

Historiker vor Gericht

Geschichtswissenschaftliches Arbeiten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte

Andreas Kley

Professor für Staatsrecht und Verfassungsgeschichte an der Universität Bern

Florian Zihler

Lic. iur., LL.M.Eur., Assistent an der Universität Bern

I. Von der Geschichte als Weltenrichterin zum Historiker vor Gericht

Nach Hegel hat die Geschichtswissenschaft die Aufgabe, «Weltgericht»¹ zu sein. In der Tat ist der Geschichtswissenschaft in den letzten Jahren diese Rolle zugeschrieben worden². Die Rolle eines Staates im Verhältnis zum Holocaust durch das Dritte Reich gab Anlass zu Untersuchungen seitens offiziell eingesetzter «Historikerkommissionen». Sie hatten zu entscheiden, ob ein Fehlverhalten vorlag und wer dafür verantwortlich zu machen sei. Freilich kann die Geschichtswissenschaft dieses Urteil nicht fällen. Sie würde sich in die politische Auseinandersetzung begeben und kann ihr Urteil nicht mit allgemein verbindlichen Normen begründen. Die Geschichtsschreibung ist kein Urteil, sondern Ausdruck der menschlichen Erfahrungen

im Kollektiv und des Kollektivs. Dabei liefert diese Erfahrung nicht endgültige Ergebnisse, sondern ist immer nur vorläufig³.

Die Arbeit der schweizerischen Historikerkommission ist nicht Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen. Vielmehr geht es um die rechtlichen Bedingungen historischer Arbeiten aus grundrechtlicher Hinsicht. Historiker können insofern tatsächlich vor Gericht kommen. Die Arbeitsbedingungen von Historikern stehen in einem doppelten Bezug zur Meinungsfreiheit: Wie kommt ein Historiker zu seinem Material aus öffentlichen Archiven (Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV, Abschnitt II.) und welche gesetzlichen Restriktionen sind bei der Veröffentlichung seiner Arbeiten zu beachten (Art. 16 und 17 Abs. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 36 BV, Abschnitt III.)? Schliesslich: Gibt es geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen für Äusserungen auch von Historikern (Abschnitt IV.)?

II. Informationsfreiheit: Beschränkte Einsichtnahme in Archive

1. Problem der Informationsfreiheit

Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV kann jedermann Informationen aus «allgemein zugänglichen Quellen» beschaffen und verbreiten. Die Qualifikation einer Quelle als allgemein zugänglich ergibt sich nach den anwendbaren gesetzlichen Vorschriften. Das bedeutet, dass der Verfassungsrichter einem Historiker nicht Hand dazu bietet, an sich geheime, aber nicht schützenswerte Informationen aktiv zu erschliessen⁴. Die

Résumé: *Au cours des dernières années, la recherche historique s'est retrouvée au cœur des débats, ce qui n'est pas sans poser des questions, du point de vue du droit des médias, sur la méthode de travail des historiens. La présente contribution examine ainsi des travaux historiques dans la perspective des droits fondamentaux. Les conditions de travail des historiens ont un lien avec la liberté d'expression à double titre: tout d'abord comment l'historien gère-t-il l'information qu'il tire des archives publiques (liberté d'information de l'art. 16 al. 3 Cst.) et quelles restrictions légales doit-il prendre en compte lors de la publication de ses travaux (art. 16, 17 al. 1, 20 Cst., en liaison avec l'art. 36 Cst.)? Enfin, y a-t-il des faits historiques sur lesquels on ne peut absolument pas s'exprimer, y compris les historiens? Le retrait des droits fondamentaux et les normes pénales peuvent apporter de telles limites à la liberté d'expression.*

- 1 Vgl. GEORG FRIEDRICH WILHELM HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke, Band 7, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1986, S. 503, § 340.
- 2 Z.B. für die Schweiz: Unabhängige Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg, die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg, Schlussbericht, Zürich: Pendo Verlag 2002; vgl. dazu <http://www.uek.ch> (April 2003). Die Kriegsschuldfrage im Ersten Weltkrieg wurde durch ein Gutachten von HERMANN KANTOROWICZ untersucht: Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914, aus dem Nachlass, Frankfurt a.M. 1967.
- 3 Vgl. dazu eingehend mit weiteren Hinweisen: BRIGITTE STUDER, Geschichte als Gericht – Geschichte vor Gericht. Oder: wie justiziabel ist die Historie? In: *Traverse*, Zeitschrift für Geschichte – Revue d'histoire, 2001/1, S. 97-102.
- 4 Bundesgerichtsurteil vom 18.10.2002 (1P.240/2002), E. 3.1; BGE 127 I 145 E. 4c/aa, S. 153 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 282 m.w.H.

Études & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

Zusammenfassung: Die historische Forschung ist in den letzten Jahren in das Zentrum des Interesses gerückt. Dabei stellen sich aus medienrechtlicher Sicht Fragen, welche das methodische Vorgehen der Historiker berühren. Der Beitrag behandelt deshalb die grundrechtlichen Bedingungen historischer Arbeiten. Die Arbeitsbedingungen von Historikern stehen in einem doppelten Bezug zur Meinungsfreiheit: Nämlich wie kommt ein Historiker zu seinem Material aus öffentlichen Archiven (Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV) und welche gesetzlichen Restriktionen sind bei der Veröffentlichung seiner Arbeiten zu beachten (Art. 16 und 17 Abs. 1 und Art. 20 i.V.m. Art. 36 BV)? Schliesslich: Gibt es geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen für Äusserungen auch von Historikern? Solche Grenzen können die Verwirkung der Grundrechte bzw. die strafrechtlichen Schranken der Meinungsfreiheit setzen.

Informationsfreiheit ist damit dem Gesetzesvorbehalt unterstellt und die anwendbaren Gesetzesvorschriften fliessen unmittelbar in das Grundrecht ein. Im Folgenden sollen die typischen Regelungen am Beispiel des Bundesarchivs vorgestellt werden.

2. Zweck und Modalitäten der Archivierung

Die Archivierung dient der Aufbewahrung und Erschliessung von erhaltenswertem Aktenmaterial, d.h. von rechtlich, politisch, wirtschaftlich, sozial oder kulturell wertvollen Unterlagen⁵. Einerseits soll damit Rechtssicherheit und eine rationelle Verwaltungsführung ermöglicht werden. Andererseits geht es um die Bewahrung aller Arten von Dokumenten für eine umfassende historische und sozialwissenschaftliche Forschung⁶.

Nach dem Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (im Folgenden BGA) ist grundsätzlich das Bundesarchiv für die Archivierung der Unterlagen des Bundes zuständig⁷. Soweit ein Bundesgesetz nichts anderes vorsieht, sind die Kantone für die Archivierung ihrer Unterlagen selber verantwortlich, selbst wenn diese im Zusammenhang mit dem Vollzug von Bundesaufgaben entstanden sind⁸. In solchen Fällen gelangt kantonales Recht zur Anwendung, das aber mit den bundesrechtlichen Normen oft vergleichbar ist⁹. Das Archivierungsgesetz sieht vor, dass jedermann, der Bundesaufgaben wahrnimmt, der Pflicht unterliegt, dem Bundesarchiv nicht mehr benötigte Unterlagen zur Archivierung anzubieten¹⁰. Die Unterlagen sind so aufbereitet einzureichen, dass ohne zusätzlichen Aufwand die Archivwürdigkeit bewertet und eine allfällige Archivierung vorgenommen werden kann¹¹. Das Bundesarchiv legt auf Vorschlag der anbietepflichtigen Verwaltungsträger die Archivwürdigkeit fest¹².

Sind Unterlagen archiviert, so unterliegen sie einer Schutzfrist von 30 Jahren¹³, d.h. sie bleiben während dieser Zeit weiterhin nicht öffentlich zugänglich. Diese Regelung widerspiegelt das nach wie vor geltende Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt¹⁴. Waren aber die Akten vor ihrer Archivierung öffentlich zugäng-

lich, so bleiben sie es auch weiterhin¹⁵. Diese Bestimmung wird bei einem allfälligen Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Bundesverwaltung als Koordinationsbestimmung wichtig werden, denn die öffentliche Zugänglichkeit von Unterlagen ist dann an Hand dieses Öffentlichkeitsgesetzes zu bestimmen¹⁶. Archivgut, das nach Personennamen erschlossen ist und besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthält, unterliegt sogar einer Schutzfrist von 50 Jahren. Ausgenommen davon sind Fälle, bei denen die betroffene Person in die Akteneinsicht einwilligt hat oder seit mehr als drei Jahren tot ist¹⁷ oder bei denen nicht-personenbezogene Nachforschungen bezweckt

5 Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998 über die Archivierung (BGA, SR 152.1) und die dazugehörige Verordnung vom 8. September 1999 zum Bundesgesetz über die Archivierung (Archivierungsverordnung,VBGA, SR 152.11).

6 Art. 2 Abs. 2 BGA; Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 952.

7 Art. 4 Abs. 1 BGA. Das Bundesgericht, das Eidgenössische Versicherungsgericht, die Schweizerische Nationalbank und vom Bundesrat als autonom bezeichnete Anstalten sorgen grundsätzlich selber für die Archivierung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3 BGA). Für die beiden Gerichte gelten neben den allgemeinen Anforderungen des BGA und der VBGA (Fn. 5) die Verordnung des Bundesgerichts vom 27. September 1999 zum Archivierungsgesetz (SR 152.21) und die Verordnung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Archivierungsgesetz vom 26. Oktober 1999 (SR 152.22).

8 Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. h BGA.

9 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 946; in diesem Sinn auch BGE 127 I 145 E. 4 c/bb S. 154.

10 Art. 6 BGA i.V.m. Art. 4 VBGA.

11 Art. 5 Abs. 1 VBGA. Nach Abs. 4 erlässt das Bundesarchiv dazu genauere Richtlinien (siehe <http://www.bar.admin.ch> -> Überlieferungsbildung (April 2003)).

12 Art. 7 BGA i.V.m. Art. 5 Abs. 2, 3 und Art. 6 VBGA.

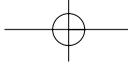
13 Art. 9 Abs. 1 BGA. Die Schutzfrist beginnt mit dem Datum des jüngsten, vom Inhalt her relevanten Dokuments eines Geschäftes oder Dossiers (Art. 10 BGA i.V.m. Art. 13 VBGA).

14 Vgl. ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, Kommentar zu Art. 16 BV, N. 32, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002, S. 253.

15 Art. 9 Abs. 2 BGA.

16 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12.2.2003, BBl 2003 1963 ff., S. 1978.

17 Art. 11 Abs. 1 und 2 BGA. Besonders schützenswerte Personendaten sind etwa Daten über religiöse und politische Ansichten und



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

werden¹⁸. Bei gewissen Kategorien von Archivgut (z.B. von der Bundesanwaltschaft oder vom VBS¹⁹) oder im Einzelfall zur Wahrung überwiegender schutzwürdiger Interessen kann die Schutzfrist verlängert werden. Die Erstreckung darf zusammen mit der gewöhnlichen Schutzfrist nicht länger als 50 Jahre dauern²⁰.

3. Einsichtnahme durch Historiker während der Schutzdauer

Obwohl mit der Archivierung die Voraussetzungen für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung geschaffen werden sollen²¹, sieht das Gesetz jedoch kein Wissenschaftsprivileg vor²². Für die Einsichtnahme während der Schutzfrist gelten also auch für Historiker die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 13 BGA. Das Recht auf Einsichtnahme während der Schutzfrist ist anerkannt. Umstritten ist jedoch regelmässig, ob die abliefernde Behörde ein Gesuch auf Einsichtnahme auf Grund entgegenstehender öffentlicher und/oder privater Interessen ablehnen darf. Ein wissenschaftlich arbeitender Historiker kann sein Interesse zusätzlich mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 20 BV verstärken. Das Bundesgericht hat zwar Art. 20 BV nur für den Fall als Schlüssel zu zusätzlichen Informationen angesehen, als ein «spezifischer Forschungsansatz» die Erschliessung von Akten erfordere²³. Es ist hingegen beruhigend, vom Bundesgericht im Fall Wottreng zu hören, dass nicht nur die Natur-, sondern auch die Geistes-, Sozial- und historischen Wissenschaften sich auf Art. 20 BV berufen können. Das Bundesgericht hielt den Beizug der Strafregister-Akten «unter dem Gesichtswinkel der Wissenschaftlichkeit» für nicht zwingend und verweigerte dem Journalisten und Historiker Wottreng deshalb die Akteneinsicht und die Berufung auf Art. 20 BV²⁴.

Die Schutzfristen von 30 bis 50 Jahren sollen überwiegende öffentliche oder private Interessen schützen²⁵. Der Gesetzgeber vermutet, dass diese durch eine allgemeine Zugänglichkeit verletzt würden. Sind solche Interessen jedoch nicht gefährdet und verbietet keine gesetzliche Vorschrift die Einsichtnahme während der Schutzfrist, so muss einem Gesuchsteller Einsicht in die von ihm gewünschten Unterlagen gewährt werden. Auf Grund des Verhältnismässig-

keitsprinzips nach Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV muss die Einsichtnahme gewährleistet werden, wenn die entgegenstehenden Interessen mit Auflagen oder Bedingungen ausreichend geschützt werden können. Das kann etwa durch Anonymisierung von Personen oder durch Auflagen an die Modalitäten der Veröffentlichung durch den Gesuchsteller geschehen.²⁶

Die wichtigsten öffentlichen Interessen werden in der Archivierungsverordnung definiert²⁷, nämlich die innere und äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Beziehungen des Bundes zu den Kantonen, zu ausländischen Staaten und internationalen Organisationen und die Handlungsfähigkeit des Bundesrates. Dabei muss die öffentliche Sicherheit der Eidgenossenschaft bloss gefährdet sein, währenddem die Gefährdung der übrigen Interessen dauerhaft bzw. schwerwiegend sein muss. Steht die öffentliche Sicherheit des Bundes in Frage, so scheinen höhere Anforderungen für die Gewährung einer Einsicht zu gelten. Ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz vertritt jedoch die Ansicht, dass die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährdet sein muss, da in einem demokratischen Staat Schutzmassnahmen eine Ausnahmeerscheinung bleiben müssten. Selbst die Geheimhaltungs-Klassifizierung gewisser

Tätigkeiten, über Massnahmen der sozialen Hilfe oder über strafrechtliche Sanktionen (vgl. dazu und zu weiteren Beispielen Art. 3 lit. c des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1). Ein Persönlichkeitsprofil ist eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt (Art. 3 lit. d DSG; vgl. auch VPB 65-48).

18 Art. 11 Abs. 3 BGA. Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG (Fn. 17) sieht eine ähnliche Regelung vor.

19 Siehe dazu Anhang 3 der VBGA.

20 Art. 12 BGA i.V.m. Art. 14 VBGA.

21 Siehe Fn. 6.

22 BGE 127 I 145 E. 4 c/bb S. 154. Dies wurde u.a. mit der Rechtsgleichheit und der schwierigen Definition des Wissenschaftsbegriffs begründet; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 962.

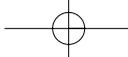
23 BGE 127 I 145 E. 4 d/cc, S. 157: «Auch unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftlichkeit des zu erstellenden Werkes bedarf es der Einsicht in die Akten nicht zwingend; diese ist nicht allein schon deshalb in Frage gestellt, weil gewisse Quellen nicht ausgeschöpft werden können».

24 BGE 127 I 145 E. 4 d/cc, S. 157. Das Bundesgericht zeigte dem Journalisten indessen den Weg und dieser erhielt später entsprechend Einsicht. Sein Werk erschien 2002 im Orell-Füssli-Verlag, Zürich: WILLI WOTTRENG: Tino – König des Untergrundes. Die wilden Jahre der Halbstarren und Rocker.

25 Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1997 über das BGA, BBl 1997 II 941 ff., S. 957.

26 Art. 11 Abs. 3 und 13 Abs. 3 BGA; Art. 19 VBGA.

27 Art. 14 Abs. 3 VBGA.



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

Unterlagen²⁸ könne nur ein Indiz für Geheimhaltungsinteressen sein, da diese im Laufe der Zeit entfallen können²⁹. Der Schutz der Polizeigüter (z.B. Leib und Leben von in den Unterlagen erwähnten Personen) wird von der Verordnung nicht ausdrücklich erwähnt, ist jedoch ebenfalls als legitimes öffentliches Interesse zu betrachten³⁰.

Die Akteneinsicht darf nur verweigert werden, wenn sie geeignet ist, die öffentlichen Interessen zu gefährden. Ansonsten wäre ein Eingriff in das Einsichtsrecht unverhältnismässig. Ausserdem ist stets eine Güterabwägung zwischen dem Akteneinsichtsrecht und den gefährdeten öffentlichen Interessen vorzunehmen. Nimmt die zuständige Behörde eine solche nicht vor, so liegt eine formelle Rechtsverweigerung vor³¹.

Private Interessen können einer Einsichtnahme durch Historiker ebenfalls entgegenstehen. Dazu zählen etwa der Schutz vor vorzeitiger Offenbarung von Berufs- und Fabrikationsgeheimnissen³², die körperliche und psychische Integrität, die Geheim- und Intimsphäre sowie die informationelle Selbstbestimmung einer Person³³. Die Archiveinsicht muss wiederum geeignet sein, die betreffenden Rechtsgüter zu ge-

fährden und die Güterabwägung muss zu Lasten des Einsichtsrechts ausfallen.

Es ist möglich, dass nach dem Wegfall öffentlicher Interessen weiterhin überwiegende private Interessen bestehen. Allerdings werden bei Personen, die als Politiker und Amtsträger öffentlich in Erscheinung traten, meist keine legitimen privaten Interessen anzunehmen sein³⁴. Personen der Zeitgeschichte, wie z.B. Bundesräte, hohe Militärs, Bundesrichter und Amtsdirektoren, können hinsichtlich ihrer Tätigkeit in der Öffentlichkeit keine überwiegenden privaten Interessen beanspruchen³⁵.

4. Rechtsschutz bei verweigerter Einsichtnahme

Die Behörde, welche die Archivalien ursprünglich erstellt oder empfangen hat, erlässt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG³⁶ betreffend Einsichtnahme³⁷. Hat ein Bundesamt³⁸ verfügt, so kann Verwaltungsbeschwerde beim entsprechenden Departement³⁹ und letztinstanzlich beim Bundesrat⁴⁰ erhoben werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ist wohl ausgeschlossen, da die Ausnahme von Art. 100 Abs. 1 lit. a OG (innere und äussere Sicherheit) greift⁴¹. Hat kein Bundesamt verfügt, so richtet sich der Rechtsweg nach dem Spezialerlass, etwa der Verordnung des Bundesgerichts zum Archivierungsgesetz⁴². Ansonsten kommen die allgemeinen Verfahrensregeln des Verwaltungsverfahrens- und des Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege zum Zug.

5. Beurteilung: Archive beginnen zu erzählen ...

Der Prinzip geheimer Verwaltungs- und Gerichtstätigkeit befindet sich auf dem Rückzug. Johann Gustav Droysen (1808-1884)⁴³ bedauerte, dass es ihm nicht vergönnt war, «andere als die bekannten Quellen zu benutzen». Daraus schloss er: «Wahrlich es ist nicht gut, dass unsere Geschichte stumm ist». Die Zeit der «schweigenden Archive»⁴⁴ scheint angesichts des grossen Interesses an historischen Forschungen abzulaufen. Freilich fehlt ein eigentlicher Durchbruch auf der Ebene der Verfassung oder der Gesetzgebung. Beim Bund und in vielen Kantonen ist das Öff-

28 Siehe Fn. 19.

29 Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 30. April 1990 betreffend Einsichtsrecht in Straftaten der Militärjustiz in Sachen Landesverräter während des Aktivdienstes 1939-1945. In: VPB 55-3, E. 2.4.1 (S. 33 ff.). Vgl. WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Dissertation St. Gallen 1980, S. 178.

30 VPB 55-3, E. 2.4.1 (S. 35). WILLY HUBER (Fn. 29), S. 179.

31 BGE 110 Ia 83 E. 4 S. 85 f.

32 Art. 14 Abs. 4 VBGA.

33 VPB 55-3, E. 2.4.2 (S. 35).

34 Siehe Fn. 33.

35 Art. 18 Abs. 4 VBGA.

36 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

37 Art. 22 Abs. 1 VBGA.

38 Auch das Bundesarchiv ist als zentrale Verwaltungseinheit des Eidgenössischen Departements des Innern ein Bundesamt (Regierungs- und Verwaltungsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1), Anhang, lit. B, EDI.

39 Art. 47a VwVG (Fn. 36).

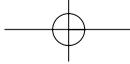
40 Art. 72 und 74 VwVG (Fn. 36).

41 Art. 100 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, SR 173.110). Aufschlussreich dazu VPB 40-12, S. 49; BGE 104 Ib 129 E. 1 S. 131 f.; 118 Ib 277 E. 2b S. 280; 121 II 248 E. 1 S. 250.

42 Art. 16 (Fn. 7).

43 DROYSEN, Vorlesungen über die Freiheitskriege, Erster Theil, Kiel 1846, Vorwort (ohne Seitenzahlen).

44 DROYSEN (Fn. 43).



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

fentlichkeitsprinzip mit Geheimnisvorbehalt noch immer nicht eingeführt worden⁴⁵. Deshalb werden sich die Forscher weiterhin im Einzelfall um eine Einsicht bemühen müssen. Die Abwägung der Interessen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung bleibt bedeutsam.

III. Bedingungen historischer Äusserungen in Radio und Fernsehen

1. Ausgangspunkt: Geschichtswissenschaftliche Quellenkritik

In der modernen Geschichtswissenschaft ist die Bedeutung der Kritik zunächst durch Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) entwickelt worden. Später hat Johann Gustav Droysen in seinen Vorlesungen über die «Historik» die moderne historisch-kritische Methode verfeinert⁴⁶. Dabei handelt es sich nicht um eine bestimmte Methode der Geschichtsforschung, sondern um ein besonderes Verständnis im Umgang mit Quellen und den daraus zu ziehenden Schlüssen. Droysen unterschied:

a) Kritik der Echtheit: «Es fragt sich, ob das Material wirklich das ist, wofür es gehalten wird oder gehalten werden will»⁴⁷.

b) Kritik des Früheren und Späteren: «Es fragt sich, ob das Material noch unverändert das ist, was es ursprünglich war und noch sein will, oder welche Veränderungen an demselben zu erkennen und ausser Rechnung zu stellen sind»⁴⁸.

c) Kritik des Richtigen (oder Quellenkritik⁴⁹): «Es fragt sich, ob das Material, da es wurde, das gab und geben konnte, wofür es als Beleg gehalten wird oder gehalten werden will, oder ob es gleich, da es wurde, nur teilweise, nur in gewisser Art, nur relativ richtig sein konnte oder wollte»⁵⁰.

d) Kritische Ordnung des verifizierten Materials: «Es fragt sich, ob das Material, wie es vorliegt, noch alle Momente enthält, von denen die Forschung Zeugnis sucht, oder in welchem Masse es unvollständig ist»⁵¹.

Auch nach dem Zusammenwirken dieser vier Formen historischer Kritik ist nach Droysen das Ergebnis von Kritik nicht «die eigentliche historische Tatsache», sondern,

dass das Material bereit gemacht ist, eine verhältnismässig sichere und korrekte Auffassung zu ermöglichen»⁵². Der Historiker und der historisch recherchierende Journalist formulieren Hypothesen, die sich durch die Erhebung von Faktenmaterial zu Thesen verdichten lassen. Je nach Ausgang von Verifikation bzw. Falsifikation ist eine Hypothese abzuändern oder sogar fallen zu lassen⁵³.

Das Bundesgericht hatte sich in seinen Urteilen zum (strafrechtlichen) Fall Hofer-Frick⁵⁴ mit der Quellenarbeit des Historikers Walther Hofer beschäftigt. Es hob den Freispruch von der «üblen Nachrede gegen einen Verstorbenen» auf. Hofer hätte als «gewiegener Historiker» den Fehler «auf den ersten Blick erkennen können». Hofer hatte nämlich den Rechtsanwalt Wilhelm Frick in einem Zeitungsartikel⁵⁵ als «Vertrauensanwalt einer Gestapoabteilung» und als «Gestapovertrauten» bezeichnet. Er stützte sich dabei auf eine Dissertation⁵⁶. Hofer verwendete eine verbreitete zeitsparende Methode, indem er bloss die Sekundärquelle las, aber die (von ihm nicht eingesehene) Originalquelle⁵⁷ zitierte. Diese Quelle bezeichnete Frick nicht als «Vertrauensanwalt einer Gestapoabteilung». Das Bundesgericht verlangte deshalb die Bestrafung von Hofer und lehnte später auch eine Revision dieses Urteils ab⁵⁸. Die arbeitssparende Methode von Hofer verletzt in der Tat Grundsätze historischen Arbeitens; das Bundesgericht hatte also gewissermassen Droysen Recht gegeben⁵⁹.

45 Siehe dazu ANDREAS KLEY, Besprechung des Urteils Wottreng, BGE 127 I 145 ff., in: *medialex* 2001, Heft 4, S. 240. Siehe nun aber die Botschaft des Bundesrates: FN 16.

46 DROYSEN JOHANN GUSTAV, Historik, Textausgabe von Peter Leyh (1857/1882), Stuttgart: Frommann-Holzboog-Verlag 1977.

47 DROYSEN (Fn. 46) 429.

48 DROYSEN (Fn. 46) 429.

49 DROYSEN (Fn. 46) 430, vgl. namentlich § 33.

50 DROYSEN (Fn. 46) 429.

51 DROYSEN (Fn. 46) 430.

52 DROYSEN (Fn. 46) 431.

53 Vgl. VPB 56-13, E. 4.2 (S. 102); VPB 62-50, E. 6.5 (S. 460).

54 Urteil vom 4.7.1986, in: Plädoyer 1989, S. 65-67 sowie BGE 125 IV 298 ff.

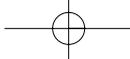
55 NZZ vom 26./27.2.1983, Nr. 48.

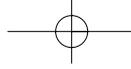
56 Nämlich: WALTER WOLF, Faschismus in der Schweiz, Zürich: Flamberg Verlag 1969.

57 Bericht der Zürcher Obergerichts an den Kantonsrat zur Motion Nägeli vom 4.11.1953, Amtsblatt des Kantons Zürich 1953, S. 905 ff.

58 BGE 125 IV 298 ff.

59 Ebenso THOMAS GEISER, Der Historiker vor dem Zivilrichter, in: *AJP* 4/92, S. 451 f.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

Kontrastiert man die bundesgerichtlichen Aussagen im strafrechtlichen Fall Hofer-Frick mit dem (grundrechtlichen) Fall Wottreng⁶⁰, so widerspricht die Forderung nach Konsultation der Primärquellen dem verweigerten Archivzugang. Diese Unstimmigkeit ist wohl durch die jeweils getrennten Rechtsgebiete und Verfahren (Strafrecht / Nichtigkeitsbeschwerde / Kassationshof – Grundrechte / staatsrechtliche Beschwerde / Öffentlichrechtliche Abteilung) erklärbar, aber in der Sache nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus geben die beiden Urteile Hofer-Frick den Beobachtungen von Peter Noll Recht⁶¹:

«Wie die moderne Wissenschaft an ihrer eigenen Vergänglichkeit arbeitet: A übernimmt z.B. einen Gedanken von B, und in der ersten Publikation zitiert er auch den B, wie es sich gehört. Später kommt A auf das Thema zurück, und in der zweiten Publikation zitiert er nun nur noch sich selbst, nämlich seine frühere Publikation. Von B ist nicht mehr die Rede. Dasselbe kann natürlich auch dem A passieren von Seiten des C usw. Über das Zitieren und Nichtzitieren könnte man eine längere Analyse und Satire schreiben. Häufig kommt es z.B. vor, dass einer die Sekundärquelle nicht zitiert, sondern nur die Primärquelle, ohne diese aber gelesen zu haben. Er übernimmt einfach das Zitat aus der Sekundärquelle».

2. Kritische Ordnung und Darstellung des Materials in elektronischen Medien

Das Interesse an der jüngeren Schweizergeschichte ist durch die Sammelklage gegen

die Schweizer Banken in den USA und die erhobenen Vorwürfe an die Adresse der Schweiz in den letzten Jahren stark gestiegen und fand damit Eingang in den Programmen von Fernsehveranstaltern. Zwar hat eine dokumentarisch-historische Sendung nicht dem wissenschaftlichen Anspruch eines Historikers, sondern den journalistischen und medienrechtlichen Sorgfaltspflichten zu genügen. Entscheidend ist, ob die Thematik einer Sendung und die aufgestellten Thesen sorgfältig und gewissenhaft dokumentiert sind⁶². Hinzu kommen noch die besonderen Bedingungen für Sendungen in den elektronischen Medien.

Programmbeiträge am Fernsehen und im Radio müssen dem Sachgerechtigkeitsprinzip entsprechen⁶³. Fakten sind folglich objektiv wiederzugeben, so dass sich der Zuschauer bzw. Zuhörer eine eigene Meinung bilden kann⁶⁴. Ansichten und Kommentare sind deshalb von solchen Fakten abzugrenzen⁶⁵. Je kleiner das vernünftigerweise zu erwartende Vorwissen des Publikums ist, desto höhere Anforderungen sind an dieses Gebot der Transparenz zu stellen. Neben der Würdigung der einzelnen Informationen ist der Gesamteindruck einer Sendung entscheidend⁶⁶. Die Ausstrahlung einseitiger Information verletzt nicht zwingend das Sachgerechtigkeitsgebot. Soweit Fehler nicht geeignet sind, den Gesamteindruck einer Sendung oder eines Beitrags wesentlich zu beeinflussen, handelt es sich aus programmrechtlicher Sicht um Nebenpunkte⁶⁷.

Das Sachgerechtigkeitsgebot bezweckt den Schutz des Publikums, weshalb eine rezipientenorientierte Betrachtungsweise angezeigt ist⁶⁸. Es ist zu fragen, wie das Publikum die Sendung vernünftigerweise verstehen konnte. Neben dem Vorwissen sind in diesem Zusammenhang die Eigenheiten des Sendegerätes (Sendezeit; Nachrichten- oder Dokumentarsendung) und der Gegenstand einer Sendung zu würdigen⁶⁹. Ein strenger Sorgfaltsmassstab ist anzuwenden, wenn schwerwiegende Vorwürfe erhoben werden und so ein erhebliches Schadensrisiko für Direktbetroffene oder Dritte resultiert. In diesem Fall muss sich die Recherche bis auf Details der Anschuldigungen erstrecken⁷⁰. Die gesetzlichen Programmbestimmungen schliessen weder Stellungnahmen und Kritiken noch den sog. «an-

60 Siehe Fn. 45.

61 PETER NOLL, Diktate über Sterben & Tod, Zürich: Pendo Verlag 1984, S. 48 f.

62 VPB 62-50, E. 6.5 (S. 460); VPB 56-13, E. 4.4 (S. 105).

63 Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BV und Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.10).

64 BGE 119 Ib 166 E. 3a S. 170; Bundesgerichtsurteil vom 21.11.2000 (2A.12/2000), E. 5 b.

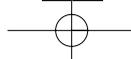
65 Art. 4 Abs. 2 RTVG (Fn. 63): «Ansichten und Kommentare müssen als solche erkennbar sein.»; VPB 62-50, E. 6.2 (S. 459).

66 VPB 64-120, E. 5.2 (S. 1216); VPB 62-50, E. 4.1 (S. 458) und E. 7.2 (S. 461); VPB 62-27, E. 4.1 (S. 200).

67 VPB 64-120, E. 6.2 (S. 1216 f.); vgl. MARTIN DUMERMUTH, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Dissertation, Bern 1992, S. 288 und 315 ff.

68 VPB 64-120, E. 5.4 (S. 1216); VPB 62-27, E. 3.3 (S. 200).

69 VPB 64-120, E. 5.4 (S. 1216) und E. 6.6 (S. 1217 f.); VPB 62-27, E. 4.1 (S. 200).



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

waltschaftlichen Journalismus« aus. Aber es muss die Transparenz gewährleistet bleiben, dass sich der Zuschauer ein eigenes Bild machen kann. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich in erster Linie danach, ob der Beitrag insgesamt manipulativ wirkt⁷¹. Es ist sogar zulässig, ein an sich dem Sachgerechtigkeitsgebot widersprechenden Beitrag zu senden, sofern dieser beispielsweise durch Anmoderation und eine anschließende Diskussionsrunde so relativiert wird, dass die Zuschauer die mangelnde Seriosität und die einseitige Ausrichtung erkennen können⁷².

3. Beurteilung: Sachgerechtigkeit versus historische Urteilskraft?

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das fundamentale Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) im Rahmen der Medienfreiheit in Radio und Fernsehen (Art. 17 Abs. 1 BV) den Charakter ändert. Es wird zu einer institutionellen Garantie⁷³, die nur noch sachgerechte Meinungsäußerungen im Sinne von Art. 93 Abs. 2 BV zulässt. Auch für Historiker und historisch berichtende Journalisten ergeben sich daraus zusätzliche Einschränkungen. – Was würde wohl ein urliberaler Autor wie John Stuart Mill (1806-1873) zu dieser «Medienfreiheit» sagen? Orientiert man sich an seiner Haltung, so dürfte er die geforderte Sachgerechtigkeit kritisch beurteilen. Zur «eigentlichen Region menschlicher Freiheit» gehört nach Mill die Freiheit des Denkens, wovon jene der Meinungsäußerung nicht zu trennen sei. Die Urteilsfähigkeit und -kraft hingen entscheidend davon ab, dass sich ein Mensch allen Meinungen und Kritiken ausgesetzt und diese auch geprüft habe. «Die ständige Gewohnheit der Korrektur und Vervollständigung der eigenen Meinung durch ihren kritischen Vergleich mit den Meinungen anderer ist (...) die einzige feste Grundlage für ein Vertrauen auf sie»⁷⁴. Für Mill ist es auch wichtig, dass jeder sich Irrtümer, Einseitigkeiten und Unausgewogenes ungehindert anhören kann⁷⁵. Das Sachgerechtigkeitsgebot wäre für ihn wohl ein Greuel, ausser er hätte sein positives Menschenbild angesichts der Macht der Massenmedien geändert.

In einem liberalen Sinn ist das Sachgerechtigkeitsgebot in der Medienfreiheit des Art.

17 i.V.m. Art. 93 Abs. 2 BV zwiespältig. Es ist angesichts der Medienmacht verständlich, aber andererseits mit der Vorstellung urteilsfähiger Menschen, die in einer freien, pluralistischen und demokratischen Gesellschaft leben, unvereinbar.

IV. Geschichtliche Tatsachen als absolute Grenzen von Meinungsäußerungen

Art. 18 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes (GG) kennt die Verwirkung von Grundrechten⁷⁶. Niemand soll sich im Kampf gegen die freiheitliche, demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland auf (publikumswirksame) Grundrechte berufen können. Die deutsche Demokratie soll wehrhaft und streitbar sein⁷⁷. Dem Paradoxon «Beseitigung der Grundrechte mit Hilfe dieser Grundrechte» soll also vorgebeugt werden. Auf Grund des komplizierten Verfahrens und der für die betroffenen Personen einschneidenden Auswirkungen einer Grundrechtsverwirkung ist Art. 18 GG bisher nicht angewandt worden⁷⁸.

Die schweizerische Bundesverfassung kennt keine solche Bestimmung, weshalb revisionistische oder rassistische Meinungsäußerungen unter dem Schutz der Grundrechte stehen, aber gemäss Art. 36 BV beschränkbar sind. Der Gesetzgeber hat denn auch diese Meinungsäußerungen in Art. 261^{bis} StGB verboten⁷⁹.

70 VPB 63-96, E. 8.2-8.4 (S. 909); VPB 62-50, E. 6.1 (S. 459); VPB 62-27, E. 4.2 (S. 201).

71 BGE 121 II 29 E. 3b S. 34; Bundesgerichtsurteil vom 21.11.2000 (2A.12/2000), E. 5b; vgl. DUMERMUTH (Fn. 67), S. 364 ff.

72 VPB 62-50, E. 7.1 und 7.2 (S. 460 ff.).

73 Im Sinne von CARL SCHMITT, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, 1931, enthalten in: C.S., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl., Berlin 1985, S. 140 ff.

74 Vgl. JOHN STUART MILL, Über die Freiheit, Leipzig und Weimar: Gustav Kiepenheuer Verlag 1991, S. 28 f.

75 Vgl. MILL (Fn. 74), S. 43 f.

76 Art. 18 Abs. 1 GG – Verwirkung von Grundrechten: «Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (...), die Lehrfreiheit (...), die Versammlungsfreiheit (...), die Vereinigungsfreiheit (...), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (...), das Eigentum (...) und das Asylrecht (...) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrechte».

77 Vgl. dazu ANDREAS KLUMP, Freiheit den Feinden der Freiheit? Die Konzeption der streitbaren Demokratie als demokratietheoretisches Fundament zur Auseinandersetzung mit politischem Extremismus à <http://www.extremismus.com/texte/streitbar.htm> (April 2003); MICHAEL BRENNER zu Artikel 18 GG, Rn. 1-9, S. 2125 ff. in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG – Bonner Grundgesetz, Bd. 1.

78 BRENNER (Fn. 77), Rn. 11 ff.

Études & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Kley/Zihler | Historiker vor Gericht

Allerdings beinhaltet die von der Schweiz ratifizierte und innerstaatlich unmittelbar anwendbare Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in Artikel 17 ein mit Art. 18 GG vergleichbares Verbot des Missbrauchs ihrer Garantien⁸⁰. Neben rassendiskriminierenden Äusserungen⁸¹ und der Gutheissung des nationalsozialistischen Gedankengutes⁸² sind vor allem Holocaustlügen⁸³ relevant gewesen. Die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte hat in diesen Fällen entweder die Anwendung der Garantien der EMRK verneint, was der Konzeption von Art. 17 EMRK entspricht, oder sie hat Art. 17 EMRK bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Eingriffen als besonders gewichtiges Element für deren Bejahung verwendet. Das führt zum gleichen Ergebnis, klammert jedoch die betreffenden Äusserungen nicht vom sachlichen Schutzbereich der angerufenen Konventionsbestimmung aus. In zwei neueren Urteilen⁸⁴ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte angedeutet,

dass solche Äusserungen in Zukunft vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgeschlossen würden. Ein revisionistischer Historiker könnte sich bei einer strafrechtlichen Verurteilung auf Grund einer Holocaustlüge nicht mehr auf die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) berufen.

Es besteht also ein absoluter Schutz des Ansehens von Personen und religiösen, ethnischen und politischen Gruppierungen. Dementsprechend sind wesentliche historische Tatsachen vor Verdrehung und Umkehrung geschützt. In diesen Fällen darf niemand, auch nicht unter dem Vorwand der Wissenschafts- oder gar der Religionsfreiheit⁸⁵, das Gegenteil behaupten. Damit die Ergebnisse der Geschichtswissenschaft in einen Prozess permanenter Revisionen⁸⁶ und Diskussionen eingebettet bleiben, sollte sich die Anwendung von Art. 17 EMRK jedoch beschränken auf:

- rassendiskriminierende Äusserungen,
- Holocaustlügen bzw. die grobe Verfälschung oder Leugnung ähnlich gesicherter Tatsachen und
- Rechtfertigungen des Genozides an den Juden durch das nationalsozialistische Deutschland bzw. der Greuelthaten ähnlich menschenverachtender Herrschaftssysteme.

Bei Nietzsche⁸⁷ hat die kritische Geschichtsschreibung die Aufgabe, das Vergangene zu verurteilen und den Menschen von der Geschichte zu befreien, damit dieser unbeschwert leben kann. Man könnte die Behauptungen der Revisionisten, Holocaustleugner und Geschichtsverdrehler als einen derartigen Befreiungsschlag deuten. Tatsächlich kann im Sinne von Nietzsche die durch die Geschichtsschreibung überlieferte Erfahrung als eine Last empfunden werden. Gleichwohl hat diese Last auch einen staats- und menschenrechtlichen Sinn: Sie will die Wiederholung oder Nachahmung dieser traumatischen Erfahrungen verhindern. Die Verwirkung der Grundrechte bzw. das strafrechtliche Verbot der «Holocaustlüge» bewahrt dieses Gedächtnis. Eine «Befreiung» von dieser Geschichtslast wäre unerträglich. ■

- 79 Vgl. die aktuelle Darstellung in: Präsentation des 2. und 3. periodischen Berichts der Schweiz an den Uno-Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Direktion für Völkerrecht, Bern 2002, zweiter Teil, Ziff. 3, S. 55 ff.
- 80 Vgl. dazu JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 490, Rn. 1; P. VAN DIJK / G.J.H. VAN HOOF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd ed., The Hague 1998, S. 750; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 464, Rn. 703; ARTHUR HAEFELIGER/FRANK SCHÜR-MANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 347; STEFAN TRECHSEL, Kurzkommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 9 zu Art. 261^{bis} StGB, S. 863.
- 81 Kommissionsentscheid, Glimmerveen und Hagenbeek gegen die Niederlande, 11.10.79, D&R 18, 187 (188).
- 82 Kommissionsentscheid, Kühnen gegen Deutschland, 12.5.88, D&R 56, 205 (206).
- 83 Kommissionsentscheid, Walendy gegen Deutschland, 11.1.1995, D&R 80, 94 (95) und Kommissionsentscheid, Remer gegen Deutschland, 6.9.1995, D&R 82, 117 (119).
- 84 Urteil «Jersild gegen Dänemark» vom 23.9.1994, appl. no. 15890/89, § 35; Urteil «Lehideux und Isorni gegen Frankreich» vom 23.9.1998, appl. no. 24662/94, §§ 47 und 53.
- 85 In BGE 123 IV 202 ging es um eine Verurteilung eines Leiters der «Universalen Kirche» wegen Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB, der die Behauptung weiterverbreitete: «wegen ihrer satanischen Gier zettelten die Juden den 2. Weltkrieg an».
- 86 Vgl. STUDER (Fn. 3), S. 101.
- 87 FRIEDRICH NIETZSCHE, Kritische Studienausgabe: Die Geburt der Tragödie/Unzeitgemässe Betrachtungen I-IV/Nachgelassene Schriften 1870-1873, Band 1, München: dtv 1999, Unzeitgemässe Betrachtungen II Nr. 3, S. 269.

Tarifs de droits d'auteur: contrôle des abus ou abus de contrôle?

Vincent Salvadé

Dr en droit, chef du service juridique de SUISA, Lausanne

I. Introduction

Il nous a paru intéressant d'aborder un sujet touchant à la jurisprudence de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins. Le recueil des décisions de celle-ci n'a en effet plus paru depuis 1991¹. Or, entre-temps, le droit d'auteur a été fondamentalement révisé². Dire que le domaine a évolué est un truisme.

L'élaboration des tarifs pratiqués par les sociétés de gestion, ou la mise en œuvre de ceux-ci, sont aujourd'hui sous les feux de l'actualité politique: ces thèmes ont fait l'objet de nombreuses motions ou autres interventions parlementaires³; si bien qu'ils pourraient figurer en bonne place dans les sujets abordés par une nouvelle révision de la loi sur le droit d'auteur. Ces considérations justifient à notre sens une étude systématique du contrôle pratiqué sur les tarifs des sociétés de gestion; dans l'idée qu'un état des lieux doit nécessairement précéder toute modification législative.

Après quelques indications historiques (ch. II), nous exposerons le système actuel (ch. III), puis nous apprécierons les besoins de changements (ch. IV).

II. Aperçu historique

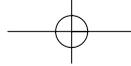
Avant le 1er juillet 1993, le domaine était régi par la loi fédérale concernant la perception de droits d'auteurs du 25 septembre 1940⁴ ainsi que par le règlement d'exécution de celle-ci⁵. L'exploitation du droit d'exécuter publiquement des œuvres musicales non théâtrales, de même que de les enregistrer sur porteurs de sons ou sur supports audiovisuels, était soumise à la surveillance de la Confédération⁶. En particulier, la redevance perçue devait faire l'objet d'un tarif publié et approuvé par une Commission arbitrale⁷, cela après demande par la société de propositions aux principales associations d'usagers⁸. En 1982, le système fut étendu à la gestion du droit de retransmission d'œuvres de tout genre: pour la première fois, la Confédération allait contrôler d'autres domaines artistiques que celui des œuvres musicales non théâtrales.

Sous l'empire de l'ancien droit, la Commission arbitrale se limitait à vérifier que le projet de tarif ne soit pas abusif⁹. Ce qui justifiait le contrôle, c'était la situation de monopole des sociétés de gestion¹⁰. Il ne fallait pas que celles-ci abusent de leur position dominante en fixant des prix exorbitants.

Au cours des travaux préparatoires ayant conduit à l'actuelle LDA, le Conseil fédéral s'est référé à un arrêt du 7 mars 1986 rendu par le Tribunal fédéral¹¹ pour affirmer qu'un pouvoir de cognition limité à la détection des abus n'était pas compatible avec la loi fédérale sur la procédure admi-

Zusammenfassung: Die Tarife für Aufführung und Verbreitung von Musik, aber auch für die verschiedenen Vergütungen, welche 1992 eingeführt worden sind (Fotokopien, Leerkassettenabgabe, etc.) sind einer Vorkontrolle unterstellt. Dies hat verschiedene Vorteile, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Demgegenüber sind die Kriterien zur Feststellung der richtigen Vergütungen nicht über alle Zweifel erhaben. Sich auf die Einnahmen oder Spesen zu stützen ist nicht adäquat, weil der Tarif auch die nichtkommerziellen Benützung wie etwa die private Kopie auf eine Leerkassette mitefasst. Was die Exklusivrechte betrifft, so sollte die Kontrolle sich damit begnügen, zu verhindern, dass die Verwertungsgesellschaften ihre dominante Position nicht missbrauchen. Nimmt man die Regel der zehn Prozent (oder drei Prozent für die Nachbarrechte) als quasi unantastbar an, selbst wenn die Benützer bereit wären, mehr zu bezahlen, so verhält sich die Schweiz nicht konform mit dem internationalen Recht.

- 1 Ce recueil s'intitule précisément: Commission arbitrale fédérale en matière de perception de droits d'auteur, Décisions et expertises. Il est paru en trois volumes que nous citons ci-après de la manière suivante: Déc. CAF I, II ou III.
- 2 La loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) est entrée en vigueur le 1er juillet 1993 et a remplacé la loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 décembre 1922.
- 3 Nous y ferons référence dans la suite de notre exposé.
- 4 Lperc.
- 5 R. ex. Lperc.
- 6 Art. 1er Lperc. et art. 1er al. 1 lit. b R.ex Lperc.
- 7 Art. 4 Lperc.
- 8 Art. 9 R. ex. Lperc.
- 9 ATF 82 I 267; Déc. CAF I, p. 167 ss.
- 10 Art. 2 Lperc.
- 11 In Déc. CAF III, p. 183 ss.



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

.....
Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

Résumé: *Les tarifs pour l'exécution et la diffusion de musique, mais aussi les tarifs pour les diverses rémunérations introduites en 1992 (photocopies, cassettes vierges, etc.) sont soumis à un contrôle a priori. Cela présente certains avantages, notamment au regard de la sécurité du droit. Cependant, les critères utilisés pour déterminer la juste rémunération sont sujets à caution. Se fonder sur les recettes obtenues lors de l'utilisation, ou sur les frais, n'est pas adéquat lorsque le tarif concerne des utilisations non commerciales, telle la copie privée sur support vierge par exemple. Pour les droits exclusifs, le contrôle devrait se limiter à empêcher les sociétés de gestion d'abuser de leur position dominante. En considérant la règle des 10% (ou des 3% pour les droits voisins) comme quasi intouchable, même lorsque les utilisateurs seraient prêts à payer plus, la Suisse ne se conforme pas au droit international.*

nistrative du 20 décembre 1968¹². Il a ainsi préconisé l'instauration d'un contrôle tarifaire étendu à l'équité ce qui, selon lui, n'était qu'une codification du droit en vigueur¹³. Au surplus, la redevance était plafonnée à 10% des recettes¹⁴. En cas d'absence de recettes, ou si celles-ci n'étaient pas en rapport direct avec l'utilisation, le projet prévoyait une rémunération ordinaire de 10% des frais, qui pouvait cependant être limitée à 5% dans certains cas spéciaux ou, au contraire, augmentée à 20% lorsque les frais étaient extraordinairement bas ou lorsque l'utilisation portait notablement préjudice à l'écoulement des exemplaires de l'œuvre¹⁵. Cette réglementation fut considérablement modifiée par le Parlement. La commission du Conseil des Etats a repris la règle des 10% préconisée par le Conseil fédéral; mais elle a proposé son application «en règle générale» seulement. Cette modification, de l'avis de la commission, permettait d'assurer aux ayants droit une rémunération équitable dans tous les cas, ce qui rendait inutile la fourchette de 5 à 20%¹⁶. En plénum, cette proposition fut approuvée, contre l'avis du Conseiller aux Etats Jean-François Roth, lequel aurait souhaité une suppression pure et simple de la règle des 10%¹⁷. Parallèlement, le parlement a instauré un plafond ordinaire de 3% pour les droits voisins¹⁸.

Quant à la procédure d'élaboration du tarif, le nouveau droit a simplement repris les principes découlant de la Lperc et de son règlement d'exécution. Enfin, le champ d'application de la surveillance fédérale resta identique s'agissant des droits d'exécution, d'émission et de reproduction des œuvres musicales non théâtrales, et du droit de retransmission. Mais il fut aussi étendu à la gestion des simples droits à rémunération, en droit d'auteur et en droits voisins, quel que soit le domaine artistique concerné¹⁹.

III. La réglementation légale

Aujourd'hui, le système est donc globalement le suivant: les sociétés doivent d'abord négocier leurs tarifs avec les associations représentatives des utilisateurs²⁰. Ensuite, elles sont tenues de soumettre ces tarifs à l'approbation de la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins²¹. Celle-ci est

une instance judiciaire, composée de membres neutres et de représentants des sociétés de gestion et des utilisateurs²². Contre la décision de la Commission, un recours au Tribunal fédéral est ouvert²³. Une fois approuvés, les tarifs sont publiés²⁴ et ils lient le juge dès leur entrée en vigueur. On peut donc distinguer trois phases: une étape préalable au cours de laquelle des pourparlers sont menés avec les associations d'utilisateurs; puis une phase d'approbation judiciaire proprement dite; et enfin la mise en application du tarif auprès des utilisateurs individuels, au cours de laquelle le juge civil n'a plus l'occasion de remettre en cause un tarif dûment approuvé.

1. Les négociations préalables

Les sociétés de gestion sont tenues de négocier leurs projets tarifaires avec les associations représentatives des utilisateurs. Concrètement, si elles établissent un tarif applicable aux concerts, elles négocieront avec les associations faïtières d'organisateur de concerts; si elles mettent au point un tarif applicable à la location de vidéo-cassettes, elles entreront en pourparlers avec les associations faïtières de vidéo-clubs, etc²⁵. Sont considérées comme «re-

12 Message du CF du 19 juin 1989 in FF 1989 III 547.

13 Ibidem.

14 Art. 56 al. 1 PLDA.

15 Art. 56 al. 2 PLDA.

16 BOCE 1991, p. 294.

17 BOCE 1991, p. 294. En ce qui concerne le Conseil national, certains parlementaires ont aussi défendu l'idée d'une suppression de la règle: cf. BOCN 1992, p. 46 ss.

18 Cf. BOCN 1992, p. 45.

19 Cf. art. 40 LDA.

20 Art. 46 al. 2 LDA.

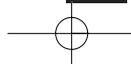
21 Art. 46 al. 2 et art. 55 LDA.

22 Art. 56 LDA. Nonobstant le caractère paritaire de l'instance, et vu sa nature judiciaire, il n'est pas admissible qu'une personne participe aux négociations tarifaires puis, dans la même affaire, siège au sein de la Commission: décision du 22 août 2000 concernant le TC 10 in sic! 9/2000, p. 784 ss.

23 Art. 74 al. 2 LDA.

24 Art. 46 al. 3 LDA.

25 SUISA n'est pas tenue de négocier avec les associations d'annonceurs ou d'agences de publicité lorsqu'elle établit un tarif applicable à l'émission de la musique contenue dans les spots publicitaires; en revanche, elle ne pourrait pas non plus adresser un tel tarif à la régie publicitaire du diffuseur, seul ce dernier devant être considéré comme partenaire tarifaire: décision des 31 octobre/11 décembre 2002 concernant le tarif W.



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

présentatives» les associations qui regroupent un nombre significatif d'utilisateurs²⁶. Tel est le cas pour les associations actives au niveau suisse, pour celles qui sont au moins représentatives à l'échelle d'une région linguistique²⁷ ou encore pour celles qui représentent 20 à 25% des destinataires du tarif²⁸. Si les utilisateurs ne sont pas réunis en association, l'obligation de négocier tombe en principe. En revanche, elle subsiste si le nombre d'utilisateurs est restreint, les sociétés devant alors entrer en pourparlers avec ceux-ci personnellement²⁹. A relever que l'art. 46 al. 2 LDA pose des exigences minimales: rien n'interdit aux sociétés de gestion de négocier aussi avec des associations non représentatives si elles estiment que cela peut apporter des enseignements intéressants³⁰.

Lorsque les négociations n'ont pas été menées avec la diligence requise, le président de la Commission peut renvoyer le dossier à la société requérante³¹. Toutefois, les sociétés de gestion demeurent en droit d'interrompre les discussions s'il s'avère qu'elles resteront vaines³².

2. La phase judiciaire

Quelle que soit l'issue des pourparlers (accord ou mésentente), le projet de tarifs devra être soumis à la Commission arbitrale fédérale, qui est chargée de vérifier son caractère équitable³³. Cette instance est également compétente pour approuver une réglementation transitoire convenue afin de régir une période pour laquelle aucun tarif n'est en vigueur³⁴.

Avant de prendre sa décision, la Commission devra informer le Préposé à la surveillance des prix³⁵, qui émettra un avis consultatif³⁶. La Commission arbitrale pourra certes s'écarter de cet avis mais, si elle le fait, elle devra s'en expliquer³⁷. Lorsque les négociations préalables ont abouti à un accord, la Commission, en principe, le ratifiera. De jurisprudence constante, elle considère que le consentement des associations d'utilisateurs est un indice important du caractère équitable du tarif³⁸. En réalité, nous n'avons pas connaissance que la Commission ait une fois refusé d'approuver une rémunération que les associations d'utilisateurs avaient acceptée.

Il en va différemment lorsque le projet des sociétés de gestion est litigieux. Très souvent, les négociations préalables n'auront en effet pas permis de trouver un terrain d'entente. La Commission devra alors trancher, en examinant elle-même l'équité de la redevance.

A. Cognition

D'après le Tribunal fédéral, la Commission arbitrale doit préalablement déterminer quelle partie du tarif est soumise à la surveillance de la Confédération et quelle partie ne l'est pas³⁹. En conséquence, les sociétés de gestion doivent aussi faire cette distinction dans leurs projets⁴⁰. Concrètement, la Commission exige que les clauses ne tombant pas sous sa cognition soient signalées par un artifice graphique et qu'il soit indiqué dans le tarif que la décision d'approbation ne les concerne pas⁴¹ (de sorte que les utilisateurs soient ultérieurement renseignés à ce sujet).

- 26 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4, c. 1b (non publié). Décision du 27 novembre 1998 concernant le TC 4, p. 7.
- 27 C. GOVONI, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten in SIWR II/1, Bâle 1995, p. 418 ss. Décision du 27 novembre 1998 concernant le TC 4, p. 7. Pour être représentative à l'échelle de la région linguistique, l'association doit représenter au moins un tiers des utilisateurs de cette région: décision du 11 décembre 1997 concernant le TC K, p. 30.
- 28 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4, c. 1b (non publié).
- 29 Déc. CAF I, p. 424.
- 30 ATF 2A 141/1997 concernant le TC 5 (c. 2a) in sic! 4/1998, p. 388 ss.
- 31 Art. 9 al. 3 ODAu.
- 32 Décisions du 21 décembre 1993 concernant le TC 4, pp. 23-24; du 4 décembre 2001 au sujet du tarif A (radio), p. 16. ATF 2A 253/1999 concernant le TC Hb in sic! 5/2000, p. 373. Décisions du 4 novembre 1997 concernant le tarif PI in sic! 4/1998, p. 378; du 13 novembre 2001 concernant le tarif VN, p. 24.
- 33 Art. 59 al. 1 LDA.
- 34 Par exemple parce qu'un projet de tarif précédent a été refusé: voir notamment décision du 22 novembre 1999 concernant le tarif A (réglementation transitoire), p. 7.
- 35 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 4) in RSPI 1996, p. 437 ss et JdT 1995 I 279; ATF 2A 180/1994 concernant le tarif K (c. 4).
- 36 Art. 15 al. 2bis LSPr.
- 37 Art. 15 al. 2ter LSPr. ATF 2A 539/1996 concernant le TC S (c. 3b aa) in sic! 1/1998, p. 33.
- 38 Voir par exemple décisions du 28 mai 2001 concernant le tarif D, p. 14; du 18 décembre 2000 concernant le tarif A, p. 17; du 7 décembre 2000 concernant le TC 3a, p. 27 in sic! 6/2001, p. 507; du 1er novembre 2000 concernant le tarif PI; voir aussi ATF du 7 mars 1986 concernant le TC 1 in Déc. CAF III, p. 190.
- 39 ATF 2A 180/1994 concernant le tarif K (c. 3c).
- 40 Décision du 13 décembre 2000 concernant le TC 10, p. 28 in sic! 7/2001, p. 633.
- 41 Décision du 13 décembre 1999 concernant le tarif VI in sic! 1/2001, p. 27, confirmé par ATF 2A 245/2000 in sic! 1/2001, p. 27. Décisions du 13 novembre 2001 concernant le tarif R, pp. 22-23; du 13 novembre 2001 concernant le tarif VN, p. 37.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

B. Droit matériel

Pour déterminer l'équité du tarif, la Commission appliquera notamment les critères fixés par l'art. 60 LDA. Ceux-ci sont au nombre de trois:

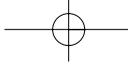
a) Tout d'abord, selon cette disposition, l'indemnité devra être calculée en fonction des recettes obtenues grâce à l'utilisation de l'œuvre ou du bien protégé par un droit voisin⁴². A défaut de recettes, ou si celles-ci ne sont pas en rapport direct avec l'exploitation d'œuvres⁴³, la redevance sera calculée sur la base des frais occasionnés par ladite utilisation. La loi précise que l'indemnité s'élèvera «en règle générale» au maximum à 10 % des recettes ou des frais pour les droits d'auteur, et au maximum à 3 % pour les droits voisins⁴⁴; elle s'empresse aussi d'ajouter que l'indemnité devra être fixée de manière à ce qu'une gestion rationnelle procure aux ayants droit une rémunération équitable. Tout cela sous-entend que les maxima de respectivement 10 et 3% pourront être dépassés dans certains cas⁴⁵. En pratique, la Commission l'a

parfois fait pour justifier des redevances minimales⁴⁶; mais, selon sa jurisprudence, de telles redevances minimales doivent trouver application dans des cas exceptionnels, et non régulièrement⁴⁷. C'est à notre avis aussi sur l'art. 60 al. 2 LDA in fine que l'on fondera l'admissibilité de clauses tarifaires prévoyant le doublement de la redevance en cas d'infractions⁴⁸.

Les recettes formant l'assiette de la rémunération sont les recettes brutes⁴⁹, c'est-à-dire le chiffre d'affaire réalisé grâce à l'utilisation, y compris la part correspondant à la répercussion de la redevance sur le consommateur⁵⁰, sans aucune déduction (pas même pour la TVA⁵¹, ni pour les montants touchés par des intermédiaires tels que les offices de billetterie⁵²). Le fait que l'utilisation soit déficitaire ou génératrice de profit n'est pas déterminant⁵³. Pourtant, deux interventions parlementaires ont été déposées afin que le législateur tienne compte des intérêts économiques des usagers⁵⁴. On doit s'élever contre cette conception qui revient à désavantager les auteurs par rapport à n'importe quel fournisseur: les redevances de droit d'auteur sont des frais de fonctionnement comme les autres, et l'on ne voit pas pourquoi elles devraient dépendre du bénéfice réalisé. Un organisateur de concert doit payer le prix convenu pour la salle même si son affaire est déficitaire; pourquoi en irait-il différemment s'agissant des auteurs?

Au nombre des recettes comptent non seulement les montants versés par les consommateurs pour jouir de l'œuvre⁵⁵, mais aussi les subventions publiques ou privées⁵⁶. Cela a été critiqué par une motion parlementaire aujourd'hui transformée en postulat⁵⁷. Sur ce point aussi, on doit approuver la jurisprudence actuelle: les subventions, dans un budget, remplacent des montants qui, sinon, devraient être payés par les consommateurs; elles ont donc finalement le même rôle économique que ces derniers. On peut certes relever que l'utilisation d'œuvres, dans certains cas, n'aurait pas lieu sans subvention, la capacité de paiement du consommateur n'étant pas illimitée. Mais là encore, l'argument tombe à faux: on ne songerait pas, par exemple, à demander à un fournisseur de boissons de réduire ses prix lorsqu'il approvisionne une institution subventionnée.

- 42 Et non, par exemple, en fonction du nombre de spectateurs: ATF 2A 253/1999 concernant le TC Hb in sic! 5/2000, p. 374.
- 43 Comme pour la sonorisation dans les restaurants ou magasins: décision du 7 décembre 2000 relative au TC 3a, p. 30 ss in sic! 6/2001, p. 508 ss.
- 44 Art. 60 al. 2 LDA.
- 45 Décision du 7 décembre 2000 concernant le TC 3a, p. 32 in sic! 6/2001, p. 509.
- 46 Voir par exemple décisions du 13 décembre 1999 concernant le tarif PI, p. 29 ss; du 8 décembre 1995 concernant le TC K, pp. 31-32 (c. 5).
- 47 Décisions du 13 décembre 1999 concernant le tarif PI, p. 31 ss; du 4 novembre 1997 concernant le tarif PI in sic! 4/1998, p. 383; du 3 novembre 1995 concernant le TC Y, pp. 48-49; du 21 novembre 1995 concernant le TC S, pp. 39-40.
- 48 ATF 2A 539/1996 concernant le TC S (c. 6a) in sic! 1/1998, p. 38; décision du 3 novembre 1995 concernant le TC Y, p. 49.
- 49 Message p. 548, FF 1989 III 548.
- 50 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 7b) in JdT 1995 I 280.
- 51 Décision du 4 novembre 1997 concernant le tarif PI in sic! 4/1998, p. 382.
- 52 Décision du 22 novembre 2001 concernant le TC K, p. 29 ss, confirmée par ATF 2A 311/ 2002; décision du 3 novembre 1995 concernant le TC Y, p. 43 ss.
- 53 Voir notamment ATF 2A 141/1997 concernant le TC S (c. 3e).
- 54 99.3347 postulat Imhof; 02.3322 motion Triponez.
- 55 Recettes des billets, des abonnements, etc. Ou, dans le domaine de la radio-télévision, revenus provenant des redevances de réception: ATF 2A 177/178/1997 concernant le TC A (c. 5b aa) in sic! 3/1998, p. 297; ATF 2A 539/1996 concernant le TC S (c. 4) in sic! 1/1998, pp. 35-36.
- 56 Voir par exemple ATF 2A 491/1998 relatif au tarif D (c. 3b bb) in sic! 3/1999, p. 266; décision du 19 décembre 1996 concernant le TC A, p. 46.
- 57 99.3557 postulat Christen.



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

Quant aux frais sur lesquels la redevance doit se baser subsidiairement, il s'agit par exemple, dans le domaine de la copie privée, des coûts d'amortissement des appareils enregistreurs aussi bien que des coûts d'achat des supports vierges⁵⁸.

D'après la Commission arbitrale, les clauses tarifaires prévoyant une indexation automatique de la redevance sur le coût de la vie sont normalement incompatibles avec le principe du calcul selon les recettes ou les frais de l'utilisation: on ne peut en effet exclure que l'indice des prix à la consommation augmente durant une certaine période, alors que les frais sur lesquels se base une redevance forfaitaire, par exemple, diminuent durant la même période⁵⁹.

b) Le tarif doit ensuite, d'après l'art. 60 al. 1 lit. b LDA, tenir compte du nombre et du genre des biens protégés. Ce critère signifie que lorsqu'une création, de par sa nature, est constituée d'un grand nombre d'apports protégés, émanant d'un grand nombre d'auteurs, cela constitue un facteur de hausse de la redevance⁶⁰. Tel pourra être le cas pour les œuvres audiovisuelles, qui comprennent une partie visuelle, une partie musicale, qui reposent sur un script, soit une œuvre littéraire, qui rassemblent un grand nombre d'ayants droit, etc. A relever que l'art. 60 al. 1 lit. b LDA a parfois été utilisé par la Commission arbitrale pour justifier la règle «du ballet» que nous exposons ci-dessous⁶¹.

c) Enfin, le tarif devra obligatoirement tenir compte de la proportion de biens protégés utilisés, par rapport à la proportion de biens non protégés⁶². Il s'agit de la règle prorata temporis. Ainsi, par exemple, un tarif applicable aux concerts prévoira un taux différencié selon que le concert comprend entièrement des œuvres protégées par le droit d'auteur, ou selon qu'il porte aussi sur des créations du domaine public⁶³. De même, la règle prorata temporis s'applique par analogie aux œuvres entièrement protégées, mais composites, en ce sens qu'un élément seulement fait l'objet du tarif soumis à surveillance⁶⁴. Il s'agit de la règle dite «du ballet»: la gestion des droits sur la musique fait l'objet d'un contrôle étatique, au contraire de la gestion des droits sur l'élément chorégraphique; il faut donc s'en

souvenir lors de l'élaboration du tarif et fixer une redevance inférieure⁶⁵. Il en va de même pour les représentations de cirques, étant rappelé que la musique, ici, est moins importante que pour les ballets⁶⁶. Dans le domaine de la radio/télévision, la règle prorata temporis de l'art. 60 al. 1 lit. c LDA a pour conséquence que les recettes globales de l'émetteur doivent être réparties sur les différentes chaînes de celui-ci, du moins lorsque la part de biens protégés utilisés par celles-ci varie fortement⁶⁷; de la sorte, un calcul de la redevance différencié selon les programmes sera possible.

Mais les principes de l'art. 60 LDA ne sont pas les seuls que la Commission observe. En pratique, elle tient compte aussi des obligations générales incombant aux sociétés de gestion. Ainsi, elle ne saurait considérer qu'un tarif est équitable s'il viole l'égalité de traitement⁶⁸ ou s'il est à ce point compliqué qu'il affecte le caractère économique de la gestion⁶⁹. La Commission a également eu l'occasion, à plusieurs reprises, de s'opposer aux augmentations

58 Décision du 21 décembre 1993 relative au TC 4, pp. 31-32 confirmée par ATF 2A 142/173/174/1994 (c. 6) in JdT 1995 I 279. Décision du 12 novembre 2001 concernant le TC 4a, p. 23 ss in sic! 7/8 2002, p. 516.

59 Décision du 21 décembre 1993 relative au TC 4, p. 40 confirmée par ATF 2A 142/173/174/1994 (c. 14).

60 D. BARRELET/W. EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, 2ème éd., Berne 2000, n°14 et n°15 ad art. 60 LDA. ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 9b) in JdT 1995 I 280; Décisions du 21 décembre 1993 relative au TC 4, p. 32; du 12 novembre 2001 concernant le TC 4a, p. 27 ss in sic! 7/8 2002 p. 517.

61 Décision du 19 décembre 1996 relatif au TC A, pp. 49 ss.

62 Art. 60 al. 1 lit. c LDA.

63 ATF 2A 491/1998 relatif au tarif D (c. 4a) in sic! 3/1999, p. 267. De même si l'exécution porte sur des œuvres protégées, mais n'appartenant pas au répertoire de la société: ATF 2A 248/1997 concernant le TC Z in sic! 4/1998, p. 387.

64 BARRELET/EGLOFF (n. 60) n° 17 ad art. 60 LDA.

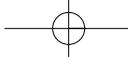
65 En pratique, le taux tarifaire pratiqué par SUISA pour un ballet est de 5 %, alors qu'il est de 10 % pour un concert.

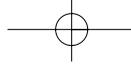
66 ATF 2A 248/1997 concernant le TC Z in sic! 4/1998, pp. 386-387.

67 ATF 2A 177/178/1997 concernant le TC A (c. 5b bb) in sic! 3/1998, p. 297, qui confirme sur ce point la décision de première instance, p. 55.

68 Art. 45 al. 2 LDA. Cf. ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 13a); décision du 13 novembre 2001 concernant le tarif VN, p. 40. Pour un autre cas d'examen de l'égalité de traitement n'ayant pas conduit au rejet du tarif: décision du 4 décembre 2001 concernant le tarif A (radio), p. 21 ss. En matière tarifaire, la Commission estime que l'obligation de respecter l'égalité de traitement découle aussi de l'art. 47 al. 1 LDA: décision du 19 décembre 1996 concernant le TC A, pp. 59-60.

69 Art. 45 al. 1 LDA. Voir BARRELET/EGLOFF (n. 60) n° 3 ad art. 59 LDA. Le caractère économique de la gestion peut justifier une redevance forfaitaire: décision du 19 décembre 1996 concernant le TC A, p. 56.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

tarifaires abruptes⁷⁰: pour être admissibles, une augmentation doit être progressive. Par exception, une importante hausse de la redevance peut toutefois se justifier si la rémunération était trop basse par le passé, compte tenu des critères légaux à appliquer⁷¹. Enfin, un tarif ne saurait être équitable, s'il est structuré de telle manière qu'il existe un risque de chevauchement avec un autre tarif, donc un risque de double perception⁷².

Le contrôle étatique de l'équité devra cependant se faire à l'aune du principe de l'autonomie tarifaire. La nature privée du droit d'auteur veut qu'il revienne aux créateurs ou à leurs ayants cause de fixer les conditions d'utilisation des œuvres. Dès lors, si un tarif satisfait aux exigences légales, il n'appartient pas à l'Etat de substituer sa propre solution à celle des sociétés de gestion⁷³.

C. Règles relatives à la qualité de partie et au fardeau de la preuve

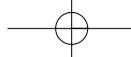
D'après la jurisprudence de la Commission, les associations (même non représentatives) invitées aux négociations ont ensuite qualité de parties à la procédure judiciaire⁷⁴. Cela découle à notre avis du principe de la bonne foi: on ne peut pas inviter une association à discuter et, par la suite, lui retirer le droit à la parole devant la Commission. Ainsi, la jurisprudence précitée ne vaut pas si les sociétés de gestion invitent une association aux séances de négociation pour sa simple information, en lui signalant d'emblée qu'elles ne la considèrent pas comme partenaire au sens de l'art. 46 al. 2 LDA⁷⁵.

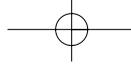
La procédure applicable devant la Commission est une procédure administrative, soumise en tant que telle à la maxime inquisitoire⁷⁶. Les parties ont toutefois un devoir de collaboration accru⁷⁷. Concrètement, la Commission exige que les sociétés de gestion, à l'appui de leurs projets de tarifs et dans la mesure où ils sont contestés, produisent des éléments chiffrés permettant d'apprécier si les exigences de l'art. 60 LDA sont respectées⁷⁸. La Commission arbitrale satisfait à son obligation de constater les faits d'office lorsqu'elle examine et apprécie les moyens des parties; elle-même n'est tenue à d'autres constatations de fait qu'en cas d'indices d'inexactitudes à propos des bases de calcul utilisées⁷⁹. Lorsqu'un tarif précédemment approuvé est remis en cause par les utilisateurs, c'est à eux de démontrer qu'il est devenu inéquitable⁸⁰, cela même si l'approbation précédente reposait principalement sur le caractère non contesté du tarif⁸¹. Cette jurisprudence nous paraît justifiée. Elle trouve d'ailleurs un fondement légal à l'art. 51 LDA, disposition qui oblige les utilisateurs à fournir, notamment, les renseignements nécessaires à la fixation des tarifs⁸².

D. Le recours au Tribunal fédéral

Nous l'avons dit: contre la décision de la Commission arbitrale, un recours au Tribunal fédéral est ouvert. Il s'agit d'un recours de droit administratif. On sait que toute personne ayant un intérêt digne de protection aura qualité pour recourir. On peut dès lors se demander si n'importe quel uti-

- 70 «Sprunghafte Erhöhungen». Voir par exemple: ATF 2A 248/1997 concernant le TC Z in sic! 4/1998, p. 387. Décisions du 4 décembre 2001 relative au tarif A (radio), pp. 31-32; du 19 décembre 1996 relative au TC A, p. 57; du 21 décembre 1993 relative au TC 4, p. 36.
- 71 ATF 2A 253/1999 concernant le TC Hb in sic! 5/2000, p. 374.
- 72 Décision du 13 novembre 2001 concernant le tarif R, pp. 25-26.
- 73 BARRELET/EGLOFF (n. 60) n° 2 ad art 59 LDA. Décisions du 4 décembre 2001 concernant le tarif A (radio), pp. 18 et 19; du 12 novembre 2001 concernant le TC 4a, p. 20 in sic! 7/8 2002 p. 515.
- 74 Décisions du 20 novembre 1998 et du 25 octobre 1999 concernant le TC 5.
- 75 Cf. décision des 31 octobre/11 décembre 2002 concernant le tarif W, p. 20.
- 76 Art. 12 PA et art. 55 al. 2 LDA; cf. B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Francfort 1991, n° 1173, p. 256. ATF 2A 141/1997 concernant le TC 5 (c. 2b). Décisions présidentielles du 11 septembre 2002 concernant les TC 4b, 4c et 4d, p. 2 s.
- 77 Art. 13 PA et art. 55 al. 2 LDA. ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 8d); ATF 2A 491/1998 relatif au tarif D (c. 2b) in sic! 3/1999, p. 265. Décisions présidentielles du 11 septembre 2002 concernant les TC 4b, 4c et 4d, p. 2 s.
- 78 Voir par exemple décisions du 7 décembre 2000 relative au TC 3a, p. 29 in sic! 6/2001, p. 508; du 13 décembre 2000 relative au TC 10, pp. 32-33 in sic! 7/2001, p. 635; du 13 novembre 2001 concernant le tarif R, p. 28.
- 79 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 8d). Décision du 4 novembre 1997 concernant le tarif PI in sic! 4/1998, p. 379. Décisions présidentielles du 11 septembre 2002 concernant les TC 4b, 4c et 4d, p. 2 s.
- 80 Décision du 11 décembre 1997 concernant le TC K, p. 33.
- 81 Voir par exemple décision du 13 novembre 2001 concernant le tarif VN, p. 41 s.; dans une certaine mesure, voir aussi décision du 7 décembre 2000 relative au TC 3a, p. 33 (c. 8) in sic! 6/2001, p. 509 s. ou décision du 4 novembre 1997 concernant le tarif PI in sic! 4/1998, p. 382.
- 82 La Commission arbitrale a reconnu que l'art. 51 LDA s'appliquait aussi aux associations d'utilisateurs parties à la procédure d'approbation tarifaire: décision du 4 décembre 1998 relative au TC Hb, p. 40.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

lisateur visé par le tarif n'a pas un tel intérêt, dès lors qu'il n'aura plus la possibilité de le contester dans le cadre des éventuelles actions civiles en paiement intentées contre lui⁸³. Dans un arrêt du 2 octobre 1997, le Tribunal fédéral a cependant estimé que la qualité pour recourir appartenait aux personnes ayant participé à la procédure d'élaboration tarifaire, ou à celles qui ont été empêchées sans leur faute d'y participer⁸⁴. En d'autres termes, ce sont normalement les associations représentatives qui ont qualité pour recourir⁸⁵, et non les utilisateurs individuellement⁸⁶. Le contraire ne pourrait être admis que s'il n'y a pas d'associations d'usagers suffisamment représentatives et si le nombre d'utilisateurs est restreint (de sorte que les sociétés de gestion soient tenues de négocier avec eux)⁸⁷. Cette décision du Tribunal fédéral est sans aucun doute justifiée: sous peine de paralyser le système, on conçoit difficilement que des milliers, voire des dizaines de milliers d'usagers puissent intenter un recours de droit administratif. Mais cet arrêt met aussi en évidence l'importance qu'il y a, pour les utilisateurs, à se fédérer et à disposer d'associations fonctionnant selon des règles démocratiques, aptes à défendre les véritables intérêts de la profession.

Le recours, en lui-même, n'a pas d'effet suspensif⁸⁸. Le président de la Cour saisie peut cependant l'ordonner⁸⁹. Cela ne sera fait que pour des motifs pertinents et après avoir pesé les intérêts en présence⁹⁰. De plus, le fait que l'octroi de l'effet suspensif équivaut à créer une situation de vide tarifaire doit être pris en compte: une telle situation sera si possible évitée⁹¹. En pratique, il est possible de n'octroyer qu'un effet suspensif partiel, par exemple en interdisant seulement à la société de gestion concernée d'intenter des poursuites pour des redevances calculées sur la base du tarif litigieux⁹². Dans cette hypothèse, les mesures interruptives de prescription sont néanmoins réservées⁹³.

Puisque la Commission arbitrale est une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés en première instance, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris des règles essentielles de procédure⁹⁴.

A relever que la décision d'approbation des tarifs pourrait être, à l'avenir, soumise à un système de triple instance. Dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, il est en effet prévu de créer un Tribunal administratif fédéral et de supprimer purement et simplement l'art. 74 LDA⁹⁵. Cela aurait pour conséquence que les décisions de la Commission arbitrale pourraient être portées au Tribunal administratif fédéral, puis ensuite au Tribunal fédéral⁹⁶. Il y aurait ainsi une instance supplémentaire, le Tribunal administratif fédéral, qui aurait la possibilité de revoir les décisions de la Commission arbitrale avec un plein pouvoir d'examen⁹⁷. Cela serait problématique pour les sociétés de gestion, dans la mesure où il est indispensable que la procédure d'approbation ne traîne pas en longueur, afin de ne pas retarder les travaux d'encaissement et de répartition des droits. Aujourd'hui déjà, la situation est parfois délicate lorsqu'un tarif fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. D'ailleurs, nous y reviendrons, un système de contrôle a priori des tarifs fonctionne correctement uniquement si la procédure d'approbation est rapide.

3. La mise en application du tarif

Une fois en vigueur, le tarif liera le juge civil dans le cadre des éventuelles actions en paiement intentées par les sociétés de ges-

83 Art. 59 al. 3 LDA. ATF 125 III 141, publié aussi in *medialex* 2/99, p. 102.

84 ATF 2A 130 et 2P 127/1997 concernant le TC 5 (c. 3a).

85 Cf. ATF 2A 180/1994 concernant le tarif K (c. 1 b aa).

86 Contra apparemment: ATF 2A 180/1994 concernant le tarif K (c. 1 b bb).

87 Voir ch. 1 ci-dessus.

88 Art. 111 al. 1 OJ; voir aussi ATF 2A 180/1994 concernant le tarif K (effet suspensif).

89 Art. 111 al. 2 OJ.

90 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (effet suspensif) et 2A 491/1998 concernant le tarif D (effet suspensif).

91 ATF 2A 491/1998 concernant le tarif D (effet suspensif).

92 ATF 2A 180/1994 relatif au tarif K (effet suspensif).

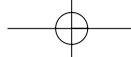
93 Ibidem.

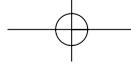
94 Art. 105 al. 2 OJ; ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 2a) in JdT 1995 I 280; ATF 2A 491/1998 concernant le tarif D (c. 1b) in sic! 3/1999, p. 264; ATF 2A 177/178/1997 concernant le TC A (c. 1c).

95 Voir ch. 12 de l'annexe au projet de loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, FF 2001, p. 4364.

96 Art. 28 et 29 lit. e du projet de loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, FF 2001, p. 4344 et 4345; voir aussi art. 77 à 80 du projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral, FF 2001, p. 4300 ss.

97 Art. 33 du projet de loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, FF 2001, p. 4346, ainsi que art. 49 de la loi fédérale sur la procédure administrative.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

tion contre les utilisateurs⁹⁸. Ces derniers n'auront donc plus la possibilité de le contester, même s'ils n'ont pas participé à son élaboration. A relever que l'opposabilité du tarif vis-à-vis des tiers peut se justifier pour des raisons liées à la sécurité du droit, mais elle ne découle pas de l'autorité de chose jugée attachée aux décisions de la Commission ou du Tribunal fédéral; l'autorité de la chose jugée ne concerne en effet que les parties à la procédure⁹⁹.

Selon le Tribunal fédéral, c'est exclusivement le caractère équitable du tarif que les autorités civiles ne pourront plus revoir. En revanche, elles auront toujours la possibilité de ne pas appliquer les clauses d'un tarif qui contreviendraient à des dispositions impératives de la loi¹⁰⁰. Mais il est évident que la Commission doit également refuser d'approuver un tarif qui violerait de telles règles légales impératives. Au regard de celles-ci, le contrôle du tarif rentre donc aussi bien dans la compétence de la Commission que des autorités judiciaires ordinaires¹⁰¹.

IV. Appréciation

Le système de contrôle des tarifs a priori, tel que nous le connaissons en Suisse, assure la sécurité juridique pour les sociétés de gestion: une fois approuvé, le tarif aura pour ainsi dire force de loi à l'égard des usagers, puisqu'il ne pourra que très rarement être contesté. La procédure d'adoption tarifaire sauvegardera également le droit d'être entendu des utilisateurs, le mieux possible compte tenu de leur grand nombre. Néanmoins le système, à l'épreuve de la pratique, suscite des commentaires critiques:

1. Dans les faits, la Commission arbitrale fédérale a beaucoup de pouvoir. Le Tribunal fédéral lui reconnaît en effet un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elle doit juger de l'équité d'un tarif¹⁰². Or la Commission suit une procédure qui n'est pas toujours adéquate¹⁰³, notamment pour l'instruction des faits. Le professeur Cherpillod a donc proposé de réviser cette procédure afin, en quelque sorte, de donner à la Commission des moyens adaptés à sa mission¹⁰⁴. Le principal problème paraît être l'absence d'une procédure probatoire proprement dite. Cela est paradoxal si l'on se rappelle que la Commission arbitrale fédérale suit une procédure administrative, soumise à la maxime inquisitoire¹⁰⁵. Il n'est cependant pas certain qu'un alourdissement de la procédure soit possible; le facteur temps joue un rôle capital: l'un des désavantages d'un contrôle a priori est que le tarif est passé au crible de données statistiques forcément dépassées au moment de son entrée en vigueur¹⁰⁶. Il faut donc que la procédure soit rapide afin que le tarif ne perde pas trop de son actualité. Plutôt que de réviser les règles procédurales, il faudrait peut-être changer la pratique: actuellement, la Commission rencontre les parties pour la première fois lors de l'audience principale¹⁰⁷. Il nous semble que, de lege lata déjà, elle pourrait aussi organiser des audiences d'instruction si elle le souhaitait. Elle pourrait le faire au début de l'automne, soit quelques semaines avant l'audience principale, ce qui ne retarderait pas l'entrée en vigueur du tarif (prévue en général pour le début de l'année suivante). Il faudrait à notre avis songer à cette possibilité dans certains cas.

2. Autre critique, touchant au fond cette fois. Les critères de l'art. 60 LDA sont inspirés des principes jurisprudentiels suivis par la Commission sous l'ancien droit - avant le 1er juillet 1993 - pour les tarifs concernant les droits exclusifs. Ils ont été repris et étendus aux simples droits à rémunération. Or, pour ces derniers, il n'est pas certain qu'ils soient adéquats. En substance, l'art. 60 LDA repose sur l'idée que les auteurs doivent obtenir une rémunération proportionnée à l'importance de l'utilisation d'œuvre. S'il existe des recettes, ce sont elles qui forment l'assiette de la redevance; à défaut, ce sont les frais. Cette pondération accordée aux recettes et aux

98 Art. 59 al. 3 LDA. ATF 125 III 141, publié aussi in *medialex* 2/99, p. 102.

99 Cf. J.-F. Poudret/A. Wurzbürger/J. Haldy, Procédure civile vaudoise, Lausanne 1996, n° 6 ad art. 475 CPC.

100 ATF 125 III 141, publié aussi in *medialex* 2/99, p. 102.

101 Voir I. Cherpillod, note in *medialex* 2/99, p. 105.

102 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 2b) in JdT 1995 I 278.

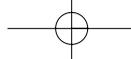
103 Procédure prévue par les art. 9 ss ODAu.

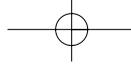
104 I. Cherpillod, note in *medialex* 2/99, p. 105.

105 Art. 12 PA et art. 55 al. 2 LDA; cf. B. Knapp (n. 76), n° 1173, p. 256.

106 Il peut seulement être exigé des sociétés de gestion qu'elles se fondent sur des données non périmées au début des négociations: ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 8 e aa); décisions présidentielles du 11 septembre 2002 concernant les TC 4b, 4c et 4d, p. 3.

107 Prévue par les art. 12 ODAu.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

Xfrais est cependant discutable lorsqu'il s'agit d'adopter un tarif applicable à des utilisations non commerciales, telle la copie privée sur support vierge par exemple. Pour les auteurs, l'équité du dédommagement pourrait aussi être déterminée par rapport à leur manque à gagner (dû au fait que moins de disques sont vendus); le coût des supports vierges pour les particuliers, finalement, ne les concerne pas¹⁰⁸. Pourquoi une rémunération de la création, jugée équitable quelques années auparavant, ne le serait-elle plus simplement parce que le prix de ces supports a baissé? La Commission devrait également être en mesure de fixer le tarif en fonction des expériences – positives ou négatives – faites à l'étranger (ce qui n'est possible aujourd'hui que si le tarif étranger est compatible avec les critères de la loi suisse)¹⁰⁹. Il nous semble en résumé que l'art. 60 LDA circonscrit à mauvais escient la notion d'équité, qui devrait rester un concept de justice naturelle.

S'agissant des droits exclusifs, la critique est plus fondamentale encore: on peut se demander si le contrôle de l'équité est compatible avec la nature discrétionnaire des droits, telle qu'elle découle des conventions internationales¹¹⁰. Si l'auteur dispose d'un droit de veto sur les utilisations de son œuvre, il a a fortiori la possibilité de déterminer librement les conditions financières des licences qu'il octroie. L'art. 17 de la Convention de Berne permet certes aux Etats de surveiller les sociétés de gestion, mais cela afin d'éviter les abus de monopole¹¹¹. Dans le domaine des droits exclusifs, il nous semble donc que le contrôle des tarifs devrait se limiter à empêcher que les sociétés de gestion abusent de leur position dominante. En 1989, lorsqu'il a préconisé l'abandon de ce système, le Conseil fédéral s'est référé à la loi fédérale sur la procédure administrative, pour en déduire que cette dernière ne limitait pas la cognition des autorités administratives de première instance, qui ne pouvait dès lors être plus étroite que celle du Tribunal fédéral. Cette réflexion est certes juste, mais elle n'impose pas pour autant le contrôle de l'équité. Il faut distinguer le pouvoir d'examen et la notion à examiner: il est possible d'évaluer l'abus de position dominante avec une pleine cognition, comme on peut d'ailleurs aussi juger de l'équité avec un pouvoir d'examen limité¹¹². L'important est que

l'autorité de première instance ait au moins le même pouvoir d'appréciation que l'instance supérieure, et que les deux tranchent la même notion; tel serait le cas si la Commission arbitrale et le Tribunal fédéral étaient les deux chargés de détecter les abus de position dominante, la Commission ayant d'emblée un plein pouvoir d'examen à cet égard.

Tel paraît être le véritable enjeu: la surveillance de la Confédération ne doit pas entraver les auteurs dans l'exercice de leurs droits légitimes, ni changer la nature du droit d'auteur. En revanche, elle se justifie au regard de la situation particulière des sociétés de gestion: celles-ci ne doivent pas utiliser leur position dominante pour imposer des conditions que le marché ne permettrait pas. Si en revanche, à l'inverse, il est démontré que les utilisateurs, dans une économie de marché, seraient prêts à payer un montant plus important que 10% de leurs recettes, on ne voit pas pourquoi les sociétés seraient liées par ce plafond. La preuve du caractère non abusif du tarif au regard des conditions du marché pourra certes être difficile à rapporter. Toutefois, elle résultera parfois de critères tels qu'une comparaison avec les tarifs étrangers, avec les rémunérations pratiquées dans des domaines de gestion non soumis à surveillan-

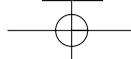
108 A relever que, de lege lata, la Commission pourrait déjà partiellement tenir compte du manque à gagner si elle considérait que l'économie réalisée par le consommateur qui n'achète pas de disques est une recette au sens de l'art. 60 LDA: cf. ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 5c).

109 ATF 2A 142/173/174/1994 concernant le TC 4 (c. 11) in JdT 1995 I 281. Dans les nouveaux domaines, la Commission arbitrale a certes admis l'utilité d'une comparaison avec l'étranger (décision du 21 décembre 1993 relative au TC 4, pp. 37-38); mais elle fut plus réticente dans les domaines classiques (décisions du 7 décembre 2000 concernant le TC 3a, p. 34; du 19 décembre 1996 concernant le TC A, pp. 60-61, du 8 décembre 1995 concernant le TC K, pp. 32-33).

110 En particulier de la Convention de Berne. Cf. BARRELET/EGLOFF (n. 60) n°6 ad art. 60 LDA.

111 Voir Guide de la Convention de Berne, publication OMPI, Genève 1978, ad art. 17 CBE.

112 Ce que paraît d'ailleurs faire le Tribunal fédéral aujourd'hui, puisqu'il reconnaît à la Commission arbitrale un large pouvoir d'appréciation.



Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Salvadé | Tarifs de droits d'auteur

ce¹¹³ ou encore avec les conditions fixées par les ayants droit lorsqu'ils accordent eux-mêmes des licences.

V. Conclusion

L'art. 60 al. 2 LDA permet, exceptionnellement, de déroger à la règle des 10% (ou des 3% s'agissant des droits voisins). La Commission arbitrale a donc aujourd'hui déjà, dans une certaine mesure, la faculté de limiter son contrôle aux abus ou de ne pas circonscrire à mauvais escient la notion d'équité. On doit l'encourager à le faire le plus largement possible. Toutefois, il est

clair que le législateur n'a permis qu'exceptionnellement de s'écarter des plafonds légaux; ce qui transparait d'ailleurs dans la jurisprudence de la Commission relative aux redevances minimales. Pour cette raison, nous pensons que le droit suisse n'est pas compatible avec la Convention de Berne¹¹⁴.

Les critiques susmentionnées justifieraient sans aucun doute une révision de la loi en faveur des ayants droit. Ainsi, on doit s'étonner que les interventions parlementaires actuelles aillent exactement en sens inverse. Pour notre part, nous pensons qu'il faudrait à la fois différencier et libéraliser. S'agissant des droits exclusifs, le contrôle des tarifs devrait se limiter à empêcher les abus de position dominante; s'agissant des droits à rémunération, il devrait concerner l'équité, mais il est souhaitable que la Commission arbitrale ait une plus grande liberté dans la détermination de celle-ci. ■

113 Prenons l'exemple suivant: la gestion des droits sur les comédies musicales n'est pas soumise à surveillance de la Confédération (art. 1 al. 2 de l'Ordonnance du 23 février 1972 sur le champ d'application de l'autorisation conférée à SUISA, en relation avec l'art. 40 LDA); certaines comédies musicales modernes, telles «Roméo et Juliette», «Les dix commandements», etc... attirent cependant le même public que les artistes de variété interprétant de la musique non théâtrale, et les représentations sont souvent organisées par les mêmes personnes. Une comparaison des redevances réclamées est donc possible entre les deux domaines.

114 Contra, bien que nuancés: BARRELET/EGLOFF (n. 60) n° 8 ad art. 60 LDA.

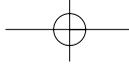
L'auteur s'exprime en son nom personnel et ses opinions ne reflètent pas nécessairement celles de SUISA.

L'AUTRE REGARD DIE ANDERE SICHT



SIGNIERSTUNDE EINES HÖRBUCH-AUTORS

Cartoon: Til Mette



Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

Daniel Thürer

Professor für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches Recht und Verfassungsvergleichung an der Universität Zürich, Mitglied des IKRK

Tina Kempin

Lic. phil., Mitarbeiterin am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht, Universität Zürich, und an der Forschungsstelle für Sicherheitspolitik, Zentrum für Internationale Studien, ETH Zürich.

I. Einleitung¹

«Was wir über unsere Gesellschaft, ja über die Welt, in der wir leben, wissen, wissen wir durch die Massenmedien.» So beginnt der deutsche Jurist und Soziologe Niklas Luhmann seine Abhandlung über «Die Realität der Massenmedien»². Luhmanns Aussage gilt insbesondere auch für die Kriegsberichterstattung, was sich gerade in den letzten Wochen aufs Neue gezeigt hat. Kriegsberichterstattung wurde selbst zum integralen Teil des Krieges, der zu Hause genauso stattfindet – um die öffentliche Meinung – wie im Kriegsgebiet. Im Zeitalter der Informationsgesellschaft und der modernen Kommunikationstechnologie wird die Rolle der Kriegsberichterstattung und das Spannungsverhältnis zwischen Information und Beeinflussung der Öffentlichkeit neu definiert.

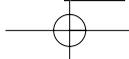
Journalisten setzen sich tagtäglich grosser Gefährlichkeit aus. Sie bekommen die physischen Gefahren des Krieges zu spüren – sie können in einen Kugelhagel geraten oder auch von Bomben getroffen werden. Daneben werden sie oft Opfer willkürlicher Gewalt, Aggression und Drohungen von Seiten der Behörden und Streitkräfte, die ihre Tätigkeit in vielen Fällen nur ungern dulden. So haben gerade diese Fälle der Übergriffe gegen Medienvertreter stark zugenommen.³ Wie können nun Journalisten im allgemeinen und Kriegsberichterstatter im speziellen geschützt werden? Das humanitäre Völkerrecht enthält zu diesem Zweck einige Bestimmungen, die den Schutz von Kriegsberichterstattern und die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Informationsaufgaben gewährleisten sollen. Anhand von einigen Beispielen und Fällen soll im Folgenden aufgezeigt werden, welche Position der Kriegsberichterstattung im Völkerrecht zukommt und welche spezifischen Probleme dabei auftreten.

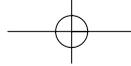
Résumé: *Le droit international public ne pose pas de principes clairs quant au statut du journaliste en temps de guerre. Cela vient du fait que les journalistes évoluent aussi bien dans la zone des civils que dans celle des combattants. L'emploi des médias comme moyen de conduire une guerre psychologique et de faire une propagande montre combien il est difficile de faire respecter la liberté de la presse. La décision du Tribunal pénal international dans l'affaire Randal semble en revanche renforcer cette liberté. Les prises de vue non autorisées de prisonniers de guerre à la télévision constituent une violation du droit international public, même pour des Etats non parties au conflit, qui sont soumis au droit international humanitaire.*

II. Krieg und Kriegsberichterstattung

Die Berichterstattung über den Krieg ist so alt wie der Krieg selbst. So ist uns beispielsweise Cäsars *De bello gallico* auch heute noch ein Begriff. Es existiert ausserdem eine Reihe prominenter Vertreter von Kriegsberichterstattern, die später Kriegsbücher verfassten oder ihre Schriften stark an die gemachten Erfahrungen anlehnten. Darunter befindet sich etwa Theodor Fontane (1818-1898), der als Kriegsberichterstatter bei mehreren preussischen Zeitungen ar-

- 1 Wir danken für Dokumentation und Auskünfte: Prof. Denis Barrelet und vom IKRK Dr. François Bugnion (Direktor für Völkerrechtsfragen und Zusammenarbeit mit der Bewegung), Jean-Philippe Lavoyer (Leiter der Rechtsabteilung) und Antonella Notari (Pressesprecherin, Leiterin des Pressedienstes).
- 2 NIKLAS LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen 1996, S. 9.
- 3 Vgl. Jahresbericht 2002 der «Reporters sans frontières (RSF)» www.rsff.org. 25 Journalisten kamen laut diesem Bericht 2002 ums Leben, seit Januar 2003 weitere 17; 128 Journalisten sassen Ende April 2003 im Gefängnis, rund 700 Medienvertreter wurden vorübergehend festgenommen. Physische Angriffe haben sich gegenüber 2001 verdoppelt: 1420 Reporter wurden geschlagen, mit dem Tod bedroht, entführt oder belästigt.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

Zusammenfassung: Die Auslegung der einschlägigen Prinzipien des Völkerrechts in Bezug auf den Status des Journalisten im Krieg sind nicht in jedem Fall geklärt. Journalisten bewegen sich sowohl in der Zone der Zivilpersonen als auch in jener der Kombattanten und verunmöglichen dadurch eine klare Abgrenzung. Die Benutzung der Medien als Mittel der psychologischen Kriegsführung und Kriegspropaganda machen deutlich, wie schwierig es ist, die Pressefreiheit durchzusetzen. Das Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs in Sachen Randal hingegen scheint die Pressefreiheit zu stärken. Die Übernahme von unerlaubten Bildern von Kriegsgefangenen im Fernsehen stellt auch für nicht am Konflikt beteiligte Staaten, welche dem humanitären Völkerrecht verpflichtet sind, eine Völkerrechtsverletzung dar.

beitete und seine Erfahrungen in einigen Büchern niederschrieb.⁴ Winston Churchill (1874-1965) war mit 25 Jahren Kriegsberichterstatte im Burenkrieg (1899/1900) für die englische «Morning Post». In Südafrika geriet er aufgrund seiner Beteiligung als Journalist an den Kämpfen in Gefangenschaft, aus der er erfolgreich fliehen konnte und damit nationale Berühmtheit erlangte.⁵ Schliesslich berichtete auch Ernest Hemingway (1899-1961) über mehrere Kriege. Über seine Erfahrungen im spanischen Bürgerkrieg schrieb er das Buch «Wem die Stunde schlägt» (For Whom the Bell tolls), das ihn berühmt machte.⁶

Die Art der Kriegsberichterstattung hat sich im Laufe der Zeit verändert. Mit der Order «No dead bodies» wurde der Brite Roger Fenton im Jahre 1855 von Prinz Albert als «Bildberichterstatte» in den Krim-Krieg geschickt. Er sollte die Meldungen der «Times» widerlegen, die diesen Krieg als ein Desaster für Grossbritannien darstellten. Fenton legte ein Krim-Krieg-Album vor, das nicht das Sterben der Soldaten, sondern den Krieg als ästhetisches Ereignis, als »Frühstück im Grünen« präsentierte.⁷ Auch gab es Kriegsberichterstatte, die das Geschehen vom Hügel aus mit dem Feldstecher verfolgten und so über den Krieg berichteten.⁸

Heute wären solche Bilder undenkbar. Gerade im Irakkrieg zeigte sich aufs Neue, wie die Kriegsberichterstattung sich verändert hat. Sogenannte «embedded journalists» berichteten «live» von der Front, Fernsehstationen in aller Welt strahlten Bilder von Gefangenen, Toten und Verletzten aus, Journalisten wurden in ihrer Freiheit eingeschränkt und Medieninfrastruktur bombardiert. Wie soll nun mit solchen Vorkommnissen völkerrechtlich umgegangen werden?

III. Der Status des Kriegsberichterstatte im humanitären Völkerrecht

Die Zeugnisse von Verwundung, ja Gefangennahme von Journalisten im Krieg wirft die Frage nach der völkerrechtlichen Behandlung von Kriegsberichterstatte auf. In den Haager Konventionen über die Rechte und Pflichten im Krieg von 1899 und 1907⁹ und auch in der Genfer Rot-

kreuz-Konvention von 1929 über die Behandlung von Kriegsgefangenen¹⁰ taucht bereits der Begriff «Kriegskorrespondenten» auf. Mit den Genfer Konventionen von 1949 und ihren Zusatzprotokollen von 1977 wurde das für die Behandlung der Journalisten heute geltende Recht kodifiziert.¹¹ Unter den Begriff «Journalist» fallen

4 Fontane war 12 Jahre Kriegsberichterstatte für die «Neue Preussische (Kreuz-)Zeitung». Im Zusammenhang damit stehen Reisen zu verschiedenen Kriegsschauplätzen in Europa. Daraus entstanden Kriegsbücher wie «Der erste Schleswig-Holsteinische Krieg im Jahre 1864» oder auch «Der Deutsche Krieg von 1866». Im Jahre 1870 wechselte er als Theaterkritiker zur «Vossischen Zeitung» und reiste kurz darauf zum französischen Kriegsschauplatz des deutsch-französischen Kriegs. Fontane wurde als vermeintlicher preussischer Spion festgenommen und verbrachte zwei Monate in Kriegsgefangenschaft. Seine Erlebnisse verarbeitete er in seinem Buch «Kriegsgefangen, Erlebtes 1870». <http://www.fontaneseite.de/>; Vgl. auch GORDON A. CRAIG, Über Fontane, München 1998, S. 97 ff.

5 Bereits in den Jahren vor dem Burenkrieg diente Churchill in der englischen Armee und nahm als Kavallerieleutnant an Feldzügen in Kuba, in Indien und im Sudan teil. Vgl. MARTIN GILBERT, Churchill - A Life, London 1991, S. 207, 113 ff.; SEBASTIAN HAFFNER, Winston Churchill, Hamburg 1967, S. 35 ff.

6 Als 18-jähriger wurde Hemingway Reporter bei der Kansas Post. 1918 meldete er sich freiwillig als Ambulanzfahrer für das Rote Kreuz an der italienischen Front, wo er schwer verletzt und später ausgezeichnet wurde. 1922 berichtete er über den Griechisch-Türkischen Krieg, 1937/38 über den spanischen Bürgerkrieg. Vgl. KENNETH S. LYNN, Hemingway : eine Biographie, Hamburg 1991.

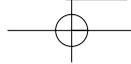
7 ELVIRA CLASSEN, Vom Fernsbild zum Feindbild. Artikel des Vortrages am Medienkongress in Münster, Februar 2002. <http://www.dfg-vk.de/stiftung/medien04.htm> Vgl. auch JORGE LEWINSKI, The Camera At War: A History of War Photography from 1848 to the Present Day, Chatam 1978, S. 39f.

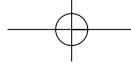
8 Vgl. CAROLINE MOOREHEAD, Dunant's Dream: War, Switzerland and the History of the Red Cross, London 1998, S. 29-34.

9 Art. 13, Haager Landkriegsordnung 1907 (HKO): «Personen, die einem Heere folgen, ohne ihm unmittelbar anzugehören, wie Kriegskorrespondenten, Zeitungsberichterstatte, Marketender und Lieferanten, haben, wenn sie in die Hand des Feindes geraten und diesem ihre Festhaltung zweckmässig erscheint, das Recht auf Behandlung als Kriegsgefangene, vorausgesetzt, dass sie sich im Besitz eines Ausweises der Militärbehörde des Heeres befinden, das sie begleiten.»

10 Der Text des Art. 13 HKO wurde vom Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen in Art. 81 übernommen.

11 Eine übersichtliche Zusammenfassung über die Kodifizierungsschritte des Rechts betr. Kriegsberichterstatte bietet AXEL WILKE, Der völker-





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

alle Medienvertreter, d.h. jeder, der für die Sammlung, Verarbeitung und Weitergabe von Informationen zuständig ist, einschliesslich Fotografen und Kameralaute sowie Unterstützungspersonal.¹²

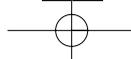
Im Wesentlichen liessen sich im Irakkrieg drei Kategorien von Journalisten unterscheiden: 1) sogenannte «embedded journalists», also eingebettete Journalisten, die direkt in die Streitkräfte eingegliedert waren; 2) jene Kriegsberichtersteller, die sich in Bagdad aufhielten und deren Aufenthalt offiziell vom irakischen Informationsministerium genehmigt – aber auch kontrolliert – wurde; und 3) freie, unabhängige Journalisten. Im folgenden sollen diese drei Kategorien genauer unter die Lupe genommen werden.

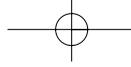
Im allgemeinen haben Personen, die den Streitkräften folgen, ohne ihnen direkt anzugehören, den Status einer Zivilperson. Sie müssen über eine von den Streitkräften ausgestellte Identitätskarte verfügen, die ihre Position bestätigt. Im Falle einer Gefangennahme erhalten sie den Status eines Kriegsgefangenen.¹³ Damit erhalten Kriegsberichtersteller nach dem Genfer Recht eine besondere Stellung: Sie bewegen sich in den Zonen des Nichtkombattanten wie auch des Kombattanten. Konkret heisst das, dass sie im Falle eines Angriffs auf die Truppe, in die sie eingegliedert sind, nicht angegriffen werden dürfen, sofern sie nicht an den Kampfhandlungen teilnehmen. Nach Art. 50 des I. Zusatzprotokolls verlieren sie im Falle einer Teilnahme an Kampfhandlungen für die Dauer der Teilnahme den Schutz, der Zivilpersonen gemäss Art. 51 Abs. 3 des I. Zusatzprotokolls zukommt.¹⁴ Dieser Aspekt darf nicht unterschätzt werden, da Journalisten angehalten werden können, die gesammelten Informationen an die Streitkräfte weitergegeben zu haben. Ein Kriegsberichtersteller, der der Spionage überführt wird, verliert im Falle einer Gefangennahme sein Recht auf den Kriegsgefangenenstatus. Die Tatsache, dass ein Journalist eine Militäruniform trägt, ändert nichts an seinem Status; allerdings erschwert es diese Praxis den gegnerischen Streitkräften, das Prinzip der Unterscheidung zwischen Zivilpersonen und Kombattanten umzusetzen. Im Zweifelsfall soll die betreffende Person als Zivilperson behandelt werden.¹⁵

Eine zweite Gattung von Kriegsberichterstellern hielt sich mit Genehmigung der irakischen Behörden in Bagdad auf. Fast alle wohnten alle im selben Hotel – dem Hotel Palestine¹⁶ – und wurden vom irakischen Regime bis zu dessen Zusammenbruch streng überwacht. Dazu gehörten auch genehmigte, von der regimetreuen Polizei begleitete «Führungen» durch Spitäler oder arg von Bomben getroffene Gebiete, die die Not der irakischen Zivilbevölkerung demonstrieren sollte. Der Irak versuchte, damit ausländische Medien für seine Zwecke zu instrumentalisieren. Journalisten dieser Gattung fallen unter Art. 79 des I. Zusatzprotokolls¹⁷ zu den Genfer Konventionen. Auch sie gelten als Zivilpersonen und fallen unter den Schutz des Protokolls, sofern sie nichts unternehmen, was ihren Status als Zivilpersonen beein-

und gemeinschaftsrechtliche Schutz der Tätigkeit des Auslandskorrespondenten, Berlin et al. 1994.

- 12 Recommendation No. R (96) 4, of the Council of Europe, Committee of Ministers to Member States on the Protection of Journalists in Situation of Conflict and Tension vom 3. Mai 1996. <http://cm.coe.int/ta/rec/1996/96r4.html>.
- 13 Art. 4 Abs. 4 der III. Genfer Konvention besagt: «[Kriegsgefangene sind] Personen, die den bewaffneten Kräften folgen, ohne ihnen direkt anzugehören, wie zivile Besatzungsmitglieder von Militärflugzeugen, Kriegsberichtersteller, Heereslieferanten, Angehörige von Arbeitseinheiten oder von Diensten, die mit der Fürsorge für die bewaffneten Kräfte betraut sind, sofern dieselben von den bewaffneten Kräften, die sie begleiten, zu ihrer Tätigkeit ermächtigt wurden. Diese sind gehalten, ihnen zu diesem Zweck eine ... Identitätskarte auszuhandigen.» Obwohl der Kriegsgefangenenstatus im Falle einer Gefangennahme einen gewissen minimalen Schutz bietet, zeigte sich die internationale Presse schockiert darüber, dass ihr unabhängiger Informationsauftrag hinter Stacheldraht enden könnte.
- 14 Art. 51 Abs. 3 I. Zusatzprotokoll: «Zivilpersonen geniessen den Schutz [vor den von Kriegshandlungen ausgehenden Gefahren], sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.»
- 15 Art. 50 Abs. 1 I. Zusatzprotokoll: «Im Zweifelsfall gilt die betreffende Person als Zivilperson.»
- 16 Das Hotel Palestine wurde am 8. April 2003 von amerikanischen Truppen beschossen, wobei zwei Journalisten getötet und drei weitere verletzt wurden. US-Truppen rechtfertigten den Angriff damit, dass Heckenschützen aus dem Hotel auf ihre Soldaten geschossen hätten. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass das Hotel auf den Plänen der Amerikaner nicht als geschütztes Objekt bezeichnet war.
- 17 Art. 79 I. Zusatzprotokoll: «(1) Journalisten, die in Gebieten eines bewaffneten Konflikts gefährliche berufliche Aufträge ausführen, gelten als Zivilpersonen im Sinne des Artikels 50 Absatz 1. (2) Sie sind als solche nach den Abkommen und diesem Protokoll geschützt, sofern sie nichts unternehmen, was ihren Status als Zivilpersonen beeinträchtigt; sind sie aber bei den Streitkräften als Kriegsberichtersteller akkreditiert, so bleibt der Anspruch auf den nach Artikel 4 Buchstabe A Absatz 4 des III. Abkommens vorgesehenen Status unberührt. (3) Sie können einen dem Muster in Anhang II dieses Protokolls entsprechenden Ausweis erhalten. Dieser Ausweis, der von der Regierung des Staates ausgestellt wird, dessen Angehörige sie sind, in dem sie ansässig sind oder in dem sich das Nachrichtenorgan befindet, bei dem sie beschäftigt sind, bestätigt den Status des Inhabers als Journalist.»





Études & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

trächtig. Sie müssen einen Ausweis bei sich tragen, der von der Regierung ausgestellt ist, dessen Angehörige sie sind, in dem sie ihren Wohnsitz haben oder in dem sie arbeiten, und der ihren Status als Journalist bestätigt.

Die dritte Kategorie bilden die unabhängigen Journalisten oder freelancer, die sich im Kriegsgebiet aufhalten. Sie setzen sich den grössten Gefahren aus, da sie durch das Völkerrecht nur unzureichend geschützt werden können. Freie Journalisten, die gefangen genommen werden, stehen in gewissen Fällen unter dem Schutz der IV. Genfer Konvention. Dies trifft insbesondere zu, wenn diese Journalisten die Nationalität einer Kriegspartei besitzen (z.B. ein US-Journalist, der in irakische Hände fällt). Journalisten mit der Staatsangehörigkeit eines neutralen Staats fallen nicht unter den Schutz der IV. Genfer Konvention, sofern ihr Heimatstaat eine diplomatische Vertretung bei dem Staat unterhält, in dessen Machtbereich sie sich befinden.¹⁸

In den letzten Jahrzehnten entstand eine Diskussion, wie Journalisten in gefährlichen Missionen allgemein besser geschützt werden können. In der Vorbereitungsphase

zu Artikel 79 des I. Zusatzprotokolls wurde vorgeschlagen, Journalisten mit einem weithin sichtbaren Symbol zu bezeichnen. Dies wurde allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass eine solche Kennzeichnung die Berichterstattung noch gefährlicher mache, weil dadurch der Feind auf den Journalisten aufmerksam würde, was u.U. auch die Umgebung und damit die Zivilbevölkerung gefährden könnte.¹⁹ Ein weiterer Vorschlag zielte dahin, einen speziellen Status für Journalisten zu schaffen.²⁰ Die Genfer Konventionen und ihre Zusatzprotokolle garantieren bestimmten Kategorien von Personen einen speziellen Status, darunter Sanitätspersonal, Geistliche und Delegierte des IKRK. Diese Liste hätte noch mit weiteren Kategorien ergänzt werden können. Dagegen sprach allerdings, dass das Risiko bestand, durch eine Erweiterung der Liste den Schutz bestehender Kategorien zu gefährden. Es scheint daher aus politischer und praktischer Sicht sinnvoll, keinen speziellen Status für Journalisten zu begründen, um die Personen der anderen Kategorien, die direkt zum Vorteil von Kriegsoffizieren arbeiten, nicht in Gefahr zu bringen. Des weiteren erfordern ein spezieller Status und die damit verbundenen Privilegien eine strikte Kontrolle, um Missbräuche aufzudecken.²¹ Die Diskussion um einen umfassenderen Schutz von Journalisten durch ein völkerrechtliches Instrument hat aber auch positive Konsequenzen: Journalisten werden dadurch besser mit dem Völkerrecht vertraut und interessieren sich mehr für völkerrechtliche Themenkreise. Das humanitäre Völkerrecht kann davon nur profitieren.²²

IV. Kriegsberichterstattung und Verantwortung

Eines der zentralen Grundrechte der Menschen, das durch das humanitäre Völkerrecht auch im Krieg im Sinne einer minimalen internationalen Verfassungsordnung²³ garantiert wird, ist das Recht auf Kommunikationsfreiheit. Nur Meinungs- und Informationsfreiheit ermöglicht die freie Entfaltung des Menschen und der öffentlichen Meinung, was dieses Recht schutzwürdig macht. Auch in der Schweizerischen Bundesverfassung sind die entsprechenden Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit bzw. der Medienfreiheit verankert.²⁴

18 Art. 4 IV. Genfer Konvention.

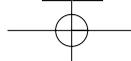
19 Vgl. HANS-PETER GASSER, Kommentar zu Artikel 79, in Claude Pilloud, Jean de Preux, Yves Sandoz, Bruno Zimmermann, Philippe Eberlin, Hans-Peter Gasser, Claude F. Wenger, Christophe Swinarski with the collaboration of Jean Pictet, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, hrsg. IKRK, Genf 1987. S. 917-924. Siehe auch MICHAEL BOWTHE, KARL JOSEPH PARTSCH, WALDEMAR A. SOLF, New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Den Haag 1982, S. 485-487.

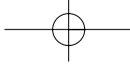
20 Resolution der UNO-Generalversammlung No. 2673 (XXV) vom 9. Dezember 1970.

21 Vgl. HANS-PETER GASSER, The protection of journalists engaged in dangerous professional missions, Auszug aus der International Review of the Red Cross 1983, S. 10 f.

22 Weitere Initiativen, die vor allem von beruflichen Verbänden und von Organisationen wie »Reporters sans frontières« (RSF) lanciert werden, richten sich an die Arbeitsgeber und Redaktionen: Kriegsberichtersteller sollen besser ausgebildet, von Versicherungen gedeckt und psychologisch betreut werden. Siehe die »Charter for the Safety of Journalists Working in War Zones and Dangerous Areas« von RSF, die an viele Medienkonzerne und Redaktionen gesandt wurde. <http://www.rsf.org/IMG/doc-1288.pdf>

23 »International society has a constitution like every other society.« PHILIP ALLOTT, The Health of Nations - Society and Law beyond the States, Cambridge 2002, S. 420; DANIEL THÜRER, The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State, in Rainer Hofmann, Non-State Actors as New Subjects of International Law, Berlin 1999, S. 37-58. Zum humanitären Völkerrecht vgl. DIETER FLECK, Handbook of humanitarian law in armed conflicts, Oxford [etc.] 1995.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

Dennoch bringen gerade diese Freiheiten eine Verantwortung mit sich, die in den letzten Jahrzehnten zugenommen hat. Die globalisierte Welt kann nur mit einem umfassenden Informationsfluss und Austausch existieren. Der Wert der Berichterstattung liegt gerade hier: Journalisten sind im Gegensatz zu Diplomaten und Politikern rechtlich weniger die Hände gebunden, und sie sind an sich nicht verpflichtet, Rücksicht auf die Empfindlichkeiten des Gastlandes zu nehmen, was sie viel freier agieren lässt. Funktion der Journalisten ist es auch, Informationen stellvertretend für andere aufzunehmen und dabei eine (Vor)Selektion zu treffen. Gleichwohl liegt aber gerade hier auch die Gefahr: Eine Vor-selektion der Informationen kann zu einer Verzerrung der Ereignisse führen und eine objektiven Berichterstattung vernachlässigen.²⁵ Manipulierte Medien können zur Eskalation von Konflikten beitragen, indem sie polarisieren, Gewaltereignisse instrumentalisieren, bestimmte Konfliktparteien ausgrenzen oder zur offenen Gewalt aufrufen.²⁶ Im Irakkrieg war CNN häufig schneller als die nationalen Geheimdienste, was wiederum Auswirkungen auf die Politik der Kriegsparteien hatte.

Gerade Kriegsberichterstatter sind von der enormen Verantwortung und den sich daraus ergebenden Problemen besonders betroffen. Jede Regierung will in Kriegszeiten die Medien kontrollieren, um die öffentliche Unterstützung für ihre Kriegsziele sicherzustellen. So kam das US-Militär nach dem Vietnamkrieg zur Überzeugung, dass die Art, wie über den Krieg berichtet worden war, die öffentliche Meinung in Amerika stark beeinflusst hat und daraus ein Unwille entstand, den Krieg zu unterstützen, was indirekt zur amerikanischen Niederlage führte. Tatsächlich entwickelte sich in den letzten Jahrzehnten eine neue Art der Kriegsberichterstattung, die es dem unabhängigen Betrachter besonders schwierig macht, festzustellen, ob es sich in einem gewissen Fall um Propaganda oder um Tatsachen handelt. Es fällt auf, dass Informationen über die wichtigen Vorgänge in der Welt ausgesprochen spärlich und abgewogen scheinen. Dies wiederum wirft im Hinblick auf die Informations- und Medienfreiheit einige völkerrechtliche Fragen auf, die in den folgenden Abschnitten behandelt werden sollen.

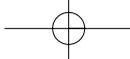
V. «Der Fall Randal»

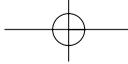
Das Spannungsverhältnis zwischen Verantwortung der Kriegsberichterstatter und der Meinungs- und Redefreiheit kann am Fall Randal besonders gut aufgezeigt werden. Jonathan Randal war mehrere Jahre Journalist bei The Washington Post. 1993 zitierte er in einem Artikel den vormaligen bosnisch-serbischen Minister für Wohnungswesen Radoslav Brdjanin wie folgt: «Those unwilling to defend [Bosnian-Serb territory] must be moved out to create an ethnically clean space.» Im Januar 2002 wurde Randal vom Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien als Zeuge in der Gerichtsverhandlung gegen Brdjanin, dem Verfolgung und Vertreibung vorgeworfen wurden, vorgeladen mit der Begründung, dass seine Aussage für die Strafverhandlung sachdienlich sei. Randal widersetzte sich der Vorladung und verweigerte die Zeugenaussage. Im Juni 2002 wurde die Vorladung vom Gericht in erster Instanz bestätigt, worauf Randal Berufung einreichte. Im Oktober konnte er seinen Standpunkt vor der Berufungsinstanz vertreten. Randal argumentierte, dass Zeugenaussagen in Gerichtsverhandlungen durch Angehörige der Presse die Möglichkeit der Journalisten, aus Kriegsgebieten zu berichten, vermindern könnte. Das Gericht habe zwei Fehler begangen: 1. sei ihm als Journalisten kein privilegierter Zeugenstatus zuerkannt worden und 2. sei er fälschlicherweise in diesem Fall vorgeladen worden. Zum ersten Fehler führte er aus, dass die Kriegsberichterstattung ohne Privilegi-

24 Art. 16 BV Meinungs- und Informationsfreiheit; Art. 17 BV Medienfreiheit. Vgl. auch DENIS BARRELET, «Les libertés de la communication», in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001. S. 721-738; DANIEL THÜRER, Justiz und Medien, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (éd.), La Constitution - Etudes en l'Honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, S. 419 ff.

25 Die Gefahr einseitiger Berichterstattung besteht vor allem dann, wenn der Journalist an die Streitkräfte gebunden ist. Dennoch scheint eine Nachfrage nach solcher Berichterstattung zu bestehen: Während des Irakkrieges sollen 80% der Amerikaner FOX geschaut haben, ein Fernsehsender, der sehr emotionale und einseitige Berichte ausstrahlte.

26 Vgl. Botschaft über einen Rahmenkredit für Massnahmen zu zivilen Konfliktbearbeitung und Menschenrechtsförderung vom 23. Oktober 2002, Kap. 1.5.1.3.2 Medien und Gewaltkonflikte, S. 8025f.: «Sie [die Medien] üben häufig auch direkten Einfluss auf [die] Dynamik [von Gewaltkonflikten] aus.» Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) will daher Medien dort fördern, wo sie direkt und in einem positiven Sinne auf die Konflikt-dynamik einwirken und als Plattform für konstruktive Lösungsansätze dienen können.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | *Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht*

en ein hohes Risiko für den Journalisten persönlich und seine Informationsquellen darstelle und dass auch der zukünftige Zugang zu wichtigen Informationen dadurch verwehrt werden könnte. Zum zweiten Fehler meinte Randal, dass er zwar der Autor des Artikels sei, dass aber ein anderer Journalist das Interview geführt habe. Ein Randal unterstützender, offener Brief von 34 Medien- und Presseorganisationen forderte, dass Journalisten nur als Zeugen vorgeladen werden könnten, wenn ihre Aussage absolut essentiell für den Fall sei und wenn die Information nicht durch andere Mittel erhalten werden könne.²⁷

Die Appellationsinstanz anerkannte, dass Journalisten eine wichtige Rolle für die Information der Öffentlichkeit übernehmen. Gleichzeitig bedeute aber die Zeugenaussage für Journalisten nur eine minimale Einschränkung ihrer Tätigkeit. Ein publizierter Artikel sei vergleichbar mit einer öffentlichen Äusserung; wenn eine solche Äusserung Teil einer Gerichtsverhandlung sei und in ihrer Glaubwürdigkeit angezweifelt würde, müsse der Autor erwarten, dass er zur Verteidigung der Richtigkeit seiner Aussage aufgefordert werde. Dennoch könnten regelmässige Zeugenaussagen vor internationalen Gerichten die Informationsbeschaffung von Journalisten und damit die Möglichkeit zur Information der Öffentlichkeit beeinträchtigen. Daneben bestehe die Gefahr einer Schwerpunktverschiebung: Journalisten würden von jenen, die über Menschenrechtsverletzungen berichten, selber zu Opfern von Menschenrechtsverletzungen, was gravierende Konsequenzen hätte. Das Gericht erkannte auch ein Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an der Arbeit der Kriegsberichterstatte und dem öffentlichen Interesse an einer Gerichtsverhandlung mit möglichst breiter Abstützung. Journalisten sollten nur aussagen müssen, wenn ihre Aussage zentral sei für die Verhandlung. Angesichts dieser Umstände entschied das Gericht, die Beschwerde Randals gutzuheis-

sen, die Entscheidung der Vorinstanz aufzuheben und die Vorladung zurückzunehmen.²⁸

Randal berief sich hier auf das zentrale Menschenrecht der Pressefreiheit. Die Entscheidung des Jugoslawientribunals hat sicherlich Signalwirkung und wird auch in Zukunft weitreichende Konsequenzen haben. Dass der Pressefreiheit eine zentrale Rolle in einer demokratischen und liberalen Rechtsordnung zukommt, ist allgemein bekannt. Denn gerade in Kriegszeiten wird sie häufig beschnitten, und Bilder werden zu Kriegszwecken missbraucht.

VI. Übertragung von Bildern von Kriegsgefangenen im Fernsehen

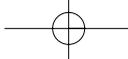
Die Bilder von amerikanischen Kriegsgefangenen im Irak und verummten irakischen Gefangenen hinter Stacheldraht gingen um die Welt und stiessen auf heftige Kritik. Mehrmals zeigten die Medien der Konfliktparteien Bilder von Kriegsgefangenen, die sich zum Teil in demütigenden Situationen befanden und ganz klar eingeschüchert wirkten. Diese Bilder wurden auch von Fernsehsendern anderer, nicht am Krieg beteiligter Länder übernommen und ausgestrahlt. Sie entfachten in der Öffentlichkeit eine Kontroverse, ob die Ausstrahlung solcher Bilder nun zulässig sei oder eine Verletzung des humanitären Völkerrechts darstelle. Nach Art. 13 der III. Genfer Konvention müssen Kriegsgefangene «jederzeit geschützt werden, namentlich auch vor Gewalttätigkeit oder Einschüchterung, Beleidigung und der öffentlichen Neugier.» Aus diesem Artikel geht hervor, dass die Ausstrahlung von Bildern unzulässig ist, auf denen die Gesichter der Gefangenen erkennbar sind. Es ist darauf hinzuweisen, dass es nach Art. 13 nicht explizit verboten ist, Bilder von Kriegsgefangenen zu zeigen, doch hat sich die Auslegung, dass es verboten ist, Bilder von identifizierbaren Gefangenen zu zeigen, allgemein durchgesetzt.²⁹

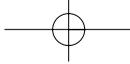
Es stellt sich aber auch die Frage, ob die Übernahme von unerlaubten Bildern durch fremde Fernsehsender eine Völkerrechtsverletzung darstellt und nicht am Konflikt beteiligte Staaten nach dem humanitären Völkerrecht verpflichtet sind, unerlaubte Bilder nicht über ihr nationales Netz auszu-

27 Vgl. das Pressecommuniqué des Jugoslawientribunals vom 11. Dezember 2002. <http://www.un.org/icty/pressreal/p715-e.htm>.

28 Vgl. Urteil des Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, IT-99-36-AR73.9 vom 11. Dezember 2002.

29 Vgl. zur Behandlung von Kriegsgefangenen ALAN ROSAS, *The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Helsinki 1976, Kap. 4.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

tragen. Faktisch stellt auch die Wiederausstrahlung von Bildern eine Verletzung von Art. 13 dar. Wenn die unerlaubten Elemente der Übertragung neu zusammengestellt werden, dann wird das humanitäre Völkerrecht doppelt verletzt: die Kriegsgefangenen werden erneut der öffentlichen Neugier ausgesetzt. Nach Art. 129 der III. Genfer Konvention sind alle Vertragsparteien verpflichtet, Massnahmen zur Einhaltung des Abkommens zu treffen bzw. Zuwiderhandlungen zu unterbinden.³⁰ Der Artikel richtet sich also an alle Vertragsparteien und nicht nur an die Kriegsparteien; das heisst, dass auch nicht am Krieg beteiligte Staaten Massnahmen ergreifen müssen. Man kann also von den Regierungen minimal verlangen, dass sie den öffentlichen Fernsehstationen und den Aufsichtsorganen entsprechende Instruktionen erteilen. Wenn die Erstaustrahlung verboten wird, dann scheint es gerechtfertigt, die Wiederausstrahlung ebenfalls zu verbieten und die betreffenden Staaten zu Gegenmassnahmen zu verpflichten. Nur in einigen Fällen wurden im Irakkrieg solche Gegenmassnahmen zur Einhaltung des humanitären Völkerrechts getroffen. So hat z.B. in Frankreich der «Conseil supérieur de l'audio-visuel», die nationale Aufsichtsbehörde über Radio und Fernsehen, beschlossen, dass die Gesichter der Gefangenen bei einer Ausstrahlung elektronisch verzerrt werden müssen oder dass die Gefangenen nur von hinten gezeigt werden dürfen.³¹

Dennoch werden gerade unverzerrte Bilder von Kriegsgefangenen wie auch von Toten von den Kriegsparteien im Rahmen der psychologischen Kriegführung und der Kriegspropaganda genutzt, um den Gegner zu demoralisieren. Dies stellt die Frage, welcher Status Einrichtungen zur Übertragung solcher Bilder im Krieg zukommt.

VII. Die Bombardierung von Medieneinrichtungen

Am 26. März 2003 haben amerikanische und britische Luftstreitkräfte das Gebäude des irakischen Fernsehens in Bagdad bombardiert, zwei Tage nachdem der Sender Bilder von eingeschüchterten amerikanischen Gefangenen ausgestrahlt hat. Das Programm fiel für mehrere Stunden aus, bevor der Sendebetrieb wieder aufgenommen

werden konnte. Der Angriff wurde damit gerechtfertigt, dass das staatliche – und demzufolge von Saddam Hussein kontrollierte – Fernsehen ein wichtiges Instrument der irakischen Kriegspropaganda sei und damit ein legitimes Ziel darstelle.³²

Der Fall des Beschusses des irakischen Fernsehsenders erinnert an die Bombardierung der serbischen Fernsehanstalt und des Sendeturms durch die Nato im April 1999. Auch die Nato verteidigte den Angriff damit, dass der Turm kriegswichtige Installationen aufgewiesen habe und u.a. auch für die serbische Kriegspropaganda benutzt worden sei.³³ Neben erheblichem Sachschaden kamen beim Angriff auch zwischen 10 und 17 Personen um und mehrere Zivilpersonen wurden verletzt.³⁴ Die Bombardierung löste massive Proteste von Seiten der internationalen Presse aus, und es stellte sich die Frage, ob die Bombardierung der Fernsehanstalt völkerrechtlich zulässig sei. Dazu muss geklärt werden, ob der Fernsehturm ein militärisches oder ziviles Ziel darstellt.

Ob der Fernsehturm ein zulässiges Objekt darstellt, lässt sich nicht a priori sagen, da dies nicht nur von der Art des Gebäudes (Fernsehturm), sondern auch von dessen effektiver Nutzung abhängt. Die Fernsehanlage kann zivilen und militärischen (z.B. Kommandoübermittlung und Kriegspropaganda) Zwecken gedient haben. Die Nato versuchte, eine Liste aller «legitimen Ziele» zu erstellen. Dies ist unmöglich, da die Klassifikation als «legitimes» oder «illegitimes Ziel» unmittelbar von den Umständen abhängt (ausgenommen sind rein militärische Einrichtungen). Trotzdem wurde eine

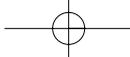
30 Art. 129 III. Genfer Konvention: «Jede Vertragspartei soll die notwendigen Massnahmen ergreifen, um auch diejenigen Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des vorliegenden Abkommens zu unterbinden, die nicht zu den im folgenden Artikel beschriebenen schweren Verletzungen zählen.»

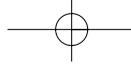
31 Vgl. die Empfehlung und das Pressecommuniqué des CSA vom 18. bzw. 24. März 2003. http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=11876; http://www.csa.fr/actualite/communiques/communiques_detail.php?id=11913.

32 Vgl. die Aussagen einer Mitarbeiterin des amerikanischen Verteidigungsministeriums, Victoria Clarke, am 26. März 2003. http://www.defenselink.mil/news/Mar2003/t03272003_t0326asd.html.

33 Nato Sprecher Jamie Shea in einem Interview mit dem amerikanischen Medienunternehmen PBS am 23. April 1999.

34 ICTY Final Report on the NATO Bombing Campaign vom 8. Juni 2000, 39 ILM 1257 (2000), S. 1277.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

solche Liste vorgeschlagen; sie sollte u.a. «oil and other power installations, communications installations, including broadcasting and television stations and telephone and telegraph stations used for military communications» beinhalten. Festzuhalten ist aber, dass die Tatsache, dass ein Objekt in der Liste erscheint, wie z.B. eine Zuglinie oder eine Hauptverbindungsachse, noch nicht heisst, dass es sich tatsächlich um ein militärisches und damit um ein «legitimes Ziel» handelt. Als militärische Ziele gelten gemäss Art. 52 des I. Zusatzprotokolls «Objekte, die auf Grund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren gänzliche oder teilweise Zerstörung, deren Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt.»

Daneben dürfen nur im Rahmen des Proportionalitätsprinzips zivile Personen und Güter in einen Angriff einbezogen werden. Nach Art. 57, Absatz 2 des I. Zusatzprotokolls muss «der Angriff endgültig oder vorläufig [eingestellt werden], wenn sich erweist, dass sein Ziel nicht militärischer Art ist ... oder wenn damit zu rechnen ist, dass der Angriff auch Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen ... die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.» Auch hat der Angreifer «alles praktisch mögliche zu tun, um sicher zu gehen, dass die Angriffsziele weder Zivilpersonen noch zivile Objekte ... sondern militärische Ziele sind.» Diese Regeln haben gewohnheitsrechtlichen Charakter. Ob sie von der Nato genügend beachtet wurden, ist nach wie vor umstritten.

Aufgrund der schlechten Informationsbasis beschlossen die Ankläger des Jugoslawientribunals, den Fall nicht weiter zu verfolgen.³⁵ Es erschien daher kaum möglich, die Bombardierung der Fernsehturns in Belgrad durch die Nato als rechtswidrig zu verurteilen. Das deutet aber daraufhin, dass der Fernsehturm in diesem Fall eher als ziviles Ziel qualifiziert werden sollte. Auch im irakischen Fall entscheiden die Umstände, ob die Bombardierung des Fernsehsenders zulässig war oder nicht. Zum jetzigen Zeitpunkt ist diese Frage nicht endgültig klärbar.

Dass aber neben der kriegsrechtlichen Problematik auch menschenrechtliche Fragen durch solche Grenzfälle aufgeworfen werden können, zeigt der folgende Fall: Mehrere jugoslawische Staatsbürger reichten im Herbst 1999 beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine gemeinsame Klage gegen die Nato ein. Bei den Angriffen auf das serbische Fernsehen waren einige ihrer Angehörigen ums Leben gekommen. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass bei der Bombardierung des Fernsehgebäudes einige zentrale Menschenrechte verletzt wurden, nämlich das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), das Recht auf freie Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) und das Recht auf wirksame Beschwerde (Art.13 EMRK). Das Gericht trat nicht auf die Beschwerde ein mit der Begründung, dass sie gemäss Art. 56³⁶ nicht in den räumlichen Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention falle und dass der Europäische Menschenrechtsgerichtshof daher nicht zur Beurteilung in der Sache zuständig sei.³⁷ Obwohl der Fall vom Gerichtshof schliesslich nicht in der Sache behandelt wurde, zeigt er dennoch die Wichtigkeit und Grundsätzlichkeit der Menschenrechte auf, die auch im Falle von Medien, Information und Kriegsberichterstattung zur Geltung kommen.

VIII. Schluss

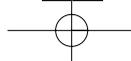
Die Verantwortung der Massenmedien ist enorm. Sie sind für die Information der Öffentlichkeit zuständig, was die Gefahr einer Beeinflussung in sich birgt. Dennoch schärft eine breite und konkurrierende Berichterstattung das Bewusstsein der Weltöffentlichkeit für menschen- und völkerrechtliche Themenkreise; Journalisten

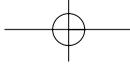
35 Vgl. *ibid.*, S. 1280: «On the basis of the above analysis and on the information currently available to it, the committee recommends that the OTP not commence an investigation related to the bombing of the Serbian TV.»

36 Art. 56 EMRK zum räumlichen Geltungsbereich: «(1) Jeder Staat kann bei der Ratifikation oder jederzeit danach durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Notifikation erklären, dass diese Konvention vorbehaltlich des Absatzes 4 auf alle oder einzelne Hoheitsgebiete Anwendung findet, für deren internationale Beziehungen er verantwortlich ist.» Jugoslawien hat die EMRK nicht ratifiziert.

37 Grand Chamber of The European Court of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application no. 52207/99, Fall Pantovic.

38 UNDP Annual Report 2002, S. 4.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Thürer/Kempin | Kriegsberichterstattung und humanitäres Völkerrecht

wirken dabei als Katalysatoren der öffentlichen Rechenschaft. Die Gebräuche der Kriegsberichterstattung bauen auf allgemeingültigen Menschenrechten auf: der Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit. Sie bilden den Rahmen für das öffentliche Interesse an Information.

Wie die in diesem Artikel beschriebenen Fälle zeigen, ist aber die Auslegung der einschlägigen Prinzipien des Völkerrechts nicht in jedem Fall geklärt. Die ambivalente Haltung zeigt sich schon am Status des Journalisten im Krieg: er bewegt sich sowohl in der Zone der Zivilpersonen als auch in jener der Kombattanten und verunmöglicht dadurch eine klare Abgrenzung. Gerade die jüngste Kriegsberichterstattung aus dem Irakkrieg durch sogenannte «embedded journalists» hat gezeigt, dass sich diese Grenze in Zukunft noch mehr verwischen wird. Journalisten in Militäruniform, die mit militärischen Einheiten mitziehen und in Panzern mitfahren, um das Geschehen aus nächster Nähe zu verfolgen, sind keine Seltenheit mehr. Dennoch hat die Qualität der Information durch die «Live-Berichterstattung» nicht zugenommen – sie zeigte erneut auf, welche enorme Verantwortung Kriegsberichterstatter haben und welche wichtige Rolle den Medien im Informationsfluss zukommt. Auch die Ausstrahlung von Bildern von gedemütigten und z.T. misshandelten Kriegsgefangenen durch viele Fernsehstationen deutet in die gleiche Richtung und die Bombardierung des irakischen Fernsehens kann vor diesem Hintergrund gesehen werden. Die Benutzung der Medien als Mittel der psychologischen Kriegführung und der Kriegspropaganda zeigt, wie schwierig die Pressefreiheit durchzusetzen ist. Das Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien im Fall Randal hingegen scheint die Pressefreiheit zu stärken. Es ist zu hoffen, dass die Kommunikationsrechte auch in Zukunft gefördert werden, so dass die Öffentlichkeit, sofern Luhmanns Aussage über die Rolle der Massenmedien als Hauptinformanten zutrifft, möglichst breit informiert wird und sich dadurch ein eigene Ansicht bilden kann. Dies wiederum fördert das öffentliche Bewusstsein für die Menschen- und Grundrechte, die den rechtlichen Rahmen für das menschliche Zusammenleben bilden.

Bedenkt man, dass gemäss dem UNDP Jahresbericht jährlich 11 Millionen Kinder an Mangelernährung sterben und dass immer noch 1,2 Milliarden Menschen mit weniger als einem US-Dollar pro Tag auskommen müssen³⁸, erscheinen die wohl mehreren Tausend Toten und Verletzten sowie die Bedeutung der wirtschaftlichen Lage im Irak als verhältnismässig gering.³⁹ Es scheint auf den ersten Blick unverständlich, weshalb die Kriegsberichterstattung einen derart hohen Stellenwert in den Medien unserer Zeit einnimmt, berichtet sie doch v.a. über militärische Ereignisse sowie politische Tatbestände⁴⁰ und vernachlässigt in ihren Reportagen die Leiden der Zivilbevölkerung. Betreffend der Berichterstattung aus Sicht der Opfer und vom humanitären Standpunkt aus besteht heute ein eindeutiger Mangel in den modernen Medien. Einzig das IKRK veröffentlicht tägliche Einschätzungen der humanitären Lage im irakischen Konfliktgebiet und war von Anfang an und während des ganzen Krieges vor Ort.⁴¹ Dennoch kann die Reportage über humanitäre Themen – und damit über zentrale Bereiche des Völkerrechts – auch im kleinen Ausmass viel bewirken: Es sind Einzelmenschen oder Gruppen von Menschen, die das Recht formulieren, die mit ihren Ideen das humanitäre Völkerrecht zum Tragen bringen. So erweist sich die Kriegsberichterstattung und die Medien im allgemeinen, sofern sie eine breite Berichterstattung verfolgen, als Trägerinnen der Ideen von Menschen, die wiederum das humanitäre Völkerrecht prägen. In den Worten des bekannten Juristen Philipp Allot: »The world revolution is a revolution not in the streets but in our minds.«⁴² ■

- 39 Auch existieren weltweit Konflikte mit viel höheren Opferanzahlen, die durch ihre unzureichende Mediatisierung kaum ins öffentliche Bewusstsein vordringen. Dies ist v.a. bei Konflikten in Afrika der Fall.
- 40 Vgl. auch MARTTI KOSKENNIEMI, 'The Lady Doth Protest Too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law, in *The Modern Law Review* 65/2 (March 2002), S. 172f.
- 41 Da Bulletin ist einsehbar unter http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/special_iraq_news?OpenDocument.
- 42 PHILIP ALLOTT, *The Health of Nations - Society and Law beyond the States*, Cambridge 2002, S. 421.

media
L E X

2/03
111

