

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## Vgt: la Suisse condamnée une seconde fois

**Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 octobre 2007  
(Affaire Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse; Requête no 32772/02)**

*Le rejet par le Tribunal fédéral de la demande de révision du fameux arrêt Vgt Verein gegen Tierfabriken viole la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH. L'Etat défendeur dispose d'une certaine marge d'appréciation quant aux mesures à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à une violation constatée par cette même Cour dans un précédent arrêt. Cela dit, en rejetant la demande de révision déposée par Vgt Verein gegen Tierfabriken, le Tribunal fédéral a fait preuve d'un formalisme excessif.*

*Die Weigerung des Bundesgerichts, die Revision des bekannten Urteils i. S. Verein gegen Tierfabriken (VgT) zuzulassen, verstösst gegen die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Zwar wird dem Bundesgericht ein gewisser Spielraum bei der Beurteilung eingeräumt, die Ablehnung des Revisionsantrags des VgT muss aber als überspitzter Formalismus betrachtet werden.*

### En Fait (Résumé):

La requérante, Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT), est une association de droit suisse de protection des animaux, qui milite notamment contre l'expérimentation animale et l'élevage en batterie.

En réaction à diverses publicités émanant de l'industrie de la viande, elle conçut un spot télévisé mettant notamment en scène un hangar bruyant où des porcs étaient parqués dans de minuscules enclos, et comparant ces conditions avec celles qui prévalaient dans les camps de concentration. La publicité se terminait par le slogans: «mangez moins de viande, pour votre santé, et dans l'intérêt des animaux et de l'environnement.»

La diffusion de ce spot télévisé fut refusée le 24 janvier 1994 par la Société anonyme pour la publicité à la télévision (AG für das Werbefernsehen), à présent «Publisuisse SA», et, en dernière instance, par le Tribunal fédéral, qui rejeta un recours de droit administratif de l'association requérante le 20 août 1997.

L'association requérante introduisit une première requête (no 24699/94) devant la Cour européenne des Droits de l'Homme qui, par un arrêt du 28 juin 2001, déclara le refus des autorités suisses de diffuser le spot litigieux contraire à la liberté d'expression. Elle conclut à la violation de l'article 10 et alloua à la requérante 20 000 francs suisses (CHF), soit environ 12 000 euros (EUR), pour frais et dépens.

Le 1er décembre 2001, sur la base de l'arrêt de la Cour, la requérante saisit le Tribunal fédéral d'une demande de révi-

sion de l'arrêt définitif interne interdisant la diffusion du spot. Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication ainsi que la Société suisse de radiodiffusion et télévision demandèrent dans leurs observations du 10 janvier et du 15 février 2002, dûment communiquées à l'association requérante, le rejet de la demande de révision.

Par un arrêt du 29 avril 2002, le Tribunal fédéral rejeta la demande de révision, jugeant que la requérante n'avait pas assez expliqué en quoi consistaient «la modification de l'arrêt et la restitution demandées» et soulignant qu'elle n'était pas parvenue à prouver dans quelle mesure la réparation ne pouvait être obtenue que par la voie de la révision. Et d'ajouter que l'association n'avait pas suffisamment démontré son intérêt à diffuser le spot, qui paraissait dépassé, presque huit ans après la diffusion initialement prévue.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui est chargé de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour, n'avait pas été informé du rejet de la demande de révision par le Tribunal fédéral et mit ainsi fin à l'examen de la première requête (no 24699/94) de la requérante en adoptant en juillet 2003 une résolution. Cette dernière soulignait toutefois la possibilité d'une demande de révision devant le Tribunal fédéral.

En juillet 2002, l'association requérante introduisit la présente requête devant la Cour, pour contester le rejet de sa demande de révision. La Cour souligna notamment que les considérations du Tribunal fédéral concernant l'intérêt de

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

l'association requérante à la diffusion du spot télévisé étaient susceptibles de donner lieu à une nouvelle atteinte à la liberté d'expression.

Elle estima par conséquent que le grief tiré de l'article 10 relatif au refus du Tribunal fédéral de réviser son arrêt du 20 août 1997 doit être considéré comme un problème nouveau, non tranché par l'arrêt du 28 juin 2001.

## En Droit

(...)

## II. Sur la violation alléguée de l'article 10 de la convention

26. L'association requérante allègue que le maintien de l'interdiction de la diffusion du spot télévisé litigieux après la constatation par la Cour d'une atteinte à la liberté d'expression constitue une ingérence contraire à la liberté d'expression telle que prévue par l'article 10 de la Convention, ainsi libellé:

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

### A. Sur la recevabilité

#### 1. Exception préliminaire tirée du non-épuisement des voies de recours internes

##### a) Thèses des parties

27. Le gouvernement suisse soutient que, si un diffuseur refuse d'accepter la diffusion d'un spot au motif qu'il s'agit de publicité illicite, son cocontractant peut saisir l'autorité de surveillance, à savoir l'Office fédéral de la communication, afin que celle-ci rende une décision clarifiant la question. Cette décision peut à son tour faire l'objet d'un recours devant le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication et, en dernière instance, devant le Tribunal fédéral.

28. Le Gouvernement rappelle qu'en l'espèce l'association requérante s'est adressée à Publisuisse SA, afin de faire diffuser le spot litigieux accompagné d'un commentaire qui faisait référence à l'arrêt de la Cour et contenait des qualifications du comportement de la SSR et des autorités suisses. Publisuisse SA n'ayant pas donné suite à cette demande, l'association requérante a saisi l'Office fédéral de la communication, qui constata qu'il ne pouvait pas lui-même obliger Publisuisse SA à diffuser le spot.

Le gouvernement défendeur se déclare convaincu qu'un recours administratif aurait pu être intenté contre la décision de l'Office fédéral de la communication en date du 3 mars 2003.

29. En cas de refus par Publisuisse SA, le cocontractant peut également saisir le juge civil, même sans s'être adressé à l'Office fédéral de la communication, notamment pour violation de la loi sur les cartels ou des principes généraux du droit privé, tels que la protection de la personnalité ou l'interdiction de tout comportement contraire aux bonnes mœurs. Le Gouvernement soutient que, puisque l'association requérante n'a pas utilisé ces voies de droit, elle n'a pas épuisé les voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention.

30. L'association requérante conteste l'argument du Gouvernement tiré du non-épuisement des voies de recours internes. Elle rappelle que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 29 avril 2002, a déclaré que les décisions de l'Office fédéral de la communication pouvaient faire l'objet d'un recours devant le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication s'il s'agissait d'une procédure en matière de cartels. D'après l'association requérante, il s'ensuit a contrario que ce recours était exclu contre la décision de l'Office du 3 mars 2003, puisque la procédure portait sur une concession.

### b) Appréciation par la Cour

31. La Cour juge nécessaire de préciser d'emblée que l'association requérante ne se plaint devant elle que de l'interdiction de la diffusion du spot litigieux dans sa version initiale. N'entre pas en ligne de compte le refus de Publisuisse SA, organe compétent en la matière, de conclure un contrat portant sur la diffusion d'un spot modifié qui, selon le Tribunal fédéral, aurait dû faire l'objet d'une procédure séparée.

32. Pour autant que le grief tiré de l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2002 peut être interprété comme une allévation portant sur une nouvelle ingérence dans la liberté d'expression de l'association requérante, la Cour rappelle le principe selon lequel chaque grief dont on entend la saisir doit auparavant être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées (Ankerl c. Suisse, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1565, § 34).

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

33. Or, en l'espèce, la Cour constate que le Tribunal fédéral a considéré la demande de révision de l'association requérante comme insuffisamment étayée et, dès lors, a jugé qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences formelles pour le dépôt de ce remède de droit, conformément à l'article 140 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire. En l'espèce, la haute juridiction a estimé que l'association requérante, dans le cadre de son mémoire de recours, n'avait indiqué ni le motif de révision, ni en quoi consistaient la modification de l'arrêt et la restitution demandées. Dès lors, il est a priori permis de douter qu'elle a satisfait à l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes.

34. La Cour observe que la demande de révision de l'association requérante était formulée de manière très sommaire et à peine compatible avec les exigences de l'article 140 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire. Néanmoins, dans la mesure où le Tribunal fédéral, après avoir exposé les motifs d'irrecevabilité, a conclu que l'association requérante n'avait pas suffisamment démontré qu'elle avait encore un intérêt à la diffusion du spot télévisé dans sa version originale, la Cour est d'avis, à la lumière de sa jurisprudence, que ce grief ne peut pas être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes, étant donné que cette juridiction s'est prononcée, aussi brièvement fût-il, sur le fond de l'affaire (voir, mutatis mutandis, Huber c. Suisse, no 12794/87, décision de la Commission du 9 juillet 1988, Décisions et rapports (DR) 57, p. 259, Chammas c. Suisse, no 35438/97, décision de la Commission du 30 mai 1997, non publiée, Jamal-Aldin c. Suisse, no 19959/92, décision de la Commission du 23 mai 1996, non publiée, Thaler c. Autriche (déc.), no 58141/00, 15 septembre 2003, Voggenreiter c. Allemagne (déc.), no 47169/99, 28 novembre 2002, et Atik c. Allemagne (déc.), no 67500/01, 13 mai 2004), en estimant que l'association requérante n'avait probablement plus d'intérêt à la diffusion télévisée du spot dans sa version originale.

35. Il s'ensuit que le grief tiré de l'article 10 ne saurait être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes.

## 2. Exception préliminaire tirée de l'incompatibilité ratione materiae de ce grief

### a) Thèses des parties

36. Le gouvernement suisse estime que le grief tiré de l'article 10 doit être rejeté pour incompatibilité ratione materiae, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention.

37. Il rappelle à ce sujet que la Cour a conclu dans son arrêt du 28 juin 2001 que le refus de diffuser le spot télévisé litigieux constituait une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression de l'association requérante qui n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Il n'est pas contesté que le Gouvernement a versé le montant de 20 000 CHF à l'association requérante à titre de satisfaction équitable, en vertu de l'article 41 de la Convention.

38. De surcroît, le gouvernement défendeur souligne que l'association requérante a pu saisir le Tribunal fédéral d'une demande de révision de l'arrêt rendu par ce dernier, le 20 août 1997. D'après lui, il ressort du texte même de la Résolution no RésDH (2003) 125 que le Comité des Ministres n'a pas estimé indispensable de connaître le sort de la demande de révision avant d'adopter sa résolution mettant un terme définitif à l'examen de l'affaire sur le plan international. A ce sujet, le gouvernement suisse rappelle que l'article 139a de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire (voir, ci-dessus, la partie «Le droit et la pratique internes pertinents») autorise le requérant à former une demande de révision, mais en aucun cas celui d'obtenir cette révision, et encore moins dans le sens qu'il souhaite. Il appartiendrait en effet au Tribunal fédéral seulement de se déterminer sur ces deux derniers aspects.

39. Le Gouvernement rappelle aussi que plusieurs mesures de caractère général qui ont eu également des répercussions directes sur la situation de l'association requérante ont été prises. Ainsi, la diffusion de l'arrêt de la Cour auprès des autorités fédérales aurait conduit ces dernières à interpréter de façon restrictive l'interdiction de toute publicité à caractère «politique», prévue à l'article 18 § 5 de la loi fédérale sur la radio et la télévision. L'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radiotélévision aurait ainsi qualifié de compatible avec cette disposition, par exemple, la diffusion d'un spot concernant la politique d'asile, diffusé en janvier 2003 (décision de l'Autorité no b.467 du 27 juin 2003, considération 4).

40. Compte tenu de ce qui précède, le gouvernement suisse est d'avis qu'il n'y a pas de lien entre une éventuelle révision de l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 août 1997 et la possibilité de diffuser le spot litigieux aujourd'hui. On ne saurait, dès lors, prétendre que l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 avril 2002 constitue un problème nouveau, non tranché par l'arrêt de la Cour du 28 juin 2001. Le Comité des Ministres s'étant acquitté de sa tâche en adoptant la Résolution no RésDH (2003) 125, la présente requête doit, aux yeux du Gouvernement, être déclarée irrecevable pour incompatibilité ratione materiae avec les dispositions de la Convention.

41. L'association requérante ne s'exprime pas au sujet de l'argument du Gouvernement tiré de l'incompatibilité ratione materiae de la présente requête.

### b) Appréciation par la Cour

42. Invoquant l'article 10, l'association requérante se plaint du rejet de sa demande de révision prononcé par le Tribunal fédéral le 29 avril 2002, qui maintient l'interdiction de la diffusion du spot télévisé litigieux.

43. Quant à l'applicabilité de cette disposition à la présente affaire, il convient de déterminer si l'on est en présence d'une nouvelle ingérence dans l'article 10 de la Convention

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

ou si l'on se trouve au niveau de l'exécution, au sens de l'article 46 de la Convention, de l'arrêt de la Cour du 28 juin 2001. Dans cette dernière hypothèse, le présent grief devrait être rejeté pour incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention et ses protocoles.

44. La Cour estime que ce grief pose des questions de droit suffisamment complexes et nouvelles qui ne devraient pas être résolues au stade de la recevabilité (voir, *mutatis mutandis*, *Ferrazzini c. Italie* [GC], no 44759/98, §§ 18 et suiv., CEDH 2001–VII).

45. Dès lors, ce grief ne saurait être déclaré irrecevable comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. La Cour constate, par ailleurs, qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

## B. Sur la compétence *ratione materiae* de la Cour

### 1. Les principes élaborés par la Cour dans des affaires comparables

46. La Cour rappelle d'emblée qu'un constat de violation dans ses arrêts est essentiellement déclaratoire (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A no 31, p. 25, § 58, *Lyons et autres c. Royaume-Uni*, (déc.), no 15227/03, CEDH 2003–IX et *Krcmár et autres c. République tchèque* (déc.), no 69190/01, 30 mars 2004) et que, par l'article 46 de la Convention, les Hautes Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d'en surveiller l'exécution (voir, *mutatis mutandis*, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (ancien article 50), arrêt du 31 octobre 1995, série A no 330–B, pp. 58 et suiv., § 34).

47. Il découle notamment de ce qui précède que l'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences (*Broniowski c. Pologne* [GC], no 31443/96, § 192, CEDH 2004–V, *Pisano c. Italie* (radiation) [GC], no 36732/97, § 43, 24 octobre 2002, *Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000–VIII, et *Sejdovic c. Italie* [GC], no 56581/00, § 119, CEDH 2006–...), l'objectif étant de placer le requérant, le plus possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouvait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention (*Giuseppina et Orestina Procaccini c. Italie* [GC], no 65075/01, § 123, 29 mars 2006, *Sejdovic*, précité, § 127, *Assanidzé c. Georgie* [GC], no 71503/01, § 198, CEDH 2004–II, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, § 487,

CEDH 2004–VII, et *Piersack c. Belgique* (ancien article 50), arrêt du 26 octobre 1984, série A no 85, p. 16, § 12).

48. En revanche, la Cour réitère aussi le principe selon lequel l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique, au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (*Scozzari et Giunta*, arrêt précité, § 249, *Lyons et autres*, précitée, p. 431). Pour sa part, la Cour ne saurait assumer aucun rôle dans ce dialogue. Elle relève en particulier que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger d'un Etat la réouverture d'une procédure ou l'annulation d'une condamnation (*Saïdi c. France*, arrêt du 20 septembre 1993, série A no 261–C, p. 57, § 47, et *Pelladoah c. Pays-Bas*, arrêt du 20 septembre 1994, série A no 297–B, p. 36, § 44). Dès lors, elle ne saurait estimer qu'un Etat a enfreint la Convention parce qu'il n'a pas pris l'une ou l'autre de ces mesures, dans le cadre de l'exécution d'un de ses arrêts.

49. Les mesures de réparation spécifiques à prendre, le cas échéant, par un Etat défendeur pour s'acquitter des obligations qui lui incombent, en vertu de la Convention, dépendent nécessairement des circonstances particulières de la cause et doivent être définies à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée, compte dûment tenu de la jurisprudence citée ci-dessus (*Öcalan c. Turquie* [GC], no 46221/99, § 210, CEDH 2005–IV, et *Sejdovic*, précité, § 126 *in fine*). La Cour a déclaré par exemple que, lorsqu'un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (*Sejdovic*, précité, § 126).

50. Toutefois, cela ne signifie pas que les mesures prises par un Etat défendeur dans la phase postérieure à l'arrêt, en vue d'accorder réparation à un requérant pour la violation constatée par la Cour, ne relèvent pas de la compétence de celle-ci (*Lyons et autres*, précitée, p. 431), dans la mesure où rien n'empêche la Cour de connaître d'une requête ultérieure soulevant un problème nouveau, non tranché par l'arrêt (arrêts *Mehemi c. France* (no 2), no 53470/99, § 43, CEDH 2003–IV, *Pailot c. France*, 22 avril 1998, Recueil 1998–II, p. 802, § 57, *Leterme c. France*, 29 avril 1998, Recueil 1998–III, et *Rando c. Italie*, no 38498/97, § 17, 15 février 2000). En d'autres termes, la Cour peut accueillir un grief selon lequel la réouverture d'une procédure au niveau interne, en vue d'exécuter l'un de ses arrêts, a donné lieu à une nouvelle violation de la Convention (*Lyons et autres*, précitée, p. 431; dans ce sens aussi *Hertel c. Suisse* (déc.), no 53440/99, CEDH 2002–I).

### 2. Application des principes précités à la présente requête

51. Il convient donc d'examiner si l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 29 avril 2002 constitue une nouvelle ingéren-

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

ce dans la liberté d'expression de l'association requérante qui peut faire l'objet d'un examen au fond par la Cour.

52. Quant à la présente affaire, la Cour estime utile de rappeler qu'elle ne concerne pas un cas « typique » de réouverture d'une procédure pénale après un constat de violation de l'article 6 de la Convention (voir, notamment, les affaires précitées *Sejdovic*, *Lyons* et *Krcmár*), mais le refus de revenir sur l'interdiction de diffuser un spot télévisé, donc l'article 10 de la Convention. En ce sens, elle est comparable à l'affaire *Hertel* (déc.) précitée. En revanche, il convient de rappeler que dans cette affaire-là, le Tribunal fédéral a admis la demande de révision du requérant, en levant de manière significative les restrictions à sa liberté d'expression. Le Comité des Ministres a, par ailleurs, clos la procédure devant lui par une résolution finale qui tenait dûment compte des modifications de l'arrêt du Tribunal fédéral, jugé par la Cour incompatible avec l'article 10.

Compte tenu de ces différences significatives, la Cour doit se demander si l'approche suivie par la Cour dans l'affaire *Hertel* précitée, qui a consisté à examiner le bien-fondé des allégations portant sur une nouvelle violation de l'article 10 et non de les déclarer irrecevables pour incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention ou ses protocoles, soit aussi envisageable en l'espèce (décision précitée, pp. 559–562).

53. En ce qui concerne les mesures prises par le gouvernement suisse afin de s'acquitter de ses obligations en vertu de l'article 46 § 2 de la Convention, il n'est pas contesté que le Gouvernement a versé les sommes que la Cour avait allouées à l'association requérante dans son arrêt sur l'article 41 au titre des frais et dépens. De surcroît, il ressort de la Résolution no ResDH (2003) 125, en date du 22 juillet 2002, que l'arrêt de la Cour a été diffusé auprès des autorités compétentes et publié dans la *Revue Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*, ainsi que sur Internet (paragraphe 16 ci-dessus).

54. Il convient également de constater que le Comité des Ministres a mis fin à l'examen de l'affaire no 24699/94 en soulignant la possibilité d'une demande de révision devant le Tribunal fédéral, c'est-à-dire sans attendre l'issue de cette procédure ouverte en vertu du droit suisse (voir l'annexe de la résolution, paragraphe 16 ci-dessus).

55. La Cour rappelle aussi que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, *mutatis mutandis*, *Artico* c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, série A no 37, p. 16, § 33, et *Bianchi* c. Suisse, no 7548/04, § 84, 22 juin 2006).

Or, il est vrai que la Convention n'oblige pas les Etats parties à mettre sur pied des mécanismes de réouverture après un constat de violation par la Cour (*Saïdi*, précité, p. 57, § 47, et *Pelladoah*, précité, p. 36, § 44). La Cour tient néanmoins à souligner que l'existence d'une telle procédure en droit

suisse peut être considérée comme un aspect important de l'exécution de ses arrêts et leur existence démontre l'engagement d'un Etat contractant de respecter la Convention et la jurisprudence qu'elle génère (voir, *mutatis mutandis*, *Barberà, Messegué et Jabardo* c. Espagne (article 50), arrêt du 13 juin 1994, série A no 285–C, p. 56, § 15, et *Lyons* et autres, précitée, p. 431).

Mais son existence en droit interne n'est en soi pas suffisante. Encore faut-il que la juridiction nationale visée, à savoir le Tribunal fédéral, applique directement la Convention et la jurisprudence de la Cour (voir aussi, *mutatis mutandis*, pour le droit d'accès à un tribunal et de l'effectivité requise d'un recours à une cour d'appel ou de cassation, *Delcourt* c. Belgique, arrêt du 17 janvier 1970, série A no 11, pp. 13–15, §§ 25 et suiv.). Cela s'avère d'autant plus important que le Comité des Ministres a clos, en l'espèce, la procédure de surveillance de l'exécution de l'arrêt de la Cour, en relevant uniquement l'existence d'une voie de demande de révision, sans attendre son résultat. Il est évident que le renvoi à une voie de droit qui ne s'avère pas susceptible de pouvoir remédier de manière effective et concrète à une violation constatée de la Convention privera l'intéressé de son droit de voir effacées autant de possible les conséquences de ladite violation.

56. Enfin, il ressort d'une interprétation grammaticale de l'article 139a de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire («Le droit et la pratique internes pertinents», paragraphe 19 ci-dessus) que la révision devant le Tribunal fédéral constitue un moyen subsidiaire de réparation, étant donné que cette disposition statue qu'une telle demande est recevable lorsque «(...) la réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision».

En l'espèce, force est de constater que la Cour, dans son arrêt du 28 juin 2001, n'a octroyé à l'association requérante aucune indemnité au titre du dommage moral. En l'absence d'une telle demande de la part de l'association requérante, elle n'a même pas exprimé l'avis selon lequel le constat de la violation de l'article 10 saurait être considéré comme constituant une réparation adéquate et suffisante pour le préjudice moral subi par l'association requérante. Ainsi, une réouverture de la procédure devant le Tribunal fédéral, visant la *restitutio in integrum* – la forme de réparation idéale en droit international – aurait permis d'effacer autant que possible les conséquences de la violation constatée par la Cour (voir, dans ce sens, *Pisano*, précité, § 43, *Scozzari* et *Giunta*, précité, § 249, et *Sejdovic*, précité, § 119; voir aussi, pour un cas concret de l'application de la législation suisse pertinente, l'affaire *Hertel* (déc.) précitée, dans laquelle le requérant a obtenu la levée de l'interdiction générale de publier ses idées à la suite de sa demande de révision devant le Tribunal fédéral (voir la partie «Le droit et la pratique internes pertinents», paragraphe 21 ci-dessus)).

57. Par ailleurs, la Cour a égard au fait qu'en l'espèce, la demande de révision était rédigée de manière très sommaire et

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

à peine compatible avec les exigences de l'article 140 (voir la partie «Le droit et la pratique internes pertinents», paragraphe 20 ci-dessus). Néanmoins, les considérations du Tribunal fédéral concernant l'intérêt de l'association requérante à la diffusion du spot télévisé, aussi sommaires soient-elles, sont susceptibles de donner lieu à une nouvelle atteinte à la liberté d'expression de l'association requérante.

58. Par conséquent, la Cour est d'avis que le grief tiré de l'article 10 relatif au refus du Tribunal fédéral de réviser son arrêt du 20 août 1997 doit être considéré comme un problème nouveau, non tranché par l'arrêt de la Cour en date du 28 juin 2001 et, dès lors, est compatible *ratione materiae* avec la Convention et ses protocoles.

Il reste ensuite à examiner si ce refus constitue une nouvelle violation de l'article 10.

## C. Sur le fond

### 1. Existence d'une ingérence

59. Compte tenu de ce qui précède, le refus de revenir sur l'interdiction de la diffusion du spot télévisé litigieux constitue, d'après la Cour, une nouvelle ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits garantis par l'article 10 § 1. Pareille immixtion enfonce l'article 10, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition.

### 2. Justification de l'ingérence

#### a) Base légale de l'ingérence et buts légitimes visés par l'ingérence

60. En ce qui concerne la question de savoir si cette ingérence se justifie au regard de l'article 10 § 2, la Cour rappelle qu'elle a estimé dans son arrêt précédent, en date du 28 juin 2001, que l'interdiction litigieuse, qui se fondait sur l'article 18 § 5 de la loi fédérale sur la radio et la télévision, était «prévue par la loi». De plus, elle poursuivait un but légitime en ce qu'elle tendait à la «protection (...) des droits d'autrui».

La Cour ne s'estime pas tenue de se prononcer sur la question de savoir si ces éléments justifient encore l'ingérence provoquée par l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2002, dans la mesure où le nouveau refus de diffuser le spot, entériné par l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 29 avril 2002, ne s'avère pas, de toute façon, «nécessaire dans une société démocratique» pour les motifs suivants.

#### b) «Nécessaire dans une société démocratique»

##### i. Principes généraux

61. Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, Hertel, arrêt précé-

té, § 46, *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, pp. 23–24, § 31 ou *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, no 68416/01, § 87, CEDH 2005–II):

«i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui (...) appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...).

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)

##### ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés

62. La Cour, dans son arrêt du 28 juin 2001, a considéré que la mesure litigieuse n'était pas «nécessaire dans une société démocratique», au motif, notamment, que les autorités n'avaient pas démontré de manière «pertinente et suffisante» en quoi les motifs généralement avancés pour légitimer l'interdiction de la publicité à caractère «politique» pouvaient servir à justifier l'ingérence dans les circonstances particulières du cas d'espèce (*Vgt Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 75).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a rejeté la demande de révision de l'association requérante au motif que celle-ci

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

n'avait pas assez expliqué en quoi consistaient «la modification de l'arrêt et la restitution demandées», exigence formelle requise par l'article 140 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire (paragraphe 20 ci-dessus).

Or, la Cour est d'avis que cette approche s'avère excessivement formaliste, étant donné qu'il découlait de l'ensemble des circonstances de l'espèce que la demande du requérant visait nécessairement la diffusion du spot litigieux, interdite par la haute juridiction elle-même le 20 août 1997.

De surcroît, le Tribunal fédéral a néanmoins ajouté que l'association requérante n'avait pas suffisamment démontré qu'elle avait encore un intérêt à la diffusion du spot litigieux dans sa version originale. Ainsi, le Tribunal fédéral s'est en réalité substitué à celle-là sur la question de savoir s'il existait encore un intérêt à la diffusion du spot litigieux. En revanche, il n'a pas exposé lui-même dans quelle mesure le débat public dans le domaine de l'élevage en batterie avait changé, ou avait perdu de son actualité, depuis le moment de la diffusion initialement prévue du spot en 1994.

63. Dès lors la Cour, tout en étant consciente de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités suisses en la matière (Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, précité, § 67), n'est pas convaincue que le Tribunal fédéral a appliqué le droit pertinent, conformément aux principes consacrés à l'article 10 de la Convention. Cela étant, les motifs invoqués par la haute juridiction suisse, considérés à la lumière de l'ensemble de l'affaire et compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté d'expression en des matières qui comportent indubitablement un intérêt général, n'apparaissent pas «pertinents et suffisants» pour justifier l'ingérence litigieuse.

64. Dès lors, il y a eu violation de l'article 10.

## Opinion dissidente de Mme la juge Jaeger à laquelle se rallie M. le juge Borrego Borrego

(Traduction)

1. J'ai voté contre le constat de violation en l'espèce.
2. L'association requérante n'a jamais demandé d'indemnité pour dommage moral, ni dans son ancienne requête (no 24699/94) ni dans la présente. Elle souhaitait simplement un constat de violation et le remboursement des frais. Dans sa résolution ResDH(2003)125 du 22 juillet 2003, le Comité des Ministres s'est dit satisfait des mesures prises par l'Etat défendeur, à savoir la publication de l'arrêt et le remboursement des frais et dépens, ainsi que de la possibilité de révision prévue par le droit interne.
3. L'association requérante n'a abouti à rien par la réouverture de la procédure devant le Tribunal fédéral.

Mais la Convention n'oblige pas les Etats parties à mettre sur pied des mécanismes de réouverture après un constat de violation par la Cour, comme l'admet la majorité (Saïdi c. France, arrêt du 20 septembre 1993, série A no 261-C, p. 57, § 47; Pelladoah c. Pays-Bas, arrêt du 22 septembre 1994, série A no 297-B, p. 36, § 44). La révision devant le Tribunal fédéral ne constitue qu'un moyen subsidiaire de réparation indépendamment de l'issue de la procédure. Un résultat défavorable au requérant ne saurait être considéré comme moins conforme à la Convention que l'absence d'une telle procédure (argumentum a maiore ad minus). De plus, il faut noter en l'espèce que le Comité des Ministres s'est acquitté de la tâche lui incombant en vertu de l'article 46 § 2 de la Convention par l'adoption de la résolution ResDH(2003)125. Or, dans une telle situation la Cour n'est pas compétente pour statuer à nouveau sur la même affaire.

4. Même à supposer que la Cour soit compétente, je ne vois pas en quoi le Tribunal fédéral aurait violé l'article 10 par une manière plutôt formaliste d'interpréter les articles 139a et 140 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire. Sous réserve que les conditions de réouverture soient remplies, les tribunaux sont uniquement tenus de ne pas répéter la violation constatée. Ainsi, les juridictions suisses avaient l'obligation de ne pas s'appuyer sur l'argument politique dès lors que la Cour l'avait jugé non pertinent et suffisant.

Cependant, l'article 10 n'impose pas d'obligations procédurales particulières lorsqu'il s'agit d'appliquer des dispositions générales de procédure. En particulier, les tribunaux peuvent à tout moment exiger la subsistance d'un intérêt à obtenir une protection juridique. En fait, pareil intérêt était sujet à caution, car l'association requérante avait tenté en parallèle de conclure un nouveau contrat avec Publisuisse SA en vue de la diffusion d'un spot modifié, admettant ainsi que le spot paraissait alors dépassé, près de huit ans après la diffusion initialement prévue. A mon avis une réouverture de la procédure ne constitue pas une réparation idéale en droit international, car souvent elle ne permet pas d'effacer autant que possible les conséquences d'une violation constatée par la Cour (comme le dit la majorité au paragraphe 56). Cela est correct pour les défauts de procédure mais est plus ou moins insuffisant quant à la violation de l'article 10.

5. Dans la mesure où le droit de s'exprimer est exercé pour prendre part à un débat politique – que ce soit par l'écrit, par des caricatures, des films ou des discours –, la portée et l'effet de toute initiative dépendent largement des circonstances réelles, en particulier de la réceptivité ou de la sensibilité du public auquel le message est adressé. Avec le temps, la pertinence du message s'amenuise, de même que la conscience et la réceptivité des groupes visés. Après quelque huit années, le message peut avoir besoin d'une actualisation de la forme et du contenu, voire être totalement dépassé.

Quiconque souhaite participer à un débat et n'est autorisé à faire entendre sa voix que huit ans plus tard ne peut guère

en être satisfait. C'est pourquoi je suis en désaccord avec la majorité lorsqu'elle estime, au paragraphe 56, que dans les affaires de ce type la réouverture peut éventuellement don-

ner lieu à une restitutio ad integrum; je trouve que cela ne cadre pas avec les implications temporelles propres à la liberté d'expression. ■

.....

## Grenzen des Verbots der Verbreitung von Programmen über Kabelnetze

Bundesgerichtsentscheid vom 9. Juli 2007 (4A\_78/2007; zur BGE-Publikation vorgesehen)

*Ein Sendeunternehmen kann die Einspeisung in ein Kabelnetz nicht verbieten, wenn der Netzbetreiber bereit ist, die dafür im einschlägigen Tarif vorgesehenen Urheberrechtsentschädigungen zu bezahlen. Eine Verbreitung über Kabelnetze kann nur dann untersagt werden, wenn die Programme verschlüsselt werden.*

*Un organisme de diffusion ne peut empêcher l'intégration de ses programmes dans un réseau câblé si l'exploitant dudit réseau est prêt à s'acquitter des redevances de droit d'auteur prévues dans le tarif pertinent. Il ne peut s'opposer à une diffusion sur des réseaux que pour des programmes codés.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die British Broadcasting Corporation (Beschwerdeführerin 1) sendet ihre Fernsehprogramme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis digital über den Satelliten Astra 2D, Pos. 28.2°, aus. Die Swisssperform (Beschwerdeführerin 2) nimmt als Verwertungsgesellschaft diejenigen Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler, der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie der Sendeanstalten wahr, die nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können. Die Genossenschaft GGA-Maur (Beschwerdegegnerin) bietet über ihre Gemeinschaftsantennenanlage ihren Abonnenten neben anderen Programmen auf einer digitalen Plattform auch die englischsprachigen Fernsehprogramme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis an.

Der Swisscable Verband für Kommunikationsnetze (im Folgenden Swisscable) ersuchte die Suissimage um eine Bestätigung der Freistellung gemäss Ziffer 2.2 der damals gültigen Fassung des GT 1 mit der Begründung, BBC 1 und BBC 4 seien in der Schweiz frei empfangbar und die Voraussetzungen für die Abgeltung gemäss GT 1 daher gegeben. Die Suissimage stellte sich jedoch auf den Standpunkt, das Einspeisen von BBC 1 und BBC 4 in Schweizer Kabelnetze stelle eine Erstverbreitung dar, da die Programme nicht für den Kontinent bestimmt seien. Hinsichtlich einer derartigen Erstverbreitung seien die Musikrechte über den GT 1 abgegolten, nicht aber die Rechte am Bildteil, die von Kabelbetreibern bei den einzelnen Rechteinhabern zu erwerben seien.

Mit Klageschrift vom 18. Juni 2004 beantragten die Beschwerdeführerinnen dem Obergericht des Kantons Zürich, es sei der Beschwerdegegnerin unter Strafandrohung zu verbieten, die Fernsehprogramme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis ohne Zustimmung einer der Beschwerdeführerinnen in ihrem Kabelnetz weiterzuverbreiten. Mit Urteil vom 23. Februar 2007 wies es die Klagen ab. Es kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin 1 könne ein ihr allfällig zustehendes Verbotsrecht nicht selbst, sondern nur über eine Verwertungsgesellschaft ausüben, weshalb ihre Klage abzuweisen sei. Die Verwertungsgesellschaft ihrerseits müsse die Verwertung gemäss Art. 45 Abs. 2 URG nach festen Regeln vornehmen. Verbote müssten deshalb sachlich gerechtfertigt sein und nach festen Regeln voraussehbar ausgesprochen werden. Dies werde missachtet, wenn sich die Verwertungsgesellschaft in einem konkreten Einzelfall auf den Willen und die individuelle Interessenlage eines einzelnen Sendeunternehmens berufe. Es lägen keine schützenswerten Gründe vor, welche die Verweigerung der Nutzungserlaubnis rechtfertigen würden. Darüber hinaus widersetzte sich die Beschwerdeführerin 1 der Verbreitung ihrer Programme in der Schweiz durch Direktempfang nicht, obwohl sie dies mittels technischer Massnahmen mit zumutbarem Aufwand verhindern könnte. Die Anwendbarkeit des GT 1 setze nicht voraus, dass die Programme zur Kabelweiterverbreitung in der Schweiz bestimmt sein müssten. Die Programme ständen also mit dem stillschweigenden Einverständnis der Beschwerdeführerin 1 jedem Privaten in der

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Schweiz zur Verfügung und müssten damit im Sinn des GT 1 als für die Allgemeinheit in der Schweiz bestimmt gelten. Die Beschwerdeführerin 2 sei auch aus diesem Grund dazu verpflichtet, die Erlaubnis zur Weitersendung der über die Programme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis gesendeten Werke und Leistungen zu erteilen, weshalb ihre Klage abzuweisen sei.

## Aus den Erwägungen

4. Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz vor, die Klageberechtigung der Beschwerdeführerin 1 zu Unrecht abgelehnt zu haben. Art. 22 Abs. 1 URG komme auf die Weiterverbreitungsrechte der Sendeunternehmen nur unter dem Vorbehalt zur Anwendung, dass das Sendeunternehmen mit der Weiterverbreitung seiner Sendung einverstanden sei und die Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung dieser Rechte beauftragt habe.

4.1 Nach Art. 37 lit. a URG hat das Sendeunternehmen das ausschliessliche Recht, seine Sendung weiterzusenden. Dieses Recht gehört zu den in Art. 33 ff. URG geregelten sog. verwandten Schutzrechten, die jene Personen absichern, die vorhandene Werke wiedergeben oder Werkexemplare realisieren und damit unabdingbare Leistungen für die Vermittlung von Werken erbringen (Auf der Maur, in: Müller/Oertli, Urheberrechtsgesetz [URG], Stämpflis Handkommentar, N. 1 der Vorbem. zu Art. 33–39 URG). Für den Rechtsuntergang, die Zwangsvollstreckung und die Schranken des Schutzes dieser Rechte verweist Art. 38 URG auf die Bestimmungen, die die entsprechenden Urheberrechte behandeln. Mit Bezug auf das Weitersenderecht kommt demnach Art. 22 URG sinngemäss zur Anwendung.

4.2 Art. 22 Abs. 1 URG bestimmt, dass die Rechte, gesendete Werke zeitgleich und unverändert wahrnehmbar zu machen oder im Rahmen der Weiterleitung eines Sendeprogramms weiterzusenden, nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können. Der Wortlaut der Norm sieht eine selbständige Klageberechtigung der Urheber demnach nicht vor. Er entspricht damit dem Zweck der Norm, das Funktionieren des Kabelfernsehens zu ermöglichen, indem sie namentlich verhindert, dass einzelne Rechteinhaber durch die Ausübung ihres Verbotrechts ganze Kabelnetze lahmlegen können (Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG] ... vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 477/543). Auch die Entstehungsgeschichte von Art. 22 Abs. 1 zeigt, dass den Urhebern die Ausübungsbefugnis für das Weitersenderecht entzogen werden sollte. Der Bundesrat hatte in Art. 21 Abs. 1 seines Entwurfs eine gesetzliche Lizenz vorgesehen (Botschaft 1989, a.a.O., S. 543). Während dieser Vorschlag im Ständerat Zustimmung fand (AB 1991 S. 115), folgte der Nationalrat diskussionslos dem Antrag der nationalrätlichen Kommission, auf die Einführung einer gesetzlichen Lizenz zu verzichten (AB 1992 N I 42 f.). Der Ständerat stimmte dem in der Dif-

ferenzenvereinigung zu, wobei die Berichterstatterin darauf hinwies, das Verbotrecht werde belassen, könne aber nur über die Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden (AB 1992 S. 380 f.). Der Gesetzgeber hielt es also nicht für erforderlich, eine gesetzliche Lizenz einzuführen, sofern das Verbotrecht nur über die Verwertungsgesellschaften ausgeübt werden kann. Die Tatsache, dass Art. 40 Abs. 1 URG in lit. a, die die Verwertung ausschliesslicher Rechte behandelt, die Verbreitung gesendeter Werke nicht erwähnt und lit. b der Norm Art. 22 URG lediglich mit Bezug auf die Vergütungsansprüche nennt, ändert daran nichts. Hierbei handelt es sich um ein redaktionelles Versehen, da das Parlament es versäumt hat, den auf die vom Bundesrat vorgeschlagene gesetzliche Lizenz ausgerichteten Art. 40 URG entsprechend anzupassen (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, N. 8 zu Art. 40 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 16 zu Art. 40 URG). Dieses Versehen soll mit der laufenden Revision des URG korrigiert werden. Nach dem Entwurf des Bundesrates soll neu ein Art. 40 Abs. 1 lit. abis eingeführt werden, der «das Geltendmachen von ausschliesslichen Rechten nach den Artikeln 22 und 24b» der Bundesaufsicht unterstellt (BBl 2006 3445). Der Ständerat als erstbehandelnder Rat ist diesem Vorschlag in seiner Sitzung vom 19. Dezember 2006 diskussionslos gefolgt (AB 2006 S. 1210).

4.3 Nach dem Gesagten ersetzt Art. 22 Abs. 1 URG die individuelle Ausübung der urheberrechtlichen Verbotansprüche durch deren kollektive Wahrnehmung seitens einer Verwertungsgesellschaft. Davon geht auch die ganz überwiegende Lehre aus (MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl. 2000, Nr. 141; derselbe, URG, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2001, N. 1 zu Art. 22 URG; IVAN CHERPILLOD, SIWR II/1, 2. Aufl. 2006, S. 263 und 290 f.; ERNST HEFTI, SIWR II/1, a.a.O., S. 525, Fn. 24; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 5 zu Art. 22 URG; OERTLI, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 15 zu Art. 22 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 13 und 16 zu Art. 40 URG; HANS-ULRICH SCHOCH, Die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler, der Ton- und Tonbildträgerhersteller und der Sendeunternehmen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1994, S. 100; BERNHARD WITTWEILER, Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz [exkl. Eigengebrauch], AJP 1993 S. 588; vgl. auch die Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl 2006 3389 S. 3431 f., mit Bezug auf die geplante Einführung eines Art. 24b URG, der den Zwang zur kollektiven Verwertung bei Vervielfältigungen zu Sendezwecken vorsieht, sowie das entsprechende Votum Stadler im Ständerat [AB 2006 S. 1209]). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten mit Bezug auf die Urheber die zwingende kollektive Verwertung denn auch zu Recht nicht. Sie machen jedoch geltend, es bestehe für die Sendeunternehmen in dem Sinn eine Ausnahme, dass ihnen neben der Verwertungsgesellschaft eine selbständige Klageberechtigung zukomme.

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

4.4 Auf Grund der Verweisung in Art. 38 URG auf Art. 22 URG gilt auch für die verwandten Schutzrechte, dass das Verbot nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Eine Ausnahme für Sendeunternehmen sieht das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht vor. Auch der Zweck der Norm, das Funktionieren des Kabelfernsehens sicherzustellen, erfordert es nicht, die Sendeunternehmen anders zu behandeln als die Urheber und die ausübenden Künstler. Ebenso wenig ergeben sich aus den Materialien Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber eine solche Ausnahme einführen wollte. Ob diese Regelung einen unverhältnismässigen Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt, weil es – wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen – bei den Sendeunternehmen, anders als bei den Inhabern von Splitterrechten, auf Grund der geringen Anzahl dieser Unternehmen nicht erforderlich sei, das Verbot durch die Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen, um das Funktionieren des Kabelfernsehens sicherzustellen, hat das Bundesgericht nicht zu überprüfen (Art. 190 BV).

4.5 Der Verzicht auf eine Ausnahme für Sendeunternehmen steht nicht im Widerspruch zu den für die Schweiz verbindlichen Vorgaben des internationalen Rechts. Nach Art. 11bis Abs. 1 Ziff. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (SR 0.231.15; im Folgenden RBÜ) geniessen die Urheber von Werken der Literatur und Kunst das ausschliessliche Recht, jede öffentliche Wiedergabe des durch Rundfunk gesendeten Werkes mit oder ohne Draht zu erlauben, wenn diese Wiedergabe von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird. Abs. 2 der Norm behält es jedoch der Gesetzgebung der Verbandsländer vor, die Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts festzulegen, sofern sie dadurch nicht das Urheberpersönlichkeitsrecht oder den Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung beeinträchtigt. Art. 13 lit. a des Internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961 (SR 0.231.171; im Folgenden Rom-Abkommen) hält fest, dass die Sendeunternehmen das Recht geniessen, die Weitersendung ihrer Sendungen zu erlauben oder zu verbieten. Den vertragschliessenden Staaten bleibt es gemäss Art. 15 Abs. 2 des Rom-Abkommens jedoch unbenommen, für den Schutz der Sendeunternehmen in ihrer nationalen Gesetzgebung Beschränkungen gleicher Art vorzusehen, wie sie in dieser Gesetzgebung für den Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und der Kunst vorgesehen sind; Zwangslizenzen können immerhin nur insoweit vorgesehen werden, als sie mit den Bestimmungen des Rom-Abkommens vereinbar sind. Nach Art. 14 Abs. 3 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (SR 0.632.20, Anhang 1C; im Folgenden TRIPS-Abkommen) haben die Sendeunternehmen das Recht, die Weitersendung ihrer Sendungen zu untersagen. Die Mitglieder, die den Sendeunternehmen dieses Recht nicht gewähren, bieten den Inhabern des Urheberrechts die

Möglichkeit, die Weitersendung unter Vorbehalt der Bestimmungen der RBÜ zu untersagen (vgl. auch den Verweis in Art. 9 Abs. 1 TRIPS-Abkommen auf Art. 11bis RBÜ). Art. 14 Abs. 6 TRIPS-Abkommen bestimmt, dass die Mitglieder in Bezug auf das in Abs. 3 der Norm gewährte Weitersenderecht der Sendeunternehmen in dem vom Rom-Abkommen zugelassenen Umfang Bedingungen, Beschränkungen, Ausnahmen und Vorbehalte vorsehen können. Die massgebenden internationalen Bestimmungen verlangen damit nicht, dass den Sendeunternehmen ein selbständiges Klagerrecht eingeräumt wird.

4.6 Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die Richtlinie 98/83/EWG vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Oktober 1993, Nr. L 248, S. 15–21) ist in diesem Zusammenhang unbehelflich. Die Richtlinie hält in Art. 9 Abs. 1 fest, das Recht der Urheberrechtsinhaber und der Inhaber verwandter Schutzrechte, einem Kabelunternehmen die Erlaubnis zur Kabelweiterverbreitung zu erteilen oder zu verweigern, könne nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Art. 10 sieht mit Bezug auf die Ausübung des Kabelweiterverbreitungsrechts durch Sendeunternehmen eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor, sofern es um die Rechte geht, die ein Sendeunternehmen hinsichtlich seiner eigenen Sendungen geltend macht; das gilt unabhängig davon, ob die betreffenden Rechte eigene Rechte des Unternehmens sind oder ihm durch andere Urheberrechtsinhaber und/oder Inhaber verwandter Schutzrechte übertragen worden sind. Diese Ausnahme ergibt sich aus dem Harmonisierungszweck der Richtlinie, da ein Bedarf nach einer Regelung der Ausübung des Kabelweiterverbreitungsrechts nur soweit besteht, als die Besonderheiten der Kabelweiterverbreitung es erfordern. Das ist nur bei einer unüberschaubaren Zahl von Rechteinhabern der Fall, die bei Sendeunternehmen eben gerade nicht vorliegt (THOMAS DREIER, in: Michel M. Walter [Hrsg.], Europäisches Urheberrecht, Kommentar, N. 2 zu Art. 10 der Satelliten- und Kabel-RL). Selbst wenn bei Schaffung des URG die Harmonisierung mit dem Europäischen Recht – und insbesondere mit der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen Richtlinie – ein Anliegen des Gesetzgebers gewesen sein sollte (vgl. das Votum der Berichterstatterin im Ständerat, der Vorschlag des Nationalrats, auf die Einführung einer gesetzlichen Lizenz zu verzichten, sei «überdies europaverträgliche Interpretation von Art. 22 Abs. 1 URG eine Ausnahme eingeführt werden, die das Gesetz nicht vorsieht. Die Einführung einer entsprechenden Ausnahme für Sendeunternehmen ins URG kann nur durch den Gesetzgeber vorgenommen werden. Im Rahmen der laufenden Revision des URG ist eine solche allerdings nicht geplant.

4.7 Nach dem Gesagten können die Sendeunternehmen ihr Verbot nicht selbständig geltend machen. Die Vorin-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

stanz hat deshalb kein Bundesrecht verletzt, als sie die Klage der Beschwerdeführerin 1 abwies.

5. Die Beschwerdeführerinnen werfen dem Obergericht weiter vor, es sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin 2 dazu verpflichtet sei, der Beschwerdegegnerin die Weitersendung der strittigen Programme zu erlauben.

5.1 Die Befugnis der Verwertungsgesellschaft, das Verbot auszuüben, ergibt sich unmittelbar aus Art. 22 Abs. 1 URG; sie bedarf keiner rechtsgeschäftlichen Grundlage in Verträgen mit den Rechteinhabern (BERNHARD WITTWEILER, Vertragsrecht in der kollektiven Verwertung, in: STREULI-YOUSSEF [Hrsg.], Urhebervertragsrecht, S. 261/327; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 3 zu Art. 44 URG; vgl. auch BGE 124 III 489 E. 2a S. 492 f. in Bezug auf die Vergütungsansprüche nach Art. 13 Abs. 3, 20 Abs. 4 und 35 Abs. 3 URG). Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Zweck von Art. 22 Abs. 1 URG, da es die Rechteinhaber sonst in der Hand hätten, durch die Weigerung, mit der Verwertungsgesellschaft einen Wahrnehmungsvertrag abzuschliessen, die kollektive Verwertung zu verhindern. Der Übergang der Rechte selber auf die Verwertungsgesellschaft erfolgt hingegen nicht von Gesetzes wegen, er setzt vielmehr eine entsprechende Übertragung durch die Rechteinhaber voraus. Werden die Rechte nicht übertragen, kommt der Verwertungsgesellschaft lediglich eine Prozessführungsbeugnis im Sinn einer gesetzlichen Prozessstandschaft zu (OERTLI, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 14 zu Art. 22 URG).

5.2 Nach Art. 45 Abs. 2 URG muss die Verwertungsgesellschaft die Verwertung nach festen Regeln besorgen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass das Handeln der Verwertungsgesellschaft, der das Gesetz ein faktisches Monopol einräumt, für die Betroffenen voraussehbar und transparent ist (BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 45 URG; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 4 zu Art. 45 URG). Ein Instruktionsrecht der Rechteinhaber für den Einzelfall ist damit von vorneherein ausgeschlossen. Im Bereich der Rechtswahrnehmung wird das Gebot der Verwertung nach festen Regeln durch die Tarifpflicht gemäss Art. 46 ff. URG konkretisiert (BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 6 zu Art. 45 URG).

5.3 Nach Ziffer 2.1 Abs. 1 des GT 1 bezieht sich der Tarif auf die Weitersendung von Werken und Leistungen in Kabelnetzen, soweit diese Werke und Leistungen in Radio- oder Fernsehprogrammen enthalten sind und folgende kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Die Programme sind für die Allgemeinheit in der Schweiz bzw. im Fürstentum Liechtenstein bestimmt, sie sind in der Schweiz bzw. im Fürstentum Liechtenstein mit marktüblichen Geräten individuell empfangbar und sie werden zeitgleich und unverändert weiterverbreitet. Mit Bezug auf das Kriterium der individuellen Empfangbarkeit werden in der seit dem 1. Januar 2007 gültigen Fassung von Ziffer 2.1 des GT 1 als Beispiele für marktübliche Geräte ge-

nannt Satellitenschüsseln von max. 1 m Durchmesser sowie Decoder, die in der Schweiz für Private legal erwerbbar sind.

5.4 Es ist unbestritten, dass es vorliegend um eine zeitgleiche und unveränderte Weiterverbreitung der strittigen Programme geht, dass die Beschwerdeführerin 1 die Programme nicht (mehr) verschlüsselt und dass die Programme mit einer Parabolantenne von weniger als 1 m Durchmesser in den Privathaushalten der Schweiz in einwandfreier Qualität empfangen werden können. Weiter steht fest, dass die Beschwerdeführerin 1 eine Kabelweiterverbreitung ihrer Programme auf dem Gebiet der Schweiz nicht wünscht. Umstritten ist, ob sich nach dem Willen des Sendeunternehmens entscheidet, dass ein Programm für die Allgemeinheit in der Schweiz bestimmt ist.

5.5 Die Auslegung des Tarifs muss sich an den gesetzlichen Vorgaben orientieren. Darüber hinaus hat die Interpretation der einzelnen Bestimmungen danach zu erfolgen, wie der Adressat sie auf Grund ihres Wortlauts, ihrer Ratio und ihrer Systematik verstehen darf und muss. Art. 22 Abs. 1 URG soll ausschliessen, dass einzelne Rechteinhaber nach ihrem Gutdünken die Kabelweiterverbreitung von Werken verhindern können (vgl. oben E. 4.2). Daraus folgt, dass für die Frage, ob ein Programm im Sinn von Ziffer 2.1 Abs. 1 des GT 1 für die Allgemeinheit bestimmt ist, der Wille des entsprechenden Rechteinhabers nicht massgebend sein kann. Kommt es aber nicht auf diesen Willen an, stellt sich die Frage, worin sich diese Voraussetzung von der (kumulativ zu erfüllenden) zweiten Voraussetzung der individuellen Empfangbarkeit unterscheidet. Eine systematische Auslegung der Bestimmung ergibt, dass das Kriterium «für die Allgemeinheit bestimmt» dann erfüllt wird, wenn das Programm für Privathaushalte in der Schweiz frei empfangbar ist, wohingegen die individuelle Empfangbarkeit auch bei einem verschlüsselten Programm vorliegt, sofern Private den entsprechenden Decoder in der Schweiz legal erwerben können (vgl. die entsprechende Präzisierung in der seit 1. Januar 2007 gültigen Fassung der Ziffer 2.1 Abs. 1 des GT 1). Der Unterscheidung in freie und individuelle Empfangbarkeit kommt damit in erster Linie bei den codierten Programmen Bedeutung zu, da diese nur unter den Tarif fallen, wenn der freie Empfang durch Privathaushalte in der Schweiz vom Programmveranstalter trotz Verschlüsselung gewährleistet wird. Das sieht Ziffer 2.1 Abs. 2 des GT 1 in der seit dem 1. Januar 2007 gültigen Fassung nunmehr ausdrücklich vor. Die Sendeunternehmen können demzufolge nur dann die Weiterverbreitung in der Schweiz verhindern, wenn sie ihre Programme verschlüsseln.

5.6 Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Unterstellung der Programme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis unter den GT 1 erfüllt. Der Tarif räumt der Verwertungsgesellschaft kein Recht ein, die Erlaubnis zu verweigern, sofern der Nutzer bereit ist, die Bedingungen des Tarifs einzuhalten und die von der Verwertungsgesellschaft gestellte Rechnung zu bezahlen. Das dem Rechteinhaber in Art. 22

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Abs. 1 URG belassene Verbotrecht hat damit nur noch die Funktion, die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber den Nutzern durchzusetzen (vgl. auch die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3432). Obwohl der Gesetzgeber auf die Einführung einer gesetzlichen Lizenz verzichtet hat, befindet sich der Rechteinhaber im Ergebnis in einer Situation, die der bei einer gesetzlichen Lizenz bestehenden Rechtslage weitgehend entspricht (vgl. auch FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Nr. 242). Die Beschwerdegegnerin ist nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz bereit, mit der Beschwerdeführerin 2 einen Vertrag abzuschliessen. Die Beschwerdeführerinnen behaupten selbst nicht, die Beschwerdegegnerin weigere sich, die Bedingungen des GT 1 einzuhalten. Die Beschwerdeführerin 2 ist deshalb verpflichtet, der Beschwerdegegnerin die Erlaubnis zu erteilen, die Programme BBC 1, BBC 4 und BBC CBeebis in ihrem Kabelnetz weiterzuerweitern. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, als sie die Klage der Beschwerdeführerin 1 abwies.

6. Aus den genannten Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann (...). ■

## REMARQUES:

Les arrêts rendus en matière de gestion collective obligatoire étant peu fréquents, le présent arrêt mérite de retenir l'attention. Le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur deux arguments ayant trait à la gestion collective obligatoire de l'exercice du droit de retransmission des organismes de diffusion. Nous les reprendrons l'un après l'autre, ne serait-ce que pour faciliter la lecture de l'arrêt au lecteur francophone.

a) Le premier de ces arguments, traité au considérant 4 de l'arrêt, avait trait à l'application de l'art. 22 al. 1<sup>er</sup> LDA suivant lequel «le droit de [...] retransmettre des œuvres diffusées au cours de la retransmission d'un programme d'émission ne peut être exercé que par les sociétés de gestion agréées».

Selon les recourants, la compétence conférée par l'art. 22 LDA aux sociétés de gestion n'était pas exclusive, et un droit d'action indépendant devait être reconnu aux organismes de diffusion pour exercer leurs prérogatives (consid. 4.3 i.f.: «Sie [die Beschwerdeführerinnen] machen jedoch geltend, es bestehe für die Sendeunternehmen in dem Sinn eine Ausnahme, dass ihnen neben der Verwertungsgesellschaft eine selbständige Klageberechtigung zukomme»).

L'argument a fort logiquement été rejeté par le Tribunal fédéral. Notre cour suprême commence par rappeler que l'exercice du droit de retransmission conféré aux organismes de diffusion par l'art. 37 lit. a LDA est un cas de gestion collective obligatoire au vu du renvoi opéré par l'art. 38 LDA à l'art. 22 de la loi; or, cette forme de gestion collective s'oppose à tout exercice de ses droits par le titulaire lui-même, y compris s'agissant des organismes de diffusion pour lesquels la loi ne prévoit aucune exception (consid. 4.4). Poursuivant son raisonnement, le Tribunal fédéral passe en revue les divers accords internationaux auxquels la Suisse est liée pour en conclure que la gestion collective obligatoire n'est en rien contraire auxdits engagements; qu'il s'agisse de la Convention de Berne (art. 11bis al. 2), de celle de Rome (art. 15 al. 2) ou de l'Accord sur les ADPIC (art. 14 al. 6), aucun d'entre eux n'exige que les organismes de diffusion puissent déduire eux-mêmes leurs droits en justice (consid. 4.5).

Quant à la directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (et non directive 98/83

comme faussement indiqué dans l'arrêt), le Tribunal fédéral rappelle qu'elle n'a pas à être prise en considération pour interpréter l'art. 22 LDA (consid. 4.6). Notre cour suprême rappelle au surplus que l'art. 10 de cette directive, qui prévoit que les organismes de diffusion doivent pouvoir exercer eux-mêmes leurs droits à l'égard de leurs propres émissions et dont l'introduction en droit suisse n'est pas envisagée, ne constitue qu'une exception au principe ancré à l'art. 9 ch. 1, suivant lequel «les Etats membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câble-distributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective».

C'est dire que le principe qui prévaut au niveau communautaire n'est pas différent de celui qui existe en droit suisse. Ainsi le considérant 28 du préambule à la directive expose-t-il que «pour faire en sorte que des personnes extérieures détenant des droits sur certains éléments de programmes ne puissent mettre en cause, en faisant valoir leurs droits, le bon déroulement des arrangements contractuels, il convient, dans la mesure où les caractéristiques de la retransmission par câble l'exigent, de prévoir, avec l'obligation de recourir à une société de gestion collective, un exercice exclusivement collectif du droit d'autorisation».

En définitive, la motivation du Tribunal fédéral est convaincante en droit positif. On y ajoutera que l'application de l'art. 22 LDA étant soumise à la surveillance de la Confédération conformément à l'art. 40 al. 1<sup>er</sup> let. b LDA, l'exercice individuel de ces droits est tout simplement illicite et passible des arrêts ou de l'amende, comme le prévoit l'art. 70 LDA.

Cet arrêt est toutefois l'occasion de rappeler que le monde de l'audiovisuel est changeant, et que le lobbying de l'industrie tend vers un plus grand contrôle de leurs prérogatives. Ces efforts ont d'ores et déjà trouvé leur concrétisation dans une certaine mesure à l'art. 10 précité de la directive 93/83/CEE. Sans nous prononcer quant à l'interprétation à donner à cette disposition, l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> de la Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite (RS 0.231.173), à laquelle le Royaume-Uni n'est pas partie, commande que les Etats prennent des mesures adéquates pour faire obstacle à la distribution de signaux par des distributeurs auxquels ces signaux ne sont pas destinés. Encore faudrait-il bien entendu savoir ce qu'il faut entendre par «mesures adéquates» et par «destinés», questions que ce bref commentaire ne peut explorer. Enfin, on mentionnera les récentes discussions au sein de l'OMPI qui ont porté sur l'adoption d'un possible Traité concernant la protection des organismes de diffusion, dont le but initial tendait à l'octroi d'un droit exclusif sur le signal d'émission lui-même. Face aux oppositions, l'adoption du Traité semble toutefois compromise, même sous une forme remaniée; preuve en est le fait qu'aucun document ou réunion n'a eu lieu depuis mars 2007.

b) Le second argument, examiné au considérant 5 de l'arrêt, avait trait à l'application de l'art. 45 al. 2 LDA et au principe de l'égalité de traitement qui y est ancré. Les sociétés de gestion étant mises au bénéfice d'un monopole de fait, le principe de l'égalité de traitement commande que la pratique de ces sociétés soit transparente et prévisible pour les utilisateurs (consid. 5.2).

Cette obligation est examinée dans le cas d'espèce au regard de l'interprétation qu'il y avait à donner au chiffre 2.1 al. 1<sup>er</sup> du Tarif Commun 1 (TC 1) dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, suivant lequel la retransmission d'œuvres et prestations dans des réseaux câblés en Suisse était subordonnée à la réalisation de trois conditions cumulatives: les programmes devaient être destinés à l'ensemble du public suisse et de la Principauté de Liechtenstein, pouvoir être captés en Suisse de manière individuelle au moyen d'appareils disponibles sur le marché, simultanément et sans modification. La version du TC 1 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 reprend ces conditions, tout en précisant que font partie des appareils disponibles sur le marché les décodeurs vendus de manière légale en magasins.

Dans le cas d'espèce, il ne faisait aucun doute que les programmes, retransmis de manière simultanée et sans modification, pouvaient

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

être captés de manière individuelle sur notre territoire. Toute la question consistait à savoir si les programmes diffusés par la recourante pouvaient être considérés comme «destinés à l'ensemble du public suisse», quand bien même cette dernière manifestait clairement sa volonté de s'opposer à cette diffusion. Le Tribunal fédéral n'a guère hésité. Considérant que la gestion collective obligatoire a justement pour but d'éviter aux titulaires de droit d'empêcher la retransmission de leurs programmes selon leur bon vouloir, notre cour suprême a considéré que la volonté des titulaires ne pouvait être le critère déterminant pour trancher la question de savoir si un programme est ou n'est pas «destiné à l'ensemble du public suisse». Pour le Tribunal fédéral, est seule décisive la question de savoir si le programme peut être capté en Suisse de manière individuelle et légale (consid. 5.5). Les conditions d'application du chiffre 2.1 al. 1<sup>er</sup> TC 1 étant remplies, rien ne justifiait un quelconque refus d'autoriser l'intimée à retransmettre en Suisse les programmes diffusés par la recourante (consid. 5.6).

Difficile de commenter de manière pertinente l'argumentation développée par le Tribunal fédéral sans avoir pris part aux discussions ayant abouti à l'adoption du Tarif Commun 1 et d'en connaître l'exégèse. On peut néanmoins s'étonner que le critère de la «destination» énoncé en première condition se détermine par rapport

à la possibilité qu'à l'utilisateur de capter le signal de manière individuelle comme le fait le Tribunal fédéral. Si la première condition se définit au regard de la deuxième, alors ces deux conditions se confondent et la première, qui ne rajoute rien à la deuxième, n'a guère de sens et pourrait être abandonnée. Or, on peut douter que telle ait été l'intention des parties prenantes aux négociations ayant abouti à l'adoption de ce tarif. Quant à savoir quelle était cette intention, nous ne pouvons le dire.

Quoi qu'il en soit, et de manière plus générale, cet arrêt confirme le fait que le principe de l'égalité de traitement imposé à l'art. 45 al. 2 LDA exige de la part des sociétés de gestion qu'elles délivrent des autorisations dès l'instant où les conditions posées par le tarif applicable sont remplies. Comme le relève le Tribunal fédéral en citant le Professeur Dessemontet (FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Vol. CEDIDAC n° 39, Lausanne 1999, N. 242 p. 190), l'obligation de contracter ainsi posée conduit à rapprocher les droits à rémunération des licences légales, l'utilisateur ayant un droit à l'exploitation de l'œuvre dès l'instant où il satisfait aux conditions d'application du tarif.

PHILIPPE GILLIÉRON, PROFESSEUR REMPLAÇANT,  
UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

## Durch Dritte erstellte Pressespiegel zum Eigengebrauch

Bundesgerichtsentscheid vom 26. Juni 2007 (BGE 133 III 473)

*Die Erstellung betriebsinterner elektronischer Pressespiegel ist gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig. Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste, die für ihre Kunden elektronische Pressespiegel erstellen, können Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG sein.*

*L'établissement de revues de presse électroniques à l'intérieur d'une entreprise est autorisé au sens de l'art. 19 al. 1 lit. c LDA. Les services de documentation qui mettent sur pied pour leur clients de telles revues de presse électroniques peuvent être des entités tierces au sens de l'art. 19 al. 2 LDA.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die ProLitteris (Beklagte) zieht für elektronische Vervielfältigungen von Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdiensten gestützt auf den GT 8/VI seit dem 1. Januar 2002 und für interne elektronische Pressespiegel gestützt auf den GT 9/VI seit dem 1. Januar 2004 Vergütungen ein. Mit Urteil vom 21. Dezember 2006 verbot das Obergericht des Kantons Zürich auf Begehren einiger Zeitungverleger der Beklagten, gegenüber Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdiensten Vergütungsansprüche geltend zu machen für die elektronische Vervielfältigung und Verbreitung (elektronische Versendung oder Zugänglichmachung) von journalistischen Beiträgen festangestellter Journalistinnen und Journalisten der Klägerinnen, die in Printmedien, sog. Electronic Papers (elektronische Ausgabe von Zeitungen und Zeitschriften) und/oder in den Online-Medien der Klä-

gerinnen veröffentlicht werden. Das Obergericht kam zum Schluss, dass die Erstellung interner elektronischer Pressespiegel unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG fallen könne und die Beklagte insofern gestützt auf Art. 20 Abs. 2 und 4 URG Vergütungen erheben dürfe. Die Herstellung elektronischer Pressespiegel durch Presseauschnitt- oder Dokumentationslieferdienste für einen Auftraggeber sei hingegen nur mit Zustimmung der an den betroffenen Werkexemplaren Berechtigten zulässig, da diese Dienste nicht Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG seien. Die Beklagte könne deshalb dafür keine Vergütungen geltend machen.

### Aus den Erwägungen

2. Die Klägerinnen geben Zeitungen und Zeitschriften heraus. Sie können sich unbestritten auf die Urheberrechte an



# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

den von ihnen verlegten und veröffentlichten Exemplaren dieser Print- oder Online-Medien berufen, und es ist nicht mehr umstritten, dass ihnen insbesondere die Urheberrechte an den in diesen Medien veröffentlichten Beiträgen ihrer festangestellten Journalisten zustehen. Die Klägerinnen behaupten, die beklagte Verwertungsgesellschaft verletze diese Urheberrechte durch die Einziehung von Vergütungen insofern, als sie sich die Befugnis anmasse, über die Verwertung des Werks zu entscheiden. Sie verlangen gestützt auf Art. 62 Abs. 1 lit. a URG, es sei der Beklagten zu verbieten, Vergütungen für die Verwertung ihrer Werke in elektronischen Pressespiegeln, die von Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdiensten erstellt werden, zu erheben. Bei elektronischen Pressespiegeln handelt es sich um individuelle Zusammenstellungen von Artikeln aus Zeitungen und Zeitschriften, die Unternehmen und Behörden zu bestimmten Themenbereichen in elektronischer Form herstellen oder herstellen lassen und an ihre Mitarbeiter verteilen.

**2.1** Nach Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Dieses Recht umfasst nach Abs. 2 der Norm insbesondere das Vervielfältigungsrecht (lit. a) und das Verbreitungsrecht (lit. b). Das Gesetz sieht zugunsten allgemeiner Interessen Beschränkungen des Urheberrechts vor, so namentlich in Art. 19 URG mit Bezug auf den Eigengebrauch. In diesem Fall bedarf die Werkverwendung nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, sie unterliegt aber nach Massgabe von Art. 20 Abs. 2 URG der Vergütungspflicht. Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Deren Befugnis zur Erhebung der Vergütungen ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 20 Abs. 4 URG); sie bedarf keiner rechtsgeschäftlichen Grundlage in Verträgen mit den Rechtsinhabern (BGE 124 III 489 E. 2a S. 493 mit Hinweis). Die Verwertungsgesellschaften sind verpflichtet, im bewilligungspflichtigen Bereich Tarife aufzustellen für die geltend gemachten Vergütungen (Art. 46 URG). Sind mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig, stellen sie für die gleiche Verwendung von Werken einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundsätzen auf und bezeichnen eine unter ihnen als gemeinsame Zahlstelle (Art. 47 Abs. 1 URG). Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ist zuständig für die Genehmigung der Tarife (Art. 55 Abs. 1 URG). Rechtskräftig genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG). Den Verwertungsgesellschaften ist es allerdings nicht gestattet, auf dem Umweg über einen genehmigten Tarif eine Vergütungspflicht für Tätigkeiten einzuführen, die nach dem Gesetz vergütungsfrei sind (BGE 127 III 26 E. 4 S. 28; 125 III 141 E. 4a S. 144 f.). Es ist Aufgabe der Zivilgerichte, darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzeswidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet werden (BGE 125 III 141 E. 4a S. 145).

**2.2** Die Beklagte zieht gestützt auf Ziffer 6.3.24.2 des von der Eidgenössischen Schiedskommission genehmigten GT 8/VI

Vergütungen für elektronische Vervielfältigungen von Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdiensten ein. Diese Ziffer lautet: «Im Sinne einer Ausnahme zu Ziffer 5.4 (...) fallen die im Rahmen des erlaubten Eigengebrauchs gemäss Art. 19 URG bzw. Art. 22 FL-URG erstellten elektronischen Vervielfältigungen, die ein Dokumentationslieferdienst oder ein Presseauschnittsdienst im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG bzw. Art. 22 Abs. 2 FL-URG elektronisch versendet (z.B. als attachment eines E-Mails) bzw. dem Berechtigten ermöglicht, die auf Anfrage elektronisch hergestellten und für ihn bereitgestellten Werkexemplare einzeln bei sich herunterzuladen, ebenfalls unter den gemeinsamen Tarif 8 und werden gemäss Ziffer 6.3.24.1 abgerechnet. Verwendungen im Rahmen von Ziffer 5.2 (...) sind davon ausgeschlossen.»

**3.** Das Obergericht kam zum Schluss, dass die Erstellung eines betriebsinternen elektronischen Pressespiegels sowie dessen betriebsinterne digitale Übermittlung gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c URG unter Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG zulässig sind. Die Klägerinnen bestreiten dies zu Recht nicht.

**3.1** Gestützt auf Art. 19 Abs. 1 URG dürfen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt unter BGE 133 III 473 S. 478 anderem nach lit. c das Vervielfältigen von Werkexemplaren in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information oder Dokumentation. Zwar nennt die Norm nur das Vervielfältigungsrecht, dieses muss jedoch das Recht mitenthalten, die Vervielfältigung innerhalb des Betriebs zu verbreiten, da sonst der Zweck – die interne Information oder Dokumentation – gar nicht erreicht werden könnte (CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Diss. Bern 1997, S. 98; IVAN CHERPILLOD, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. II/1, 2. Aufl. 2006, S. 277 f.; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [...] vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 477, S. 540, sowie die Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl 2006 S. 3389, 3421). Art. 19 Abs. 3 lit. a URG schliesst für den Eigengebrauch im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare aus. Unter den Begriff des Werkexemplars fallen hier die jeweilige Zeitung oder Zeitschrift, nicht hingegen der einzelne darin enthaltene Presseartikel (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. 2000, N. 23 zu Art. 19 URG; YANSHI BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Diss. Bern 2004, S. 78). Von einer weitgehend vollständigen Vervielfältigung des Werkexemplars ist auszugehen, wenn in Anbetracht des Umfangs der Kopie für den Durchschnittskonsumenten der Kauf des vollständigen Exemplars uninteressant wird (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 23 zu Art. 19 URG).

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

3.2 Art. 19 URG soll im Bereich der unkontrollierbaren Massennutzung verhindern, dass sich die Nutzer im Zustand des ständigen Rechtsbruchs befinden (Botschaft 1989, a. a.O., S. 538; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 5 zu Art. 19 URG; FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Randnr. 420). Unter diesem Gesichtspunkt kann es keine Rolle spielen, ob bei der Erstellung einer Presseübersicht ein Zeitungsartikel kopiert und damit eine analoge Kopie gemacht wird oder ob der Artikel mit einem Scanner erfasst und so eine digitale Kopie hergestellt wird (vgl. auch WERNER STAUFFACHER, *Neue Nutzungsformen – neuer Gemeinsamer Tarif*, in: *Medialex BGE 133 III 473 S. 479 2004 S. 7*). Auch die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3421, geht davon aus, dass ein Werk gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. c URG in Form einer digitalen Kopie in einem betriebsinternen Netzwerk gespeichert werden darf. Entsprechend muss die betriebsinterne Verbreitung des elektronischen Pressespiegels über das Computernetzwerk ebenfalls zulässig sein (CHERPILLOD, a.a.O., S. 278; GASSER, a. a.O., S. 98; die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3421, bezeichnet dies als «selbstverständlich»).

3.3 Für die Erstellung eines internen elektronischen Pressespiegels erforderliche Vervielfältigungshandlungen sind unter Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zulässig. Mit Bezug auf Printmedien bedeutet dies namentlich, dass der Betrieb die betreffenden Seiten der Zeitungen einscannen, die digitalisierten Daten abspeichern, die ausgewählten Artikel aus der eingescannten Quellseite ausschneiden, auf eine Zielseite übertragen und die so entstandene Datei abspeichern darf (vgl. dazu TONIA ROGGE, *Elektronische Pressespiegel in urheber- und wettbewerbsrechtlicher Beurteilung*, Diss. Hamburg 2001, S. 59 ff.). Bei den Electronic Papers, d.h. den integralen Digitalausgaben von Zeitungen und Zeitschriften im Original-Layout, und den Online-Ausgaben, die auf dem Internet unentgeltlich angeboten werden, tritt in der Regel das Herunterladen an die Stelle des Einscannens.

4. Wer zum Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 URG berechtigt ist, darf die dazu erforderlichen Werkexemplare gemäss Art. 19 Abs. 2 URG auch durch Dritte herstellen lassen.

4.1 Im vorliegenden Verfahren ist umstritten, ob Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste Dritte im Sinne dieser Bestimmung sind, so dass die Beklagte ihnen gegenüber nach Art. 20 URG Vergütungen für die elektronische Vervielfältigung und Verbreitung der im Rechtsbegehren 2 umschriebenen Beiträge geltend machen darf. Presseauschnittdienste durchsuchen nach der Umschreibung des Obergerichts auf Grund der von ihren Kunden vorgegebenen Stichworte die Medien themenbezogen und tagesaktuell und erstellen mit den gefundenen Artikeln einen elektronischen Pressespiegel. Mit Bezug auf die Tätigkeit der Dokumentationslieferdienste beschränkt sich das Obergericht darauf festzuhalten, diese Dienste würden Recherchen in ihren Medienarchiven durchführen. Die Konstellation, dass Presseerzeugnisse vollständig kopiert, Archive angelegt

und hernach auf Bestellung die gewünschten Artikel ausgeliefert werden, ist nach den Feststellungen des Obergerichts im vorliegenden Fall nicht zu beurteilen. Unter den im Rechtsbegehren 2 der Klägerinnen verwendeten Begriff «Online-Medien» fallen sowohl die Electronic Papers als auch die aktuellen Online-Angebote.

4.2 In der Lehre besteht keine Einigkeit darüber, ob die Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste als Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG qualifiziert werden können. Nach der einen Meinung, welcher der Appellationshof des Kantons Bern in einem Urteil vom 21. Mai 2001 gefolgt ist (publ. in: sic! 7/2001 S. 613/618), muss die Frage verneint werden (CHRISTOPH GASSER, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli, *Stämpflis Handkommentar SHK, Urheberrechtsgesetz*, N. 27 zu Art. 19 URG; THIERRY CALAME, *Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht*, in: *recht 20/2002 S. 176/184*; JENS KAESSNER, *Elektronische Archive und Pressespiegel*, in: *AJP 1999 S. 1276/1278 f.*; BU, a.a.O., S. 83; LUKAS BÜHLER, *Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet*, Diss. Freiburg 1999, S. 261 f.). Zur Begründung wird ausgeführt, der Gesetzgeber habe mit Art. 19 Abs. 2 URG bloss denjenigen entgegenkommen wollen, die sich kein eigenes Kopiergerät leisten könnten (Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, a.a.O., S. 618). Weiter wird geltend gemacht, beim Leistungsangebot der kommerziellen Anbieter von elektronischen Pressespiegeln handle es sich um ein Servicepaket (Recherche/Selektion/Vervielfältigung), dessen Inhalt einen nicht mehr vom Privilegierungstatbestand erfassten Eingriff in die Nutzungsrechte des Urhebers darstelle (CALAME, a.a.O., S. 184). Selbst wenn man das Anbieten des Servicepakets auf Bestellung grundsätzlich als zulässig erachte, sei die zu beurteilende Tätigkeit dennoch nicht gestattet, da sie den Kauf der im Handel angebotenen Verlagserzeugnisse als entbehrlich erscheinen lasse (CALAME, a.a.O., S. 184 f.; KAESSNER, a.a.O., S. 1278). Umfangreiche Zeitungsauswertungen durch kommerzielle Anbieter könnten völlig aus der Kontrolle des Urhebers geraten (BU, a.a.O., S. 83). Nach der anderen Doktrin, der das Zivilgericht Basel-Stadt in einem Urteil vom 19. Juni 2002 (publ. in: sic! 3/2003 S. 217/222) gefolgt ist, können Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG sein (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 17 zu Art. 19 URG; RETO M. HILTY, *Anmerkung zum Urteil des Appellationshofes Bern vom 21. Mai 2001*, in: sic! 7/2001 S. 623/627; derselbe, *Vergütungssystem und Schrankenregelungen*, in: *GRUR 2005 S. 819/822*; CHERPILLOD, a.a.O., S. 280; WERNER STAUFFACHER, *Elektronische Pressespiegel und kein Ende?*, in: sic! 5/2003 S. 458/460; MATTHIAS HÄUPTLI, *Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht*, Diss. Basel 2004, S. 113; WILLI EGLOFF, *Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch*, in: *Medialex 2006 S. 35/40/44*). Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, die Tätigkeit des Auswählens von Artikeln stelle keine urheberrechtlich relevante Handlung dar (HILTY, *Anmerkung*, a.a.O., S. 627; HÄUPTLI, a.a.O., S. 113).

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

4.3 Nach Art. 19 Abs. 2 URG ist es dem zum Eigengebrauch Berechtigten gestattet, die «dazu erforderlichen Werkexemplare auch durch Dritte herstellen zu lassen». Das Erstellen einer digitalen Kopie ist demnach vom Wortlaut der Norm gedeckt. Art. 19 Abs. 2 URG soll verhindern, dass ein Dritter, der die Kopie für den zum Eigengebrauch Berechtigten herstellt, Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verletzt. Die Bestimmung wurde unter Berücksichtigung der gängigen Kopierpraxis eingeführt (Botschaft 1989, a.a.O., S. 540). Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang zwar lediglich die Konstellation, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte selber über keinen Kopierapparat verfügt (Botschaft 1989, a.a.O.). Da zum damaligen Zeitpunkt die rasante Entwicklung der Computertechnologie nicht vorhersehbar war, kann daraus aber nicht der Schluss gezogen werden, die Herstellung digitaler Kopien falle von vorneherein nicht unter Art. 19 Abs. 2 URG; das gilt umso mehr, als der Scanner wie das Kopiergerät ein technisches Hilfsmittel für die Erstellung einer Kopie des Werkexemplars sind. Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG sprechen demnach wie der Wortlaut dafür, dass die Erstellung einer digitalen Kopie von der Norm abgedeckt wird.

4.4 Die Tatsache, dass die Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste vor Herstellen des Werkexemplars nach Stichworten des Kunden eine Recherche durchführen und die zu kopierenden Artikel auswählen, steht der Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG nicht entgegen. Die blosser Lektüre von Printmedien auf bestimmte Stichworte hin und die anschliessende Auswahl von Artikeln durch den Dritten greifen nämlich nicht in die in Art. 10 URG umschriebenen Nutzungsrechte des Urhebers ein. Für das Lesen der Electronic Papers bzw. der Online-Angebote auf dem Bildschirm muss das Werk über das Internet abgerufen werden, womit geschützte Daten im Arbeitsspeicher oder anderen Pufferspeichern des Nachfragers gespeichert werden und urheberrechtlich gesehen eine Vervielfältigung vorgenommen wird. Diese flüchtige Speicherung erlaubt jedoch keine über die Wahrnehmung hinausgehende Werkverwendung; sie ist vielmehr Teil der Werkvermittlung. Ihr kommt damit keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu, weshalb sie vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers auszunehmen ist (BÜHLER, a.a.O., S. 166; vgl. auch den Entwurf eines neuen Art. 24a URG, wonach vorübergehende Vervielfältigungen eines Werks zulässig sind, wenn sie flüchtig oder begleitend sind, einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen, ausschliesslich der Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder einer rechtmässigen Nutzung dienen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben; BBl 2006 S. 3444). Die Online-Recherche (sog. Browsing) ist grundsätzlich geeignet, Art. 10 Abs. 2 lit. a URG zu verletzen, da sie die vorübergehende, wenn auch nur extrem kurze Festlegung der digitalisierten Fassung eines Werks im Arbeitsspeicher des Computers voraussetzt (ULRICH LOEWENHEIM, in: Gerhard Schrickler [Hrsg.], Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2006, N. 20 f. zu § 16 dURG). Hier handelt es sich jedoch ebenfalls um eine flüchtige Speicherung, der keine

eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt, weshalb sie vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers auszunehmen ist (vgl. auch die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3431, die im Zusammenhang mit der geplanten Einführung eines Art. 24a URG das Browsing ausdrücklich nennt). Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass der Anbieter, der eine Webseite im Netz bereitstellt, mit dem Browsen einverstanden ist, da er den Zugriff möglichst vieler Nutzer beabsichtigt (ROGGE, a.a.O., S. 304 f.).

4.5 Die Gründe, welche in der Lehre dafür angeführt werden, Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste allgemein nicht als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG zu betrachten, sind nicht stichhaltig. Dieses Ergebnis entspricht auch der Meinung, die der Bundesrat im Zusammenhang mit der geplanten Änderung von Art. 19 Abs. 2 URG vertritt. Das URG soll im Rahmen der vorgesehenen Ratifikation des WIPO-Urheberrechtsvertrags (im Folgenden: WCT), der den Schutz der Urheber in Bezug auf grenzüberschreitende Kommunikationstechnologien wie das Internet regelt, in verschiedener Hinsicht revidiert werden. Im vorparlamentarischen Verfahren wurde von Interessengruppen verlangt, die Möglichkeit, für den Eigengebrauch bestimmte Vervielfältigungen durch Dritte herstellen zu lassen, sei auf den Bereich der Reprographie einzuschränken (Botschaft 2006, a.a.O., S. 3404). Der Entwurf des Bundesrates kommt dieser Forderung nicht nach. Gemäss der in der Botschaft vertretenen Meinung genügen die in anderer Hinsicht vorgenommenen Ergänzungen von Art. 19 URG, um die Norm an das digitale Umfeld anzupassen (Botschaft 2006, a.a.O., S. 3429). Der Bundesrat hält es demnach nicht für erforderlich, mit Bezug auf die Zulässigkeit der digitalen Vervielfältigung durch Dritte eine Klarstellung vorzunehmen. Der Ständerat hat als erstbehandelnder Rat dem Entwurf des Bundesrates mit Bezug auf die Änderung von Art. 19 Abs. 2 URG am 19. Dezember 2006 diskussionslos zugestimmt (AB 2006 S 1203 f.).

5. Die Klägerinnen machen mit ihrem generell formulierten Rechtsbegehren geltend, es gebe bei der elektronischen Vervielfältigung und Verbreitung der im Rechtsbegehren 2 umschriebenen journalistischen Beiträge überhaupt kein Vorgehen, bei dem die Handlungen der Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste unter Art. 19 Abs. 2 URG fallen würden.

5.1 Nach den Feststellungen des Obergerichts werden die Zeitungsausschnittsdienste gemäss heutiger Geschäftspraxis von ihren Kunden nicht mit der Suche nach einem bestimmten Artikel beauftragt. Gesucht wird vielmehr nach allgemeinen Suchbegriffen (Namen, Sachthemen, Inserate), die die Kriterien der Kunden erfüllen. Die kommerziellen Presseauschnittsdienste kennen unterschiedliche Verfahren für die Erstellung elektronischer Pressespiegel. Beim selektiven Einscannen werden die Printmedien von Lektoren nach Artikeln zu vorgesehenen Themenbereichen durchsucht. Die interessierenden Artikel werden gekenn-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

zeichnet, eingescannt, in ein computerlesbares Textformat übersetzt, am Computer bearbeitet (ausgeschnitten) und in Kopie auf einer Datenbank gespeichert. Wenn die Mitarbeiter auch in den von den Verlagen angebotenen Online-Ausgaben recherchieren, werden die digitalisiert vorliegenden Artikel entweder direkt aus dem Netz heruntergeladen oder aber ausgedruckt und anschliessend eingescannt. Beim vollständigen Einscannen werden die ausgewählten Presseerzeugnisse vollständig oder teilweise – sofern lediglich einzelne Rubriken erfasst werden sollen – mit einem Scanner seitenweise digitalisiert. Anschliessend werden die Zeitungsseiten in Volltextdateien umgewandelt, und es wird anhand von vorgegebenen Stichwörtern eine Selektion vorgenommen. Die beim Suchvorgang gefundenen Artikel werden vom Programm ausgeworfen und in einer entsprechenden Datei abgespeichert. Die digitalen Artikel werden bearbeitet, abgespeichert und beim kommerziellen Anbieter nach den jeweiligen Suchprofilen den einzelnen Kunden zugeordnet.

**5.2** Für die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 2 URG ist zunächst nicht erforderlich, dass die berechtigte Person das Werk selbst zur Verfügung stellt (BGE 128 IV 201 E. 3.5 S. 214; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 20 zu Art. 19 URG; GASSER, a.a.O., S. 109 f.; KAESSNER, a.a.O., S. 1279; TOBIAS BAUMGARTNER, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Diss. Zürich 2006, S. 85; der Entwurf des Bundesrates zu einem Urheberrechtsgesetz von 1984 hatte dies hingegen in Art. 29 Abs. 3 – ausser für öffentlich zugängliche Dokumentationszentren gemäss Abs. 2 der Norm – ausdrücklich vorgesehen; BBl 1984 III 173, S. 271). Der Dritte darf also aus eigenen Beständen kopieren. Voraussetzung ist immerhin der rechtmässige tatsächliche Zugang zum Originalexemplar (BGE 128 IV 201 E. 3.5 S. 214). Darüber hinaus muss auch bei Art. 19 Abs. 2 URG die Schranke von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG berücksichtigt werden; die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare ausserhalb des privaten Kreises ist demnach unzulässig (BGE 128 IV 201 E. 3.5 S. 214; die geplante Neufassung von Art. 19 Abs. 2 URG sieht den Vorbehalt von Abs. 3 ausdrücklich vor; BBl 2006 S. 3443).

**5.3** Dem Obergericht ist insoweit zuzustimmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selbst bestimmen muss, was kopiert werden soll, damit Art. 19 Abs. 2 URG zur Anwendung kommt. Ein Kopieren auf Vorrat durch den Dritten ist damit ausgeschlossen. Entgegen der Ansicht des Obergerichts legt der zum Eigengebrauch Berechtigte jedoch auch dann fest, welche Werkexemplare zu erstellen sind, wenn er den Presseauschnitt- oder Dokumentationslieferdiensten lediglich die Stichworte für die Auswahl der Werke nennt, weil auch in diesem Fall die Selektion auf seinen Kriterien beruht.

**5.4** Da die Recherche und die Selektion der Artikel urheberrechtlich irrelevante Handlungen sind, greifen die Presseauschnitt- oder Dokumentationslieferdienste damit nicht in die Urheberrechte der Klägerinnen ein. Darüber hinaus

bestimmen die Kunden selber, welche Artikel kopiert werden sollen. Die Klägerinnen machen nicht geltend, die Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste hätten keinen rechtmässigen tatsächlichen Zugang zu den Originalexemplaren. Sofern die Dienste bei der Herstellung der Kopie keine anderen Handlungen vornehmen, als der zum Eigengebrauch Berechtigte selber vornehmen dürfte (siehe dazu oben E. 3.3), fällt die Vervielfältigung des Werkexemplars deshalb unter Art. 19 Abs. 2 URG.

**6.** Die Klägerinnen wenden schliesslich ein, der Beschleunigungseffekt durch die elektronische Vervielfältigung und Verbreitung von Pressespiegeln gefährde sie offensichtlich in hohem Masse, da die Tätigkeit der Medienbeobachtungsunternehmen nunmehr einer Verlagstätigkeit gleichkomme und den Kauf der im Handel angebotenen Printmedien als entbehrlich erscheinen lasse. Die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG auf die genannte Tätigkeit der Medienbeobachtungsunternehmen verletze deshalb den in verschiedenen internationalen Abkommen vorgesehenen Dreistufentest.

**6.1** Der in Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst in der Pariser Fassung vom 24. Juli 1971 (SR 0.231.15; im Folgenden: RBÜ) für die Vervielfältigung und in Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (SR 0.632.20, Anhang 1C; im Folgenden: TRIPS-Abkommen) allgemein festgeschriebene Dreistufentest sieht vor, dass (1.) Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle eingegrenzt werden, (2.) die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt werden darf und (3.) die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unangemessen verletzt werden dürfen (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 WCT). Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus. Es muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Ausnahme oder Beschränkung verfolgt wird. Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts. Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem diesbezüglichen Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist. In der dritten Teststufe ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn vorzunehmen. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ist unzulässig, sofern er ihnen nicht zugemutet werden darf (Botschaft 2006, a.a.O., S. 3413). Die Beeinträchtigung ist dann unzumutbar, wenn die Interessen Dritter diejenigen des Rechtsinhabers nicht zu überwiegen vermögen (CHRISTOPH GASSER/SANDRO MACCIACCHINI/REINHARD OERTLI, in: Müller/Oertli, a.a.O., N. 16 der Vorbem. zu Art. 19 URG). Durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung kann die durch eine Schranke verursachte Verletzung berechtigter Interessen so abgemildert werden, dass keine Verletzung der dritten Teststufe vorliegt (MARTIN SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR International 2004 S. 200/205; BAUMGARTNER, a.a.O., S. 112). Auf Grund der unterschied-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

lichen Formulierungen in den verschiedenen internationalen Erlassen, die den Dreistufentest vorsehen, ist unklar, um wessen Interessen es im Rahmen dieser dritten Stufe überhaupt geht. Während Art. 9 RBÜ und Art. 10 WCT vom Urheber sprechen, nennt Art. 13 TRIPS-Abkommen den Rechtsinhaber. Die Interessen der Verwerter stimmen aber nicht notwendigerweise mit denjenigen der Urheber überein. Da der Dreistufentest dem Schutz des Urhebers mindestens ebenso dient wie demjenigen der Verwerter, geht es nicht an, ihn ausschliesslich aus der Optik des Verwerter vorzunehmen (RETO M. HILTY, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, in: sic! 12/2004 S. 966/969; derselbe, Vergütungssystem, a.a.O., S. 825 f.; vgl. auch SENFLEBEN, a.a.O., S. 209).

**6.2** Da die Beschränkung des ausschliesslichen Rechts nur den Fall betrifft, dass anstelle des zum Eigengebrauch Berechtigten ein Dritter ein Werkexemplar herstellt, ist die erste Teststufe im vorliegenden Fall unproblematisch. Die normale Verwertung einer Zeitung liegt sodann – wie die Klägerinnen selbst festhalten – im Verkauf sowie in der Nutzung der Online-Ausgaben und der Electronic Papers. Nach den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts ist die klägerische Behauptung, die Tätigkeit der Medienbeobachtungsunternehmen führe zu einem Rückgang der Auflagen und zum Verlust von Lesern, unbelegt und unsubstantiiert. Eine Verletzung der zweiten Teststufe liegt demnach nicht vor.

**6.3** Im Rahmen der dritten Teststufe ist eine Abwägung zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und denjenigen Dritter vorzunehmen. Der einzelne Informationssuchende wird in der immer dichter werdenden, unstrukturierten Datenflut zunehmend auf Spezialisten angewiesen sein. Das gilt gerade für kleine Betriebe, die für die Informationssuche kaum professionelle eigene Angestellte bezahlen können (HILTY, Urheberrecht, a.a.O., S. 968). Auf Grund der praktisch nicht mehr überschaubaren Anzahl von Presstiteln hat die Informationsgesellschaft mit Blick auf die Meinungsvielfalt ein grosses Interesse daran, dass spezialisierte Anbieter elektronische Pressespiegel für ihre Kunden erstellen dürfen, ohne dafür auf die Zustimmung der Verlage angewiesen zu sein (HILTY, Urheberrecht, a.a.O., S. 969; derselbe, Vergütungssystem, a.a.O., S. 825 ff.; EGLOFF, a.a.O., S. 41; vgl. auch THOMAS HOEREN, Pressespiegelschranken im Urheberrecht – eine Anfrage an die Informationsfreiheit, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 773/775, wonach ein Verbot in die Grundfesten der Informationsfreiheit eingreife und daher nicht begründbar sei). Unter Berücksichtigung dieser Ausgangslage kann nicht angenommen werden, es werde in die berech-

tigten Interessen der Rechtsinhaber auf unzumutbare Weise eingegriffen, wenn ihnen anstelle des Verbotsrechts lediglich ein Vergütungsanspruch eingeräumt wird, da sowohl die Interessen der Journalisten als auch diejenigen der Verlage zu berücksichtigen sind. Mit Bezug auf den Pressepiegel ist dem Verlag, der sich in der Regel von den Journalisten umfassende Nutzungsrechte einräumen lässt, zwar mit einem Verbot am besten gedient, da er es damit in der Hand hat, die Vervielfältigung der Werke zu verhindern oder seine Zustimmung gegen entsprechendes Entgelt zu erteilen. Der Journalist als Urheber des einzelnen Artikels hat an einem Verbot hingegen kein Interesse. Einerseits ist er daran interessiert, dass seine Beiträge vielen Lesern zur Verfügung stehen. Andererseits verdient er nur dann an der durch den Presseauschnitt- oder Dokumentationslieferdienst vorgenommenen Vervielfältigung, wenn statt des an den Verlag abgetretenen Verbotsrechts ein Vergütungsanspruch besteht (vgl. Art. 49 Abs. 3 URG). Da sich unter diesen Umständen die Interessen des Urhebers im Resultat mit denjenigen der Allgemeinheit decken und der Verlag durch die entgeltliche gesetzliche Lizenz eine Vergütung erhält, ist der Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht als unzumutbar anzusehen (vgl. auch HILTY, Urheberrecht, a.a.O., S. 969; derselbe, Vergütungssystem, a.a.O., S. 820 und 825 f.). Auch die dritte Teststufe ist demzufolge nicht verletzt.

**6.4** Nach dem Gesagten steht die Auslegung von Art. 19 Abs. 2 URG, wonach Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste, die für ihre Kunden nach deren Stichworten elektronische Pressespiegel erstellen, Dritte im Sinn dieser Norm sein können, nicht im Widerspruch zum Dreistufentest.

**7.** Gemäss Ziffer 6.3.24.2 des GT 8/VI zieht die Beklagte Vergütungen nur für solche elektronische Vervielfältigungen ein, die die Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdienste als Dritte im Sinn von Art. 19 Abs. 2 URG erstellen und elektronisch versenden. Nach dem Gesagten sind derartige Konstellationen denkbar. Ziffer 5.5 des GT 8/VI weist darüber hinaus darauf hin, dass für das vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigen im Handel erhältlicher Werkexemplare die ausdrückliche Erlaubnis der betreffenden Rechtsinhaber erforderlich sei. Die Beklagte mass sich demnach keine Befugnisse der Klägerinnen an, wenn sie gemäss Ziffer 6.3.24.2 des GT 8/VI von den Presseauschnitt- und Dokumentationslieferdiensten Vergütungen einzieht, sondern erfüllt vielmehr ihre gesetzliche Pflicht, für zwingend verwertungspflichtige Nutzungen Vergütungsansprüche geltend zu machen (Art. 44 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 und 4 URG). Die Berufung ist begründet. ■

## Jahresangabe als werbende Äusserung

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Oktober 2007 (A-563/2007)

*Der Zusatz «Depuis 1775» in einem Sponsoringbillboard stellt eine unzulässige werbende Äusserung dar, da dieser Hinweis auf die langjährige Tradition des Unternehmens eine Aussage zur Qualität der Produkte darstellt.*

*Le mention «Depuis 1775» dans un écran de sponsoring revêt un caractère publicitaire prohibé. En effet, cette indication fait référence à la longue tradition de l'entreprise, ce qui relève d'une assertion relative à la qualité des produits.*

### Sachverhalt (Zusammenfassung):

Bis Herbst 2006 wurde die Montres Breguet SA jeweils – ihrem Marktauftritt entsprechend – unter ihrem Logo bzw. unter Verwendung des Sponsoringbillboards «Montres Breguet – Depuis 1775» als Sponsorin ausgewiesen. In der Folge kam es jedoch nicht zum beabsichtigten Auftritt als Sponsorin einer Sendung, da die publisuisse SA (eine Tochtergesellschaft der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft, SRG) die bis dahin praktizierte Sponsornennung zurückwies. Konkret ging es darum, dass der Zusatz «Depuis 1775», welcher Bestandteil der Marke der Montres Breguet SA ist, nicht im Rahmen des Sponsorings erscheinen durfte, da er als werbend eingestuft wurde.

### Aus den Erwägungen

Vorliegend handelt es sich um ein Feststellungsverfahren. Es geht darum zu klären, ob die Ausstrahlung eines Sponsorhinweises gegen das RTVG verstossen würde. Dieser Fall ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Weil sich eine allfällige Verletzung der einschlägigen Bestimmungen aber erst unter neuem Recht ereignen würde und (noch) kein Aufsichtsverfahren hängig ist, scheint eine Anwendung von Art. 113 Abs. 2 Satz 1 RTVG e contrario angezeigt. Die Beurteilung hat somit nach neuem Recht zu erfolgen.

3. Strittig ist vorliegend, ob «Montres Breguet – Depuis 1775» ein zulässiger Sponsorhinweis ist.

3.1 Die Altersangabe «Depuis 1775» ist Teil der Marke der Beschwerdeführerin. Das markenrechtlich geschützte Logo selbst besteht aus zwei Uhrzeigern, unterhalb derer sich der Schriftzug «Breguet» befindet. Wiederum unterhalb dieses Schriftzuges ist die Altersangabe «Depuis 1775» angebracht. Der gesamte Marktauftritt erfolgt der Beschwerdeführerin zufolge unter Verwendung des beschriebenen Logos. Bisher verwendete die Beschwerdeführerin denn auch im Sponsoring den Hinweis «Montres Breguet – Depuis 1775». Dieser ist somit eine Kombination aus dem markenrechtlich geschützten Logo der Beschwerdeführerin und ihrem Firmennamen «Montres Breguet SA».

3.2 Nach Auffassung der Vorinstanz ist der markenrechtlich geschützte Zusatz «Depuis 1775» mehr als nur eine das Unternehmen identifizierende Aussage. Der Hinweis auf die Tradition eines Unternehmens beinhaltet letztlich eine Aussage zur Qualität der Produkte des Sponsors. Es soll auf ein etabliertes Know-how und damit auf einen Vorteil aufmerksam gemacht und so wiederum Vertrauen geschaffen werden. Gerade bei Qualitäts- und Luxusprodukten wie Uhren würden solche Zusätze häufig eingesetzt. Ihrer Meinung nach sei bei Beurteilung der Zulässigkeit eines Zusatzes massgebend, ob ein Sponsor in seiner Nennung werbliche Aussagen platziere; ob diese auch markenrechtlich geschützt sind, sei dagegen höchstens subsidiär. Andernfalls könnten Sponsoren werbliche Elemente einfach markenrechtlich schützen lassen (was sie im Übrigen aufgrund der grossen Konkurrenz im Werbemarkt regelmässig auch täten) und so das Werbeverbot umgehen. Diese Argumentation sei darüberhinaus bereits in einem Grundsatzentscheid des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) geschützt worden (Beschwerdeentscheid 519.1–315 vom 20. März 2006 i.S. Sat. 1 (Schweiz) AG gegen BAKOM). Darin wurde ein markenrechtlich geschützter Logo-Zusatz mit der Aussage «Pepsi – Ask For More» beurteilt und für unzulässig befunden. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, reine Imagewerbung werde von der Vorinstanz zugelassen, führt sie Folgendes aus: Der Imagegewinn solle nach der Konzeption des Gesetzgebers durch den Image-transfer von Sponsor und gesponserter Sendung erfolgen. Der Sponsor soll durch die Unterstützung der Sendung beim Publikum positiv in Erinnerung bleiben. Was dabei jedoch über die reine Identifizierung des Sponsors hinausgehe, sei im Rahmen von Art. 20 Abs. 2 der mit dem revidierten RTVG in Kraft getretenen Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV, SR 748.401) explizit unzulässig.

3.3 Die Beschwerdeführerin führt dagegen an, dass das Publikum einen Sponsor am besten identifizieren könne, wenn er in einer Sendung unter dem gleichen Logo ausgewiesen werde, unter welchem er auch aus seinem sonstigen Auftritt bekannt sei. Der Sponsor sei nicht verpflichtet, unter seinem formellen Firmennamen (wie er im Handelsregister eingetra-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

gen ist) aufzutreten, sondern er dürfe auch sein Firmenzeichen (Logo, Jingle) verwenden. Da die Beschwerdeführerin dem breiten Publikum weniger unter ihrem Firmennamen als ihrem Logo bekannt sei, erleichtere dessen Wiedergabe klarerweise die vom Gesetzgeber verlangte Identifikation des Sponsors. Altershinweise seien in der heutigen Zeit, wo alles modern, jung und dynamisch sein müsse, ausserdem äusserst selten. Dieses (im Lichte der üblichen Werbekonzepte) nahezu anachronistische Zeichenelement (Depuis 1775) bleibe deshalb besonders gut im Gedächtnis haften. Deshalb sei es geradezu widersinnig, wenn man der Beschwerdeführerin ausgerechnet die Verwendung dieses Zusatzes verbiete, welcher die Identifikation besonders stark erleichtere. Die Vorinstanz verkenne sodann den Zweck der Gesetzesbestimmung, nachdem unbestritten sei, dass die Sponsorbenennung die Identifikation des Sponsors sicherstelle, wenn sie der Beschwerdeführerin den Auftritt unter ihrem angestammten Logo verbieten wolle. Die Gesetzesbestimmung beziehe sich nur auf produktespezifische Werbung. Der strittige Zusatz diene jedoch nicht dem Verkauf konkreter Produkte, sondern der imagemässigen Positionierung des Unternehmens. Die gesetzliche Vorgabe könne sinnvoller Weise nur dahingehend interpretiert werden, dass das Kennzeichen, mit welchem sich der Sponsor identifiziert, gleich einem formellen Firmennamen kontinuierlich verwendet werden dürfe und keine produktbezogenen Werbeaussagen enthalten dürfe. Die Vorinstanz differenziere selbst zwischen produktbezogener Werbung und blosser Imagewerbung. Auf dieser Auslegung sei sie zu behaften. Damit gebe es zusammenfassend keinen sachlichen Grund, weshalb der Hinweis auf die langjährige Tradition eines Unternehmens nicht als reine (und zulässige) Imagewerbung eingestuft werden sollte. Der blosser Hinweis auf das Gründungsjahr des Sponsors sei in keiner Weise geeignet, die Abgrenzung von Programm und Werbung zu verwischen. In ihren Schlussbemerkungen fügt die Beschwerdeführerin ausserdem noch an, dass als Werbung die öffentliche Äusserung «im Programm» gelte, die Sponsorbenennung dagegen gerade nicht im Programm erfolge.

4. Werbung und Sponsoring ermöglichen die Finanzierung von Programmen. Zugunsten der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen bedarf es dabei einer gesetzlichen Rahmenordnung, die einerseits eine klare Trennung von redaktionellen Programminhalten und Werbebotschaften erlaubt, andererseits die Drittfinanzierung und das damit verbundene Beeinflussungspotenzial von Programmen erkennbar werden lässt (vgl. hierzu Botschaft des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1569 ff., S. 1622).

4.1 So verlangt denn auch Art. 9 Abs. 1 RTVG, dass Werbung vom redaktionellen Teil des Programms deutlich getrennt und als solche eindeutig erkennbar sein muss. Als Werbung gilt dabei jede öffentliche Äusserung im Programm, welche die Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, die Unterstützung einer Sache oder Idee oder die Erzielung einer anderen vom Werbetrei-

benden oder vom Rundfunkveranstalter selbst gewünschten Wirkung zum Zweck hat und gegen Bezahlung oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung verbreitet wird (Art. 2 Bst. k RTVG).

4.2 Sponsoring wiederum ist die Beteiligung einer natürlichen oder juristischen Person an der direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung, mit dem Ziel, den eigenen Namen, die eigene Marke oder das eigene Erscheinungsbild zu fördern (Art. 2 Bst. o RTVG). Der Sponsoringbegriff entspricht weitgehend demjenigen des bisherigen Rechts (vgl. Art. 16 Abs. 1 aRTVV) sowie den Definitionen in den europäischen Regelwerken (Art. 2 Bst. g des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5. Mai 1989, EÜGF, SR 0.784.405 bzw. Art. 1 Bst. d der EU-Fernsehrichtlinie zu Werbung, Schleichwerbung und Sponsoring vom 3. Oktober 1989).

4.3 Die Finanzierung von Rundfunkveranstaltungen durch Sponsoring ist in Art. 12 RTVG geregelt. Werden Sendungen oder Sendereihen ganz oder teilweise gesponsert, so müssen die Sponsoren am Anfang oder am Schluss jeder Sendung genannt werden (Abs. 2). Dies soll dem Zuschauer ermöglichen, vom Finanzierungsverhältnis der Sendung Kenntnis zu nehmen (vgl. MARTIN DUMMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band «Informations- und Kommunikationsrecht», Unterband «Rundfunkrecht», Basel und Frankfurt a.M. 1996, S. 127 N. 304). Die Sponsorbenennung wird als sog. Billboard bezeichnet (MICHAEL DÜRINGER, Radio – und Fernsehwerbung unter besonderer Berücksichtigung ihrer Funktion als Finanzierungsinstrumente der elektronischen Medien, Diss. Zürich 1994, S. 115). Gesponserte Sendungen dürfen weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten (Abs. 3). Die einschlägige Verordnungsbestimmung wiederum verlangt, dass die Sponsorbenennung einen eindeutigen Bezug zwischen Sponsor und Sendung herstellen muss (Art. 20 Abs. 1 RTVV) sowie dass die Sponsorbenennung lediglich solche Elemente enthalten darf, die der Identifikation des Sponsors dienen, nicht aber Aussagen von werbendem Charakter (Art. 20 Abs. 2 RTVV). Sponsoring dient einem langfristigen Imagegewinn und ist nicht auf den kurzfristigen Abschluss von konkreten Rechtsgeschäften ausgerichtet. Der Sponsorbenennung ist allerdings durchaus eine gewisse Werbewirkung zuzusprechen, da der Sponsor über sie die Erhöhung seines Bekanntheitsgrades erreichen kann und sich der für das Sponsoring typische Imagetransfer erst durch die Nennung des Sponsors in Verbindung mit der gesponserten Sendung ergibt (vgl. hierzu ROLF H. WEBER, Grundlagen für Werbung und Sponsoring, Schweizerische Mitteilungen über das Immaterialgüterrecht (SMI), 1993, S. 220 ff.; vgl. auch BGE 126 II 7 ff., insbesondere E. 4 und 5a).

5. Die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin gehen darin einig, dass entsprechend dem klaren Wortlaut von Art. 12 Abs.

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

3 RTVG Waren und Dienstleistungen eines Sponsors im Rahmen des Sponsorhinweises nicht beworben werden dürfen.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Auffassung, dass der umstrittene Zusatz «Depuis 1775» nicht dem Verkauf konkreter Produkte diene, sondern der imagemässigen Positionierung des Unternehmens. Der Hinweis auf die langjährige Tradition eines Unternehmens sei als reine (und damit zulässige) Imagewerbung einzustufen und enthalte keine werbende Aussage. Nach der Vorinstanz beinhaltet dagegen der Hinweis auf die langjährige Tradition des Unternehmens eine Aussage zur Qualität der Produkte der Beschwerdeführerin. Man wolle auf ein langjähriges Know-how und damit auf einen Vorteil der Produkte aufmerksam machen.

Dieser Auffassung ist grundsätzlich zu folgen. Dass das Element «Depuis 1775» produktbezogen ist, ergibt sich einerseits bereits daraus, dass es Bestandteil des markenrechtlichen Logos ist. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG, SR 232.11) ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Sie ist ein Mittel zur positiven Auszeichnung (Individualisierung) der eigenen Waren oder Dienstleistungen, gewährleistet die Abgrenzung gegenüber Konkurrenzangeboten und erfüllt somit eine Unterscheidungsfunktion; sie steht gewissermassen als Chiffre für das Produkt (ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, N. 497 sowie N. 500).

Andererseits hebt die Altersangabe zwar das langjährige Bestehen des Unternehmens hervor, aber ebenso die Qualität der Produkte der Beschwerdeführerin. Suggestiert die Jahreszahl doch, wie lange schon Uhren produziert werden und dass es sich um ein über die Jahrhunderte entwickeltes und perfektioniertes Produkt handelt. Gerade weil die Altersangabe etwas über die Produkte der Beschwerdeführerin aussagt, dürfte diese «Depuis 1775» in ihr markenrechtlich geschütztes Logo aufgenommen haben. Die Verwendung des markenrechtlichen Zusatzes im Sponsorhinweis wird demnach nicht nur mit der Unternehmung selbst in Verbindung gebracht, sondern gleichermassen mit den Waren und Dienstleistungen der Beschwerdeführerin, und zwar in werbender Weise.

Aber selbst wenn man der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen wollte, wonach sich die Altersangabe ausschliesslich auf das Unternehmen beziehe, liesse Art. 12 Abs. 3 RTVG den Sponsorhinweis in der von der Beschwerdeführerin gewünschten Form nicht zu, wie nachfolgende Erwägungen zeigen.

6. Art. 12 Abs. 3 RTVG lautet: «Gesponserte Sendungen dürfen weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten». Schliesst der zweite Teil von Abs. 3 un-

missverständlich jegliche direkte Werbung für Waren und Dienstleistungen aus, ist die Bedeutung des ersten Teils von Abs. 3 in der Auslegung näher zu bestimmen, scheint damit doch ein über die konkrete Werbung für Waren und Dienstleistungen hinausgehendes Werbeverbot angeordnet.

6.1 Eine Auslegung ist notwendig, wo ein Gesetzeswortlaut entweder unklar ist oder wo Zweifel bestehen, ob der scheinbar klare Wortlaut den Sinn der Norm wiedergibt. Ziel der Auslegung einer Norm ist es, deren Sinngehalt zu ergründen. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Bedeutungen zulässt. Vielmehr muss nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente wie Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm. Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Rechtsprechung lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten (vgl. zum Ganzen ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 214, sowie ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2002, N. 80 und 92).

6.2 Werbung und Sponsoring sind zwar zwei unterschiedliche Finanzierungsformen und unterliegen entsprechend unterschiedlichen Regelungen, aber durch die unmittelbare Nähe von Art. 12 RTVG zu den Bestimmungen der Werbung – Art. 12 RTVG befindet sich im dritten Abschnitt des Gesetzes mit dem Titel «Werbung und Sponsoring» – geht im Sinne einer systematischen Auslegung hervor, dass das Sponsoring dem Grundgedanken des Werbetrenngebots, mithin dem Gebot der Erkennbarkeit der Werbung (Art. 9 Abs. 1 RTVG) gleichermassen wie die Werbung selbst unterliegt und demzufolge das Sponsoring nicht zu direkten oder indirekten Werbezwecken benutzt werden darf. Das Interesse an einer unverfälschten Meinungsbildung erfordert zwingend, dass die Bestimmungen über die Trennung von redaktionellem und kommerziellem Inhalt, über die Kennzeichnung von kommerziellen Botschaften und die Werbeverbote im Rahmen des Sponsorings nicht umgangen werden dürfen. So ist denn auch Art. 12 Abs. 3 RTVG eng auszulegen, sind also alle Aussagen und Elemente von werblichem Charakter auszuschliessen; eine Auffassung, die auch durch Art. 12 Abs. 4 RTVG gestützt wird, welcher das absolute Werbeverbot gemäss Art. 10 RTVG im Rahmen des Sponsorings ausdrücklich festhält.

6.3 Zum gleichen Ergebnis führt die teleologische Auslegung, welche auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist, abstellt. Art. 12 RTVG verschafft dem öffentlichen Interesse an einer unverfälschten Meinungsbildung Nachachtung. So soll die Nennung des Sponsors dem Publikum Klarheit darüber geben, dass eine Drittfinanzierung einer Sendung vorliegt. Das Sponsoring wird aber auch in das Werbetrennangebot bzw. die Werbeverbote eingebun-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

den. Liesse man nämlich werbliche Aussagen innerhalb des Sponsorings zu, so wären sowohl das vorgesehene Finanzierungssystem als auch das Recht auf unverfälschte Meinungsbildung gefährdet.

**6.4** Dieses Verständnis von Art. 12 Abs. 3 RTVG wird denn auch durch die historische Auslegung gestützt: Aus der Botschaft geht unmissverständlich hervor, dass man an einer klaren Trennung von Sponsoring und Werbung festhalten wollte (BOTSCHAFT, a.a.O., S. 1625).

Man war sich bewusst, dass die Unternehmen ein Interesse daran haben, ihre Werbebotschaften möglichst nahe an redaktionellen Programmteilen mit hoher Publikumsaufmerksamkeit zu platzieren, und dass sich die Sponsoringhinweise, welche nicht von der eigentlichen Sendung abgetrennt werden, hierfür besonders gut eignen. So fänden sich denn auch zunehmend werbende Botschaften in den Sponsorhinweisen. Das Sponsoring habe in den vergangenen zehn Jahren einen erheblichen Wandel erfahren. Bei der Einführung des schweizerischen Rundfunkrechts habe sich der Gesetzgeber noch an einem klassischen Sponsoringbegriff orientiert. Ein Dritter finanzierte demnach eine Sendung und versprach sich einen Imagetransfer davon, dass sein Name mit dieser Sendung in Verbindung gebracht wurde. Aber auch wenn die Grenze zwischen Werbung und Sponsoring heute zusehend verwischt werde, bleibe die Unterscheidung nach wie vor relevant. Nicht zuletzt, weil der Missbrauch von Sponsornennungen zu Werbezwecken zu einer Aushöhlung der Werberegulungen führe. Die Folge hiervon seien Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil von Veranstaltern, die sich an die Vorschriften hielten. Deshalb sei am grundsätzlichen Verbot werbender Aussagen in den Sponsornennungen festzuhalten. Gestaltete Sponsorhinweise seien zwar nicht verboten, aber nur im Rahmen von Kriterien erlaubt; Kriterien, welche eine Einhaltung der Werbevorschriften zu sichern vermöchten (vgl. zum Ganzen BOTSCHAFT, a.a.O., S. 1624 f.).

Entsprechend lautete nach dem Botschaftsentwurf der dritte Absatz von Art. 12 RTVG wie folgt: «Gesponserte Sendungen dürfen weder zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten anregen noch Aussagen werbenden Charakters über Waren und Dienstleistungen enthalten. Gestaltete Sponsornennungen sind im Rahmen von Kriterien erlaubt». Nach dem zweiten Satz sollten Sponsorhinweise mit kurzen Zusatzbotschaften – etwa über das Tätigkeitsgebiet des Sponsors – angereichert werden dürfen. Die Kriterien, welche für die Zulassung gestalteter Sponsorhinweise massgebend seien, hätten sich dabei in erster Linie an Satz 1 von Absatz 3 zu orientieren: Nicht erlaubt sind demnach werbende Elemente, d.h. Aussagen werbenden Charakters bleiben auch in gestalteten Sponsornennungen (weiterhin) untersagt (BOTSCHAFT, a.a.O., S. 1680). Im Verlauf der Parlamentsdebatten wurde dieser zweite Satz des dritten Absatzes gestrichen, nachdem der Nationalrat beschlossen hatte, die im

ersten Satz enthaltenen Einschränkungen im Bereich des Sponsorings nur für die SRG gelten zu lassen (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2004 N. 66). Daraufhin schlug die Kommission des Ständerates eine neue (heutige) Fassung vor, welche die besagten Einschränkungen für alle gesponserten Sendungen, egal ob von privaten oder staatlichen Sendern, vorsah. Dies mit dem Argument, es handle sich bei Absatz drei um eine generelle Sponsoringregelung und man möchte Werbung und Sponsoring im Gesetz möglichst gut auseinander halten (vgl. AB 2005 S. 63).

**6.5** Zusammenfassend ist somit unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen Art. 12 Abs. 3 RTVG dahingehend zu verstehen, dass das Gesetz nicht nur Werbung bezogen auf Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens verbietet, sondern im Sponsoring ganz grundsätzlich werbende Aussagen ausschliesst und damit auch gestaltete Sponsorhinweise, sofern sie einen werbenden Charakter aufweisen. Und dass der Zusatz «Depuis 1775» einen werbenden Charakter aufweist, wurde bereits festgestellt (vgl. E. 5 hiervor). Der Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach das Werbeverbot lediglich produktbezogen gelte, kann demnach nicht gefolgt werden. Die von der Beschwerdeführerin gewünschte imagemässige Positionierung des Unternehmens soll sich allein daraus ergeben, dass die Unternehmung als Sponsorin einer Sendung von den Konsumenten und Konsumentinnen positiv wahrgenommen wird.

**7.** An diesem Ergebnis vermögen auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Hinweise auf das Firmenrecht nichts zu ändern.

**7.1** So bringt die Beschwerdeführerin einerseits vor, die Vorinstanz verkenne mit ihrer restriktiven Auslegung das Konzept und System des schweizerischen Kennzeichenrechts. Dies dürfe jedoch im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Sponsornennung nicht einfach ausgeblendet werden. Ein Kennzeichen sei immer dazu bestimmt, das eigene Angebot zu individualisieren und sich damit vom Gros der Konkurrenz abzugrenzen. Auch der formelle Firmenname, der nach dem Konzept der Vorinstanz im Sponsoring stets zulässig sein soll, sei im Firmenrecht ein klassisches Mittel zur Abgrenzung. Firmennamen dürften im Rahmen des Wahrheitsgebotes, des Täuschungsverbotes und wenn keine öffentlichen Interessen entgegenstünden, denn auch werbende Aussagen enthalten. Zur Veranschaulichung ihrer Vorbringen führt die Beschwerdeführerin einige Beispiele zulässiger Firmen an: «Pub Number One GmbH»; «The Best Computer AG»; «AutoCenter GmbH»; «Hans Muster, Ihr Partner beim Küchenbau»; «24-Std-Schlüssel-Blitz-Service, Antonio Muster». Damit würde nach Meinung der Beschwerdeführerin eine von der «The Best Computer AG» gesponserte Fernsehsendung in jedem Fall eine Aussage werbenden Charakters enthalten. Entscheidend könne deshalb nur sein, ob ein Logo (welches zwar eine Altersangabe oder einen vergleichbaren Hinweis, aber keine direkt pro-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

duktbezogene Werbeaussage enthält) in der Unternehmenskommunikation gleich einem Firmennamen kontinuierlich und unverändert als Absender eingesetzt werde. Folglich gebe es unter diesen Voraussetzungen vorliegend keinen Anlass, das Logo mit Altersangabe im Sponsoring schlechter zu stellen als den berühmten Firmennamen. Andererseits führe das vorinstanzliche Verbot von werbenden Zusätzen einer Marke angesichts der firmenrechtlichen Vorgaben und der erlaubten Nennung des Firmennamens im Sponsoring zwangsläufig zu willkürlichen Ergebnissen, nachgerade zu einer Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Sponsoren. Ihrer Meinung nach ist es eine Tatsache, dass Kennzeichen nach schweizerischem Recht werbende Aussagen enthalten und deshalb gewisse imagebezogene Aussagen nicht verhindert werden könnten, solange der Sponsor verpflichtet sei, sich anhand seines Firmennamens bzw. generell seines Kennzeichens als Sponsor zu identifizieren.

7.2 Soweit der Einwand der Beschwerdeführerin als systematisch-teleologischer Vergleich gemeint ist, also als ein Vergleich im Rahmen der Auslegung, der sich über den einschlägigen Erlass, das RTVG, hinaus auf sachnahe Normen bzw. Interessenwertungen aus anderen Gesetzen oder Rechtsgebieten erstreckt (vgl. hierzu HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2003, S. 35 ff.), geht dieser fehl. Wie gezeigt, ist aufgrund der übrigen Auslegungselemente die gesetzgeberische Wertung im RTVG unmissverständlich: Im Rahmen des Sponsoring ist für die Grenzziehung zwischen Werbung und Sponsoring zu sorgen und das Sponsoring soll über den Imagetransfer hinaus nicht zu Werbezwecken missbraucht werden. Das öffentliche Interesse an einer unverfälschten Meinungsbildung wird im Rundfunkrecht denn auch vor die kommerziellen (privaten) gestellt. Insofern ist es nicht bedeutsam, ob und inwieweit das schweizerische Firmenrecht werbende Aussagen zulässt. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht von einer willkürlichen Auslegung gesprochen werden.

7.3 Es liegt auch keine Verletzung der durch Art. 8 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantierten Rechtsgleichheit vor (allgemein BGE 131 I 91 E. 3.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 495).

Die Firma ist der für den Handelsverkehr gewählte Name einer Unternehmung; sie tritt im gesamten Rechtsverkehr unter diesem Namen auf. Primäre Aufgabe der Firma ist die Individualisierung des Unternehmensträgers. Dieser soll durch die Firma von anderen unterschieden werden können, daneben kann ihr als Leistungssymbol und Rufträgerin auch eine gewisse Werbefunktion zukommen (eingehend zur Firma ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, S. 165 ff.). Die im Handelsregister eingetragene und im Schweizerischen Handelsblatt veröffentlichte Firma steht dem Berechtigten denn auch zum ausschliesslichen Gebrauch zu (Art. 956 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220)). Bei

der Firmenbildung sind die Vorgaben von Art. 944 ff. OR zu beachten. Jede Firma darf danach, neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt, Angaben enthalten, die der näheren Umschreibung der darin enthaltenen Personen dienen oder auf die Natur des Unternehmens hinweisen oder eine Phantasiebezeichnung darstellen, vorausgesetzt, dass der Inhalt der Firma der Wahrheit entspricht, keine Täuschungen verursachen kann und keinem öffentlichen Interesse zuwiderläuft (Art. 944OR).

Ob die von der Beschwerdeführerin zitierten Beispiele diesen Grundsätzen entsprechen, ist nicht vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen. Auch soweit das Firmenrecht werbende Elemente in der Firmenbildung zulässt, was angesichts der im Jahre 1998 vorgenommenen Liberalisierung und dem damit verbundenen Wegfall des Reklameverbots innerhalb der Schranken des Wahrheitsgebots und Täuschungsverbots und der öffentlichen Interessen möglich ist (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 182, Rz. 88), führt dies zu keiner unzulässigen Ungleichbehandlung.

Ziel der gesetzlichen Regelung des Sponsoring ist u.a., die Drittfinanzierung erkennbar zu machen, was mindestens die Nennung des Namens des Sponsors bedingt, ansonsten die Erkennbarkeit des finanzierenden Dritten und dessen allfällige Einflussnahme gar nicht gewährleistet wäre. Nun will aber die Beschwerdeführerin gerade nicht mir ihrem formellen Firmennamen als Sponsorin genannt werden, sondern mit einem aus der Firma (Montres Breguet) und der Marke (Depuis 1775) zusammengesetzten Logo. Ihre Situation ist demnach nicht gleich, wie wenn ein Sponsor mit seiner Firma, seinem Namen erscheint. Die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung zwischen einem Sponsorenhinweis mit formellem Firmennamen und demjenigen mit einem gestalteten Logo widerspricht denn auch keineswegs dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot; diesem wird vielmehr nachgelebt, wird dadurch doch Ungleiches ungleich behandelt.

8. Ebenso wenig ist im Verständnis und in der Anwendung der einschlägigen Verordnungsbestimmung durch die Vorinstanz ein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot zu erkennen. Die Verordnungsbestimmung, auf welche sich die Beschwerdeführerin bezieht, lautet wie folgt: «Die Sponsornennung darf nur Elemente enthalten, die der Identifizierung des Sponsors dienen. Sie darf insbesondere keine Aussagen werbenden Charakters enthalten» (Art. 20 Abs. 2 RTVV). Im Erläuternden Bericht (Erläuternder Bericht zur totalrevidierten Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)) vom 9. März 2007, online auf der Website des BAKOM>Startseite>Dokumentation>Gesetzgebung>Parlament>RTVG-Revision, besucht am 29. August 2007) wird sodann ausgeführt, dass in der Sponsornennung im Sinne der Werbetrennung von Art. 9 RTVG keine werblichen Aussagen zum Sponsor gemacht werden dürfen (vgl. Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 13 f.). Als werblich gelten dem Bericht zufolge bestimmte Inhalte wie z.B. Qualitätsaussagen, Lancierung von Pro-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

dukten, Preisangaben etc. sowie die Kumulation verschiedener, an sich zulässiger Elemente (z.B. Tätigkeit, Produkt). Die Verordnung steht damit in Einklang mit der gesetzlichen Regelung des Sponsorings und die vorinstanzliche Praxis führt auch diesbezüglich zu keiner Ungleichbehandlung.

9. Schliesslich geht auch der Einwand der Beschwerdeführerin fehl, wonach die Auslegung der Vorinstanz in Widerspruch zu den eigenen Richtlinien stehe, da diese reine Imagewerbung des Sponsors an sich zulasse.

Gemäss den Richtlinien des BAKOM können bei der Nennung des Sponsors grundsätzliche folgende Elemente einzeln oder kombiniert verwendet werden: Firmenname, Firmenzeichen (Logo), Name bzw. Markenzeichen (Signet) eines Produktes des Sponsors, sowie ein Produkt des Sponsors. Produkt des Sponsors kann sowohl eine Ware als auch eine Dienstleistung sein (Sponsoring-Richtlinien BAKOM, Juni 1999/April 2007, Ziff. 15). Bei der Verwendung des Firmennamens oder des Firmenzeichens kann zusätzlich in knapper und neutraler Form auf den Tätigkeitsbereich des sponsernden Unternehmens hingewiesen werden, wenn dies zur Identifizierung des Sponsors nötig ist; er darf jedoch keine werblichen Aussagen enthalten (Sponsoring-Richtlinien, Ziff. 16). Auftritte des Sponsors mit seinem Firmen-

Logo werden von der Vorinstanz ausdrücklich akzeptiert; allerdings nur insoweit die markenrechtlich geschützten Logos keine werblichen Zusätze aufweisen. Sog. Slogans (d. h. eine prägnante Aussage zum Sponsor oder zu einem Sponsorprodukt) sind immer eine werbliche Aussage und deshalb im Rahmen des Sponsorings nicht zugelassen (Sponsoring-Richtlinien, Ziff. 21).

Somit kann in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Grundlagen auch der Richtlinie klar entnommen werden, dass in Sponsornennungen keine werblichen Aussagen gemacht werden dürfen. Es ist denn auch nicht erkennbar, worin das widersprüchliche Verhalten der Vorinstanz liegen sollte, wenn sie den werbenden Zusatz der Beschwerdeführerin als nicht mit den einschlägigen Bestimmungen übereinstimmend und damit als nicht zulässig erachtet, geht es doch bei dem von der Beschwerdeführerin gewünschten Sponsoringbillboard eben gerade nicht um reine Imagewerbung. Diese soll sich aus der Tatsache an sich, dass eine Sendung finanziell unterstützt wird, ergeben, darf aber nicht über Werbung erreicht werden.

10. Zusammenfassend dringt demnach die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, wonach die vorinstanzliche Auslegung von Art. 12 Abs. 3 RTVG bundesrechtswidrig sei und in Widerspruch zu den eigenen Richtlinien stehe, nicht durch. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen. (...) ■

## EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

### Mindestanforderungen an Konzessionsverfahren

Urteil der 5. Kammer  
«Glas Nadejda EOOD & Elenkov c.  
Bulgarien»  
vom 11.10.2007 (N° 14134/02)

Die bulgarischen Behörden gaben im Juni 2000 bekannt, dass sie in der Region Sofia zehn Frequenzen für die drahtlos-terrestrische Verbreitung von Lokalradioprogrammen zu vergeben hatten. Namens seiner Einmannsgesellschaft Glas Nadejda EOOD bewarb sich Anatoli Elenkov im August um eine Frequenz für ein Programm mit christlichem Inhalt. Die nationale Telekommunikationskommission (CNT) verweigerte im November die begehrte Konzession. Sie stützte sich auf einen ablehnenden Beschluss der nationalen Radio- und Fernsehkommission (CNRT), welcher der Konzessionsbewerberin nicht mitgeteilt worden war. Ihre nach geheimer Beratung beschlossene Ablehnung begründete die CNRT damit, das Gesuch entspreche in drei Punkten (regionaler Be-

zug, gesellschaftliche Funktion und Geschäftsaussichten) nicht und in fünf Punkten nur teilweise den CNRT-Kriterien für die Konzessionierung regionaler Radioprogramme. Eine genauere Begründung gab die Kommission nicht.

Der abgewiesene Bewerber focht nacheinander die Beschlüsse der Telekommunikationskommission und der Radio- und Fernsehkommission an, blieb aber erfolglos. Das zuständige Verwaltungsgericht betonte den Beurteilungsspielraum der CNRT, deren Einschätzung sich einer juristischen Kontrolle entziehe.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hielt in seinem einstimmigen Urteil fest, der Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) des abgewiesenen Bewerbers sei nicht gerechtfertigt. Der Staat dürfe zwar die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen an eine Lizenzierung knüpfen und dabei etwa der Art des geplanten Programms und den Publikumsbedürfnissen Rechnung tragen. Zum Schutz vor staatlicher Willkür müsse der Umfang des behördlichen Ermessens aber ausreichend klar umschrieben und ein Rechtsschutz gegen die Konzessionsverweigerung gewährleistet sein: «Ziff. 45. La Cour doit avant tout rechercher si le refus d'octroyer une licence de radiodiffusion était prévu par la loi au sens de l'article 10. D'après sa jurisprudence constante, cette expression, qui est également utilisée dans les articles 8, 9 et 11 de la Convention, veut d'abord

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

que l'ingérence dans les droits garantis par ces articles ait une base en droit interne, mais a trait aussi à la qualité de la loi en question ; elle exige l'accessibilité de la loi aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Maestri c. Italie* [GC], no 39748/98, § 30, CEDH 2004 I).

46. Le droit interne doit aussi offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], no 30985/96, § 84, CEDH 2000 XI). La loi doit aussi prévoir des garanties adéquates et suffisantes contre les abus, ce qui peut dans certains cas englober des procédures en vue d'un examen effectif par les tribunaux (voir, *mutatis mutandis*, *Lupsa c. Roumanie*, no 10337/04, § 34, 8 juin 2006).»

Den Anforderungen an eine ausreichende Begrenzung des behördlichen Ermessens vermochte das bulgarische Vorgehen kaum zu genügen:

«48: La Cour observe que la délivrance ou la non-délivrance d'une licence de radiodiffusion était subordonnée au respect par les requérants d'un certain nombre de critères publiés par la CNRT dans son bulletin. Certains de ces critères – comme la nécessité d'avoir suffisamment d'expérience en matière de création de programmes radiophoniques et de disposer de ressources technologiques – sont assez clairs, tandis que d'autres – comme le fait de servir une fonction sociétale – le sont moins (paragraphe 28 ci-dessus). En dépit du système de points adopté, la plupart de ces critères peuvent se prêter à une appréciation extrêmement subjective.

49. La Cour est disposée à admettre que ces critères, dans le contexte particulier de l'espèce, étaient suffisamment accessibles et précis pour satisfaire à l'exigence de légalité posée par la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Groppera Radio AG et autres*, précité, p. 26, § 68). Cependant, elle doit vérifier si la manière dont la CNRT les a appliqués en l'occurrence a offert des garanties suffisantes contre l'arbitraire.

50. A cet égard, la Cour note que la CNRT n'a tenu aucune espèce d'audience publique et que ses délibérations sont restées secrètes, alors qu'un tribunal avait ordonné à cet organe de remettre aux requérants une copie du compte rendu de ces débats (paragraphe 8 et 19–22 ci-dessus). De surcroît, la CNRT n'a pas expliqué dans sa décision pourquoi elle considérait que *Glas Nadejda EOOD* ne répondait pas ou ne ré-

pondait qu'en partie à certains de ses critères, mais s'est contentée d'annoncer qu'il en était ainsi (paragraphe 8 ci-dessus). Ni les requérants ni le public n'ont donc été informés de la manière dont la CNRT avait usé de son pouvoir discrétionnaire afin de refuser une licence de radiodiffusion.»

Die unzureichende Begründung des Kommissionsentscheides wurde nach Ansicht des Gerichtshofs auch nicht durch genügende Anfechtungsmöglichkeiten bei der bulgarischen Justiz kompensiert. Der Gerichtshof verweist dabei auch auf die Empfehlung R (2000) 23 des Ministerkomitees des Europarates aus dem Jahr 2000 zur Unabhängigkeit und Funktion der Regulierungsbehörden im Rundfunksektor: «Ziff. 51: Il n'a pas été remédié à cette absence de motivation lors de la procédure de contrôle juridictionnel qui s'est ensuivie, car la Cour administrative suprême a déclaré que le pouvoir discrétionnaire de la CNRT ne pouvait faire l'objet d'un contrôle (paragraphe 16 et 18 ci-dessus). Ce facteur, joint au but quelque peu vague de certains des critères de la CNRT relatifs aux programmes, a privé les requérants de toute protection légale contre des atteintes arbitraires à leur droit à la liberté d'expression. A cet égard, la Cour note que les lignes directrices adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant la régulation du secteur de la radiodiffusion appellent à une application ouverte et transparente des règles régissant la procédure de délivrance de licence et recommandent particulièrement que <[t]oute décision prise (...) par les autorités de régulation [soit] dûment motivée [et] susceptible de contrôle par les juridictions compétentes» (paragraphe 33 et 34 ci-dessus).»

Darüber hinaus missachtete das Vorgehen der bulgarischen Behörden neben Art. 10 EMRK auch den menschenrechtlichen Anspruch auf eine wirksame innerstaatliche Beschwerde gegen eine plausibel gemachte Menschenrechtsverletzung (Art. 13 EMRK). Dieser Anspruch setzt nach der ständigen Strassburger Rechtsprechung voraus, dass eine EMRK-Verletzung in vertretbarer Weise aufgezeigt wird («grief défendable»/«arguable claim»). Da der Gerichtshof eine Verletzung von Artikel 10 bejaht hatte, war die Rüge des Beschwerdeführers nach den Worten des Gerichtshofs klarerweise vertretbar («manifestement défendable»). Er überprüfte deshalb, ob es im nationalen Recht einen Rechtsbehelf gab, mit dem das Menschenrecht in seiner Substanz durchgesetzt werden konnte. (Auch) in diesem Zusammenhang bestand das Problem darin, dass die bulgarische Justiz den Kommissionsbeschluss in der Sache gar nicht überprüfte:

«68. Quant à la procédure dirigée contre la décision de la CNRT, la Cour relève que la Cour administrative suprême a clairement annoncé qu'elle ne pouvait contrôler la manière dont cet organe avait apprécié la conformité avec les critères pertinents des documents de *Glas Nadejda EOOD* relatifs aux programmes, car cette appréciation relevait du pouvoir discrétionnaire de la CNRT (paragraphe 16 et 18 ci-dessus). La Cour administrative suprême a donc refusé pour des raisons de fond d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.»

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

tionnaire de la CNRT et n'a pas examiné les questions ayant trait au fond du grief tiré par les requérants de l'article 10.»

Im Lichte der bisherigen Strassburger Rechtsprechung missachtete die Weigerung der bulgarischen Verwaltungsjustiz, den Beschluss der nationalen Radio- und Fernsehkommission (CNRT) inhaltlich zu beurteilen, die Anforderungen an eine wirksame gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit:

«(...) Pour qu'un recours soit effectif au sens de cette disposition, il fallait que les autorités internes statuant sur l'affaire examinent le fond du grief tiré de la Convention.»

Als Ersatz für das menschenrechtswidrige Vorgehen der bulgarischen Behörden sprach der Gerichtshof den Beschwerdeführenden einen gemeinsamen Betrag von 5'000 Euro zu:

«75 (...) Eu égard aux circonstances de l'espèce et à sa jurisprudence en matière de demandes de réparation du préjudice moral soumise au nom de personnes morales ou d'organisations (*Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie*, no 39023/97, § 116, 16 décembre 2004, et autres arrêts cités), la Cour estime qu'il convient d'accorder une somme à ce titre à M. Elenkov et à Glas Nadejda EOOD. Le refus injustifié de délivrer une licence de radiodiffusion, suivi du refus des juridictions internes d'examiner au fond les griefs soumis, a inévitablement dû causer un dommage moral aux deux requérants. Statuant en équité, la Cour leur alloue conjointement 5000 EUR, plus tout montant pouvant être dû au titre de l'impôt.» ■

## ANMERKUNGEN:

Welche verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen hat der Staat bei der Behandlung eines Gesuchs um eine Radio- oder Fernsehkonzession zu beachten? Aus menschenrechtlicher Sicht gab es auf diese Frage bislang keine verbindliche Antwort. Zwar hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in verschiedenen Fällen die Verweigerung von Rundfunklizenzen beurteilt und den Grundsatz aufgestellt, dass sie nicht in willkürlicher oder diskriminierender Weise erfolgen darf und überzeugend begründet sein muss (so etwa im Zulässigkeitsentscheid N° 44802/98 «United Christian Broadcasters Ltd. c. Grossbritannien» vom 7.11.2000). Der Gerichtshof überprüfte deshalb die vom Staat angeführten Gründe für die Ablehnung von Rundfunklizenzen auf ihre inhaltliche Stichhaltigkeit (so etwa in den schweizerischen Fällen N° 46841/99 «Sky Radio – Lokalradio in Zürich» vom 27.9.2001 und N° 38743/97 «Demuth – Spartenfernsehprogramm Car TV» vom 5.11.2002 = *medialex* 1/2003, S. 49ff.).

Strassburg beschäftigte sich hingegen kaum mit der Frage, wie das Verfahren zur Konzessionierung ausgestaltet sein muss, damit die Betroffenen die Chancen ihres Gesuchs ausreichend beurteilen können und sie dem behördlichem Ermessensentscheid im Streitfall nicht schutzlos ausgeliefert sind. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof mit dem vorliegenden Urteil Neuland betreten. Als Wegweiser diente ihm nicht zuletzt eine (rechtlich nicht verbindliche) Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates – ein weiteres Beispiel für den wachsenden Einfluss von völkerrechtlichem *soft law* auf die Strassburger Rechtsprechung im Medienbereich.

Am Ursprung der doppelten Menschenrechtsverletzung (Art. 10 und Art. 13 EMRK) standen Besonderheiten des bulgarischen Konzessionierungsverfahrens. Das Strassburger Urteil ist aber in ver-

schiedener Hinsicht auch relevant für die anderen EMRK-Vertragsstaaten – und damit auch für die Schweiz:

1. Der Staat muss die Kriterien für die Erteilung bzw. Verweigerung einer Konzession nicht nur ausreichend formulieren und publizieren. Die Meinungsfreiheit gebietet zudem, dass die Konzessionsbehörde die vorgängig definierten Kriterien dergestalt auf die einzelnen Konzessionsgesuche anwendet, dass genügende Garantien gegen eine willkürliche Auswahl bestehen (Ziff. 49 der Urteilsbegründung). Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass die Behörde den Betroffenen ihre Überlegungen in einer nachvollziehbaren Begründung kommuniziert. Hier lag eine zentrale Schwäche des bulgarischen Vorgehens. Der Gerichtshof lässt eine blosser Auflistung der nicht oder bloss teilweise erfüllten Konzessionskriterien nicht genügen.

Im Auge zu behalten sind die von Strassburg aufgestellten Anforderungen auch durch die eidgenössischen Behörden. Sie haben in den nächsten Monaten und Jahren verschiedene Konzessionen für gebührenunterstützte bzw. für über knappe Funkfrequenzen verbreitete Fernseh- und Radioprogramme zu vergeben.

2. Eine wirksame Anfechtungsmöglichkeit des Konzessionsentscheides verlangt der Gerichtshof aus zwei Gründen: Zum einen gebietet die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), dass allfällige Mängel im Konzessionierungsverfahren zumindest durch eine anschließende Überprüfung vor einer unabhängigen (Justiz-) Behörde kompensiert werden können. Und zum anderen verlangt auch Art. 13 EMRK einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsschutz bei vertretbaren Rügen gegen den abschlägigen Konzessionsentscheid. Insbesondere die zweite Feststellung des Gerichtshofs ist bemerkenswert, denn der Gerichtshof hatte in verschiedenen früheren Einzelfällen festgehalten, es fehle den Beschwerdeführenden an einem vertretbaren Rügegrund («arguable claim») für eine Menschenrechtsverletzung. An der Hürde des «arguable claim» scheiterten z.B. abgewiesene Bewerber für schweizerische Lokalradiokonzessionen (Zulässigkeitsentscheid der damaligen Menschenrechtskommission N° 10746/84 «Verein Alternatives Lokalradio Bern & Verein Radio Dreyeckland Basel c. Schweiz» vom 16.10.1986; vgl. unter dem Blickwinkel von Art. 6 EMRK auch den Zulässigkeitsentscheid N° 46841/99 «Sky Radio c. Schweiz» vom 31.8.2004).

Dass der Umfang des schweizerischen Rechtsschutzes gerade im Lichte von Art. 13 EMRK prekär war, räumte die bundesrätliche Botschaft vom 18.12.2002 zum total revidierten Radio- und Fernsehgesetz ein (BBl 2003 1657). Das neue RTVG hat die früheren Defizite mit der Beschwerdemöglichkeit ans Bundesverwaltungsgericht korrigiert (Art. 99 RTVG und Art. 83 Bst. p des Bundesgesetzes über das Bundesgericht).

3. Einen Hinweis verdient schliesslich die Unabhängigkeit der Konzessionsbehörde. Sie war im bulgarischen Fall gegeben, da die massgebende Radio- und Fernsehkommission (CNRT) nach bulgarischem Recht zum Schutz der Meinungsfreiheit als regierungsunabhängige Behörde ausgestaltet war. Dennoch zitiert der EGMR in seiner Urteilsbegründung aus der Europaratsempfehlung vom Dezember 2000 auch die Passagen über die empfohlene Unabhängigkeit nationaler Rundfunkregulierungsbehörden von politischer Macht und darüber, dass sie ihren Konzessionsentscheid frei von Weisungen treffen sollen.

Radio- und Fernsehkonzessionen für private Veranstalter erteilt in der Schweiz primär das zuständige Departement, d.h. das UVEK (Art. 45 RTVG). Der Bundesrat hatte zwar in seiner Botschaft für ein total revidiertes RTVG auf die Europaratsempfehlung hingewiesen (BBl 2003 1649) und eine Konzessionierung durch eine verwaltungsunabhängige Behörde vorgeschlagen. Das Parlament folgte diesem Vorschlag jedoch nicht und entschied gegen den Wechsel zu einer verwaltungsunabhängigen Konzessionierung. Es bleibt abzuwarten, ob diese Ausgestaltung der Zuständigkeit früher oder später in Strassburg thematisiert wird.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Grenzen massiver Angriffe auf Jean-Marie Le Pen

Urteil der Grossen Kammer  
«Lindon, Otchakovsky-Laurens & July  
c. Frankreich» vom 22.10.2007  
(N° 21279/02 & 36448/02)

In seinem Roman «Le Procès de Jean-Marie Le Pen» aus dem Jahr 1998 schildert der Autor Mathieu Lindon das Strafverfahren gegen einen Militanten des Front National, der einen jungen Nordafrikaner aus rassistischen Motiven ermordet hat. Der Roman basiert auf realen Ereignissen des Jahres 1995. Er thematisiert die Verantwortung des Front National-Vorsitzenden Le Pen und die Wirksamkeit der Strategien zur Bekämpfung der Rechtsextremen.

Nach Veröffentlichung des Romans reichte Le Pen Strafklage gegen Autor Lindon und gegen Verlagsdirektor Otchakovsky-Laurens ein. Die französische Justiz verurteilte die beiden Angeeschuldigten zunächst wegen vier, in letzter Instanz wegen drei ehrverletzender Passagen. Sie wurden je zur Bezahlung von Bussen in der Höhe von umgerechnet 2290 Euro und solidarisch zu einem Schadenersatz von 3810 Euro verurteilt.

Die Schuldsprüche erfolgten wegen folgender Formulierungen:

– Le Pen sei nicht Chef einer politischen Partei (Al Capone hätte auch Wähler gehabt), sondern Chef einer Mörderbande: «... c'est combattre efficacement Le Pen que de réclamer sa mise en cause dans l'affaire, montrer qu'il n'est pas président d'un parti politique, mais chef d'une bande de tueurs, Al Capone aurait eu aussi des électeurs». Diese Worte werden im Roman von antirassistischen Demonstranten ausgesprochen.

– Le Pen habe die Verbrechen stillschweigend bestellt: Derrière chacune des propositions de M. Le Pen, «on peut voir aussi le spectre des pires abominations de l'histoire humaine. Tout le monde le sait, tout le monde le dit. Ce que Ronald Blistier a fait, c'est ce que recommande Jean-Marie Le Pen. Oh pas explicitement, il tâche de rester dans le cadre des lois, même s'il n'y arrive pas toujours. Mais les situations dans lesquelles il parle, les sous-entendus qu'il profère, les personnalités de ceux auxquels il apporte son soutien ne laissent aucun doute». Diese Worte spricht im Roman der Anwalt im Gerichtssaal.

– Le Pen sei ein Vampir, das sich manchmal vom Blut seiner Wähler und seiner Gegner ernähre (un «vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais parfois aussi de leur sang, comme du sang de ses ennemis») und ein Lügner, der seine Gegner diffamiere («le mensonge ne lui fait pas peur, parce que porter la diffamation dans le camp adverse lui paraît toujours utile, certes, mais aussi tout bêtement pour détourner les soupçons, pour être celui qui crie le plus

fort dans l'espoir que ses hurlements couvriront les accusations portées contre lui-même.») Diese Worte spricht der Anwalt des Angeklagten nach dessen Suizid.

Der Gerichtshof betonte zunächst den weiten Spielraum für Kritik in der politischen Auseinandersetzung. Politiker müssen sich besonders scharfe Angriffe gefallen lassen:

«46. L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours et du débat politique – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance (arrêt *Brasilier c. France* du 11 avril 2006, no 71343/01, § 41) – ou des questions d'intérêt général (voir notamment les arrêts *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC] du 8 juillet 1999, no 26682/95, CEDH 1999-IV, § 61, et *Brasilier*, références précitées).

En outre, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier: à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance (voir par exemple, les arrêts *Lingens*, précité, § 42, *Vides Aizardzibas Klubs c. Lettonie* du 27 mai 2004, no 57829/00, § 40, et *Brasilier*, références précitées).»

Wer wie Jean-Marie Le Pen erbarmungslos austellt, muss gemäss EGMR in ganz besonderem Masse persönliche Kritik akzeptieren:

«56. (...) Il est vrai que si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général – tel les requérants en l'espèce – est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant – notamment – au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos (arrêt *Mamère* précité, § 25).

Il est vrai également que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme – ou d'un parti – politique – tels que M. Le Pen et le Front national –, visé en cette qualité, que d'un simple particulier (paragraphe 47 ci-dessus). Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que M. Le Pen, homme politique de premier plan, est connu pour la virulence de son discours et ses prises de positions extrêmes, lesquelles lui ont valu des condamnations pénales pour provocation à la haine raciale, banalisation de crimes contre l'humanité et consentement à l'horrible, apologie de crime de guerre, injures contre des personnes publiques et insultes. De ce fait, il s'expose lui-même à une critique sévère, et doit donc faire preuve d'une tolérance particulière à cet égard (voir, mutatis mutandis, les arrêts *Oberschlick c. Autriche* (no 2), du 1er juillet 1997, Recueil 1997-IV, §§ 31-33, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, du 28 septembre 2000, no 37698/97, § 35, et *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH c. Autriche*, du 27 octobre 2005, no 58547/00, § 37).»

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

Dennoch überschritten die fraglichen Passagen des Romans nach Ansicht der Gerichtsmehrheit (13 gegen 4 Stimmen) die weit gesteckten Grenzen des Zulässigen. Auch im politischen Kampf müsse ein Minimum an Zurückhaltung bewahrt bleiben, da eine Stigmatisierung des Gegners auch Gewalt und Hass begünstige:

«57. La Cour estime néanmoins qu'en l'espèce la cour d'appel a procédé à une appréciation raisonnable des faits en retenant qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique, à un «chef de bande de tueurs», affirmer que l'assassinat perpétré par un personnage même de fiction a été «recommandé» par lui et le qualifier de «vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs mais aussi parfois de leur sang», «outrepasse (...) les limites admises en la matière».

Elle considère d'ailleurs que, quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant plus que la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention.

Elle rappelle enfin qu'elle porte attention à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment de stigmatiser l'adversaire, et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Sürek (no 1) précité, §§ 62 et 63).»

Dass es sich um die Äusserungen in einem fiktiven Werk (d.h. einem Roman) handelte, liess die Gerichtsmehrheit nicht als Rechtfertigung für die exzessiven Formulierungen gelten.

«55. (...) La Cour rappelle à cet égard qu'afin d'évaluer la justification d'une déclaration contestée, il y a lieu de distinguer entre déclarations factuelles et jugements de valeur. Si la matérialité des faits peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude; l'exigence voulant que soit établie la vérité de jugements de valeur est irréalisable et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10. La qualification d'une déclaration en fait ou en jugement de valeur relève cependant en premier lieu de la marge d'appréciation des autorités nationales, notamment des juridictions internes. Par ailleurs, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive (voir, par exemple, l'arrêt Pedersen et Baadsgaard précité, § 76).

En règle générale, cette distinction n'a pas lieu d'être s'agissant d'écrits figurant dans un roman. Elle retrouve néanmoins toute sa pertinence dès lors que, comme en l'espèce, l'œuvre litigieuse ne relève pas de la pure fiction mais intègre des personnages ou des faits réels.

En l'espèce, d'une part, il était d'autant plus acceptable d'exiger des requérants qu'ils démontrent que les allégations contenues dans les passages du roman jugés diffamatoires reposaient sur une «base factuelle suffisante» que, comme l'a souligné la cour d'appel, elles tenaient non seulement du jugement de valeur mais aussi de l'imputation de faits. D'autre part, la cour d'appel a adopté une démarche mesurée, reprochant aux requérants non pas de ne pas démontrer la réalité des allégations en cause, mais de ne pas avoir procédé à des «vérifications minimales» à cet égard.»

Im Anschluss an das erstinstanzliche Urteil hatte die Zeitung «Libération» eine von 97 zeitgenössischen Schriftstellern unterzeichnete Petition publiziert. Diese Petition bestritt, dass die fraglichen Passagen des Romans diffamierend waren und zitierte sie wörtlich. Auch dies hatte strafrechtliche Konsequenzen: Wegen der Wiedergabe der fraglichen Formulierungen wurde der Direktor der «Libération», Serge July, ebenfalls gebüsst und zu einer Schadenersatzzahlung verurteilt.

Auch die Verurteilung von Serge July bedeutete nach Ansicht der EGMR-Mehrheit eine zulässige Beschränkung der Meinungsfreiheit. Der Cour d'appel habe den Verantwortlichen der Zeitung eine Entlastung wegen gutgläubiger Verbreitung von fremden Vorwürfen Dritter verweigert, weil sich die Zeitung die fraglichen Passagen zu Eigen gemacht habe:

«64. La cour d'appel écarte ensuite l'excuse de bonne foi. Elle retient à cet égard que la pétition litigieuse, plus encore que le roman en cause, traduit la «pensée directe» de ses auteurs dès lors que ceux-ci revendiquent une sortie de la fiction à double titre: d'abord en procédant à cette publication alors que les passages en cause avaient été condamnés; ensuite en indiquant que «si ces phrases sont jugées diffamatoires dans un roman, elles le sont aussi dans la réalité», «nous écrivons contre Le Pen». Ce faisant, selon la cour d'appel, les auteurs de ce texte n'avaient d'autre but que d'apporter leur soutien au premier requérant «en reprenant à leur compte, par défi, l'ensemble des passages déclarés délictueux par le tribunal et sans même mettre réellement en doute la portée diffamatoire des propos». Or, souligne la cour d'appel, «l'objectif polémique d'un texte ne saurait dispenser de toute régulation de son expression notamment quand loin de se fonder sur le seul débat d'idées l'argumentation est construite autour de la référence à des faits précis [...] il convient alors de respecter l'obligation d'une enquête sérieuse préalable à des imputations particulièrement graves puisqu'il s'agit d'incitation au meurtre, et d'éviter des expressions outrageantes comme, entre autre, l'assimilation de M. Le Pen à «un chef d'une bande de tueurs» ou à un «vampire».»

Nach Ansicht der EGMR-Mehrheit verurteilte die französische Justiz die Zeitung also nicht, weil die „Libération“ das Strafurteil kritisiert oder weil sie sich mit den Verurteilten solidarisiert hatte, sondern weil sie gravierende, vom erstinstanzlichen Gericht als rechtswidrig bezeichnete Vorwürfe wiederholt hatte:

## L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

«65. Il apparaît ainsi que le troisième requérant n'a pas été sanctionné pour avoir rendu compte de la condamnation des deux premiers requérants à raison de la parution du «Procès de Jean-Marie Le Pen», du soutien que les quatre-vingt-dix-sept écrivains signataires apportaient à ceux-ci ou de l'opinion de ces derniers selon laquelle les passages litigieux n'étaient pas diffamatoires. Il n'a pas non plus été condamné au motif que Libération avait omis de se distancier du contenu de la pétition (voir, par exemple, les arrêts Radio France et autres et Pedersen et Baadsgaard, précités, § 37 et 77 respectivement) ni pour avoir reproduit ou critiqué une décision de justice, ce qui eût été difficilement compatible avec l'article 10 de la Convention. S'il a été condamné, c'est parce que Libération avait ainsi diffusé une pétition retranscrivant des extraits du roman qui contenaient des «imputations particulièrement graves» et des termes outrageants, dont les signataires, qui reprenaient ceux-ci à leur compte, déniaient le caractère diffamatoire alors qu'ils avaient été jugés tels en la cause des premiers requérants.»

Die wörtliche Wiedergabe der umstrittenen Vorwürfe war nach Ansicht der EGMR-Mehrheit eine unnötige Verletzung von Le Pens Reputation, die nicht auf ausreichender Recherchierbasis beruhte:

«66. La Cour estime que, dans les limites indiquées ci-dessus, le raisonnement de la cour d'appel se concilie avec ses propres conclusions selon lesquelles les écrits litigieux tiennent non seulement du jugement de valeur mais aussi de l'imputation de faits (paragraphe 54 ci-dessus) et la cour d'appel a procédé à une appréciation acceptable des faits de la cause en retenant qu'ils manquaient de la modération requise (paragraphe 56-57 ci-dessus). Sur ce dernier point en particulier, eu égard à la teneur des passages litigieux du «procès de Jean-Marie Le Pen», à l'impact potentiel sur le public des propos jugés diffamatoires du fait de leur diffusion par un quotidien national largement distribué et à la circonstance qu'il n'était pas nécessaire de les retranscrire pour rendre complètement compte de la condamnation des deux premiers requérants et des critiques qu'elle suscitait, il n'apparaît pas déraisonnable de considérer que le troisième requérant a dépassé les limites de la «provocation» admissible en reproduisant ceux-ci.

67. D'autre part, ce raisonnement s'accorde avec les bornes que la presse doit ne pas franchir, notamment quant à la protection de la réputation et des droits d'autrui. La Cour rappelle à cet égard que le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général est protégé à condition qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations «fiabiles et précises» dans le respect de l'éthique journalistique. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention souligne que l'exercice de la liberté d'expression comporte des «devoirs et responsabilités», qui valent aussi pour les médias même s'agissant de questions d'un grand intérêt général. De plus, ces devoirs et responsabilités peuvent revêtir de l'importance lorsque l'on risque de porter atteinte à la réputation d'une personne notamment citée et de nuire aux «droits d'autrui». Ainsi, il doit

exister des motifs spécifiques pour pouvoir relever les médias de l'obligation qui leur incombe de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires à l'encontre de particuliers. A cet égard, entrent spécialement en jeu la nature et le degré de la diffamation en cause et la question de savoir à quel point les médias peuvent raisonnablement considérer leurs sources comme crédibles pour ce qui est des allégations (voir, par exemple, l'arrêt Pedersen et Baadsgaard précité, § 78).»

Die Gerichtsmehrheit rief auch in Erinnerung, dass die Höhe der Bussen und der angeordneten Schadenersatzzahlungen moderat war.

In einer ausführlichen Minderheitsmeinung bezeichneten vier Richter die Schuldsprüche als unverhältnismässig. Sie bestritten, dass die Formulierungen als Aufruf zu Gewalt oder Hass qualifiziert werden konnten. «Ensuite, le reproche adressé par la cour d'appel aux requérants de ne pas avoir procédé à des «vérifications minimales» nous paraît contraire aux faits et à la réalité. Il est clair à nos yeux qu'une base factuelle suffisante peut aisément être trouvée dans les différentes condamnations dont M. J.-M. Le Pen a fait l'objet tout au long de sa carrière politique (...) En outre, on peut raisonnablement soutenir que les discours et les prises de position de M. Jean-Marie Le Pen, incitant et provoquant à la haine et à la violence et condamnés comme tels, peuvent avoir encouragé, sinon inspiré, des actes de violence chez les militants.» «En outre, et plus fondamentalement, nous pensons qu'il est excessif et inexact de prétendre que le roman en cause constitue un appel à la violence ou à la haine. Il s'agit d'une critique d'un homme politique qui tient lui-même des propos de cette nature, ce dont témoignent les condamnations dont il a fait l'objet.»

Besondere Vorbehalte hatte die Gerichtsminderheit gegenüber der Bestrafung für den Abdruck der Vorwürfe in der «Libération». Die Begründung der Mehrheit verlange von den Medienschaffenden, dass sie die Korrektheit der fraglichen Behauptungen verifizieren sollten. «Pareille obligation nous semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les devoirs et les responsabilités de la presse.» «S'il ne saurait être reproché sérieusement au troisième requérant d'avoir informé le public sur le mouvement d'opinion qui se dessinait suite à la condamnation de l'ouvrage de Mathieu Lindon, il ne saurait davantage être reproché au requérant de n'avoir pas corrigé par des commentaires propres les imputations considérées comme litigieuses.» ■

### ANMERKUNGEN:

Die Freiheit politischer Polemik ist eines der meistbehandelten Themen in der Strassburger Rechtsprechung. Sie steht insbesondere auf zwei Pfeilern: Erstens sind scharfe Formulierungen gerade gegenüber (gewählten) Politikern eher zulässig als gegenüber anderen Personen – umso mehr, wenn die Angegriffenen ihre Gegner selber mit virulenten, extremistischen Abqualifizierungen einzudecken pflegen. Zweitens dürfen die Medienschaffenden im politischen oder gesellschaftlichen Meinungsstreit erhobene, ehrenrührige Vorwürfe Dritter auch dann wiedergeben, wenn sie sich nicht formell vom Inhalt dieser Drittäußerungen distanzieren.

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Beide Prinzipien gelten nicht schrankenlos: Erstens findet politische Polemik eine Grenze dort, wo sie sich exzessiver Wortwahl bedient und in sachlich nicht vertretbare Beleidigung abgeleitet, die nicht durch ausreichende Tatsachenbasis belegt ist. Zweitens können die Medienschaffenden für die Wiedergabe beleidigender Äußerungen der politischen Akteure zur Rechenschaft gezogen werden, wenn sie sich diese Drittäußerungen zu Eigen machen.

Im Einzelfall gibt somit den Ausschlag, wo die Justiz die Grenzen zwischen zulässiger Provokation und unzulässigem Formulierungsexzess zieht. Und es ist massgebend, wann die Wiedergabe einer fremden Äußerung als Identifizierung der Medienschaffenden mit der zitierten Aussage eingestuft wird.

Im Falle der heftigen Angriffe auf Le Pen war eine deutliche Mehrheit der Grossen Kammer der Ansicht, dass sowohl die Autoren des Buchs als auch die sie unterstützenden Medienschaffenden die Grenze des Zulässigen überschritten haben. Damit setzt die Mehrheit eher restriktivere Akzente als in der jüngeren Vergangenheit. Ob sie an den bisherigen Pfeilern der Strassburger Rechtsprechung rüttelt – wie die Minderheit sinngemäss argumentiert – ist hingegen fraglich.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Unnötige Bestrafung einer Patientin

Urteil der 1. Kammer  
«Kanellopoulou c. Griechenland»  
vom 11.10.2007 (N° 28504/05)

**W**egen gravierender Komplikationen nach einer Brustverkleinerungs-Operation klagte eine griechische Patientin 2001 gegen einen bekannten Chirurgen. Die Boulevardpresse wurde auf den Fall aufmerksam und befragte die Patientin. Die Zeitungen «Espresso» und «Traffic News» zitierten im Frühjahr 2002 ihre schweren Vorwürfe gegen den Chirurgen:

- «C'est ainsi que m'a laissé le Dr X.»;
- «pourquoi a-t-il fait une mammoplastie alors qu'il s'était rendu compte que j'avais un cancer?»;
- «le Dr X. m'a égorgée comme un mouton»;
- «il m'a massacrée il m'a détruite»;
- «je criais que je voulais le voir pour en parler»
- «du liquide coulait de mon sein droit»

Der Chirurg ergriff strafrechtliche Schritte gegen die Patientin, nicht aber gegen die beiden Zeitungen oder die Journalisten. Die Frau machte u.a. geltend, gewisse Formulierungen stammten nicht von ihr, sondern von den Medienschaffenden. Das erstinstanzliche Gericht hielt fest, die Frau habe wesentlich falsche Behauptungen aufgestellt, welche die Ehre und Reputation des Arztes verletzten. Es verurteilte sie im Juni 2003 zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 13 Monaten. Das Appellationsgericht bestätigte den Schuldspruch im März 2004, reduzierte die bedingte Strafe aber auf 5 Monate.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kam mit 5 gegen 2 Stimmen zum Schluss, dass die griechische Justiz die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) der Patientin missachtet hatte. Die Beschränkung von Art. 10 EMRK durch straf-

rechtliche Mittel war in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Für den Schutz der ärztlichen Reputation hätten zivilrechtliche Massnahmen genügt:

«En l'espèce, pour le récit fait à la presse de sa douloureuse expérience, la requérante s'est vue infliger en première instance une peine de treize mois d'emprisonnement avec sursis, peine réduite par la cour d'appel à cinq mois d'emprisonnement avec sursis. De l'avis de la Cour, la condamnation de la requérante à une peine privative de liberté, même avec effet suspensif, constitue, dans le cadre de l'article 10, une sanction disproportionnée au but poursuivi. En effet, la Cour reconnaît que la publication des articles litigieux pouvait avoir des conséquences négatives sur l'image professionnelle du Dr X. Toutefois, elle ne saurait admettre que l'intérêt évident à protéger la réputation du médecin impliqué dans cette affaire était suffisant pour justifier la condamnation pénale de la requérante (voir, mutatis mutandis, Bergens Tidende et autres c. Norvège, no 26132/95, § 60, CEDH 2000–IV). Cela est d'autant plus vrai qu'une procédure civile en dommages-intérêts, engagée par et contre la requérante, est actuellement pendante devant le tribunal de grande instance d'Athènes. La Cour estime qu'il serait suffisant pour la protection de la réputation du médecin incriminé de régler l'affaire, si tort il y avait de la part de la requérante, par les moyens offerts par le droit civil.»

Zudem differenzierte die griechische Justiz nicht genügend zwischen den unterschiedlichen Interessen der Sensationspresse und jenen der Patientin, die sich nach ihren leidvollen Erfahrungen verständlicherweise Gehör verschaffen wollte:

«39. Il n'appartient certes pas à la Cour de résoudre le différend entre la requérante et son chirurgien. Toutefois, il est incontestable que la requérante vécut une expérience douloureuse et qu'elle souffre aujourd'hui de graves séquelles: il est pour le moins étonnant qu'elle écopa en sus d'une peine d'emprisonnement pour avoir proféré sa souffrance sans aucun autre but apparent que d'extérioriser sa détresse. En effet, même si la requérante s'est exprimée en des termes crus et virulents, il ne faut pas oublier que les expressions utilisées reflétaient la manière dont elle percevait elle-même la gravité de son état; par ailleurs, ses déclarations ne comportaient rien qui fût de nature à suggérer une mauvaise foi de sa part. Sur ce point, la Cour estime qu'il ne faut pas faire l'amalgame entre les intentions de la requérante et celles de la presse à sensation, qui s'intéressa à cette affaire notamment en raison de la notoriété du Dr X. Cela semble pourtant avoir été le cas devant les juridictions internes, qui n'ont pas su placer les propos de la requérante dans le contexte particulier de la présente affaire ni mesurer à sa juste dimension la détresse dans laquelle celle-ci se trouvait au moment de ses déclarations.»

Die in der Minderheit gebliebenen Richter aus Zypern und Russland wandten sich insbesondere gegen die Kritik am strafrechtlichen Vorgehen. Dabei verwiesen sie auf den Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 EMRK, der auf das Gesetz ge-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

stützte Eingriffe in die Meinungsfreiheit erlaube, ohne deren Rechtsnatur – zivil- oder strafrechtlich – zu präzisieren. In verschiedenen europäischen Ländern bleibe die Diffamierung sowohl straf- wie zivilrechtlich untersagt. Die Vorwürfe der betroffenen Frau seien so gravierend gewesen, dass sie strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wurde. Die Menschenwürde des Arztes hätte hier höher gewichtet werden müssen als das künstlich konstruierte öffentliche Interesse:

«Alors, on peut se demander si nous ne serions pas tous, en réalité, des otages de «l'intérêt public légitime», et si l'intérêt public (même celui provoqué par la presse à sensation) est toujours propre à justifier une atteinte, quelle qu'elle soit, à la réputation personnelle et à la dignité humaine?» ■

## ANMERKUNGEN:

Heftige öffentliche Kritik wegen angeblich mangelhafter Arbeit von (Schönheits-)Chirurgen beschäftigt den Gerichtshof nicht zum ersten Mal. Die Grenze zwischen noch zulässiger und übers Ziel schießender Äusserungen hat er vor einem halben Jahrzehnt in den beiden norwegischen Fällen «Bergens Tidende» (N° 26132/95) und «Verdens Gang» gezogen (vgl. dazu die Anmerkungen des Schreibenden in *medialex* 1/2002, S. 43).

Im Unterschied zu den norwegischen Fällen ging es hier nicht um zivilrechtliche Sanktionen (gegen Medienunternehmen), sondern um ein Strafurteil (gegen die Patientin). Erwähnenswert sind zwei Aspekte der Urteilsbegründung:

1. Der Gerichtshof verlangt von den nationalen Gerichten eine differenzierte Beurteilung ehrenrühriger Vorwürfe, welche auch die Motive und Sorgfaltspflichten des Äussernden einbezieht: Es ist zu unterscheiden zwischen der Situation einer direkt betroffenen Person, deren Vorwürfe von nachvollziehbarer Bestürzung über eigenes Leid geprägt sind und den Pflichten der Medienschaffenden, von denen gerade in emotional aufgeladenen Kontroversen eine kritische Distanz und eine gewisse Filterung zu erwarten ist.

2. Der Gerichtshof bekräftigt seine jüngere Praxis, welche den Einsatz des Strafrechts bei typischen Ehrverletzungsfällen zurückdrängt. Die Skepsis der Gerichtsmehrheit gilt auch für Strafurteile, in denen der Staat lediglich eine bedingte Freiheitsstrafe ausspricht. Der Einwand der Minderheit, der Wortlaut der Konvention

schliesse strafrechtliche Schranken der Meinungsfreiheit nicht aus, geht am Kern des Problems vorbei. Es geht nicht um einen generellen Ausschluss des Strafrechts in Fragen der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Gegen besonders gravierende (z.B. krass rassistische) Äusserungen ist strafrechtliches Einschreiten sogar geradezu geboten. Im Bereich üblicher Ehrverletzungen hingegen sprengt die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe regelmässig die Verhältnismässigkeit. Strafrechtliche Bussen hingegen schliesst eine Mehrheit des Gerichtshofs auch in Ehrverletzungsstreitigkeiten nach wie vor nicht aus (vgl. das in dieser Nummer dargestellte Urteil der Grossen Kammer im Fall «Lindon, Otchakovsky-Laurens & July c. Frankreich» vom 22.10.2007, wobei immerhin vier Richter in ihrer abweichenden Meinung daran zweifelten, dass solche strafrechtliche Sanktionen im 21. Jahrhundert noch gerechtfertigt sind).

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Zivilrechtliche Verurteilung einer Zeitung und eines Journalisten wegen Vorwürfen gegen den Fraktionschef der kommunistischen Partei missachtete Meinungsfreiheit nur teilweise: Zeitungsvorwurf bolschewistischer Methoden beim Busgeschäft war ausreichend recherchiert, nicht aber der Vorwurf des Betrugs beim Tabakhandel. (Urteil 4. Kammer N°36305/03 «Tara & Poiata c. Moldawien» vom 16.10.2007)
- Missachtung der Meinungsfreiheit durch Verurteilung einer Zeitung zu Genugtuungszahlung an einen Ex-Minister wegen der Publikation von Kritik im Zusammenhang mit einem Nachbarschaftsstreit. Der Zeitungsartikel war nuanciert formuliert, präsentierte die Sicht beider Seiten und machte deutlich, dass er lediglich die Vorwürfe der betroffenen Nachbarin zitierte. (Urteil der 4. Kammer N° 28700/03 «Flux & Samson c. Moldawien» vom 23.10.2007) ■

## D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

### Untergeordnete Informationen und Sachgerechtigkeitsgebot

Bundesgerichtsentscheid  
vom 2. August 2007 (2A.743/2006)

Das Nichterwähnen einer Information von untergeordneter Bedeutung ist kein Verstoß gegen die journalistische Sorg-

faltspflicht, auch wenn der Beitrag ein heikles Thema behandelt, ohne direkten Bezug zur Tagesaktualität oder besonderes Vorwissen des Publikums. Im konkreten Fall ging es um einen Beitrag des Informationsmagazins «Rundschau» mit dem Titel «Streit um Erbschaft». Darin wurde insbesondere die Rolle des Zürcher Rechtsanwalts Dr. Werner Stauffacher im Zusammenhang mit dem Nachlass der deutschen Witwe Martha Hildegard Kirchbach thematisiert: Die Erbschaft umfasse eine wertvolle Gemäldesammlung, die gemäss einem früheren Testament (über einen deutschen Mittelsmann) für das Kunstmuseum Basel bestimmt gewesen wäre. Dann sei aber Werner Stauffacher, der Frau Kirchbach bis zu ihrem Tod rechtlich beraten habe, von ihr als Alleinerbe eingesetzt worden. Das hätten die Gerichte (auf Klage des Mittelsmanns hin) inzwischen korrigiert. Das Bundesgericht habe festge-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

halten, Werner Stauffacher sei erbunwürdig; er habe arglistig das Vertrauen von Frau Kirchbach missbraucht, um sich zu bereichern; das letzte Testament sei nichtig. Werner Stauffacher sei jedoch noch nicht bereit aufzugeben und erwäge - wenn auch mit minimalen Erfolgsaussichten - eine Revision oder ein Verfahren beim Gerichtshof für Menschenrechte. Vorerst blieben die Gemälde da, wo sie nach Angaben Werner Stauffachers immer noch seien: im Tresor einer Grossbank. Das Kunstmuseum Basel warte weiter auf die Sammlung Kirchbach. Im beanstandeten Beitrag wurde das Versprechen des Beschwerdegegners nicht erwähnt, wonach er die betreffenden Kunstwerke dem Kunstmuseum Basel für 20 Jahre als unentgeltliche Leihgabe überlassen würde. Vor Bundesgericht ist nur noch umstritten, ob die Beschwerdeführerin dadurch Art. 4 RTVG verletzt hat oder nicht.

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der Beitrag keine Aussagen enthält, die aus der Sicht der unabhängigen und unbeeinflussten Meinungsbildung des Publikums durch die Erwähnung des Leihgaberversprechens (zusätzlich) hätten relativiert werden können und müssen. «Das Versprechen stellt unter den gegebenen Umständen keine wesentliche Information dar, sondern ein Element von untergeordneter Bedeutung, das unerwähnt bleiben durfte.

Der Beitrag muss wohl als kritisch beurteilt werden, nicht aber als verzerrend oder manipulativ, unfair oder unangemessen dramatisierend. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der umstrittenen Sendung eine Verhaltens- und Vorgehensweise des Beschwerdegegners zugrunde liegt, in der das Bundesgericht eine «schwere und als unerträglich zu missbilligende Verfehlung» gesehen hat. Wie dargestellt (...), ist dem Betroffenen genügend Raum gegeben worden, um den thematisierten Vorwürfen seine eigene Sichtweise entgegenzuhalten.» Somit hat die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen als Vorinstanz zu Unrecht eine Verletzung von Art. 4 RTVG angenommen. Mit ihrer Würdigung habe sie den ihr üblicherweise zugestandenen Beurteilungsspielraum gesprengt. ■

.....

## «10 vor 10»-Beiträge über «Fuente Alamo»

Entscheid der Unabhängigen  
Beschwerdeinstanz für Radio und  
Fernsehen (UBI)  
vom 22. Juni 2007 (b.541)

Das Schweizer Fernsehen strahlte auf SF 1 im Rahmen des Nachrichtenmagazins «10 vor 10» am 4. und 8. August 2006 jeweils einen Beitrag über die im Süden von Spanien gelegene Schweizer Therapiestation «Fuente Alamo» für Drogenabhängige aus. Thematisiert werden darin ange-

liche Missstände in der «umstrittenen Drogenstation». Im Mittelpunkt der Beiträge standen ein Todesfall nach einer Gasexplosion und Vorwürfe, welche insbesondere von ehemaligen Mitarbeitenden gegen die Therapiestation und deren Leiterin erhoben wurden.

Die UBI stellte zwar hinsichtlich des ersten Beitrags vom 4. August 2006 gewisse Mängel fest. So wurden Stellungnahmen der Leiterin der Therapiestation zu den gegen sie gerichteten Vorwürfen oder positive Stimmen von Patienten durch den «10 vor 10»-Kommentar abgeschwächt. Dem Beitrag haftet ein gewisser tendenziöser Charakter an. Indem die Leiterin aber zu allen Hauptvorwürfen, insbesondere auch zur unterlassenen Nothilfe nach der Gasexplosion, Stellung nehmen konnte, wurde für das Publikum erkennbar, dass die Vorwürfe umstritten sind. Die Aussage in den Schlagzeilen der Sendung, «10 vor 10» habe Missstände aufgedeckt, wurde durch die Filmberichte zudem relativiert. Da sich das Publikum damit eine eigene Meinung zum Beitrag bilden konnte, ist das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt worden.

Vier Tage später strahlte «10 vor 10» einen weiteren Beitrag zu «Fuente Alamo» aus. Positive Stimmen zur Therapiestation kommen darin gar nicht mehr vor. Zu gravierenden Vorwürfen im Zusammenhang mit der Medikamentenabgabe konnte die Leiterin, eine ausgebildete Ärztin, nicht direkt Stellung nehmen. So erklärten ehemalige Mitarbeitende, Laien hätten in «Fuente Alamo» Medikamente unautorisiert an Patienten abgegeben, Dosierungen variiert und bei der Registrierung sei geschummelt worden. Mit diesen erheblichen Vorwürfen wurde die Leiterin im ausgestrahlten Beitrag nicht konfrontiert. Das Publikum konnte sich deshalb zum zentralen Thema der angeblich missbräuchlichen Medikamentenabgabe keine eigene Meinung bilden und «10 vor 10» hat gegen journalistische Sorgfaltspflichten wie die faire Anhörung und Verarbeitung einer anderen Meinung verstossen. Das Sachgerechtigkeitsgebot ist dadurch verletzt worden.

Die UBI hat aus diesen Gründen die Beschwerde gegen den Beitrag vom 8. August 2006 gutgeheissen, die Beschwerde gegen den Beitrag vom 4. August 2006 dagegen abgewiesen. ■