmungen er bei der Auslegung von Er luralismus leiten lassen (Hinweisen).

nen alle zur Aufnahme onbildträger der Vergü insofern recht weit ges es sind zur Aufnahme en, nebst anderen Funk räger dienen. Rein vom n auch nicht ohne wei Prüfung (vgl. die Präsi di E. 3.2.1, im Verfahren er vertieften Analyse in 0 Abs. 3 URG.

nkung der Leerträgerver der Gesetzgeber einzig sen, die nicht für Werk rigen war die gesetzliche angigen - Frage der Leer e aber auf mögliche neue n (vgl. Amtl. Bull. NR mission zu Recht erwägt, chen Änderungen offen t ausschliessen, hätte er setzliche Bestimmung zu mit Träger, die wegen des und ihrer Aufzeichnungs die Aufzeichnung ge wahrenscheinlich dafür ver er Eigengebrauch im Ur zu zählen auch neue digi D., S. 168).

rt. 20 Abs. 3 URG ent Gesetzgebers war es, ei einhaber für ihre Werke auch für die Nutzung eine angemessene Ent Nutzung gesetzlich frei III 173 ff. und 1989 III rträger, die sich in Gerä e von Musik- und Film rgütung für die private es urheberrechtlich ge wadurch die Kosten für lars eingespart werden S. 480 ff.). Genau solche r die Verwendung zum . Digitale Vervielfälti ndere Qualität und ver Personen vom Kauf der emplare abzuhalten als 77).

**7.3** Damit fallen solche neuen digitalen Speichermedien, die zusammen mit einem Aufnahmegerät bzw. für einen entsprechenden Einsatz angeboten werden, grundsätzlich unter den Begriff der Leerträger nach Art. 20 Abs. 3 URG. Zu prüfen bleibt, ob allenfalls zwischen auswechselbaren Flash Memories oder Speicherchips und fest eingebauten Speichern (Harddiscs) zu unterscheiden ist. Der im Gesetz ausdrücklich erwähnte Fall der Leerkassetten könnte nämlich allenfalls nahelegen, nur solche Speicher als abgabebelastete Leerträger anzuerkennen, die vom Lesegerät abgelöst und gegebenenfalls wiederum in einem anderen Lesegerät eingesetzt werden können. In der Literatur werden denn auch teilweise lediglich solche auswechselbare Trägersysteme (wie Ton- und Videokassetten, Tonbänder, compact discs und DVD) als Beispiele für die Vergütungspflicht aufgeführt (vgl. etwa BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 10 zu Art. 20). Allerdings hinkt auch das Schrifttum der technologischen Entwicklung zwangsläufig hinterher.

**7.3.1** Im Jahr 2004 lehnte der Ständerat eine Motion zur Einführung einer Vergütung für Geräte mit eingebauten Speichern ab, nachdem sie zuvor vom Nationalrat angenommen worden war (Amtl. Bull. NR 2004 S. 1224 und SR 2005 S. 835 f.). Nach entsprechendem Widerstand in der Vernehmlassung sah in der Folge auch der Bundesrat von der Einführung einer allgemeinen Geräteabgabe ab (BBl 2006 3389 ff., insbes. 3406). Einerseits wird dazu in der Literatur ausgeführt, damit würden unter anderem die (hier interessierenden) mp3-Geräte anvisiert (so wohl IVAN CHERPILLOD, Schranken des Urheberrechts, in: von BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern/Genf/München 2006, S. 283 Anm. 84). Andererseits fällt auf, dass selbst der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) die Geräteabgabe unter anderem mit dem Argument bekämpfte, dass das Vervielfältigen von Werken zum Eigengebrauch bereits heute über ein Vergütungssystem entschädigt werde, das sowohl im analogen als auch im digitalen Bereich zur Anwendung komme (vgl. BBl 2006 3405). Zu beachten ist denn auch, dass sich die Geräteabgabe vor allem auf grössere Speichermedien wie Festplatten in Personal Computern bezogen hätte. Solche Speichermedien werden in der Regel nur nebenbei auch für das Kopieren geschützter Werke verwendet und dienen in erster Linie anderen Nutzungen (wie der Verwendung von Schreib-, mail- und Internetprogrammen oder Computerspielen). Der Verzicht auf eine allgemeine Geräteabgabe kann daher nicht bedeuten, dass davon potentiell miterfasste kleinere Speichermedien, wie sie etwa in mp3-Geräten zum Einsatz gelangen und deren Zweck in erster Linie das Kopieren von Ton- und Tonbildwerken darstellt, von vornherein nach dem bisherigen System der Leerträgerabgabe von einer Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sind, solange es keine Geräteabgabe gibt.

**7.3.2** Zu berücksichtigen sind ferner die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Diese hat sich sowohl im Rahmen der Berner Übereinkunft (Art. 9 Abs. 2 der Berner Über-

einkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1972, RBUE; SR 0.231.15) als auch im TRIPS-Abkommen (Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum; SR 0.632.20 Anhang 1C S. 362 ff.) verpflichtet, weder die normale Auswertung eines Werks zu beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar zu verletzen. Das ruft nach einer Auslegung von Art. 20 Abs. 3 URG, welche die Rechte der Urheber im Sinne dieser Bestimmungen wahrt. Die Vergütung hat sich dabei technologieneutral auf alle Trägersysteme zu erstrecken, die sich für Ton- und Tonbildaufnahmen eignen und vorrangig dafür Anwendung finden. Es rechtfertigt sich daher nicht, nur diejenigen Leerträger zu belasten, die austauschbar sind, nicht aber diejenigen, die fest eingebaut werden, sich aber ebenfalls zur Aufnahme urheberrechtlich geschützter Werke eignen und dafür tatsächlich auch vorrangig verwendet werden.

**7.3.3** Wie die Schweiz ihren staatsvertraglichen Verpflichtungen nachkommen will, ist ihr grundsätzlich selbst überlassen. Wenig hilfreich sind daher rechtsvergleichende Erwägungen. Wie die vorliegenden Rechtsschriften belegen, finden sich in verschiedenen Staaten gestützt auf differierende gesetzliche Grundlagen unterschiedliche Rechtsprechungen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Rechtslage in einem bestimmten Land mit derjenigen in der Schweiz besonders vergleichbar wäre, weshalb rechtsvergleichende Überlegungen nicht weiter helfen. Dass die Schweiz sich grundsätzlich verpflichtet hat, die Rechte der Urheber umfassend zu schützen, wird dadurch nicht relativiert.

**7.3.4** Insgesamt fallen damit fest eingebaute Speicher (Harddiscs) ebenfalls unter den Begriff der Leerträger im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG, soweit sie derselben bzw. einer vergleichbaren Nutzung dienen wie auswechselbare Speichermedien (Flash Memories) in den vom GT 4d erfassten Verwendungformen. Die von den Verwertungsgesellschaften und der Schiedskommission insoweit angebrachten Präzisierungen gewährleisten grundsätzlich eine Beschränkung der Anwendbarkeit des fraglichen Tarifs GT 4d auf Leerträger, die nicht nur wegen des ihnen zgedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind, sondern auch wahrscheinlich dafür gebraucht werden.

**7.4** Fraglich erscheint einzig, ob die Verwendung des Begriffs «namentlich» im angefochtenen Entscheid den Zweck erfüllt, den ihm die Schiedskommission zuzumessen scheint. Nach der Begründung des angefochtenen Entscheids dient er der Einschränkung der Aufzählung. «Namentlich» ist jedoch im Wesentlichen ein Synonym zu «insbesondere» und hat gerade nicht ausschliessliche, sondern lediglich beispielhafte Wirkung. Die Schiedskommission hat indessen in den Erwägungen und im Dispositiv (Ziffer 2b) klargestellt, dass künftige technische Neuerungen nicht automatisch unter die Vergütungspflicht fallen, sondern dieser nur durch die Aufnahme in eine gemeinsam

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

von den Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen geführten Liste unterstellt werden dürfen. Damit genügt die Eingrenzung der erfassten Leerträger, um das Vorliegen einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage für den fraglichen Tarif GT 4d zu bejahen.

**8.1** Art. 60 URG schreibt für die Tarife den Grundsatz der Angemessenheit fest (dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 1 f. zu Art. 60; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 496 ff.). Konkretisierend wird in Art. 60 Abs. 1 URG ausgeführt, dass bei der Festlegung der Entschädigung die folgenden Kriterien zu berücksichtigen sind: der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (lit. a); die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (lit. b); das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (lit. c). Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

**8.2** Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei den in Art. 60 URG genannten Kriterien um verbindliche Vorgaben für die Schiedskommission und nicht um blosser Ermessensrichtlinien. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 60 URG unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, deren Auslegung und Anwendung grundsätzlich vom Bundesgericht überprüft werden können. Allerdings auferlegt sich das Bundesgericht, auch soweit Rechtsfragen streitig sind, bei der Überprüfung von Entscheidungen spezialisierter Behörden eine gewisse Zurückhaltung, wenn besondere fachtechnische Fragen anstehen (vgl. etwa BGE 132 II 257 E. 3.2 S. 262 f.; 131 II 13 E. 3.4 S. 20; 126 II 111 E. 3b; 125 II 591 E. 8a S. 604). Der Gesetzgeber hat die Beurteilung der Tarife einem besonders sachkundigen Gremium, der Schiedskommission, übertragen, in der sowohl die Urheber als auch die Werknutzer vertreten sind. Die von Art. 60 URG vorgegebenen Kriterien sind zum Teil sehr offen formuliert und lassen der Schiedskommission bei ihrer Anwendung und Gewichtung einen grossen Beurteilungsspielraum. Dieser ist auch vom Bundesgericht zu respektieren: Es muss zwar im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde überprüfen, ob die in Art. 60 URG genannten Kriterien von der Schiedskommission richtig ausgelegt und in ihrer Entscheidung berücksichtigt wurden; dagegen ist die Prüfungsdichte einzuschränken, soweit es um die nur beschränkt justiziable Frage geht, wie diese Faktoren im konkreten Fall zu gewichten sind und sich zahlenmässig auf den zu genehmigenden Tarif auswirken. Im Ergebnis läuft dies, wie bei Vorliegen eines Ermessensspielraums, auf die Frage hinaus, ob die Schiedskommission ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 2b).

**8.3** Lässt sich bei der Festlegung eines Tarifs Gesetz und Verordnung keine Vorschrift für eine bestimmte Methode entnehmen, steht es sodann in der Gestaltungsfreiheit der zuständigen Behörde, hier der Schiedskommission, methodisch so vorzugehen, wie ihr dies am geeignetsten erscheint. Dabei muss sie freilich die gesetzlichen Grundsätze - bzw. den entsprechend vorgegebenen Rahmen - einhalten, eine für die Wahrung dieser Vorgaben taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und in nachvollziehbarer Weise umsetzen. Die Behörde hat dabei eine unabhängige, neutrale und möglichst objektive Haltung einzunehmen (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3 S. 276).

**8.4** Das Bundesgericht hat schon im Leerkassetten-Entscheid (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, insbes. E. 5 ff.) die damals von der Schiedskommission verwendete Methode zur Bestimmung des Gemeinsamen Tarifs in Anwendung von Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 60 URG geprüft und grundsätzlich für zulässig und insbesondere gesetzmässig erklärt. Im vorliegenden Zusammenhang hat sich die Schiedskommission erneut weitgehend auf die gleiche Methode abgestützt. Was die Parteien dagegen einwenden, ist nur dahingehend zu prüfen, ob die Schiedskommission das ihr bei der Festlegung des Tarifs zustehende Ermessen und den entsprechenden Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat. Dabei ist nicht auf alle Details einzugehen, sondern es genügt, das methodische Vorgehen der Vorinstanz in grundsätzlicher Weise unter Berücksichtigung der hauptsächlichen Kritikpunkte zu prüfen.

**9.1** Die Nutzerorganisationen machen im Wesentlichen geltend, das auf austauschbare Leerträger zugeschnittene Vorgehen sei insbesondere im Hinblick auf fest eingebaute Harddiscs sachfremd und unpassend. Die Vorinstanz hat freilich das bereits bei früheren Tarifen angewandte Berechnungsmodell nicht unbesehen auf den hier fraglichen Tarif übertragen. Sie hat sich mit den Einwänden der Nutzerorganisationen auseinandergesetzt und die Ergebnisse durch Quervergleiche überprüft. In für das Bundesgericht verbindlicher Weise ging sie davon aus, dass auch eingebaute Speicher teilweise separat im Handel erhältlich und ersetzbar sind und dass Festspeicher verhältnismässig günstiger sind als auswechselbare Datenträger. Die Schiedskommission hat diese Umstände bei der Tariffberechnung berücksichtigt. Sie stellte allerdings für ihre Berechnungen vorwiegend auf die Angaben der Verwertungsgesellschaften sowie auf Gutachten von dritter Seite ab. Dazu war sie indessen berechtigt, weil die Nutzerorganisationen keine Zahlen vorgelegt hatten und insoweit ihrer Mitwirkungspflicht (dazu E. 5.4) nur mangelhaft nachgekommen waren.

**9.2** Die Nutzerorganisationen beanstanden, wie die Schiedskommission die Speichereinheit bei den Festplatten definierte und gestützt darauf den massgeblichen Preis bestimmte. Entscheidend sind dafür jedoch, wovon die Vorinstanz zu Recht ausgeht, die Blickwinkel des Konsumenten und des Händlers. Danach wird als Speichereinheit verstanden, was zwecks Spei-

cherfunktion im Handel tauscht wird. Eine Aufteilung in ergänzende Bestandteile vorziehen würden, erschweren nämlich nicht dem Angewandten bereits aus technischen Gründen die einzelnen aufzulegen könnte, als Ganz-

**9.3** Die Nutzerorganisationen beanstanden das rechnerische Modell als separat zu kalkulieren sei, sondern als Gesamtgeräts in die Berechnung miteinbezogen werden. Die Vorinstanz hat die rechtliche Rechtfertigung des Berechnungsmodells gemäss dem Urteil vom 24. März 1995, E. 6). Es ist im vorliegenden Zusammenhang nicht zu prüfen, ob das Modell als das die Vorinstanz hat auf die Amortisation der Speicher stellt, was der rechtliche Rechtfertigung einer Leerträger- und nicht einer Speicher- aber entspricht und insoweit nicht zu beanstanden. Es steht auch mit der Rechtsprechung zu Leerträgerabgaben im Einklang nicht zu beanstanden.

**9.4** Die Nutzerorganisationen beanstanden die Festlegung von Bundesrecht als Sache abklären lassen, was die Kapazität auch tat. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen die gesamte Kapazität hinauf zu übertragen, was unzulässig sei. Auch die Vorinstanz hat im Wesentlichen nach dem Urteil vom Bundesgericht geschiedlich gemäss der Rechtsprechung nach dem Aufwand der Kosten der privaten Kopie bestimmen (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 6). Die Schiedskommission hat die Kapazität immerhin insoweit berücksichtigt, was die relevanten Kosten des privaten Kopierens was anderes verlangt da-

**9.5** Die Nutzerorganisationen beanstanden die Festlegung der Schiedskommission als Sache erachten solche zwar als Sache, insbesondere aber einen Vergleich von Videokassetten geltend zu machen, was unzulässig sei ein Vergleich von Videokassetten festgelegten Vergütung Tarife GT 4b und GT 4c

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

cherfunktion im Handel erhältlich und gekauft bzw. ausgetauscht wird. Eine Aufteilung in reines Speichermedium und ergänzende Bestandteile, wie dies die Nutzerorganisationen vorziehen würden, erscheint wenig sinnvoll; dies entspricht nämlich nicht dem Angebot im Handel, wo die Speichereinheit bereits aus technischen Gründen, weil der normale Konsument die einzelnen aufgespaltenen Bestandteile gar nicht nutzen könnte, als Ganzes vermarktet wird.

**9.3** Die Nutzerorganisationen erachten ein angepasstes Berechnungsmodell als sinnvoller, wonach der Leerträger nicht als separate Komponente auszuscheiden und gesondert zu kalkulieren sei, sondern die Anschaffungskosten des Gesamtgeräts in die Berechnung der Amortisationskosten miteinbezogen werden müssten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zur Bestimmung des Nutzungsaufwandes gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. a URG unter anderem die Amortisationskosten (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 6). Es mag zutreffen, dass diese im vorliegenden Zusammenhang auch anders ermittelt werden könnten, als das die Vorinstanz tat. Die Schiedskommission hat auf die Amortisation der Speichereinheit selbst abgestellt, was der rechtlichen Ausgangslage, wonach es sich um eine Leerträger- und nicht um eine Geräteabgabe handelt, aber entspricht und insofern in sich konsequent erscheint. Es steht auch mit der bisher angewandten Methode bei Leerträgerabgaben im Einklang und ist demnach insgesamt nicht zu beanstanden.

**9.4** Die Nutzerorganisationen sehen sodann darin eine Verletzung von Bundesrecht, dass die Schiedskommission nicht habe abklären lassen, wieweit die vom Tarif erfasste Speicherkapazität auch tatsächlich genutzt werde; der Tarif laufe nämlich im Wesentlichen auf eine Belastung der gesamten Kapazität hinaus (so genannte unrechtmässige Belastung des Nutzungspotentials bzw. Potenzialbesteuerung), was unzulässig sei. Auch hier ist die Vorinstanz indessen im Wesentlichen nach der bereits früher verwendeten und vom Bundesgericht geschützten Methode vorgegangen. Gemäss der Rechtsprechung ist die Höhe der Leerträgervergütung nach dem Aufwand des Konsumenten, d.h. nach den Kosten der privaten Kopie von Werken und Leistungen zu bestimmen (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 5). Die Schiedskommission hat die ungenutzte Speicherkapazität immerhin insoweit berücksichtigt, als sie sich in den relevanten Kosten des privaten Kopierens niederschlägt. Etwas anderes verlangt das Gesetz nicht.

**9.5** Die Nutzerorganisationen stossen sich auch an den von der Schiedskommission vorgenommenen Quervergleichen. Sie erachten solche zwar grundsätzlich als sinnvoll, halten insbesondere aber einen Vergleich des vorliegenden, für digitale Speichermedien geltenden Tarifs GT 4d mit dem für analoge Videokassetten geltenden GT 4a für fragwürdig. Einzig zulässig sei ein Vergleich mit anderen für digitale Speichermedien festgelegten Vergütungssätzen (wie die gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c). Die Vorinstanz hat vorliegend in-

dessen eine breit abgestützte mehrfache Gegenüberstellung verschiedener Tarife vorgenommen. Dabei stellte sie vornehmlich auf einen Vergleich mit wiederbeschreibbaren Trägern ab, wie sie vom hier interessierenden Vergütungssatz erfasst werden. Überdies hat die Schiedskommission die Unterschiede detailliert herausgearbeitet und dargelegt, wie sie sich begründen lassen. Das Vorgehen der Vorinstanz ist nachvollziehbar. Was die Nutzerorganisationen dagegen vorbringen, belegt die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Tarifs nicht. Auch ein Vergleich mit ausländischen Tarifen erscheint nicht unzulässig (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 11d und e).

**9.6** Schliesslich erachten die Nutzerorganisationen die von der Schiedskommission vorgenommenen Tarifrückführungen als nicht nachvollziehbar, obwohl damit die Abgabe gesenkt wird, was an sich im Interesse der Nutzer steht. Sie leiten daraus jedoch die Ungeeignetheit des von der Vorinstanz verwendeten Berechnungsmodells als Ganzes ab. Die Schiedskommission hat die Abzüge indessen als Korrekturfaktoren verwendet, um im Wesentlichen eine Überhöhung der Belastung zu vermeiden. Sie berücksichtigte dabei drei Umstände: erstens Unsicherheiten beim Festplattenpreis, zweitens den rechtmässigen Erwerb von rund acht Prozent der Musiktitel über legale Online-Shops und drittens die Schaffung einer Art Reserve, indem sie die gesetzliche Belastungshöchstgrenze von 13 Prozent nicht bereits zu Beginn des neuen Tarifs voll ausschöpfen wollte. Diese drei Korrekturfaktoren erscheinen sinnvoll und belegen das methodische Bemühen der Vorinstanz, bei der Festlegung des Tarifs alle Umstände und Interessen zu berücksichtigen und dabei eine gewisse Ausgewogenheit des Ergebnisses zu gewährleisten. Weshalb dies nicht angemessen im Sinne des Gesetzes sein sollte, ist unerfindlich.

**9.7** Was die Nutzerorganisationen vorbringen, ist insgesamt somit nicht geeignet, das methodische Vorgehen der Schiedskommission in Frage zu stellen. Diese hat ihr entsprechendes Ermessen und ihren Beurteilungsspielraum weder überschritten noch missbraucht, weshalb sich der angefochtene Tarif insofern als angemessen im Sinne des Gesetzes und daher nicht als bundesrechtswidrig erweist.

**10.1** Die Verwertungsgesellschaften wenden sich ihrerseits gegen den von der Schiedskommission festgelegten Abzug für die Berücksichtigung legaler Downloads. Dabei geht es um die über so genannte Digital Rights Management-Systeme (DRM-Systeme bzw. DRMS) bezahlten Beträge für das Herunterladen eines Werkes oder einer Leistung über ein Netzwerk, mit denen es unter anderem den Rechteinhabern ermöglicht werden soll, jede Art der Verwendung von Werken und geschützten Leistungen in der Online-Umgebung direkt zu kontrollieren (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 418). Die rechtliche Behandlung der Digital Rights Management-Systeme bildet auch ein Thema der Revision des Urheberrechtsgesetzes (vgl. etwa BBl 2006 3405). Unter dem geltenden Recht sind die Verwertungsgesellschaften im Wesentlichen der Ansicht,



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

bei legalen Downloads aus dem Internet verhalte es sich hinsichtlich der urheberrechtlichen Vergütungspflicht nicht anders als bei im Handel erworbenen Werken auf Compact Discs und ähnlichen Trägern, bei deren Erwerb mit dem Kaufpreis bereits eine Vergütung für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte bezahlt werde. Das Kopieren eines Werks von einem solchen Träger auf einen mp3-Player oder auf ein ähnliches Gerät stelle einen neuen abgabepflichtigen Vorgang dar, was nicht anders sei, wenn ein Werk legal aus dem Internet heruntergeladen werde.

**10.2** Entgegen der Ansicht der Verwertungsgesellschaften steht bei der Beurteilung der legalen Downloads nicht die technische Abwicklung im Vordergrund, sondern der Zweck des Vorgangs. Dieser besteht hier darin, das Werk überhaupt erstmalig verwenden zu können, dies im Unterschied zu bespielten Leerträgern, wo es um eine Zweitnutzung durch Kopieren geht. Der Online-Anbieter bezahlt dafür den Urhebern bzw. den Verwertungsgesellschaften eine Vergütung, die auf die Kunden, welche die Werke online benutzen oder herunterladen, überwältigt wird. Die von den Verwertungsgesellschaften aufgrund technischer Überlegungen beim Download behauptete Doppelnutzung erscheint somit künstlich und ist ohnehin dann nicht zwingend, wenn das Herunterladen nicht über einen Computer, sondern direkt auf einen Kleinspeicher wie denjenigen eines mp3-Gerätes erfolgt, was offenbar vereinzelt möglich ist. Die hier fraglichen Speichermedien stellen bisher, im Unterschied zu herkömmlichen Leerträgern wie Compact Discs oder DVDs, nur ausnahmsweise eine Handelsware dar, die auch in bespieltem Zustand wegen ihres Inhaltes und nicht bloss als unbespielter Leerträger verkauft wird und selbst nach erstmaliger Beschaffung oder Benutzung weitergehandelt oder allenfalls vermietet werden kann. Der Tarif erfasst im Übrigen nur dann auch bespielte Leerträger, wenn diese trotz des bereits bespielten Zustandes im Hinblick auf eine Verwendung als Datenträger für privates Kopieren angeboten werden (Ziff. 2.3 des GT 4d).

Überhaupt ist strittig, ob bei legalen Downloads ein Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vorliegt, nachdem die Werknutzung ja im Einverständnis des Urhebers und nicht aufgrund einer gesetzlichen Lizenz erfolgt, wobei immerhin insofern eine gewisse Parallele zum Kauf einer bespielten Compact Disc besteht. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. Jedenfalls handelt es sich beim Herunterladen über Digital Rights Management-Systeme um einen urheber- bzw. verwertungsrechtlich eigenständig zu beurteilenden Vorgang. Dabei genießt bei solchen legalen Downloads die individuelle Verwertung gegenüber der kollektiven Vorrang. Die Rechteinhaber werden bereits über die individuelle Verwertungskette, d.h. über die Gebühr, die für das Herunterladen zu begleichen ist, vollständig abgegolten. Diese enthält auch die Vergütung für eine bestimmte Anzahl von Folgekopien, bzw. es steht den Rechteinhabern und ihren Verwertungsgesellschaften sowie den Online-Anbietern frei, entsprechende Regelungen

zu treffen. Insgesamt rechtfertigt sich eine zusätzliche Entschädigung daher nicht. Das parallele Bestehen von individuellen und kollektiven Verwertungssystemen erscheint im Übrigen auch durchaus angebracht und dürfte noch einige Zeit sinnvoll bleiben (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 418 f.).

**10.3** Künftig soll nach dem Vorschlag des Bundesrates im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, vom Vergütungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sind (neuer Art. 19 Abs. 5 URG; vgl. BBl 2006 3429 f.). Das lässt aber nicht den zwingenden Schluss zu, dass eine solche Ausnahme bisher ausgeschlossen ist. Die neue Regelung, so sie in Kraft treten sollte, dient einerseits der Klarstellung. Andererseits ist sie allgemein formuliert. Im geltenden Recht ist demgegenüber auf die jeweils konkreten Zusammenhänge und Besonderheiten eines Kopiervorganges abzustellen, die allenfalls gewisse rechtliche Unterschiede zu rechtfertigen vermögen. Für die hier fraglichen Digital Rights Management-Systeme ergibt sich schon heute, dass sich eine doppelte Vergütung nicht rechtfertigt und mit der gesetzlichen Regelung der Verwertungsabgabe nicht im Einklang steht. Soweit somit die Leerträgervergütung Speichermedien erfasst, die beim erlaubten Herunterladen von Werken über On-Demand-Dienste Verwendung finden, ist dies bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen, was zu einem entsprechenden Abzug führt.

**10.4** Inwiefern der angefochtene Entscheid in diesem Zusammenhang gegen Staatsvertragsrecht verstossen sollte, ist unfindlich. Die Urheber verfügen über sämtliche gesetzlichen Möglichkeiten, sich ihre Rechte über ihre Verträge mit den hier einzig interessierenden - legalen Onlineanbietern vollumfänglich zu sichern, womit die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz als erfüllt zu gelten haben.

**10.5** Der Entscheid der Vorinstanz, einen Abzug für legale Downloads vorzunehmen, ist demnach nicht zu beanstanden. Die Schiedskommission hat ihren entsprechenden Beurteilungsspielraum und ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht. Vielmehr beruht das Ergebnis auf einer nachvollziehbaren tatsächlichen Grundlage, entspricht den gesetzlichen Vorgaben und verletzt weder Bundesrecht noch Staatsvertragsrecht.

**11.1** Insgesamt ist der Tarif, wie er von der Schiedskommission festgelegt wurde, somit inhaltlich zu schützen. Offen ist allerdings, wann er in Kraft treten und wie lange er gelten soll. Die entsprechende Regelung der Vorinstanz wurde von den Nutzerorganisationen mitangefochten. Sie wenden sich vor allem gegen den Zeitpunkt der Inkraftsetzung. Durch den Präsidialentscheid des Bundesgerichts, einzelnen Beschwerden die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, was sich aufgrund der vorliegenden Interessenlage rechtfertigte, wurde nun aber die Bestimmung über die Geltung des Tarifs (Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids und darin insbesondere die Neuregelung von Ziffer 9.1. des Ge-

## L' Di

.....

meinsamen Tarifs GT 4 möglich, die fragliche lassen, da der Tarif, der er bis zum 31. Dezember während der Hängigkeit keine Anwendung ben wurden. Es ist daher und die Geltungsdauer die Nutzerorganisationen krafttretens anfechten, schwert. Im Übrigen sind Punkt aber gutzuheissen scheid im Hinblick auf dauer des Tarifs aufgeho

**11.2** Eine Rückweisung für die Neuregelung des er des Tarifs rechtfertigt ohnehin schon viel Zeit hätte eine erneute (und (vgl. dazu das Urteil der 24. März 1995, E. 16). und preisliche Entwicklung Die Berechnungsgrundlage jeder Beziehung uneingru der zeitlichen Verzögeru fertigt, dass das Bundesr Abs. 2 OG). Dabei kom sungen in Frage. Zu t Rechts- und Interessenla

**11.3** Hinsichtlich des In Nutzerorganisationen ei rungsfrist, währenddem rückwirkende Inkraftsetz tuell eine solche auf den Eintritt der Rechtskraft Unabhängig davon, wie lässig ist (vgl. dazu BAR GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. liegenden Fall wenig si schiebenden Wirkung w nicht erhoben und nicht auch wären entsprechen bestehenden Unklarheit setzlichen Grundlage, n ist erneut zu berücksich vermieden werden muss Mitglieder bzw. die He zwischen genügend Zeit vorzubereiten und die e nahmen zu treffen. Auc schiebende Wirkung erte dem Entscheid der Schi der Einführung des vor fertigt sich daher nicht nochmals einen Aufsch

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

ch eine zusätzliche Ent-  
ele Bestehen von indivi-  
ssystemen erscheint im  
und dürfte noch einige  
EBLER, a.a.O., S. 418 f.).

g des Bundesrates im Ge-  
dass Vervielfältigungen,  
e zugänglich gemachten  
ergütungsanspruch nach  
nd (neuer Art. 19 Abs. 5  
st aber nicht den zwin-  
Ausnahme bisher ausge-  
sie in Kraft treten sollte,  
ererseits ist sie allgemein  
emgegenüber auf die je-  
nd Besonderheiten eines  
nfalls gewisse rechtliche  
ögen. Für die hier frag-  
ysteme ergibt sich schon  
ütung nicht rechtfertigt  
der Verwertungsabgabe  
die Leerträgervergütung  
erlaubten Herunterladen  
ste Verwendung finden,  
ädigungshöhe zu berück-  
den Abzug führt.

scheid in diesem Zusam-  
erstossen sollte, ist uner-  
r sämtliche gesetzlichen  
ihre Verträge mit den -  
Onlineanbietern vollum-  
vertraglichen Verpflich-  
en haben.

einigen Abzug für legale  
nach nicht zu beanstan-  
ren entsprechenden Be-  
en weder überschritten  
t das Ergebnis auf einer  
grundlage, entspricht den  
tzt weder Bundesrecht

on der Schiedskommis-  
lich zu schützen. Offen  
en und wie lange er gel-  
g der Vorinstanz wurde  
ngefochten. Sie wenden  
nkt der Inkraftsetzung.  
Bundesgerichts, einzel-  
de Wirkung zuzuerken-  
legenden Interessenlage  
stimmung über die Gel-  
chten Entscheids und  
g von Ziffer 9.1. des Ge-

meinsamen Tarifs GT 4d) weitgehend obsolet. Es ist nicht möglich, die fragliche Regelung unverändert bestehen zu lassen, da der Tarif, der am 1. März 2006 mit Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2007 hätte in Kraft treten sollen, während der Hängigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens keine Anwendung fand und keine Vergütungen erhoben wurden. Es ist daher unausweichlich, das Inkrafttreten und die Geltungsdauer des Tarifs neu zu bestimmen. Soweit die Nutzerorganisationen den damaligen Zeitpunkt des Inkrafttretens anfechten, sind sie allerdings nicht mehr beschwert. Im Übrigen sind ihre Beschwerden im fraglichen Punkt aber gutzuheissen und muss der angefochtene Entscheid im Hinblick auf das Inkrafttreten und die Geltungsdauer des Tarifs aufgehoben und angepasst werden.

**11.2** Eine Rückweisung der Sache an die Schiedskommission für die Neuregelung des Inkrafttretens und der Geltungsdauer des Tarifs rechtfertigt sich nicht. Einerseits ist inzwischen ohnehin schon viel Zeit verstrichen und eine Rückweisung hätte eine erneute (unerwünschte) Verzögerung zur Folge (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 16). Andererseits verläuft die technische und preisliche Entwicklung im fraglichen Markt sehr schnell. Die Berechnungsgrundlagen sind bereits heute nicht mehr in jeder Beziehung uneingeschränkt aktuell und drohen mit jeder zeitlichen Verzögerung zusätzlich zu veralten. Das rechtfertigt, dass das Bundesgericht direkt entscheidet (Art. 114 Abs. 2 OG). Dabei kommen zwangsläufig verschiedene Lösungen in Frage. Zu treffen ist diejenige, die der Sach-, Rechts- und Interessenlage am besten entspricht.

**11.3** Hinsichtlich des Inkrafttretens des Tarifs verlangen die Nutzerorganisationen eine zwei- bis dreimonatige Einführungsfrist, währenddem die Verwertungsgesellschaften eine rückwirkende Inkraftsetzung auf den 1. März 2006 oder eventuell eine solche auf den Beginn des zweiten Monats nach Eintritt der Rechtskraft der Tarifgenehmigung beantragen. Unabhängig davon, wieweit eine Rückwirkung rechtlich zulässig ist (vgl. dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 11 zu Art. 46; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 509 f.), erscheint eine solche im vorliegenden Fall wenig sinnvoll. Wegen der gewährten aufschiebenden Wirkung wurde die Vergütung, soweit bekannt, nicht erhoben und nicht auf die Konsumenten überwältigt; auch wären entsprechende Rückstellungen angesichts der bestehenden Unklarheiten, insbesondere bezüglich der gesetzlichen Grundlage, nicht zumutbar gewesen. Andererseits ist erneut zu berücksichtigen, dass eine weitere Verzögerung vermieden werden muss. Die Nutzerorganisationen und ihre Mitglieder bzw. die Hersteller und Importeure hatten inzwischen genügend Zeit, sich auf die Einführung des Tarifs vorzubereiten und die entsprechenden erforderlichen Massnahmen zu treffen. Auch wenn ihren Beschwerden die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, mussten sie spätestens seit dem Entscheid der Schiedskommission mit der Möglichkeit der Einführung des vorliegenden Tarifs rechnen. Es rechtfertigt sich daher nicht, ihnen zulasten der Rechteinhaber nochmals einen Aufschub zu gewähren. Der Gemeinsame

Tarif GT 4d ist somit nicht rückwirkend, aber mit einer minimalen Umsetzungsfrist gemäss dem Eventualantrag der Verwertungsgesellschaften auf den Beginn des zweiten Monats nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, d.h. nach Rechtskraft des bundesgerichtlichen Urteils, in Kraft zu setzen.

**11.4** Was die Geltungsdauer des Tarifs betrifft, so ist einerseits klar, dass dieser angesichts der Dynamik der Berechnungsgrundlagen von vornherein nur beschränkt Anwendung finden kann. Er wird nach relativ kurzer Zeit durch einen neuen Tarif abgelöst sein, der die dannzumal massgeblichen Verhältnisse berücksichtigt, die tendenziell vermutlich zu einer Verbilligung führen dürften. Andererseits stehen den Rechteinhabern seit einer gewissen Zeit Vergütungen zu. Es kann hier offen bleiben, ob es zulässig war, den Tarif auf den 1. März 2006 einzuführen, wie dies die Schiedskommission vorgesehen hatte, oder ob dafür ein späterer Zeitpunkt hätte gewählt werden müssen, wie die Nutzervertreter geltend machen. Jedenfalls hat ein gewisser Ausgleich stattzufinden für den verfahrensrechtlich verpassten Bezug von rund einem Jahr. Der Vorschlag der Verwertungsorganisationen, den Tarif für zwei Jahre in Kraft zu setzen, erscheint insofern durchaus sachgerecht. Er verstösst allerdings, da die Verwertungsgesellschaften die fragliche Tarifbestimmung nicht selbst angefochten haben, gegen das Verbot der reformatio in peius. Dies trifft nicht deshalb zu, weil die Vorinstanz für den Tarif lediglich eine Geltungsdauer bis Ende 2007 vorgesehen hat, denn eine darüber hinausreichende Gültigkeit ist einzig die Folge des gewährten Suspensiveffekts und stellt daher keine reformatio in peius dar. Hingegen hat die Schiedskommission die Geltungsdauer auf 22 Monate (vom 1. März 2006 bis zum 31. Dezember 2007) festgesetzt, womit dem Bundesgericht verwehrt bleibt, eine längere Frist festzulegen. Es muss daher bei einer maximalen Geltungsdauer von 22 Monaten sein Bewenden haben. Dabei erscheint ein Zuschlag auf dem Tarif, wie das die Verwertungsgesellschaften zusätzlich beantragen, nicht erforderlich. Die relativ lange Dauer des inzwischen auf eher überholter sachlicher Grundlage berechneten Tarifs führt zu nach aktuellem Stand wohl zunehmend überhöhten Vergütungen, was den Rechteinhabern einen gewissen Ausgleich für die erlittenen bisherigen Ausfälle ermöglicht. Für die Zeit nach Ablauf der Geltungsdauer wird der Tarif durch eine neue Version abgelöst sein, die den dannzumal massgeblichen Verhältnissen Rechnung trägt.

**12.1** Im Ergebnis ist damit die Beschwerde der Konsumentenschutzorganisationen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerde der Verwertungsgesellschaften ist abzuweisen. Die Beschwerden der Nutzerorganisationen sind teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid muss im dargelegten Sinne hinsichtlich des Inkrafttretens und der Geltungsdauer des strittigen Tarifs angepasst werden; im Übrigen ist auch die Beschwerde der Nutzerorganisationen abzuweisen. ■

### ANMERKUNGEN:

Das in der Presse stark beachtete Urteil des Bundesgerichts zur ur-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

heberrechtlichen Vergütungspflicht bei digitalen Speichermedien klärt eine ganze Reihe von bisher offenen Rechtsfragen. Es stellt damit ein eigentliches Leiturteil für den gesamten Bereich des Verwertungsrechts dar. Hervorzuheben sind insbesondere die folgenden Aspekte:

1. Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, welche den angefochtenen Entscheid erlassen hat, ist laut Gesetz eine richterliche Behörde, die sich einerseits aus neutralen Mitgliedern, andererseits aus Vertreterinnen und Vertretern der Verwertungsgesellschaften sowie Nutzerorganisationen zusammensetzt. Durch diesen Beizug von interessierten Fachleuten soll sichergestellt werden, dass in der Schiedskommission sowohl das oft sehr technische Fachwissen über Verwertungsverfahren als auch Kenntnisse über marktspezifische Gegebenheiten bei der Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vorhanden sind. Diese durchaus sinnvolle Konstruktion zwingt die Mitglieder der Schiedskommission zu einer nicht immer einfachen Gratwanderung zwischen Interessenvertretung und richterlicher Unabhängigkeit. Mit seinen Erörterungen zur Beschwerdelegitimation des DUN stellt das Bundesgericht hierfür eine doch recht klare Leitplanke auf: «Der Interessenvertreter kann nicht gleichzeitig Partei und Gerichtsmitglied sein» (Erw. 3.4.2). Wer also an den Verhandlungen über einen Tarif oder am anschließenden Genehmigungsverfahren direkt beteiligt war, kann nicht Mitglied der Kammer sein, welche über diesen spezifischen Tarif entscheidet. Und die Mitglieder der Schiedskommission, die Verwertungsgesellschaften oder Nutzerverbände vertreten, haben sich sowohl vor als auch nach dem Entscheid aus den direkten Tarifverhandlungen und den Rechtsmittelverfahren herauszuhalten.

2. Gemäss Art. 46 Abs. 2 URG müssen die Verwertungsgesellschaften «die Gestaltung der einzelnen Tarife mit den massgebenden Nutzerverbänden» verhandeln. Seit längerem ist streitig, inwiefern die grossen Konsumentenorganisationen als solche «massgebende Nutzerverbände» zu qualifizieren sind. Nach Auffassung des Bundesgerichts soll dies immer dann der Fall sein, wenn sie ihre Repräsentativität für den in Frage stehenden Tarif belegen können. Diese ist nach der vom Bundesgericht nicht beanstandeten Praxis der Schiedskommission dann gegeben, wenn eine Organisation in mindestens einem Landesteil wenigstens einen Drittel der vom Tarif betroffenen Branche vertritt. Insofern hätten die Konsumentenorganisationen dartun müssen, dass ihre Mitglieder durch den Tarif besonders betroffen seien und dass es zu ihren statutarischen Aufgaben gehöre, diese Mitglieder in deren Funktion als Käuferinnen und Käufer von Leerträgern zu vertreten. Da sie diese spezifische Interessenlage nicht belegt hatten, waren die Konsumentenorganisationen von der Schiedskommission zu Recht nicht als massgebende Nutzerverbände qualifiziert worden.

3. Gemäss Art. 20 Abs. 3 URG schuldet, wer Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, die durch Tarife festzulegenden Vergütungen. Kern der gerichtlichen Auseinandersetzung war die Frage, ob digitale Speichermedien, die in Aufnahmegegeräten eingesetzt werden oder die dort fest eingebaut sind, Leerträger im Sinne dieser Bestimmung sind. Das Bundesgericht bejaht die Frage klar: Art. 20 Abs. 3 URG beziehe sich auf alle Leerträger, die sich «zur Aufnahme urheberrechtlich geschützter Werke eignen und dafür tatsächlich auch vorrangig verwendet werden» (Erw. 7.3.2), was auf die genannten digitalen Speichermedien ohne Zweifel zutrefte. Zu diesem Ergebnis kommt das Gericht aufgrund teleologischer Überlegungen: Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, einen umfassenden Schutz der Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber einzurichten und ihnen eine angemessene Entgeltung überall dort zu garantieren, wo eine Nutzung gesetzlich erlaubt werde. Dies verlange eine Abgabe für alle digitalen Leerträger, die sich in Geräten befinden, welche zur Aufnahme von Musik- und Filmwerken geeignet sind und die dazu dienen, durch privates Kopieren die Anschaffung von Werkexemplaren einzusparen. Dabei mache es keinen Unterschied, ob diese Leerträger auswechselbar oder fest in das Gerät eingebaut seien.

4. Zur Unterstützung seiner Auslegung beruft sich das Bundesgericht auch auf die konventionsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Die Schweiz habe sich gemäss Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 13 TRIPS-Abkommen verpflichtet, «weder die normale Auswertung eines Werks zu beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar zu verletzen» (Erw. 7.3.2.). In einer Art hypothetischem «Drei-Stufen-Test» stellt das Bundesgericht somit fest, dass eine gesetzliche oder tarifliche Regelung, welche für fest eingebaute digitale Speichermedien keine Vergütung vorsähe, konventionsrechtlich nicht zulässig wäre. Das ist vor allem auch deshalb wegweisend, weil sich die Bedeutung dieses «Drei-Stufen-Tests» in nächster Zeit noch deutlich erhöhen wird: Art. 10 WCT und Art. 16 WPPT haben ihn zu einer Grundregel des internationalen Urheberrechts erhoben, welche nicht mehr nur bei Beschränkungen des Vervielfältigungsrechtes zu beachten ist, sondern bei sämtlichen Beschränkungen der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte. Da diese Normen im Rahmen der laufenden URG-Revision in das schweizerische Recht implementiert werden, ergeben sich aus dieser bundesgerichtlichen Erwägung wichtige Leitplanken für die Gestaltung auch zukünftiger Tarife.

5. Bei der Berechnung der Vergütungssätze hatte die Schiedskommission einen prozentualen Abzug für die Berücksichtigung legaler downloads aus dem Internet verfügt. Dadurch sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass teilweise schon beim Herunterladen geschützter Werke oder Leistungen Urheberrechtsentschädigungen entrichtet würden und sich insofern eine erneute Belastung des Leerträgers nicht rechtfertige. Auch in diesem Punkt gibt das Bundesgericht der Schiedskommission recht. Es stellt sich auf den Standpunkt, dieser download sei nicht unter dem technischen Aspekt des Kopiervorgangs, sondern unter dem ökonomischen Zweck des erstmaligen Erwerbs eines Werksexemplars zu betrachten. Eine Doppelnutzung des ursprünglichen und des kopierten Werkexemplars sei zwar technisch im Regelfall gegeben, erscheine aber als künstlich. Deshalb rechtfertige es sich, diesen Vorgang als bezahlte Erstnutzung von der Tarifberechnung auszunehmen.

6. Dass sich hinter dieser Frage des Prozentabzugs eine viel wichtigere urheberrechtliche Grundsatzfrage versteckt, nämlich diejenige nach dem Verhältnis von individueller und kollektiver Verwertung, ergibt sich aus einem obiter dictum des Bundesgerichts. Dieses stellt sich nämlich die in der Folge offen gelassene Frage, «ob bei legalen Downloads ein Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vorliegt, nachdem die Werknutzung ja im Einverständnis des Urhebers und nicht aufgrund einer gesetzlichen Lizenz erfolgt» (Erw. 10.2), und spricht sich in der Folge für ein Nebeneinander von individueller und kollektiver Verwertung aus. Dabei wird allerdings die zentrale urheberrechtliche Frage übergangen, inwiefern nämlich im Bereich gesetzlicher Lizenzen überhaupt Platz sein kann für individuelle Vereinbarungen. In BGE 127 III 28 f. hatte das Bundesgericht zu Recht festgehalten, dass die Regelungen des URG zwingend seien und dass es im Bereich zwingender Schranken- oder Vergütungsregelungen keine individuellen Vereinbarungen geben könne. Solche individuellen Vereinbarungen seien aufgrund von Art. 20 OR nichtig. Dies kann in Bezug auf die vom Bundesgericht erörterten legalen downloads nichts anderes bedeuten, als dass ein download zum Privatgebrauch in jedem Falle aufgrund von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG zulässig und gemäss Art. 20 Abs. 1 URG auch unentgeltlich ist und dass es in diesem Bereich keinen Platz für individuelle Vereinbarungen gibt. Vereinbarungen über das entgeltliche Herunterladen geschützter Werke könnten demzufolge nur den Zugang zu entsprechenden Dienstleistungen oder die Berechtigung zu Nutzungen betreffen, die über diesen unmittelbaren Privatgebrauch hinausgehen. Wo sie einzig die private Nutzung von Werken oder Leistungen erlauben, wären sie nichtig. Die wohl eher pragmatisch gemeinte Feststellung des Bundesgerichts, wonach «das parallele Bestehen von individuellen und kollektiven Verwertungssystemen (...) noch einige Zeit sinnvoll bleiben» dürfte, wirft daher die unvermeidliche Frage auf, wie dieses Nebeneinander denn juristisch gestaltet werden kann. Diese Frage wird weder durch das hier erörterte Urteil des Bundesgerichts noch durch den revidierten Art. 19 URG beantwortet.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

### Sachverhalt (Zusammenfassung)

«Der Einzelrichter im Kantonsgericht des Kantons Bern hat auf Klage der Schweizerischen Rentenanstalt sowie der Klägerinnen la vie (Klägerinnen) ein Urteil erlassen folgendem Wortlaut:

«1. Dem Beklagten wird die Rechtskraft dieses Entscheides registriert. Die Klägerinnen mäne swiss-life.ch auf dem Internet unter der Adresse

2. Dem Beklagten wird die Rechtskraft dieses Entscheides registriert. Die Klägerinnen mäne la-suisse.com auf dem Internet unter der Adresse

3. Dem Beklagten wird die Rechtskraft dieses Entscheides registriert. Die Klägerinnen am Internet unter der Adresse Suisse einen Offertenkatalog anzuzeigen oder anzubieten oder

4. Die Anordnungen zur Durchführung der Überweisung mit Haft oder Busse im Falle des Ungehorsams gegen eine Anordnung, soweit die Anordnung verboten oder unterbunden (in der Schweiz sta

## Erfolgsort bei Domainstreitigkeiten nach Art. 5 Abs. 3 LugÜ

Bundesgerichtsentscheid vom 6. März 2007 (4C.341/2005)

*Ein Erfolgsort der Verletzung von Kennzeichenrechten durch Domain Namen liegt mindestens dort, wo diese bestimmungsgemäss abrufbar sind. Ein Domain Name mit dem Bestandteil «suisse» ist in der ganzen Schweiz bestimmungsgemäss abrufbar. Ist die Verwechslungsgefahr von Domain Namen mit den geschützten Kennzeichen zu bejahen, so ist auch eine Klage auf Abtretung eines Internet-Domain Namens mit der Verpflichtung des Usurpators zur Abgabe entsprechender Erklärungen gegenüber den zuständigen Registrierungsstellen zulässig.*

*Une violation de la réglementation sur les signes distinctifs par un nom de domaine est supposée s'être produite au moins dans toutes les régions visées par l'intitulé du nom de domaine. Ainsi, un nom de domaine comportant le terme «suisse» ouvre la voie à un for dans notre pays. Si un risque de confusion entre le nom de domaine considéré et un signe distinctif existe, alors une plainte relative à la révocation du nom de domaine avec obligation pour l'usurpateur de livrer des explications aux autorités d'enregistrement compétentes est recevable.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

«Der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich erliess am 19. August 2005 auf Klage der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt sowie der La Suisse, Société d'assurances sur la vie (Klägerinnen) eine Verfügung gegen X (Beklagter) mit folgendem Wortlaut:

«1. Dem Beklagten wird befohlen, innert 10 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids gegenüber den zuständigen Registrierungsstellen die vorbehaltlose Übertragung der Domäne swiss-life.ch auf die Klägerin 1 zu erklären.

2. Dem Beklagten wird befohlen, innert 10 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids gegenüber den zuständigen Registrierungsstellen die vorbehaltlose Übertragung der Domäne la-suisse.com auf die Klägerin 2 zu erklären.

3. Dem Beklagten wird mit Wirkung ab 10 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids verboten, auf einer Webseite am Internet unter den Kennzeichen Swiss Life oder La Suisse einen Offertenvergleich verschiedener Versicherungen anzubieten oder zugänglich zu machen.

4. Die Anordnungen Ziff. 1.-3. erfolgen unter der Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse im Sinne von Art. 292 StGB wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Fall der Zuwiderhandlung, soweit die Zuwiderhandlung (Vornahme der verbotenen oder Unterlassung der angeordneten Handlung) in der Schweiz stattfindet.»

Auf weitere Rechtsbegehren trat der Einzelrichter nicht ein oder wies sie ab.

Der Einzelrichter bejahte seine örtliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 des Übereinkommens vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheide in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.11) sowie das Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen. Er legte dar, dass das Befehlsverfahren im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ZH zulässig ist zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen und kam nach Darstellung der Vorgeschichte zum Schluss, der Beklagte verletze mit der Verwendung der Domain-Namen www.swiss-life.ch und www.la-suisse.com die bekannten Marken SWISS LIFE und LA SUISSE der Klägerinnen sowie deren Firmen und Namen. Aufgrund des Zugeständnisses des Beklagten, dass er unter den Kennzeichen Swiss Life und LaSuisse einen Offertenvergleich mit den Produkten anderer Versicherungen angeboten hatte, bejahte der Einzelrichter die Voraussetzungen für das beantragte Verbot.

Der Beklagte hat Berufung eingereicht mit folgenden Anträgen:

«1. Der Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht Zürich vom 19. August 2005, Geschäfts-Nr. HE050007, sei vollumfänglich aufzuheben und auf die Klage der Berufungsbeklagten sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter seien die Ziff. 1 bis 4 und 8 bis 10 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Handelsgericht Zürich vom 19. August 2005, Geschäfts-Nr. HE050007, aufzuheben und es seien sämtliche Rechtsbehörden der Berufungsbeklagten, soweit darauf überhaupt eingetreten wird, abzuweisen.

3. Subeventualiter seien die Ziff. 1 bis 4 und 8 bis 10 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht Zürich vom 19. August 2005, Geschäfts-Nr. HE050007, aufzuheben und es sei die Sache zur Behebung der nachfolgend gerügten Mängel sowie zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.»

Der Beklagte stellt den Sachverhalt aus seiner Sicht ausführlich dar. Er rügt, der Einzelrichter im summarischen Verfahren habe Art. 5 Ziff. 3 LugÜ verletzt, indem er seine Zuständigkeit bejaht habe; er habe das Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen zu Unrecht bejaht, Art. 13 MSchG falsch angewandt und dabei den Sachverhalt unvollständig und aktenwidrig ermittelt sowie den Entscheid ungenügend begründet. Ausserdem rügt er, der Einzelrichter habe den Rechtsanspruch der Klägerinnen auf Übertragung der Domain Names zu Unrecht bejaht, er habe krass aktenwidrige Annahmen getroffen und den Entscheid mangelhaft begründet.

Die Klägerin 1 beantragt in der Antwort auch als Gesamtrechtsnachfolgerin der Klägerin 2, die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.»

### Aus den Erwägungen

1. (...Verfahren nach OG, Art. 132 Abs. 1 BGG)
2. (...Zulässigkeit der Berufung gegen Befehlsverfahren)
3. (...Bindung des BGer an tatsächliche Feststellungen)
4. Nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Da der Beklagte seinen Wohnsitz in London, Grossbritannien, und damit in einem Vertragsstaat des Lugano Übereinkommens hat, ist die Vorinstanz in Übereinstimmung mit den Parteien zutreffend davon ausgegangen, dass Art. 5 Ziff. 3 LugÜ anwendbar ist (vgl. BGE 131 III 76 E. 3 S. 81).

4.1 Der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist staatsvertraglich autonom auszulegen und bezieht sich auf alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 knüpfen (BGE 132 III 579 nicht publ. E. 2.1, publ. in sic! 10/2006 S. 658, 4C.329/2005). Insbesondere fallen Klagen aus Verletzung

von Immaterialgüterrechten, namentlich Kennzeichen, ebenso darunter wie Klagen aus unlauterem Wettbewerb (zum insofern gleich lautenden und dem Lugano Übereinkommen entsprechenden Art. 5 Nr. 3 EuGVVO: JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 2005, N 74 zu Art. 5; REINHOLD GEIMER/ROLF A. SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 2004, N 213, 210 zu Art. 5, je mit Hinweisen). Klagen aus unlauterem Wettbewerb können sowohl am Handlungsort angebracht werden, d.h. am Ort, an dem die Ursache der Schädigung gesetzt wurde, wie auch am Erfolgsort, d.h. am Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (BGE 125 III 346 E. 4a S. 348/E. 4c S. 350). Bei Delikten im Internet ist umstritten, ob ein Erfolgsort an allen Orten anzunehmen ist, an denen die Website abgerufen werden kann (KROPHOLLER, a.a.O., N 86 zu Art. 5). Mindestens liegt der Erfolgsort der Verletzung von Kennzeichenrechten durch Domain-Namen dort, wo diese bestimmungsgemäss abrufbar sind (GEIMER/SCHÜTZE, a.a.O., N 251 zu Art. 5).

4.2 Entgegen der Auffassung des Beklagten genügt für die «Publikation» der Website, dass sie unter dem Domain-Namen im Internet (unter www) abrufbar ist. Zusätzlicher Massnahmen bedarf es nicht und es ist insbesondere der Nachweis nicht erforderlich, dass sie in einer Suchmaschine erscheint. Die Zuständigkeit am Erfolgsort ist vorliegend ohne weiteres gegeben, wenn als hinreichend angesehen wird, dass die vom Beklagten Ende März 2005 aktivierten Websites unter den umstrittenen Domain-Namen abgerufen werden können. Die Frage, ob der Erfolgsort auf den Ort des bestimmungsgemässen Gebrauchs einzuschränken ist, kann offen bleiben. Denn der Vorinstanz ist beizupflichten, dass Domain-Namen mit dem Bestandteil «suisse» in der ganzen Schweiz bestimmungsgemäss abrufbar sind, weshalb der Erfolgsort für die umstrittenen Domain-Namen in der Schweiz auch im Falle der entsprechenden Einschränkung gegeben ist. Die Vorinstanz hat die Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ zutreffend bejaht. Die Rüge des Beklagten ist unbegründet.

5. (...Bejahung der Verwechslungsgefahr zwischen den Marken SWISS LIFE und LA SUISSSE der Klägerin und den umstrittenen Domain-Namen des Beklagten «swiss-life.ch.» und «la-suisse.com»)

6. Demnach erkennt das Bundesgericht: Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist (...). ■

### ANMERKUNGEN:

In E. 4.1. geht das Bundesgericht mit Hinweis auf die deutsche Lehre davon aus, dass ein Erfolgsort mindestens dort liege, wo die fragliche Domain bestimmungsgemäss abrufbar sei. Da dies im vorliegenden Fall gegeben sei, brauche nicht entschieden zu werden, ob auf den bestimmungsgemässen Gebrauch der Domain abzustellen sei (E. 4.2.). Damit stellt das Bundesgericht im einen Fall auf die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit der Domain, im anderen auf den bestimmungsgemässen Gebrauch ab und scheint zudem die Auffassung abzulehnen, dass sämtliche (also auch nichtbestimmungsgemässe) Domains einen Erfolgsort gemäss Art. 5

Ziff. 3 LugÜ (SR 0.275.11) Zuständigkeit und die Vollständigkeit in Zivil- und Handelssache

Die Zuständigkeit muss so damit eine Möglichkeit droht und den Beklagten se Problematik negiert (in IPRG für Nicht-LugÜ-Staat Auslegung des Handlungs übereinstimmend erfolgt, mentar zu Art. 129, N 1 Kommentar, Hrsg. HONSEL Basel; vgl. auch zur Einschulski mit überzeugenden Argu ruhe: Kennzeichenbenutzung net, in: MMR 2002 Heft 1 liche Zuständigkeit bei Urh zungen im Internet - Wic richtsstand» der bestimm 2007 Heft 2, S. 107). Es ka ge der Zuständigkeit auf hier andere Interessen rele merkungen zu: OLG Karls ländischen Nutzer im Inter TORSTEN BETTINGER, Die WIP und anderen Kennzeichen

Rein vom begrifflichen her möglichen Varianten für nämlich einerseits von d und andererseits vom best Abrufbarkeit wird als rein t jedem Ort gegeben ist, a kann (also praktisch jeder hingegen setzt zwar die Ab gend eine bestimmungsg verlangt eine Wahrnehmung tion mit dem eigentlichen

In der deutschen Literatur bzw. Formulierungen für Es wird beispielsweise von auf den Staat ausgericht isches Zivilprozessrecht, K 5, S. 156.), oder davon ge deutschen Markt bestimm mungsgemäss abrufbar» ( riales Markenrecht im Glob naler Tatortzuständigkeit, bei Kennzeichenkonflikten 9, S. 663 mit weiteren Hin «blosse Wahrnehmbarkeit relevante Benutzungshandl WIPO-Vorschläge zum Sch chen im Internet, in: WRP

Das Bundesgericht führt in bestimmungsgemässer Abr auf die Vorinstanz verwies mit dem Bestandteil «suisse der Schweiz abrufbar sei. A sem Zusammenhang nicht stellt somit bei der bestimm den Namen der Domain a haupt geprüft zu haben. E die Frage, welche Domain der Schweiz abrufbar im Si

Allgemein können zwei Art schieden werden, nämlich Herkunft (sog. Country Co spielsweise <ch>, <us> oder sen, wie beispielsweise <co Top Level Domains, gTLD; Namensrecht der Domainr

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Ziff. 3 LugÜ (SR 0.275.11, Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.) in der Schweiz begründen können.

Die Zuständigkeit muss somit folgerichtig eingeschränkt werden, damit eine Möglichkeit des «forum shopping» nicht auszufern droht und den Beklagtengerichtsstand gemäss Art. 2 LugÜ für diese Problematik negiert (in Bezug auf den Erfolgsort gemäss Art. 129 IPRG für Nicht-LugÜ-Staaten wird allgemein gefordert, dass die Auslegung des Handlungs- und Erfolgsortbegriffes mit dem LugÜ übereinstimmend erfolgt, ROBERT P. UMBRICH/NICOLE ZELLER, Kommentar zu Art. 129, N 16, in: Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, Hrsg. HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI, 2. Auflage, 2007 Basel; vgl. auch zur Einschränkung des Erfolgsortes Peter Mankowski mit überzeugenden Argumenten, Anmerkungen zu: OLG Karlsruhe: Kennzeichenbenutzung durch ausländischen Nutzer im Internet, in: MMR 2002 Heft 12, S. 818; ROLF NIKOLAS DANCKWERTS: Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet - Wider einen ausufernden «fliegenden Gerichtsstand» der bestimmungsgemässen Verbreitung, in: GRUR 2007 Heft 2, S. 107). Es kann zudem nicht angehen, dass diese Frage der Zuständigkeit auf das materielle Recht geschoben wird, da hier andere Interessen relevant sein können (PETER MANKOWSKI, Anmerkungen zu: OLG Karlsruhe: Kennzeichenbenutzung durch ausländischen Nutzer im Internet, in: MMR 2002 Heft 12, S. 818; A.M. TORSTEN BETTINGER, Die WIPO-Vorschläge zum Schutz von Marken und anderen Kennzeichen im Internet, in: WRP 7/2001, S. 790).

Rein vom begrifflichen her geht das Bundesgericht somit von zwei möglichen Varianten für die Bestimmung eines Erfolgsortes aus, nämlich einerseits von der bestimmungsgemässen Abrufbarkeit und andererseits vom bestimmungsgemässen Gebrauch. Der Begriff Abrufbarkeit wird als rein technischer Vorgang verstanden, der an jedem Ort gegeben ist, an dem eine Domain abgerufen werden kann (also praktisch jeder Ort mit Internetzugang). Der Gebrauch hingegen setzt zwar die Abrufbarkeit voraus (allerdings nicht zwingend eine bestimmungsgemässe), geht jedoch darüber hinaus und verlangt eine Wahrnehmung oder möglicherweise gar eine Interaktion mit dem eigentlichen Inhalt der Domain.

In der deutschen Literatur werden allgemein verschiedene Begriffe bzw. Formulierungen für die Bestimmungsgemässheit verwendet. Es wird beispielsweise von «Äusserungen, die bestimmungsgemäss auf den Staat ausgerichtet sein müssen» (J. KRÖPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 8. Auflage 2005, N 86 zu Art. 5, S. 156.), oder davon gesprochen, ob die Website auch «für den deutschen Markt bestimmt» und insoweit in Deutschland «bestimmungsgemäss abrufbar» (TORSTEN BETTINGER/DOROTHEE THUM, Territoriales Markenrecht im Global Village - Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet, in: GRUR Int 1999, Heft 8-9, S. 663 mit weiteren Hinweisen) sei bzw. negativ formuliert, dass «blosse Wahrnehmbarkeit eines Zeichens nicht als zeichenrechtlich relevante Benutzung angesehen» (TORSTEN BETTINGER, Die WIPO-Vorschläge zum Schutz von Marken und anderen Kennzeichen im Internet, in: WRP 7/2001, S. 790.) werden dürfe.

Das Bundesgericht führt im Entscheid jedoch nicht aus, was unter bestimmungsgemässer Abrufbarkeit zu verstehen ist. Vielmehr wird auf die Vorinstanz verwiesen und festgehalten, dass eine Domain mit dem Bestandteil <swiss> ohne weiteres bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar sei. Auf die Domain <swiss-life.ch> wird in diesem Zusammenhang nicht Bezug genommen. Das Bundesgericht stellt somit bei der bestimmungsgemässen Abrufbarkeit einzig auf den Namen der Domain ab, ohne den Inhalt der Webseite überhaupt geprüft zu haben. Es stellt sich somit in einem ersten Schritt die Frage, welche Domainnamen überhaupt bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar im Sinne des Bundesgerichts sind.

Allgemein können zwei Arten von Top Level Domains (TLD) unterschieden werden, nämlich TLDs mit Hinweis auf eine geographische Herkunft (sog. Country Code Top Level Domains, ccTLD), wie beispielsweise <ch>, <us> oder <de> und solche mit sachlichen Hinweisen, wie beispielsweise <com>, <net>, <org> oder <info> (Generic Top Level Domains, gTLD; vgl. zum Ganzen Dirk Wüstenberg, Das Namensrecht der Domainnamen, in: GRUR 2003, Heft 2, S. 110).

Da <ch> ccTLDs grundsätzlich Hinweise auf das örtliche Angebot oder den örtlichen Standort des Anbieters geben, sind sie bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar. Dieser Auffassung dürfte auch das Bundesgericht gefolgt sein, indem es die Domain <swiss-life.ch> ohne auch nur ein Wort zu verlieren der schweizerischen Zuständigkeit unterworfen hat. Sind aber wirklich alle <ch> Domainnamen in der Schweiz bestimmungsgemäss abrufbar? Was ist mit einer Domain wie <new-york.ch> oder <bremen.ch>? Hier mag dem OLG Düsseldorf insoweit zuzustimmen sein, dass bei in sich widersprüchlichen Domains wie beispielsweise <karlsruhe.at> eine Zuordnung der Domain zur betreffenden Gebietskörperschaft nicht vorgenommen werden kann (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 7. 2003 - 20 U 43/03- solingen-info.de, in: GRUR-RR 2003 Heft 12, S. 383). Doch selbst wenn nicht von einem offiziellen oder offiziellen Betreiber der Seite ausgegangen werden kann, so dürfte der Schweizer Durchschnittsinternetbenutzer beispielsweise auf einen Verein von Bremen in der Schweiz oder aber Informationen von Bremen für Schweizer oder ähnliches schliessen. Insofern wäre also eine Domain wie etwa <karlsruhe.ch> durchaus bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar (Für Deutschland vgl. ANDREAS W. RENCK: Kennzeichenrechte versus Domain-Names - Eine Analyse der Rechtsprechung, NJW 1999 Heft 49, S. 3592). Ob dann in einem zweiten Schritt eine Verletzung von Kennzeichenrechten angenommen werden kann, ist eine andere Frage.

Die übrigen ccTLDs sind m.E. grundsätzlich in der Schweiz nur dann bestimmungsgemäss abrufbar, wenn sie gewisse Assoziationen zur Schweiz auslösen. Die Kriterien für die Qualifikation eines Erfolgsortes in der Schweiz müssen deshalb bei diesen ausländischen ccTLDs strenger sein. Darunter dürften beispielsweise dem Durchschnittsinternetbenutzer (sofern ein Erfolgsort in der Schweiz begründet werden will) bekannte Ortsnamen, Symbole, Flüsse und ähnliches fallen, welche mit der Schweiz in Verbindung gebracht werden. Um den Erfolgsort bestimmen zu können, könnte eine analoge Auslegung von Art. 47 Abs. 1 MSchG helfen (SR 232.11, Art. 47 Abs. 1 MSchG besagt «Herkunftsangaben sind direkte oder indirekte Hinweise auf die geographische Herkunft von Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Hinweisen auf die Beschaffenheit oder auf Eigenschaften, die mit der Herkunft zusammenhängen»), wobei vorliegend nicht auf die geographische Herkunft von Waren und Dienstleistungen abgestellt wird, sondern vielmehr die Frage beantwortet werden muss, ob ein direkter oder indirekter geographischer Hinweis dem Durchschnittsinternetbenutzer der jeweiligen ccTLD eine Assoziation zur Schweiz weckt. Bei einer Domain wie <bern.us> ist demnach der US-Durchschnittsinternetbenutzer für die Frage, ob der Bestandteil <Bern> eine Assoziation zur Schweiz auslöst, relevant (neben der Hauptstadt Bern in der Schweiz gibt es zahlreiche weitere Bern-Ortschaften in den USA, darunter in New York, Indiana oder Kansas, so dass fraglich sein dürfte, ob der US Durchschnittsinternetbenutzer Bern wirklich mit der Schweiz verbinden würde; vgl. hierzu auch LG Hamburg, Urteil vom 3. 8. 2001 - 416 O 294/00, das im Entscheid <hotel-maritime.dk> festgehalten hat, dass die Verwendung einer <dk> ccTLD dazu führe, dass der Verbraucher bei einer national zuordbaren TLD einen national begrenzten Auftritt vermute, d.h. einen inhaltlich und sprachlich auf das jeweilige Land zugeschnittenen Informationsgehalt, abgedruckt in: GRUR Int 2002 Heft 2, S. 164; vgl. auch die dazugehörigen und nachfolgenden Anmerkungen von HARTMUT PELLEN und PHILIPP CH. PEITSCH, S. 165 f.). Es wäre deshalb insbesondere für die effektive Bekämpfung von Cybersquattern (Zum Begriff vgl. beispielsweise TIM PFEIFFER, Cyberwar gegen Cybersquatter, in: GRUR 2001 Heft 2, S. 92 ff.) wünschenswert, wenn auch Domains wie <luzern.it> oder <schweiz.at> als bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar qualifiziert würden, zumal auch hier unweigerlich für Österreicher bzw. Italiener eine Verbindung zur Schweiz aufgebaut wird. Dies dürfte jedoch für andere unbekanntere Ortschaften wie beispielsweise der Domain <curaglia.de> nicht zutreffen (Curaglia ist eines von neun Dörfern in der Gemeinde Medel im Kanton Graubünden). Die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit anderer Kennzeichen, wie beispielsweise von gewöhnlichen Marken, in der Schweiz dürfte jedoch m.E. eher zu verneinen sein, will man den Gerichtsstand nicht unnötig zulasten des Beklagten erweitern. Ein solcher inländischer Gerichtsstand müsste dann über den bestimmungsgemässen Gebrauch begründet werden.

Generische Domain Namen wie <com>, <net>, <info> etc. sind grundsätzlich nicht auf Staaten beschränkt, weshalb sie keine An-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

haltspunkte für einen möglichen Erfolgsort liefern und deshalb grundsätzlich überall bestimmungsgemäss abrufbar sein können (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 7. 2003 - 20 U 43/03- solingen-info.de, in: GRUR-RR 2003 Heft 12, S. 383 - solingen-info.de; Ausführlich zur Wichtigkeit einer <.com> Domain, vgl. U. S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, Entscheidung vom 10. 4. 2003, in: GRUR Int 2004 Heft 11, S. 974 f.). Auch als generisch können einige ccTLDs qualifiziert werden, wie beispielsweise <tv> für Tuvalu, das vielmehr mit TV, also Fernsehen oder <dj> für Disc Jockey anstatt der Republik Dschibuti in Verbindung gebracht wird. Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine <.com> Domain mit dem Bestandteil «Suisse» ohne Weiteres bestimmungsgemäss für die Schweiz ist. Demnach dürften auch andere Namen und Ortschaften der Schweiz wie <luzern.com> einen Erfolgsort in der Schweiz begründen, da sie bestimmungsgemäss hier abrufbar sind. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, auch wenn sich Gerichte verschiedentlich kritisch über die Benutzung von <.com> Domainnamen bei Herkunftsangaben ausgesprochen haben (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 7. 2003 - 20 U 43/03- solingen-info.de, in: GRUR-RR 2003 Heft 12, S. 383, wo davon ausgegangen wird, dass fraglich sei, ob eine <.com> Top Level Domain bei Gebietskörperschaften als widersprüchlich anzusehen sei. Aufgrund der Frage der Abrufbarkeit und des generischen Zusatzes <.com> dürfte dieser mögliche Widerspruch jedoch für die Bestimmung des Erfolgsortes nicht relevant sein, sondern vielmehr in einem zweiten Schritt für die Frage einer möglichen Verletzung von Kennzeichenrechten). Demnach ist auch hier für die Begründung eines Erfolgsortes in der Schweiz eine eindeutige Assoziation zur Schweiz - im Unterschied zu ccTLDs - jedoch aus Sicht der Schweizerischen Durchschnittsinternetbenutzer massgebend.

Aufgrund der Bejahung des Erfolgsortes mittels bestimmungsgemässer Abrufbarkeit lässt das Bundesgericht in der Folge offen, ob vorliegend auch der bestimmungsgemässe Gebrauch relevant sein könnte. Sollte aber die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit aufgrund der obigen Ausführungen verneint werden, so sollte der Erfolgsort immer noch gestützt auf den bestimmungsgemässen Gebrauch, d.h. auf den konkreten Inhalt der Domain, begründet werden können. Dies ist nötig, um Missbräuche zu verhindern, wenn die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit nicht gegeben ist. Ansonsten könnte es sein, dass beispielsweise die Firma Rivella International AG gegen den Inhaber der Domain <rivella.net> oder <rivella.ag>, der über das Internet Billiggetränke an Schweizer Kunden bewirbt, bezüglich der Domain nur an seinem Sitz oder allenfalls in Antigua und Barbuda eingeklagt werden könnte. In solchen Fällen muss ein Erfolgsort in der Schweiz begründet werden können. Um die Zuständigkeit aber nicht ins Grenzenlose ausufern zu lassen, muss der Domainname jedoch im entsprechenden Markt gezielt eingesetzt werden (Vgl. PETER MANKOWSKI, Anmerkungen zu: OLG Karlsruhe: Kennzeichenbenutzung durch ausländischen Nutzer im Internet, in: MMR 2002 Heft 12, S. 819.). Hinweise für ein gezieltes Einsetzen können beispielsweise die Sprache, Marktausrichtung des Webseitebetreibers, Angebote ins betreffende Land, Angriffe auf bestimmte Konkurrenten oder die Anbringung eines nicht ernstgemeinten Disclaimers sein (CONSTANTIN KURZ, Zum Inlandsbezug der Marke im Internet, zu OLG Hamburg 2.5.2002 - 3 U 312/01, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2004, S. 108; Zur Sprache vgl. BGH, Urteil vom 13. 10. 2004 - I ZR 163/02 (OLG Hamburg) - <hotel-maritime.dk> in: GRUR 2005,

Heft 5, S. 432). Je mehr solcher Kriterien erfüllt sind, desto offensichtlicher wird der bestimmungsgemässe Gebrauch und damit der Erfolgsort in der Schweiz zu bejahen sein. Die WIPO hat mit der «Proposed Joint Recommendation Concerning Provisions On The Protection Of Marks, And Other Industrial Property Rights In Signs, On The Internet» aus dem Jahre 2001 diese Problematik behandelt. Demnach sind sog. «commercial effects» für die Qualifikation einer Benutzung in einem anderen Mitgliedstaat notwendig. Diese werden sehr ausführlich in Art. 3 in einem nicht abschliessenden Katalog näher präzisiert und würden sich sicherlich auch für die nationalen Gerichte als nützliches Instrument für die Bestimmung des bestimmungsgemässen Gebrauchs dienen (vgl. auch TORSTEN BETTINGER, Die WIPO-Vorschläge zum Schutz von Marken und anderen Kennzeichen im Internet, in: WRP 7/2001, S. 792 f. mit weiteren Hinweisen). Aufgrund dieser Kriterien ist für den bestimmungsgemässen Gebrauch nicht zwingend erforderlich, dass ein Angebot für bestimmte Produkte oder Waren im entsprechenden Land besteht, vielmehr können auch bloss passive Webseiten, d.h. Webseiten mit Informationen einen bestimmungsgemässen Gebrauch für die Schweiz auslösen, wenn beispielsweise direkt ein Konkurrent angegriffen wird (anders ist die Praxis in den USA, hier wird die Auffassung vertreten, dass sog. passive Webseiten keinen Gerichtsstand begründen, weil - nach Ansicht der Gerichte - sonst sämtliche Webseiten weltweit einen Gerichtsstand begründen würden, vgl. DAVID C. HILLIARD/JOSEPH N. WELCH II/JANET A. MARVEL, Trademarks and Unfair Competition - Deskbook - Third Edition, USA 2007, § 10.01[Z][C] mit weiteren Nachweisen, vgl. auch ROLF NIKOLAS DANCKWERTS: Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet - Wider einen ausufernden «fliegenden Gerichtsstand» der bestimmungsgemässen Verbreitung, in: GRUR 2007 Heft 2, S. 106 f.).

Bei einer nicht aufgeschalteten Domain dürfte demgegenüber kein bestimmungsgemässer Gebrauch im Sinne der obigen Darlegung vorliegen. In diesem Fall muss wiederum - sofern möglich - auf die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit zurückgegriffen werden.

Zusammenfassend kann somit Folgendes festgehalten werden: Zu unterscheiden ist gemäss Bundesgericht die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit und der bestimmungsgemässe Gebrauch eines Domainnamens. Die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit ist bei einer Domain mit einer generischen TLD (<.com> etc., sowie generisch verstandene ccTLDs) dann gegeben, wenn sie einen Bestandteil enthält, welcher Assoziationen zur Schweiz weckt. Massgebend ist das Schweizer Publikum. Es wäre zudem wünschenswert, sämtliche <.ch> Domainnamen als bestimmungsgemäss in der Schweiz abrufbar zu qualifizieren. Andere ccTLDs dürften jedoch nur mit Zurückhaltung eine schweizerische Zuständigkeit begründen, nämlich nur da, wo der Durchschnittsinternetbenutzer des jeweiligen Landes (bei <.it> Domainnamen ist der Italienische Benutzer massgebend) den Domainnamen mit der Schweiz verbindet. Ist die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit demgegenüber nicht gegeben, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob allenfalls ein bestimmungsgemässer Gebrauch vorliegt. Dieser kann anhand verschiedener Kriterien ermittelt werden. Es sollte allerdings stets vorausgesetzt werden, dass die Domain im relevanten Markt gezielt eingesetzt wird.

MARCO BUNDI, RECHTSANWALT LL.M., KLOSTERS

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

EN D  
AUS

Publi  
gehe

Urteil  
«Dupu  
vom 7

Kurz nach dem Tod von...  
fentlichten zwei französische...  
Oreilles du Président». Die...  
lefonabhörungen, die zu...  
Dekret «Mission de coopération...  
contre le terrorisme» beauftragt...  
Anwälte, Journalisten,...  
persönlichen oder politischen...  
den waren. Die Affäre...  
unter anderem zu einer...  
Kabinettsdirektor Gilles...  
enthielt zahlreiche Passagen...  
(Wiedergabe verschiedener...  
rensdossier und von Aufzeichnungen...  
terlichen Einvernahmen...  
teilte die französischen...  
wegen der Verwendung...  
heimen Untersuchungs...  
suchungs- oder ans Ber...  
Zugang hatten («recel de...  
ou du secret professionnel»).

Der Gerichtshof akzeptierte...  
Journalisten dem legitimen...  
binettdirektors auf ein...  
seiner Unschuldsvoraussetzung...  
Seite leistete das Buch...  
te über eine Staatsaffäre...  
Rechtsprechung in einer...  
wenig Raum für eine...  
reichen öffentlichen...  
obwohl er kein Politiker...

«Ziff. 40. (...)La Cour a...  
liberté d'expression dans...  
considère qu'on ne saurait...  
sans raisons impérieuses...  
dans tel ou tel cas affecter...  
liberté d'expression en g...  
précité, § 83). En l'espèce...  
l'un des principaux collab...  
blique, François Mitterrand...  
la poursuite des requêtes...  
pouvait être qualifié d'...

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

### EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

#### Publikation aus geheimem Strafverfahren

Urteil der 3. Kammer  
«Dupuis u.a. c. Frankreich»  
vom 7.6.2007 (N° 1914/02)

Kurz nach dem Tod von Staatspräsident Mitterrand veröffentlichten zwei französische Journalisten das Buch «Les Oreilles du Président». Es befasste sich mit den illegalen Telefonabhörungen, die zwischen 1983 und 1986 unter dem Dekret «Mission de coordination, d'information et d'action contre le terrorisme» bei mehr als 2 000 Personen (darunter Anwälte, Journalisten, Geschäftsleute und Künstler) aus persönlichen oder politischen Gründen durchgeführt worden waren. Die Affäre wurde 1992 aufgedeckt und führte unter anderem zu einem Strafverfahren gegen Mitterrands Kabinettsdirektor Gilles Ménage. Das 1996 publizierte Buch enthielt zahlreiche Passagen aus dem hängigen Verfahren (Wiedergabe verschiedener Dokumente aus dem Verfahrensdossier und von Aussagen aus den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen). Auf Strafklage von Ménage verurteilte die französische Strafjustiz die beiden Buchautoren wegen der Verwendung von Dokumenten aus dem geheimen Untersuchungsverfahren, zu denen nur ans Untersuchungs- oder ans Berufsgeheimnis gebundene Personen Zugang hatten («recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel»).

Der Gerichtshof akzeptierte zwar, dass die Busse gegen die Journalisten dem legitimen Zweck diene, das Recht des Kabinettsdirektors auf einen fairen Prozess und auf Wahrung seiner Unschuldsumsetzung zu schützen. Auf der anderen Seite leistete das Buch einen Beitrag zur öffentlichen Debatte über eine Staatsaffäre und gibt es nach Strassburger Rechtsprechung in einer demokratischen Gesellschaft nur wenig Raum für eine Beschränkung der Kritik an einflussreichen öffentlichen Personen. Dazu gehörte auch Ménage, obwohl er kein Politiker im engeren Sinne des Wortes war.

«Ziff. 40. (...)La Cour accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses. Y permettre de larges restrictions dans tel ou tel cas affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné (Feldek, précité, § 83). En l'espèce, les propos litigieux visaient G.M., l'un des principaux collaborateurs du président de la République, François Mitterrand. Or G.M., qui est à l'origine de la poursuite des requérants et de leur condamnation, s'il ne pouvait être qualifié d'homme politique stricto sensu, pré-

sentait néanmoins toutes les caractéristiques d'un homme public influent, évidemment impliqué dans la vie politique et ce, au plus haut niveau de l'exécutif.»

Der Gerichtshof unterstrich das Recht der Allgemeinheit, über solche politische Angelegenheiten orientiert zu werden. Dies erstreckte sich auch auf laufende Strafverfahren mit politischem Hintergrund.

«42. Cette importance du rôle des médias dans le domaine de la justice pénale est au demeurant très largement reconnue. En particulier, la Cour a déjà jugé qu'à condition de ne pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice, les comptes rendus de procédures judiciaires, y compris les commentaires, contribuent à les faire connaître et sont donc parfaitement compatibles avec l'exigence de publicité de l'audience énoncée à l'article 6 § 1 de la Convention. A la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir» (Worm, précité, § 50). Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a quant à lui adopté la Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales; celle-ci rappelle à juste titre que les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ces derniers à recevoir des informations et souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. En annexe à cette Recommandation figure d'ailleurs notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale.»

Für den Gerichtshof war entscheidend, ob dieses Informationsinteresse schwerer wog als die strafrechtlichen Pflichten, welche die Medienschaffenden wegen der zweifelhaften Herkunft der von ihnen publizierten Dokumente zu beachten hatten. Der Gerichtshof vermochte keine Anzeichen für einen negativen Einfluss des Buchinhalts auf den damals bevorstehenden Strafprozess zu erkennen, zumal Gilles Ménage erst viel später (im November 2005, d.h. fast ein Jahrzehnt nach der Buchpublikation) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt wurde:

«44. La Cour doit plus particulièrement déterminer si l'objectif de préservation du secret de l'instruction offrait une justification pertinente et suffisante à l'ingérence. Il est légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, la Cour considère qu'au moment de la publication de l'ouvrage litigieux, en janvier 1996, outre la très lar-



## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

ge médiatisation de l'affaire dite des «écoutes de l'Elysée», il était déjà de notoriété publique que G.M. était mis en examen dans cette affaire, dans le cadre d'une instruction ouverte depuis près de trois ans, qui aboutira finalement le 9 novembre 2005, soit neuf ans et plus de neuf mois après la publication de l'ouvrage, à sa condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis. En outre, le Gouvernement n'établit pas en quoi, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation d'informations confidentielles aurait pu avoir une influence négative tant sur le droit à la présomption d'innocence de G.M. que sur son jugement et sa condamnation presque de dix ans après la publication. D'ailleurs, postérieurement à la parution du livre litigieux et durant la phase d'instruction, G.M. s'est régulièrement exprimé sur l'affaire au travers de nombreux articles de presse. Dès lors, la protection des informations en tant qu'elles étaient confidentielles ne constituait pas un impératif prépondérant.»

Der Gerichtshof warf sogar die Frage auf, ob im Zeitpunkt der Publikation überhaupt noch ein Geheimhaltungsinteresse bestand.

«45. A cet égard, il faut relever que si la condamnation des requérants pour recel reposait sur la reproduction et l'utilisation dans leur ouvrage des documents contenus au dossier d'instruction et dès lors considérés comme communiqués en violation du secret de l'instruction ou professionnel, elle touchait inévitablement la révélation d'informations. On peut toutefois se demander si subsistait encore l'intérêt de garder secrètes des informations dont le contenu avait déjà, au moins en partie, été rendu public (Weber c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A no 177, p. 23, § 51; Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas, arrêt du 9 février 1995, série A no 306-A, p. 15, § 41) et était susceptible d'être connu par un grand nombre de personnes (Fressoz et Roire, précité, § 53), eu égard à la couverture médiatique de l'affaire, tant en raison des faits que de la personnalité de nombreuses victimes des dites écoutes.»

Bei einer Bestrafung von Journalisten für die Veröffentlichung von Material aus dem geheimen Untersuchungsverfahren sei grösste Zurückhaltung am Platz.

«46. La Cour estime au demeurant qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de «chiens de garde» de la démocratie. L'article 10 protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations «fiabiles et précises» dans le respect de l'éthique journalistique (Goodwin, précité, § 39; Fressoz et Roire, précité, § 54; Colombani et autres c. France, arrêt du 25 juin 2002, § 65, CEDH 2002-V). Or, en l'espèce, il ressort des allégations non contestées des requérants que

ceux-ci ont agi dans le respect des règles de la profession journalistique, dans la mesure où les publications litigieuses servaient ainsi non seulement l'objet mais aussi la crédibilité des informations communiquées, attestant de leur exactitude et de leur authenticité (Fressoz et Roire, précité, § 55).»

Im vorliegenden Fall war die Strafe nach einhelliger Ansicht des Gerichtshofs nicht notwendig und der staatliche Eingriff in die Meinungsfreiheit trotz seines moderaten Umfangs unzulässig. ■

### ANMERKUNGEN:

Medienpublikationen während hängiger Strafverfahren haben Gefährdungspotenzial: Sie können einen Druck auf das urteilende Gericht ausüben, die Wahrheitsfindung erschweren, die Verfahrensfairness beeinträchtigen und die Unschuldsvermutung torpedieren. Der Staat hat daher das Recht – und teilweise gar die Pflicht – das Verfahren und die daran Beteiligten vor übermässiger Publizität zu schützen. Wie weit diese Massnahmen gehen dürfen und müssen, ist nicht nur eine Frage der Zweckmässigkeit. Die Behörden haben auch die rechtlich gesicherten Ansprüche der Medienschaffenden und ihres Publikums zu beachten. Seit dem richtungsweisenden Urteil im Fall «Sunday Times c. Grossbritannien» vor 28 Jahren (zulässige Berichterstattung über ein hängiges Zivilverfahren von Congtergan-Geschädigten) hat sich der Gerichtshof immer wieder um die Ausbalancierung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter bemüht. Das aktuelle Urteil setzt in verschiedener Hinsicht einen neuen Markstein:

1. Der Gerichtshof unterstreicht die Interessen der Medien und ihres Publikums an regelmässiger Information über Aufsehen erregende Strafverfahren immer stärker. Dies gilt gerade bei Verfahren, welche sich über mehrere Jahre hinziehen. Er stützt sich nun ausdrücklich auf eine einschlägige Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats (Rec[2003]13). Es ist dies ein illustratives Beispiel für den Einfluss von rechtlich unverbindlichem Soft law auf die verbindliche Rechtsprechung eines (internationalen) Justizorgans.

2. Der Gerichtshof anerkennt zwar die besonderen Diskretionsinteressen während hängiger (Straf-)Verfahren nach wie vor. Er relativiert sie aber zunehmend – zumindest, wenn ein Strafverfahren eine eigentliche Staatsaffäre betrifft. Im vorliegenden Fall liess es der EGMR nicht genügen, dass die Publikation von Elementen aus den Untersuchungsakten ganz allgemein dazu geeignet ist, den ordnungsgemässen Verfahrensgang und die Rechte der Verfahrensbeteiligten zu beeinträchtigen. Für ein Veröffentlichungsverbot verlangt er statt einer bloss abstrakten Gefährdung auch konkrete Anhaltspunkte für eine tatsächliche Beeinflussung des hängigen Prozesses. Dies verneint er hier mit dem Hinweis darauf, dass das durch die französische Geheimhaltungsnorm abgeschirmte Hauptverfahren erst beinahe ein Jahrzehnt nach der beanstandeten Veröffentlichung stattfand.

3. Dass Geheimhaltungsvorschriften der Medienpublikation keine Grenze setzen dürfen, wenn der Inhalt der fraglichen Informationen der Sache nach bereits bekannt ist, entspricht einer 1990 begründeten und mittlerweile gefestigten Rechtsprechung. Die Begründung macht deutlich, dass ein die Medienfreiheit überwiegendes Geheimhaltungsinteresse bereits dann entfallen kann, wenn die Öffentlichkeit schon nur einen (wesentlichen) Teil der Informationen kennt («au moins en partie»).

Gesamthaft gesehen beschränkt der Gerichtshof den staatlichen Spielraum zur Abschirmung amtlicher Informationen immer stärker. Er lässt starre Geheimhaltungsvorschriften nicht genügen. Er pocht darauf, dass die Behörden die Schädlichkeit einer trotz des Verbots publizierten Information plausibel darlegen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

### Trauer eines

Urteil  
«Hach  
Frankr  
vom 1

Am 6. Februar 1998 w  
Erignac auf offener Stras  
höchste Vertreter des fr  
meerinsel Korsika. Run  
publizierte die Wochen  
kel mit dem Titel «La R  
farbigen Doppelseite ei  
zeigte. Auf dem aus gr  
unscharfen Bild war de  
des erschossenen Präfek  
der Kamera zugewandt.

Die Witwe und die Kin  
Februar gegen die Heraus  
andere Publikationen w  
lichen Bildes. Gestützt a  
procédure civile verlang  
ein Verkaufsverbot und  
150'000 französischen F  
des habe keinen Inform  
cken und missachte den

Gleichen Tags bezeichne  
ständige Gerichtspräsid  
zwar als unverhältnismä  
kation eine unerträglich  
gehörigen und einen be  
Schock bedeutete. Er ve  
tion eines fünfzehn Zer  
die Bildveröffentlichun  
dern grosse Bestürzung  
grave»). Die Herausgabe  
nung mit Hinweis auf d  
Es handle sich um die  
nisses, die auch in der F

Das Appellationsgericht  
lichen Entscheid am 24  
dings den Wortlaut de  
wurde die Abbildung o  
ziert, welche der Ansch  
chung die Intimität ihre

Die 1. Kammer des Ge  
Stimmen eine unrechtm  
freiheit. Sie bejahte zun  
Grundlage für die ange  
diese im französischen

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

### Traumatisierendes Foto eines erschossenen Politikers

Urteil der 1. Kammer  
«Hachette Filipacchi Associés c.  
Frankreich»  
vom 14.6.2007 (N° 71111/01)

Am 6. Februar 1998 wurde in Ajaccio der Präfekt Claude Erignac auf offener Strasse erschossen. Erignac war der ranghöchste Vertreter des französischen Staates auf der Mittelmeerinsel Korsika. Rund zwei Wochen nach dem Attentat publizierte die Wochenzeitschrift «Paris-Match» einen Artikel mit dem Titel «La République assassinée», der auf einer farbigen Doppelseite eine Fotografie von Erignacs Leiche zeigte. Auf dem aus grösserer Distanz aufgenommen und unscharfen Bild war der auf dem Trottoir liegende Körper des erschossenen Präfekten zu sehen, das Gesicht teilweise der Kamera zugewandt.

Die Witwe und die Kinder des Ermordeten klagten am 12. Februar gegen die Herausgeber von «Paris-Match» und gegen andere Publikationen wegen der Veröffentlichung des fraglichen Bildes. Gestützt auf Art. 809 des französischen code de procédure civile verlangten sie die Beschlagnahme aller Hefte, ein Verkaufsverbot und die Verurteilung zur Bezahlung von 150'000 französischen Francs (FRF). Die Publikation des Bildes habe keinen Informationsgehalt, diene bloss Profitzwecken und missachte den Respekt ihres Privatlebens.

Gleichentags bezeichnete der für dringliche Verfahren zuständige Gerichtspräsident die beantragten Massnahmen zwar als unverhältnismässig. Er bejahte aber, dass die Publikation eine unerträgliche Missachtung der Gefühle der Angehörigen und einen besonders schweren gefühlsmässigen Schock bedeutete. Er verurteilte «Paris-Match» zur Publikation eines fünfzehn Zentimeter hohen Textblocks, wonach die Bildveröffentlichung bei Frau Erignac und ihren Kindern grosse Bestürzung ausgelöst habe («a causé un trouble grave»). Die Herausgeberin focht diese richterliche Anordnung mit Hinweis auf die Pressefreiheit (Art. 10 EMRK) an. Es handle sich um die Abbildung eines historischen Ereignisses, die auch in der Form nicht ungehörig sei.

Das Appellationsgericht von Paris bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid am 24. Februar 1998. Es korrigierte allerdings den Wortlaut des abdruckenden Textes. Danach wurde die Abbildung ohne Einwilligung der Familie publiziert, welche der Ansicht sei, dass eine solche Veröffentlichung die Intimität ihres Privatlebens missachte.

Die 1. Kammer des Gerichtshofs verneinte mit 5 gegen 2 Stimmen eine unrechtmässige Beschränkung der Meinungsfreiheit. Sie bejahte zunächst eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die angeordnete Veröffentlichung, obwohl diese im französischen Zivilgesetzbuch (Art. 9 Abs. 2) nicht

ausdrücklich erwähnt wird. Der Gesetzestext erlaube der französischen Justiz, den sich wandelnden Eingriffen ins Privatleben mit der nötigen Flexibilität zu begegnen. Die Pflicht zur Veröffentlichung eines gerichtlich angeordneten Textes entspreche gefestigter Rechtsprechung und war für die betroffenen Medienschaffenden auch vorhersehbar.

Die Gerichtsmehrheit bejahte auch die Notwendigkeit (Verhältnismässigkeit) des Eingriffs in die Meinungsfreiheit. Sie unterstrich dabei die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens.

«46. La Cour a déjà eu l'occasion, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de rappeler que certains événements de la vie d'une famille doivent faire l'objet d'une protection particulièrement attentive. Le décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne, cause de douleur intense, doivent parfois conduire les autorités à prendre les mesures nécessaires au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées (voir, mutatis mutandis, Editions Plon, précité, § 47, et Ploski c. Pologne, no 26761/95, §§ 35-39, 12 novembre 2002).

47. La Cour note qu'en l'espèce la publication de la photographie litigieuse est intervenue dans un magazine daté du 19 février 1998, soit seulement treize jours après l'assassinat et dix jours après les obsèques du préfet Erignac.»

In solchen Situationen hätten die Medien besondere Rücksicht auf die traumatisierten Angehörigen zu nehmen und sich in Zurückhaltung zu üben:

«48. La Cour estime que la souffrance ressentie par les proches de la victime devait conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution dès lors que le décès était survenu dans des circonstances violentes et traumatisantes pour la famille de la victime. Elle attache en outre une importance particulière au fait que cette dernière s'était expressément opposée à la publication de la photographie.

49. Cette publication, dans un magazine de très large diffusion, a eu pour conséquence d'aviver le traumatisme subi par les proches de la victime à la suite de l'assassinat. Ceux-ci ont donc pu légitimement estimer qu'il avait été porté atteinte à leur droit au respect de la vie privée.»

Die Gerichtsmehrheit wies auch den Einwand zurück, das Zivilverfahren habe eine abschreckende Wirkung (chilling effect) auf die Medienschaffenden gehabt. Sie unterstrich insbesondere, dass das Appellationsgericht die ursprünglich angeordnete Formulierung abgeschwächt hatte:

«59. La Cour note ainsi que la cour d'appel, tenue par le fait qu'elle siégeait en la forme des référés, a sciemment remplacé la formule rédigée par les premiers juges, laquelle établissait un lien objectif entre la publication et le trouble causé à la vie privée de la famille Erignac, par un texte qui, sans constater expressément l'atteinte à la vie privée, tenait

les de la profession journaliers litigieuses seraient aussi la crédibilité testant de leur exactitude (Roire, précité, § 55).»

nach einhelliger Ansicht und der staatliche Eingriff moderaten Umfangs un-

Strafverfahren haben Grund auf das urteilende Geschworen, die Verfahrensvermutung torpedieren. lweise gar die Pflicht – das übermässiger Publizität zu gehen dürfen und müssen, gkeit. Die Behörden haben he der Medienschaffenden dem richtungsweisenden annien» vor 28 Jahren (zu- ges Zivilverfahren von Con- chtshof immer wieder un- stehenden Rechtsgüter be- edener Hinsicht einen neu-

ressen der Medien und ih- ation über Aufsehen erre- s gilt gerade bei Verfahren, en. Er stützt sich nun aus- lung des Ministerkomitees ein illustratives Beispiel für hem Soft law auf die ver- tionalen) Justizorgans.

besonderen Diskretionsin- hren nach wie vor. Er rela- t, wenn ein Strafverfahren v vorliegenden Fall liess es ikation von Elementen aus in dazu geeignet ist, den d die Rechte der Verfah- in Veröffentlichungsverbot Gefährdung auch konkrete einflussung des hängigen n Hinweis darauf, dass das orm abgeschirmte Haupt- ch der beanstandeten Ver-

r Medienpublikation keine t der fraglichen Informati- entspricht einer 1990 be- Rechtsprechung. Die Be- e Medienfreiheit überwie- its dann entfallen kann, (wesentlichen) Teil der In- »).

erichtshof den staatlichen nformationen immer stär- schriften nicht genügen. Er hädlichkeit einer trotz des el darlegen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

compte de ce que la famille Erignac estimait être victime d'une telle atteinte.»

Der Verzicht auf eine Formulierung, welche eine Kausalität zwischen der Publikation und der Bestürzung der Angehörigen feststellte, sei von grosser Bedeutung für die redaktionelle Freiheit.

«60. La Cour estime qu'une telle rédaction est significative de l'attention portée par les juridictions nationales au respect de la liberté rédactionnelle du magazine Paris-Match, laquelle se caractérise en particulier par un choix d'illustrer les reportages par des photos chocs.

61. La Cour considère dès lors que l'injonction de publier le communiqué, dans son principe comme dans son contenu, constituait la sanction emportant le moins de restrictions à l'exercice des droits de la société requérante sur l'échelle des sanctions rendues possibles par la législation interne, notamment au regard de l'interprétation des dispositions de l'article 9 alinéa 2 du code civil par les juridictions françaises.»

In einer abweichenden Meinung kritisierte der zypriotische Richter Loucaides, dass die Gerichtsmehrheit die Beeinträchtigung des Privatlebens nicht aus objektiverer Warte beurteilte, sondern auf die Empfindungen der betroffenen Familie abgestellt habe. Zudem wurzle die Traumatisierung der Familie nicht in der Publikation, sondern im Attentat selber. Es gehe nicht an, dass die Angehörigen mit Hinweis auf ihre persönliche Gefühlslage die Publikation der Bilder von Naturkatastrophen, Attentaten oder kriegerischen Ereignissen behindern könnten.

Die kroatische Richterin Vajic wies auf das besondere öffentliche Interesse an der ersten Ermordung eines französischen Präfekten seit 1943 hin. Es handelte sich um ein nationales Drama, welches die Bezüge zum Privatleben sprengte: «(...) la photo, elle-même, n'était (malheureusement) ni plus sensationnelle ni plus choquante que l'événement que représentait le meurtre lui-même. Or, à notre époque il est incontestable que l'information passe par l'image et que souvent, comme dans ce cas, l'image fait l'information. Nous avons ainsi que la photographie incriminée avait été diffusée sur les ondes des chaînes nationales et internationales de télévision avant sa publication par Paris Match.» Die Richterin beanstandete insbesondere, dass die Mehrheit grosses Gewicht auf die fehlende Einwilligung legte. Dies könne die Presse in eine schwierige Position bringen: «Elle se verrait en effet sans cesse obligée de publier des communiqués et/ou des excuses et finirait par avoir du mal à remplir son rôle de chien de garde au sein d'une société démocratique.» ■

### ANMERKUNGEN:

Die Stossrichtung dieses Urteils zum Abdruck des Bildes eines Attentatsopfers in der französischen Presse ist klar: Die Mehrheit der zuständigen Kammer macht – nach den EGMR-Urteilen «Caroline von Hannover c. Deutschland» vom 18. 5. 2004 (*medialex* 3/2004, S. 157ff.) und «Gurgenidze c. Georgien» vom 17.10.2006 (*media-*

*lex* 4/2006, S. 215ff.) – einen weiteren Schritt zum Schutz des Privat- und Familienlebens vor Eingriffen durch bebilderte Medienpublikationen.

Wie gross dieser Schritt ist, scheint allerdings weniger eindeutig: Zum einen bewegt sich die «Paris-Match» auferlegte Sanktion der französischen Justiz am untersten Ende der Skala – womit offen bleibt, ob die umstrittene Veröffentlichung der Fotografie aus menschenrechtlicher Optik auch eine empfindlichere Massnahme gerechtfertigt hätte. Zum anderen äussert sich die Begründung bloss vage zur Frage, ob die Veröffentlichung überhaupt unzulässig (d.h. widerrechtlich) war. Die Kammermehrheit hält lediglich fest, «Paris-Match» habe die Traumatisierung der Angehörigen verstärkt und sie hätten dies aus legitimen Gründen als Verletzung ihres Rechts auf Respekt des Privatlebens empfinden dürfen – womit streng genommen offen bleibt, ob es sich tatsächlich um eine rechtswidrige Publikation handelte. Zumindest zwischen den Zeilen lässt die Mehrheit aber durchblicken, dass die Medienschaffenden die gebotene Zurückhaltung vermissen liessen.

Vor dem Hintergrund der speziellen Konstellation und der etwas dürftigen Begründung lässt sich die künftige Tragweite des Urteils kaum verlässlich abschätzen. Ein Beleg für die Unsicherheit sind die Worte der Richterin Vajic: «J'espère que la Cour n'a pas tranché ici une question de principe». Dass sich das Urteil – wie von Vajic befürchtet – generell gegen die Veröffentlichung von Bildern über gewaltsame politische Ereignisse wie die Attentate auf Präsident Kennedy, Indira Gandhi oder den Papst richtet, scheint eher unwahrscheinlich. Was dennoch bleibt, ist der allgemeine Eindruck einer zunehmenden Skepsis des Gerichtshofs gegenüber der Publikation von Fotografien, die – aus Sicht des Abgebildeten und seines persönlichen Umfelds – entblößen oder schockieren. Ob diese Skepsis gerade im vorliegenden Fall angebracht war, ist Ansichtssache.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Unterlassene Durchbrechung des Quellenschutzes

Urteil der 1. Kammer  
«Secic c. Kroatien»  
vom 31.5.2007(N° 40116/02)

Ein 1999 von zwei unbekanntem Skinheads mit Holzplatten verprügelter Fahrer beschwerte sich beim EGMR dagegen, dass die kroatischen Behörden eine ernsthafte und vertiefte Untersuchung des rassistisch motivierten Vorfalles unterliessen. Der Gerichtshof überprüfte die Angelegenheit u.a. unter dem Blickwinkel von Artikel 3 EMRK, welcher den Staat zu ausreichendem Schutz vor gravierenden Misshandlungen durch Private verpflichtet. Dazu gehört auch eine ausreichende amtliche Untersuchung.

Die Polizei unterliess es während des seit sieben Jahren hängigen Strafverfahrens, die Angehörigen einer für ähnliche Vorfälle bekannten Skinhead-Gruppierung zu befragen. Sie befragte allerdings einen Medienschaffenden, der für eine im Mai 2000 im kroatischen Fernsehen ausgestrahlte Reportage einen Skinhead interviewt hatte. Der Medienschaffende erklärte, die von ihm interviewte Person habe bloss allgemein über seinen Hass auf die Roma gesprochen, nicht aber auf den fraglichen Überfall Bezug genommen. Den Na-

men des Interviewten durch die kroatischen Behörden nicht zum Schutz der Rechte der Angehörigen der Opfer durchbrechung des Quellenschutzes.

Die kroatische Regierung behauptete, dass das Recht zum Quellenchutz durch die kroatischen Behörden zur Zeit der Ausstrahlung der Reportage durch die kroatischen Behörden zur Preisgabe der Informationen verletzt wurde. Der Gerichtshof war von dieser Behauptung nicht überzeugt, denn diese Möglichkeit war im Jahr 2003 bereits durch den Gerichtshof bestätigt.

«57. The police also interviewed one of the skinheads who had mentioned the attack on the applicant. The police did not request the competent authorities to reveal his source of information under the domestic law. The Court found it difficult to see how for such a possibility of a violation of the right to respect of private life did not explain why the applicant should have been satisfied with this, given that the applicant's complaint leads in the case. The Court found that the failure of the police or the applicant to do so would not a priori be imputable to the state. The media guaranteed under the Convention, in any event, it would not be necessary to weigh all the interests involved in the case to reveal the interviewee's source of information.»

Da die Untersuchungsbehörden keine weiteren Schritte zur Aufklärung unternahm, bejahte der Gerichtshof die Verletzung von Artikel 3 EMRK. (Verletzung des Quellenschutzes und Verbot von Art. 14 EMRK.)

### ANMERKUNGEN:

Das Urteil dreht sich vor allem um die staatliche Verantwortung für rassistisch motivierter Gewalttaten gegenüber den Betroffenen, dass zu den vernünftigen Anstrengungen auch das Recht zum Quellenchutz (z.B. der Justiz) im Falle der Durchbrechung des Quellenschutzes im Jahr 2003 bereits durch den Gerichtshof bestätigt.

Dass es der Medienfreiheit durch die kroatischen Behörden zum Quellenchutz durch den Gerichtshof beurteilt werden, in Fällen, bei denen es nicht um die Rechte der Opfer stärker gewichtet als um die Rechte der Medien.

Weniger schlüssig scheint die Begründung des Gerichtshofs, die kroatischen Behörden hätten rund drei Jahre nach der Verletzung der Rechtsnorm um eine neue Rechtsnorm um eine neue Rechtsnorm bemühen müssen. Medienrechtlich ist es bereits im Zeitpunkt des Urteils durch den Gerichtshof bestätigt.

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Schritt zum Schutz des Pri-  
urch gebildete Medienpu-

rdings weniger eindeutig:  
h» auferlegte Sanktion der  
der Skala – womit offen  
ng der Fotografie aus men-  
ndlichere Massnahme ge-  
sich die Begründung bloss  
überhaupt unzulässig (d.h.  
eit hält lediglich fest, «Pa-  
der Angehörigen verstärkt  
nden als Verletzung ihres  
mpfinden dürfen – womit  
sich tatsächlich um eine  
mindest zwischen den Zei-  
y, dass die Medienschaffen-  
ssen liessen.

onstellation und der etwas  
ftige Tragweite des Urteils  
ir die Unsicherheit sind die  
la Cour n'a pas tranché ici  
s Urteil – wie von Vajic be-  
chung von Bildern über  
tentate auf Präsident Ken-  
tet, scheint eher unwahr-  
allgemeine Eindruck einer  
gegenüber der Publikation  
gebildeten und seines per-  
hockieren. Ob diese Skep-  
cht war, ist Ansichtssache.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

### Durchbrechung schutzes

mer  
»  
N° 40116/02

inheads mit Holzlatten  
sich beim EGMR dage-  
eine ernsthafte und ver-  
motivierten Vorfalls un-  
füfte die Angelegenheit  
rtikel 3 EMRK, welcher  
vor gravierenden Miss-  
htet. Dazu gehört auch  
chung.

s seit sieben Jahren hän-  
igen einer für ähnliche  
oierung zu befragen. Sie  
haffenden, der für eine  
nen ausgestrahlte Repor-  
e. Der Medienschaffen-  
e Person habe bloss all-  
oma gesprochen, nicht  
ug genommen. Den Na-

men des Interviewten wollte der Journalist den Untersu-  
chungsbehörden nicht mitteilen. Er berief sich auf sein  
Recht zum Schutz der Informationsquellen. Die Untersu-  
chungsbehörden verzichteten auf weitere Schritte zur  
Durchbrechung des Quellenschutzes.

Die kroatische Regierung argumentierte, der Journalist habe  
das Recht zum Quellenschutz gehabt und hätte nach der  
zur Zeit der Ausstrahlung geltenden Rechtslage auch nicht  
zur Preisgabe der Information gezwungen werden können.  
Der Gerichtshof war von dieser Argumentation nicht über-  
zeugt, denn diese Möglichkeit habe nach einer Rechtsände-  
rung im Jahre 2003 bestanden:

«57. The police also interviewed the journalist who had tal-  
ked to one of the skinhead members having implicitly men-  
tioned the attack on the first applicant. However, they did  
not request the competent court to order that journalist to  
reveal his source of information in line with the provisions  
of the domestic law. The relevant law changed so as to al-  
low for such a possibility already in 2003, but the Govern-  
ment did not explain why the police did not avail them-  
selves of this, given that there appeared to be no further  
leads in the case. The Court considers that such an action  
of the police or the competent State Attorney's Office  
would not a priori be incompatible with the freedom of the  
media guaranteed under Article 10 of the Convention, since,  
in any event, it would be for the competent court to  
weigh all the interests involved and to decide whether or  
not it was necessary in the particular circumstances of the  
case to reveal the interviewed person's identity.»

Da die Untersuchungsbehörden seit 2001 auch keine ande-  
ren Schritte zur Aufklärung der Tat unternommen hatten,  
bejahte der Gerichtshof einstimmig eine Missachtung von  
Artikel 3 EMRK. (Verletzt wurde auch das Diskriminierungs-  
verbot von Art. 14 EMRK). ■

#### ANMERKUNGEN:

Das Urteil dreht sich vordergründig nicht um die Medienfreiheit,  
sondern um die staatliche Pflicht zur seriösen Aufklärung rassistisch  
motivierter Gewalttaten gegen Minderheiten. Es geht davon aus,  
dass zu den vernünftigerweise von den Behörden verlangten  
Anstrengungen auch das Bestreben gehört, bei der zuständigen  
Stelle (z.B. der Justiz) im Rahmen des nationalen Rechts eine  
Durchbrechung des journalistischen Quellenschutzes zu erwirken.  
In diesem (indirekten) Sinne betrifft das Urteil auch die Medien-  
schaffenden.

Dass es der Medienfreiheit nicht widerspricht, wenn die Grenzen  
des Quellenschutzes durch das innerstaatlich dafür zuständige  
Gericht beurteilt werden, leuchtet ohne weiteres ein – zumindest  
in Fällen, bei denen es nicht ins Auge springt, dass die Medienfrei-  
heit stärker gewichtet als das Interesse an der Aufklärung einer  
Straftat.

Weniger schlüssig scheint allerdings das Argument des Gerichts-  
hofs, die kroatischen Behörden hätten sich gestützt auf die erst  
rund drei Jahre nach der Ausstrahlung (Mai 2000) in Kraft getre-  
tene neue Rechtsnorm um die Durchbrechung des Quellenschut-  
zes bemühen müssen. Medienschaffende sind darauf angewiesen,  
bereits im Zeitpunkt des Gesprächs mit ihren Informanten die  
Grenzen des Quellenschutzes zu kennen. Nur so können sie ihnen

risikolos Anonymität zusichern. Dies spricht dafür, dass es eine  
später in Kraft getretene Rechtsänderung nicht rechtfertigt, die Po-  
sition des um Quellenschutz bemühten Journalisten nachträglich  
zu verschlechtern.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

.....

### Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung eines  
Journalisten der Wochenzeitschrift «Oggi», der 1995 ein  
Interview mit einem wegen Vergewaltigung von Tanz-  
schülerinnen angeklagten Tanzlehrer publiziert hatte. Der  
Angeklagte behauptete seine Unschuld und griff den An-  
kläger Serafini an, dessen Schwager eine rivalisierende  
Tanzschule betreibe. Der Medienschaffende hatte sich  
zwar die persönlich gefärbte Version des Tanzlehrers zu-  
mindest teilweise zu eigen gemacht, Serafinis Verhalten  
selber aber nicht bewertet und diesem in der folgenden  
Oggi-Nummer auch die Gelegenheit zur Erörterung seiner  
Sicht der Dinge geboten. (Urteil 2. Kammer N° 30278/04  
«Ormanni c. Italien» vom 17.7.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliche  
Verurteilung wegen eines angeblich ehrverletzenden Ti-  
tels in einem Zeitungsartikel über Korruption. Der ange-  
griffene Parlamentarier hatte den Titel selber in seiner Zi-  
vilklage gar nicht beanstandet. (Urteil der 4. Kammer N°  
32558/03 «Flux [No. 3] c. Moldawien» vom 12.6.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliche  
Verurteilung wegen der angeblich ehrverletzenden Ankün-  
digung eines zwei Tage später erscheinenden Zeitungsar-  
tikels über «rote Millionäre». Der Gerichtshof bemängelte,  
dass die moldawische Justiz dem später publizierten Haupt-  
artikel keine Rechnung trug. (Urteil der 4. Kammer N°  
31001/03 «Flux [No. 2] c. Moldawien» vom 3.7.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliche  
Verurteilung wegen der Formulierung, das Verhalten eines  
Gouverneurs sei «abnormal» gewesen. Der Vorwurf des  
Journalisten bezog sich auf das amtliche Verhalten und  
nicht auf das Privatleben oder die geistige Gesundheit.  
(Urteil der 1. Kammer N° 72683/01 «Chemodurov c. Russ-  
land» vom 31.7.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch zivilrechtliche  
Verurteilung wegen Publikation eines offenen Briefs gegen  
die Politik des Gouverneurs der Region Penza. (Urteil der  
1. Kammer N° 25968/02 «Dyuldin & Kislov c. Russland»  
vom 31.7.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung  
wegen angeblich ehrverletzender Vorwürfe in verschie-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

denen Zeitungsartikeln, die dem damaligen Wirtschaftsminister eine pflichtwidrige und eigennützige Bevorzugung einer ihm nahe stehenden Firma ankreideten. Die heftigen Angriffe auf die Person des Ministers waren durch Fakten untermauert und nicht völlig exzessiv formuliert. (Urteil der 3. Kammer N° 16657/03 «A/S Diena und Ozolins c. Lettland» vom 12.7.2007)

- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Aufführungsverbot für ein kurdisches Theaterstück in Ankara. Das türkische Recht umschrieb die Voraussetzungen und Modalitäten eines vorgängigen Verbots nicht mit der nötigen Klarheit. (Urteil der 2. Kammer N° 34797/03 «Ulusoy u.a. c. Türkei» vom 3.5.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Bestrafung wegen Aufrufs zur Dienstverweigerung im Rahmen einer Pressekonferenz. Für den Gerichtshof ist entscheidend, dass die den Militärdienst ablehnenden Äusserungen weder zu Gewalt noch zu bewaffnetem Widerstand aufriefen. Beurteilung des Falles durch die Militärjustiz missachtete zudem Art. 6 EMRK. (Urteil der 2. Kammer N° 65344/01 «Onaran c. Türkei» vom 5.6.2007)

- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung zu einer mehrmonatigen unbedingten Gefängnisstrafe wegen Äusserungen des Bürgermeisters von Kayseri an einer Pressekonferenz, welche die Bürger zum Hass aufriefen und den konventionsrechtlichen Grundgedanken der Toleranz missachteten. (Urteil der 2. Kammer N° 41551/98 «Karatepe c. Türkei» vom 31.7.2007)

- Keine Missachtung der Meinungsfreiheit durch Stadt Lübeck, die einem Umweltschutztechniker kündigte, nachdem er als Vorsitzender des Bündnis Rechts eine Medienmitteilung zu den Vorfällen vom 11. September 2001 veröffentlicht hatte. (Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer N° 26870/04 «Dieter Kern c. Deutschland» vom 29.5.2007)

- Keine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch ein 6 Monate dauerndes Marketingverbot für die türkische Übersetzung eines Buchs von Marquis de Sade. Das Verbot galt (lediglich) während der Dauer des Strafverfahrens gegen den Herausgeber, welches 2003 mit einem Freispruch endete. (Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer N° 36075/03 «Orhan Sapan c. Türkei» vom 3.5.2007) ■

## D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

### Verbotene pornographische Werbespots

Bundesgerichtsentscheid  
vom 3. Mai 2007 (BGE 133 II 136)

Die Ausstrahlung von Werbespots für kostenpflichtige Downloads von pornographischen Videos und Bildern auf das Handy ist widerrechtlich, wenn die umstrittenen Werbespots - und nicht nur die beworbenen Produkte - vulgär und primitiv Menschen in Bild und Ton als auswechselbare, jegliche menschliche Dimension verlierende Sexualobjekte darstellen, und damit jenseits dessen liegen, was programmrechtlich in erotischer Hinsicht vor dem Hintergrund des Jugendschutzes noch zulässig ist. Zu diesem Schluss kommt das Bundesgericht in seinem Urteil.

Der Privatsender Star TV strahlte täglich nach Mitternacht (werktags ab 24 Uhr, am Wochenende ab 00.30 Uhr) das crossmediale Erotikformat «Lovers TV» im Stil eines Musiksenders aus. Der redaktionelle Programmteil bestand - nach

einem Hinweis darauf, dass die Sendung für Jugendliche unter 16 Jahren ungeeignet sei - hauptsächlich aus Clips mit erotischen Inhalten. Dialoge gab es keine; die Sequenzen wurden jeweils mit elektronischer Musik bzw. Popmusik untermalt. Im unteren Teil des Bildschirms erfolgten mittels «Splitscreen»-Technik (geteilter Bildschirm) Hinweise auf Chats und Teletextseiten bzw. Werbungen zum Herunterladen von Pornovideos auf das Handy und den Zugang zu Porno-Portalen. Die Sendung wurde daneben - jeweils nach einem erneuten Hinweis, dass der Inhalt der folgenden Werbungen für Jugendliche unter 16 Jahren ungeeignet sei - mit Spots unterbrochen, die für erotische Zeitschriften und Clubs, Telefonsex, Kontakt- und Flirtadressen, Sex-Chats und vor allem für Angebote zum Bezug von Porno-Videos und -Fotos auf das Handy warben.

Mit Entscheid vom 30. Juni 2006 hielt die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) auf eine Beschwerde hin fest, «dass Star TV mit der Werbung für das Herunterladen von Pornovideos auf das Handy im Rahmen der Sendungen «Lovers TV» [...] die Programmbestimmungen verletzt» habe.

Das Bundesgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, dass die UBI bei ihrer Beurteilung den Schutz der Sexualmoral der Allgemeinheit abstellte, sondern - dem europäischen Standard entsprechend die Menschenwürde sowie den Schutz der

## L' Di

ungestörten sexuellen E  
dergrund gerückt habe  
zwar unmittelbar keine  
sind unkenntlich gema  
seits dessen, was rundf  
zulässig erscheint: Im I  
dene sexuelle Praktiken  
dabei nur pro forma a  
Wirkung wird durch die  
teilweise abgedeckten s  
chenden Positionen ins  
stimmen aufreizend der  
Videos etwa mit den W  
spritze ihres Ärschli»,  
Schülerinnen befriedigen  
ti Sex vo hinä: Anal-Fu  
Lueg zue wimi drü Man  
Schülerinnen ab 18 Jahr  
«Geili jungi Meitli schlä  
Die Spots gehen damit t  
sie stellen vulgär und pr  
reine, auswechselbare, j  
lierende Sexualobjekte d  
dadurch unterstrichen, o  
ohne weiteren Inhalt ble  
lichst geeignetes Umfeld  
lungspflichtigen Rückkla  
sprechendes Herunterla  
auf das Handy zu provo

Soweit die Beschwerde def  
schutz sei vorliegend - d  
schwerdeinstanz - gar  
schenden Spots nach M  
men werden dürfe, dass  
Fernseher sässen, verken  
die UBI in ihren Guidelin  
nach 23 Uhr sei im Rahm  
Bereichen zulässig, bezi  
den mit erotischen u  
Sinn softpornographisch  
losgelöst vom Inhalt des  
der vorliegenden Art ge  
der Ausstrahlung einer S  
schobenen Fernsehkonsum  
zusehends an Bedeutung  
grierten Set-Top-Boxen e  
kapazitäten den zeitverz  
ermöglichen dadurch d  
Beiträgen immer regelm  
nell anerkannten später  
1670); schliesslich finder  
hat - immer mehr Fernse  
dern direkt auch in Schl

Zwar haben in erster Lin  
dieninhalten entgegen

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

gsfreiheit durch Verur-  
unbedingten Gefängnis-  
germeisters von Kayseri  
die Bürger zum Hass auf-  
lichen Grundgedanken  
eil der 2. Kammer N°  
n 31.7.2007)

freiheit durch Stadt Lü-  
thiker kündigte, nach-  
nis Rechts eine Medien-  
m 11. September 2001  
entscheid der 5. Kam-  
c. Deutschland» vom

ngsfreiheit durch ein 6  
tbot für die türkische  
quis de Sade. Das Verbot  
des Strafverfahrens ge-  
3 mit einem Freispruch  
2. Kammer N° 36075/03  
2007) ■

ndung für Jugendliche  
hauptsächlich aus Clips  
b es keine; die Sequen-  
er Musik bzw. Popmu-  
s Bildschirms erfolgten  
ter Bildschirm) Hinwei-  
v. Werbungen zum He-  
das Handy und den Zu-  
ng wurde daneben – je-  
dass der Inhalt der fol-  
e unter 16 Jahren unge-  
e, die für erotische Zeit-  
kontakt- und Flirtadres-  
angebote zum Bezug von  
andy warben.

elt die Unabhängige Be-  
sehen (UBI) auf eine Be-  
it der Werbung für das  
das Handy im Rahmen  
Programmbestimmun-

Urteil zum Schluss, dass  
nutz der Sexualmoral der  
dem europäischen Stan-  
de sowie den Schutz der

ungestörten sexuellen Entwicklung der Jugend in den Vor-  
dergrund gerückt habe. «Die beanstandeten Spots zeigen  
zwar unmittelbar keine primären Geschlechtsorgane (diese  
sind unkenntlich gemacht); gesamthaft liegen sie aber jen-  
seits dessen, was rundfunkrechtlich in erotischer Hinsicht  
zulässig erscheint: Im Bild werden unzweideutig verschiede-  
ne sexuelle Praktiken dargestellt; die Geschlechtsteile sind  
dabei nur pro forma abgedeckt. (...) Die pornographische  
Wirkung wird durch die krude Sprache zu den gezeigten, nur  
teilweise abgedeckten sexuellen Handlungen bzw. entspre-  
chenden Positionen insofern verschärft, als jeweils Frauen-  
stimmen aufreizend den Inhalt des bildlich teilabgedeckten  
Videos etwa mit den Worten kommentieren: «Privati Girls  
sprätze ihres Ärschli», «Fick mich tief und hart», «Geile  
Schülerinnen befriedigen sich mit ihrem Dildo», «Dr geil-  
schti Sex vo hinä: Anal-Fuck-Party», «Harder than Hardcore:  
Lueg zue wimi drü Mannä so richtig dranämet», «Naturgeili  
Schülerinnen ab 18 Jahre befriedigen sich mit ihrem Dildo»,  
«Geili jungi Meitli schläcket sich gägesitig ihri Futzi» usw.  
Die Spots gehen damit über erotische Darstellungen hinaus;  
sie stellen vulgär und primitiv Menschen in Bild und Ton als  
reine, auswechselbare, jegliche menschliche Dimension ver-  
lierende Sexualobjekte dar. Dieser Eindruck wird zusätzlich  
dadurch unterstrichen, dass das erotische Rahmenprogramm  
ohne weiteren Inhalt bloss dazu dient, crossmedial ein mög-  
lichst geeignetes Umfeld zu schaffen, um einen starken, zah-  
lungspflichtigen Rücklauf aus dem Publikum bzw. ein ent-  
sprechendes Herunterladen von Pornovideos bzw. -bildern  
auf das Handy zu provozieren.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, der Jugend-  
schutz sei vorliegend - entgegen den Ausführungen der Be-  
schwerdeinstanz - gar nicht berührt, da sie die entspre-  
chenden Spots nach Mitternacht ausstrahle, wo angenom-  
men werden dürfe, dass keine Jugendlichen mehr vor dem  
Fernseher sässen, verkennt sie die heutigen Realitäten: Wenn  
die UBI in ihren Guidelines davon ausgeht, eine Ausstrahlung  
nach 23 Uhr sei im Rahmen des Jugendschutzes in sensiblen  
Bereichen zulässig, bezieht sich dies auf Unterhaltungssen-  
dungen mit erotischen und in diesem umgangssprachlichen  
Sinn softpornographischen Inhalten (...). Damit sind nicht -  
losgelöst vom Inhalt des beworbenen Produkts - Werbespots  
der vorliegenden Art gemeint; zudem verliert der Zeitpunkt  
der Ausstrahlung einer Sendung im Hinblick auf den zeitver-  
schobenen Fernsehkonsum als Instrument des Jugendschutzes  
zusehends an Bedeutung: Die in den Empfangsgeräten inte-  
grierten Set-Top-Boxen erleichtern mit ihren hohen Speicher-  
kapazitäten den zeitverzögerten Konsum von Sendungen und  
ermöglichen dadurch den Zugang zu jugendgefährdenden  
Beiträgen immer regelmässiger auch ausserhalb der traditi-  
onell anerkannten späten Ausstrahlungszeiten (BBi 2003 S.  
1670); schliesslich finden sich - wie bereits die UBI festgestellt  
hat - immer mehr Fernsehapparate nicht nur in Stuben, son-  
dern direkt auch in Schlafzimmern von Jugendlichen (...).

Zwar haben in erster Linie die Eltern dem Konsum von Me-  
dieninhalten entgegenzuwirken, welche Kinder oder Ju-

gendlichen gefährden können; dies befreit die Beschwerde-  
führerin als konzessionierte Veranstalterin von Fernsehpro-  
grammen jedoch nicht von ihren rundfunkrechtlichen  
Pflichten in diesem Bereich, selbst wenn mit Blick auf die  
Fülle des aus dem In- und Ausland über Internet zugäng-  
lichen einschlägigen Materials der Jugendschutz nicht voll-  
umfänglich sichergestellt werden kann (vgl. BGE 131 IV 64  
E. 10.1.2 S. 68) und keine klar gesicherten, definitiven Er-  
kenntnisse über die Wirkung von Erotik oder Pornographie  
auf die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen beste-  
hen (...). Eine damit verbundene abstrakte Gefahr genügt  
im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RTVG 1991.» ■

### ANMERKUNGEN:

Noch nie hat sich das Bundesgericht in derartiger Ausführlichkeit  
zur rundfunkrechtlichen Zulässigkeit von Fernsehsendungen mit  
sexuellem Inhalt geäussert. Eingangs räumt das Gericht ein, dass  
ein einheitlicher Pornografiebegriff im Schweizer Recht bislang  
nicht existiert; seine weiteren Erwägungen sind als Versuch zu ver-  
stehen, den rundfunkrechtlichen Sittenschutz vom strafrechtlichen  
Pornografieverbot (Art. 197 StGB) abzugrenzen und die sich hier  
teilweise überlagernden Schutzziele in einem systematischen Ge-  
samtzusammenhang zu entflechten. Die Frage nach dem ge-  
schützten Rechtsgut erweist sich denn auch als Knacknuss des Ur-  
teils: Wäre es nicht Sache des Strafrechts, verbindliche Standards  
sexueller Darstellungen zu setzen? Ist ein darüber hinausgehendes  
Eingreifen rundfunkrechtlicher Aufsicht nicht als einer liberalen Ge-  
sellschaftsordnung unwürdige Bevormundung des Individuums zu  
verstehen?

Art. 197 StGB löste in der Strafrechtsrevision von 1991 den durch  
die gewandelten gesellschaftlichen Vorstellungen in sittlichen Din-  
gen überholten Art. 204 aStGB ab, im Bestreben, das «Sexualstraf-  
recht auf den Schutz klar umrissener Rechtsgüter zurückzuführen»  
(GÜNTHER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht,  
Besonderer Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, vor § 7 N. 1). Während Art. 204  
«unzüchtige Veröffentlichungen» verbot und die Grenze zu noch  
erlaubten Darstellungen dort zog, wo der «geschlechtliche An-  
stand» verletzt wurde, indem «in nicht leicht zu nehmender Weise  
gegen das Sittlichkeitsgefühl» verstossen wurde (vgl. z.B. BGE 97  
IV 26), beschränkt nun Art. 197 StGB das Verbot auf pornogra-  
phische Darstellungen. Art. 197 unterscheidet zwischen harter und  
weicher Pornographie. Vor harter Pornografie, d.h. vor Darstellun-  
gen, «die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren,  
menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt  
haben», soll die gesamte Gesellschaft geschützt werden, vor wei-  
cher Pornografie dagegen bloss Kinder und Jugendliche. Sofern  
dieser Altersgruppe der Zugang verwehrt wird, will das Strafrecht  
weiche Pornografie somit nicht verbieten. Weiche Pornographie  
definiert das Bundesgericht im vorliegenden Urteil als Medien, «die  
physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstel-  
len, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu belie-  
big auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradi-  
eren; sie als bloss physiologische Reiz-Reaktionswesen erschei-  
nen lassen und damit die Würde des Menschen negieren.» Eroti-  
sche Darstellungen schliesslich, welche die Schwelle zur weichen  
Pornographie nicht überschreiten, verbietet das Strafrecht auch  
dann nicht, wenn sie Minderjährigen zugänglich sind.

Art. 197 StGB pönalisiert pornographische Darstellungen unab-  
hängig vom Weg ihrer Verbreitung (STRATENWERTH/JENNY, § 10 N. 8);  
explizit nennt Ziff. 1 auch die Verbreitung über Radio- und Fern-  
sehen. Die Tatsache, dass Art. 6 RTVG 1991 (Art. 4 RTVG 2006) un-  
ter dem Titel des Schutzes «öffentlicher Sittlichkeit» ein zusätzliches  
Verbot pornografischer Darstellungen vorsieht, begründet das  
Bundesgericht damit, dass der «Begriff der Sittlichkeit» (...) «auch  
ausserrechtliche Normen aufgrund sozialetischer Vorstellungen  
[umfasst], welche in der Gesellschaft allgemeine Anerkennung ge-  
niessen, für das Zusammenleben in einer pluralistischen Gemein-  
schaft wesentlich sind und vor öffentlichen Widerhandlungen ge-  
schützt werden sollen». Diese Begründung ist problematisch, ver-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

wischt sie doch die Grenze von Recht und Moral und öffnet der «Materialisierung des Rechts» (MAX WEBER) wieder die Türen, welche die Strafrechtsrevision von 1991 mit der Rückführung auf fassbare Schutzziele zustossen wollte. Überzeugender wäre das – im Urteil in anderem Zusammenhang geäusserte – Argument gewesen, dass die über audiovisuelle Medien vermittelten Bilder kraft ihrer emotionalen Unmittelbarkeit und des Zusammenwirkens mit Ton und Wort eine speziell eindringliche Wirkung entfalten, die zusammen mit ihrer grossen Reichweite einen besonderen rundfunkrechtlichen Schutz der Öffentlichkeit notwendig machen, der auch sexuelle Darstellungen nicht ausschliesst. Letztlich geht es um die Rechtfertigung der Programmaufsicht: Eine Verdoppelung und Steigerung des strafrechtlichen Individualschutzes in sexuellen Belangen ist nicht zu rechtfertigen; die Programmaufsicht «ist nicht (...) als Rechtsschutz für den Einzelnen gedacht», sondern «dient dem Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit» (zuletzt BGE 132 II 290 E.3.2.3 S. 296 f.). Die Programmaufsicht ist ein Eingriff in die in Art. 10 EMRK geschützte Meinungs- und Informationsfreiheit, der gerechtfertigt werden muss. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Satz 3 dürfen Fernseh- und Radiosendungen (einschliesslich Werbung) wegen ihrer besonderen Wirkung zwar den mit der Programmaufsicht einhergehenden zusätzlichen Beschränkungen unterworfen werden; diese müssen jedoch die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 erfüllen und dürfen nicht über das hinaus gehen, was «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» ist (vgl. Urteil des EGMR i.S. Murphy gegen Irland vom 10. Juli 2003, teilweise abgedruckt in *medialex* 3/2003, S. 171-174).

Möglicherweise hätte eine solche Begründung es auch erleichtert, das auf den ersten Blick frappante Ergebnis des Urteils besser zu verstehen, nämlich, dass Fernsehwerbung für zulässige weiche Handy-Pornographie aus rundfunkrechtlichen Gründen für unzulässig erklärt werden kann.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, UNIVERSITÄT LUZERN, BERN

### Accès aux documents administratifs du Tribunal fédéral

Tribunal fédéral  
(Commission de recours), 25 mai 2007

Se fondant sur l'art. 28 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, qui consacre l'application par analogie de la loi fédérale sur transparence (Ltrans) aux documents administratifs de la plus haute juridiction de notre pays, un journaliste avait souhaité consulter les procès-verbaux des séances plénières du TF, ainsi que de sa commission administrative, relatifs à l'attribution des juges aux diverses cours d'une part, à l'adoption du nouveau règlement interne du TF d'autre part.

En janvier de cette année, le secrétaire général du TF déboutait le requérant dans les deux cas. Principalement au motif que les organes de direction du TF doivent être assimilés, quant à leurs fonctions «exécutives», au Conseil fédéral, lequel n'est pas soumis au principe de publicité (art. 8 Ltrans); en conséquence, les délibérations de ces organes doivent elles aussi échapper à la Ltrans. Subsidiairement, la consultation de ces procès-verbaux, qui traitent de questions cruciales liées au fonctionnement du TF, mettrait gra-

vement en péril la libre formation de la volonté de ses instances de direction. La Commission de recours, qui tranche définitivement sur les recours contre un refus de consultation de documents administratifs détenus par le Tribunal fédéral, fut d'un autre avis.

Après avoir souligné que la Ltrans renverse le principe du secret administratif, les trois juges ont d'emblée rejeté toute analogie entre les organes directeurs du TF et le Conseil fédéral: «Der Bundesrat befindet über zahlreiche Sachgeschäfte und ist dem Kollegialitätsprinzip verpflichtet; seine Entscheide sind in erster Linie politisch motiviert; (...). Soweit das Bundesgericht sich selber verwaltet, geschieht dies gestützt auf formell- oder materiellrechtliche Vorgaben, welche die Führungsorgane des Gerichts in ihren Entscheidungen konkretisieren. Sein Zuständigkeitspektrum ist damit wesentlich beschränkter als jenes des Bundesrats, weshalb die Verwaltungstätigkeit des Bundesgerichts nicht mit den Befugnissen des Bundesrats verglichen werden kann.»

La soumission des organes directeurs du TF à la transparence ainsi justifiée, restait à la Commission de recours à apprécier les deux requêtes à la lumière de la condition générale de la nature – administrative ou juridictionnelle – des documents requis. C'est ainsi que la Commission devait se prononcer contre l'accès aux informations relatives à l'attribution des juges aux diverses cours; celles-ci relèvent – même si ce n'est qu'indirectement – de l'exercice des fonctions juridictionnelles du TF: «Die Besetzung der verschiedenen Abteilungen und die damit verbundenen personellen Fragen stehen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Kernfunktion der Rechtsprechung des Bundesgerichts und gehen als Frage der Selbstorganisation des Gerichts über reine Administrativaufgaben im Sinne von Art. 28 BGG hinaus.»

En revanche, les informations sur l'adoption du règlement interne ont été jugées de nature administrative et dès lors accessibles: «Das Reglement bildet Grundlage der Selbstorganisation des höchsten Rechtsprechungsorgans des Landes; es handelt sich dabei aber um einen Justizverwaltungsakt, der als materielle Gesetzgebung in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur Rechtsprechungsfunktion des Gerichts und damit zu seiner vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommenen Primäraufgabe steht. Das Reglement ist in Kraft; inwiefern ein auf das entsprechende Thema beschränkter Zugang zum Protokoll des Gesamtgerichts (das Transparenzgebot überwiegende) schutzwürdige öffentliche oder private Interessen beeinträchtigen könnte, ist nicht ersichtlich. Zwar weist der Generalsekretär allgemein darauf hin, dass durch die Möglichkeit, in die Protokolle der gerichtlichen Leitungsorgane Einblick nehmen zu können, deren freie Meinungs- und Willensbildung berührt wird; diese Gefahr besteht vorliegend indessen nicht, da das entsprechende Geschäft abgeschlossen ist und es den Mitgliedern des Gerichts als Magistratspersonen zugemutet werden darf, zu ihren Anträgen, Ausführungen und Ansichten zu stehen.» ■

### REMARQUES:

Les esprits chagrins déplorent l'importance du Tribunal fédéral n'ait pas pu échapper à la publicité ac- Toutefois, ce serait faire u de les accuser de frilosité à l'on puisse dire en effet C' versement de paradigme d

Ainsi, à plusieurs reprises d et fort l'importance du nou les arguments du législateu en va non seulement de la rités mais aussi de la légit sionnel. Autant dire qu'à la de se prononcer sur la Ltr de donner le juste ton.

Mais ce n'est pas tout: s'ac parence des affaires admini avec satisfaction que la C cation par analogie» ne ve ce. Non, les dispositions r large notion de document tions à la publicité qu'elle bunal fédéral. Seule la pro pas de médiation. Les litig définitivement par une cor

Dernier sujet de satisfactio ral – déjà guère heureuse pour les organes directeu Commission de recours a les bien différents... – sur ministrative du Tribunal fé de chagrin: rares sont les rêt qui ne sont pas en ma teurs de notre haute cour.

PRO

### Straf Gesc

Bundes  
vom 1.

Im Wirtschaftsteil der 22. April 2005 erschien 26. April 2005 anbera Holding AG der Artikel Y. sind verteilt». Der im standete insbesondere Börsianern kursiert der an der prall gefüllten K ein Analyst kann sich e on mit einer industrielle zu viel hätten sie dafür wird auf 120 Franken g an der Börse für 174 ge tung des Konzerns würd befürchtet, dass X. die bei in sein eigenes Porte

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

### REMARQUES:

Les esprits chagrins déploreront que la Commission de recours du Tribunal fédéral n'ait pas pleinement accueilli les griefs du journaliste mécontent. Il est vrai que ranger la procédure d'attribution des juges dans la catégorie du juridictionnel - et partant la faire échapper à la publicité administrative - est des plus discutables. Toutefois, ce serait faire un faux procès aux juges lausannois que de les accuser de frilosité à l'égard de la transparence: le moins que l'on puisse dire en effet c'est qu'ils ont pris très au sérieux le renversement de paradigme consacré par la Ltrans.

Ainsi, à plusieurs reprises dans le présent arrêt ils ont proclamé haut et fort l'importance du nouveau droit d'accès: reprenant en chœur les arguments du législateur et de la doctrine, ils ont souligné qu'il en va non seulement de la confiance des citoyens dans leurs autorités mais aussi de la légitimité démocratique du processus décisionnel. Autant dire qu'à la première occasion qui lui était donnée de se prononcer sur la Ltrans, le Tribunal fédéral n'a pas manqué de donner le juste ton.

Mais ce n'est pas tout: s'agissant plus particulièrement de la transparence des affaires administratives du Tribunal fédéral, on relèvera avec satisfaction que la Commission de recours a jugé qu'«application par analogie» ne veut pas dire mise en œuvre à convenance. Non, les dispositions matérielles de la Ltrans - notamment la large notion de document officiel et le régime exhaustif des exceptions à la publicité qu'elle institue - s'imposent entièrement au Tribunal fédéral. Seule la procédure d'accès est autre, puisque il n'y a pas de médiation. Les litiges sont en effet tranchés directement et définitivement par une commission de recours adhoc.

Dernier sujet de satisfaction: l'exemption absolue du Conseil fédéral - déjà guère heureuse en soi - ne vaut pas mutatis mutandis pour les organes directeurs du Tribunal fédéral. A juste titre la Commission de recours a refusé de mettre ces instances - aux rôles bien différents... - sur le même pied. A défaut, la publicité administrative du Tribunal fédéral se serait réduite comme une peau de chagrin: rares sont les documents administratifs dignes d'intérêt qui ne sont pas en mains de l'un ou l'autre des organes directeurs de notre haute cour.

PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/ LAUSANNE

### Straflose Kritik an Geschäftstätigkeit

Bundesgerichtsentscheid  
vom 17. Mai 2007 (6S.83/2007)

Im Wirtschaftsteil der Tageszeitung «Tages-Anzeiger» vom 22. April 2005 erschien unmittelbar im Vorfeld der auf den 26. April 2005 anberaumten Generalversammlung der Y Holding AG der Artikel «Die Rollen im Machtkampf um die Y. sind verteilt». Der im Zeitungsartikel erwähnte X. beanstandete insbesondere die folgende Textpassage: «Unter Börsianern kursiert der Verdacht, dass die Österreicher nur an der prall gefüllten Kasse von Y. interessiert sind. Kaum ein Analyst kann sich erklären, wie X. und P. ihre Investition mit einer industriellen Lösung amortisieren wollen - viel zu viel hätten sie dafür bezahlt. Der reale Wert der Aktie wird auf 120 Franken geschätzt. Am Donnerstag wurde sie an der Börse für 174 gehandelt. Nicht einmal eine Aufspaltung des Konzerns würde sich finanziell lohnen. Daher wird befürchtet, dass X. die Kriegskasse an den Aktionären vorbei in sein eigenes Portemonnaie schmuggeln will.»

Das Obergericht des Kantons Zürich sprach die Autorin des Zeitungsartikel mit Urteil vom 24. November 2006 frei. Das Bundesgericht weist die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde im Wesentlichen ab. «Die in der beanstandeten Passage des fraglichen Zeitungsartikels enthaltene Äusserung, wonach zu befürchten sei, dass der Beschwerdeführer die Kriegskasse an den Aktionären vorbei in sein eigenes Portemonnaie schmuggeln wolle, bringt unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks, welcher der Artikel beim unbefangenen und durchschnittlich gebildeten Leser des Wirtschaftsteils einer Tageszeitung hinterlässt, nach zutreffender Ansicht der Vorinstanzen (lediglich) die Befürchtung zum Ausdruck, der Beschwerdeführer verfolge als Mehrheitsaktionär bei der angestrebten Übernahme der Y. durch die V. nicht ein unternehmerisches Interesse, sondern spekulative Absichten zur Erlangung eines grösstmöglichen persönlichen Profits. Dem Beschwerdeführer wird mithin als Ziel seines Engagements bei der Y. ein spekulatives Gewinnstreben in eigener Sache unterstellt. Diese Unterstellung greift die strafrechtlich geschützte Ehre nicht an. Der Vorwurf ehrenrühriger oder strafbarer Handlungen lässt sich aus dem umstrittenen Zeitungsartikel mithin nicht herauslesen. Für sich alleine genommen - darauf weist auch die Vorinstanz hin - könnte die inkriminierte Äusserung zwar den Eindruck erwecken, man unterstelle dem Beschwerdeführer, dass er sich zum Nachteil der Y. bzw. deren Aktionäre bereichern wolle. Wird jedoch der Gesamtzusammenhang berücksichtigt, in dem die beanstandete Äusserung erfolgt, so erhellt ohne weiteres, dass dem Beschwerdeführer damit gerade kein strafbares oder auch bloss strafwürdiges Verhalten zur Last gelegt wird. Vielmehr geht es insgesamt nur um eine Kritik an seiner Geschäftstätigkeit. Eine derartige Kritik ist - wie dargelegt - nicht ehrenrührig. Der objektive Tatbestand von Art. 173 ff. StGB ist mithin nicht erfüllt. Damit erübrigt es sich, die Rügen des Beschwerdeführers zum subjektiven Tatbestand zu behandeln.» ■