

Lovely cow – Neue Anpreisungspraxis im Lebensmittelrecht?

Sigmund Pugatsch

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Das Wettbewerbsrecht legt mit dem Täuschungsverbot die grundsätzlichen Richtlinien für eine lautere Werbung in der Schweiz fest. Oft wird jedoch verkannt, dass die Lebensmittelverordnung für den Bereich von Lebensmitteln eigenständige Bestimmungen enthält, die von grosser Bedeutung sind und in gewissem Sinne eine *lex specialis* zum Wettbewerbsrecht darstellen. In Art. 19 LMV wird die Kennzeichnung von Lebensmitteln geregelt, um den Konsumenten vor Täuschungen zu schützen. Im Hinblick darauf, dass keine Irreführung über die heilende Wirkung von Lebensmitteln hervorgerufen werden soll, ist die Werbung mit jeglichem Krankheitsbezug für Lebensmittel untersagt. Darunter fallen Hinweise irgendwelcher Art, die einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung zuschreiben.

Functional Food

Diese strikte Abgrenzung zwischen Lebensmitteln und Heilmitteln ist durch die Lebensmittel, welche als «Functional Food» bezeichnet werden, ins Wanken geraten. Es ist heute je länger je mehr anerkannt, dass eine massvolle und ausgewogene Ernährung einen grossen Einfluss auf die Gesundheit des Menschen ausübt. Die Homöopathie, welche auf der Heilkraft natürlicher Stoffe, die an sich der Lebensmittelgesetzgebung unterstehen, basiert, erlangt eine immer grössere Bedeutung als alternative Heilmethode. Epidemiologische Studien, Untersuchungen aus Biochemie und Ernährungsforschung liefern zunehmend Erkenntnisse über die Rolle von einzelnen Inhaltsstoffen bei der Entstehung und Prävention von ernährungsabhängigen Krankheiten. Immer grösser werden die Erkenntnisse, dass neben Risikofaktoren wie hohem Fettkonsum auch Schutzfaktoren in Nahrungsmitteln, zu denken ist etwa an

sekundäre Pflanzenstoffe in Früchten und Gemüse oder gewisse Mikronährstoffe, eine wichtige Rolle spielen.

Als «Functional food» werden demgemäss heute Lebensmittel definiert, welchen neben Sättigung und Nährstoffzufuhr ein spezifischer Zusatznutzen zukommt, der über den ernährungsphysiologischen Nutzen der darin enthaltenen Nährstoffe hinausgeht. Ist es vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse nicht naheliegend, wenn der Konsument auf diese Wirkungsweisen aufmerksam gemacht wird? Eine objektive und transparente Information über diese Wirkungsweisen von Lebensmitteln wäre sicherlich aus Sicht der Konsumentenschaft wie auch eines kostenmässig überbordenden Gesundheitswesens wünschenswert. Hier zeigen sich jedoch die Grenzen des geltenden Lebensmittelrechts. Die geltende Lebensmittelverordnung sieht in Art. 165 LMV eine Kategorie von Speziallebensmitteln vor, welche aufgrund ihrer Zusammensetzung oder ihrer besonderen Herstellungsart für eine besondere Ernährung bestimmt sind. Nach dem Wortlaut von Art. 165 Abs. 1 LMV fallen darunter Lebensmittel, welche den besonderen Ernährungsbedürfnissen von Menschen entsprechen, die aus gesundheitlichen Gründen eine besondere Ernährung benötigen oder die dazu beitragen, bestimmte ernährungsphysiologische Wirkungen zu erzielen. Besonders diese letzte Formulierung würde es damit durchaus ermöglichen, an sich alle Lebensmittel, welche spezielle ernährungsphysiologische Eigenschaften aufweisen, als Speziallebensmittel zu definieren. Andererseits werden in Abs. 2 dieser Bestimmung 15 Fälle von Speziallebensmitteln aufgeführt, die m.E. abschliessenden Charakter haben und somit nicht auf alle Lebensmittel angewendet werden können. Hinzu kommt, dass sich nach Art. 166 LMV Speziallebensmittel von normalen Lebensmitteln

Résumé: *Le droit suisse prévoit des dispositions claires sur la publicité pour les denrées alimentaires et les médicaments au travers, d'une part, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et, d'autre part, de la législation sur les médicaments. La délimitation n'est toutefois pas toujours simple. La décision du TF portant sur la publicité pour du lait prévenant l'ostéoporose l'a clairement rappelé. Les aliments (fonctional food) doivent maintenant être appréhendés comme des aliments spéciaux au sens de l'ordonnance sur les denrées alimentaires, ce qui n'apporte cependant aucune solution satisfaisante. Reste à savoir si, dans le cadre de la révision en cours de l'ordonnance sur les denrées alimentaires, de nouvelles dispositions pourront être mises en place. Une prise en compte dans ce contexte des principes du droit de la concurrence serait peut-être utile.*

Zusammenfassung: *Das schweizerische Recht sieht in der Lebensmittelverordnung einerseits und der Heilmittelgesetzgebung andererseits klare Bestimmungen zur Bewerbung von Lebensmitteln resp. Heilmitteln vor. Die Grenzziehung ist oft nicht einfach. Dies hat sich erneut beim Entscheid des Bundesgerichtes zur Bewerbung von Milch zur Osteoporose-Prävention gezeigt. Sogenannte Functional Food-Lebensmittel werden heute zwar von der Lebensmittelverordnung als sogenannte Speziallebensmittel erfasst, die sich daraus ergebenden Lösungen sind jedoch keineswegs befriedigend. Es fragt sich, inwieweit im Rahmen der im Gange befindlichen Revision der Lebensmittelverordnung hierzu neue Ansätze gefunden werden könnten. Eine Rückbesinnung auf die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze wäre diesbezüglich allenfalls hilfreich.*

vergleichbarer Art durch ihre Zusammensetzung oder ihr Herstellungsverfahren deutlich von normalen Lebensmitteln unterscheiden müssen. Normale Lebensmittel, die aber dennoch eine besondere ernährungsphysiologische Eigenschaft aufweisen, lassen sich damit von vornherein nicht als Speziallebensmittel qualifizieren. Damit dürfen aber allfällige ernährungsspezifische Vorzüge dieser Lebensmittel nicht gegenüber dem Konsumenten hervorgehoben werden.

Zur geltenden Rechtslage

Entsprechend entschied das Bundesgericht in seinem neusten Urteil zur Bewerbung von Milch (vgl. S. 110 ff.). Illustriert durch die sogenannte Karatekuh «lovely-cow» wurde Milch zur Vorbeugung gegen Knochenbrüchigkeit oder Osteoporose beworben. Knochenbrüchigkeit resp. Osteoporose sind Krankheiten. Für Milch als Lebensmittel darf die vorbeugende Wirkung gegen Osteoporose gestützt auf die Bestimmung von Art. 19 LMV nicht beworben werden, obwohl diese Tatsache gestützt auf den Kalziumgehalt der Milch effektiv zutrifft. Wenn dieses Urteil seinem Grundsatz nach nicht zu beanstanden ist, so kann die bestehende Rechtslage dennoch nicht zur Gänze befriedigen. Zur Zeit stehen eine Reihe von neuen Functional Food-Produkten zwecks Bewilligung beim BAG an. Desgleichen sollen nach Auskunft des BAG eine Reihe von Functional Food-Produkten auf dem Markt sein, die, was ihre Anpreisungen anbetrifft, nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Ein Spezialbrot aufstrich, der Pflanzensterine enthält, wurde vom BAG bewilligt und darf wie folgt beworben werden: «kann den Blutfettgehalt günstig beeinflussen». Auch ein zu hoher Blutfettgehalt ist jedoch ein Krankheitszustand. Die Aussage zur Beeinflussung des Blutfettgehaltes geht damit in gewissem Sinne gleichfalls über die reine Gesundheitsanpreisung hinaus und kann als Heilanpreisung aufgefasst werden. Wäre Milch daher ein Speziallebensmittel, müsste wohl die Aussage, wonach sich deren Konsum günstig gegen die Knochenbrüchigkeit auswirkt, zugelassen werden. Grenzt es schliesslich nicht an

Sophismus, wenn zwar gesagt werden darf, dass der Milchkonsum gut für die Gesundheit ist, weil dem Körper dadurch natürlicherweise Kalzium zugeführt wird, dass aber der folgerichtige Schluss, dass Milch damit vorbeugend gegen die Knochenbrüchigkeit wirkt, nicht beworben werden darf? Die feine Grenzziehung zwischen erlaubter Gesundheitsanpreisung und für Lebensmittel unzulässiger Heilanpreisung mag dem hierfür spezialisierten Juristen verständlich sein. Werber und Marketingabteilungen dürften damit jedoch überfordert sein.

Ausblick und Lösungsansatz

Bietet sich allenfalls im Hinblick auf die zur Zeit im Gange befindliche Revision der Lebensmittelverordnung eine Lösung für diese unbefriedigende Situation an? Sicherlich sollte grundsätzlich an der Abgrenzung zwischen Heilmittel und Lebensmittel und der sich daraus ergebenden Anpreisungsunterschiede festgehalten werden. Andererseits ist zu überlegen, inwieweit die vorbeugenden Eigenschaften eines Lebensmittels eine besondere Behandlung rechtfertigen. Vorbeugung ist nicht Heilung, so dass bei zutreffenden und nachgewiesenen präventiven Hinweisen über Ingredienzien von Lebensmitteln nicht in den Geltungsbereich von Heilmitteln eingegriffen würde. Andererseits wären Anpreisungen wie die präventive Wirkung von Vitamin C zur Vorbeugung von Erkältungen oder der gezielte Konsum von Milch gegen Osteoporose sicherlich zur Erhaltung der Volksgesundheit beiträglich. Schliesslich müsste eine derartige Öffnung strikte vom Schutzgedanken des Wettbewerbsrechts gedeckt sein. Derartige Anpreisungen müssten selbstverständlich den Anforderungen für eine lautere Werbung genügen. Es wären damit grundsätzlich nur Aussagen gestattet, die auch den Tatsachen entsprechen. Die entsprechenden Produkteigenschaften müssten somit durch neutrale Gutachten bestätigt und nachgewiesen werden können, wie dies bereits in Art. 13a UWG vorgesehen ist. Vielleicht würde diese Lösung auch an das Verantwortungsbewusstsein der Produzenten appellieren, was schliesslich wiederum unserem geltenden Wettbewerbsrecht und unserer liberalen Wirtschaftsordnung entspricht. ■

Affaire Grégory: la responsabilité de la justice

Denis Masméjan

Dr en droit, journaliste, Genève

En lointain écho à la mort toujours inexplicable du petit Grégory Villemin, âgé de 4 ans, retrouvé mort, en 1984, pieds et poings liés dans les eaux de la Vologne, au coeur des Vosges, la plus haute autorité judiciaire française a rendu, au début de cette année, une décision de principe qui invite à une réflexion nouvelle sur les rapports entre la justice et les médias. Le 23 février 2001, la Cour de cassation a en effet annulé la fin de non-recevoir opposée par la Cour d'appel de Paris à la famille de Bernard Laroche, abattu par le père de l'enfant qui le soupçonnait d'être l'assassin de son fils (l'arrêt, les moyens du pourvoi et les conclusions de l'avocat général peuvent être consultés sur le site Internet de la Cour de cassation, à l'adresse: www.courdecassation.fr). En statuant ainsi, la Cour de cassation a ouvert la voie à un élargissement de la notion de faute lourde et de déni de justice admise jusqu'ici et qui seule permettait de mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour «fonctionnement défectueux de la justice».

Largement débattue depuis plusieurs années, la médiatisation des affaires judiciaires a déjà trouvé un certain nombre de garde-fous. Les règles sur la présomption d'innocence, à défaut d'être toujours respectées, sont bien établies. Il en va de même des principes découlant de l'indépendance et de l'impartialité que les organes judiciaires doivent observer, même et surtout si la cause est fortement médiatisée. Faut-il dès lors aller plus loin et admettre une responsabilité de l'Etat quand la justice contribue à la médiatisation outrancière d'une affaire en enfreignant ses devoirs?

La réponse de la Cour de cassation dans le cas précis reste nuancée, autant que l'on puisse en juger à travers les conclusions de l'avocat général auxquelles la Cour s'est ralliée, les arrêts de la juridiction su-

prême de la République ayant la brièveté que l'on sait. Pour la Cour de cassation, constitue désormais une faute lourde «toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi». La Cour d'appel s'en faisait, elle, une conception trop restrictive en assimilant la faute lourde à celle «qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné ou encore celle qui révèle l'animosité personnelle, l'intention de nuire ou qui procède d'un comportement anormalement déficient.»

En revanche, la Cour de cassation a refusé de voir dans ces limites, même élargies, posées à la mise en cause de l'Etat dans les dysfonctionnements judiciaires, une atteinte au droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les débordements médiatiques: ça ne suffit pas

On s'en souvient: rarement fait divers aura été aussi médiatisé, rarement aussi les dérapages médiatiques et judiciaires - chacun ici semblant obéir à une même obsession, la recherche d'un coupable à n'importe quel prix - auront pris une tournure à ce point dramatique. Chauffé à blanc par les suppositions des médias présentées comme autant de certitudes auxquelles le juge d'instruction se rallie tour à tour, Jean-Marie Villemin abat celui qu'il croit coupable mais qui vient d'être libéré par la justice. Un journaliste s'effondre alors: «C'est nous qui l'avons tué!», rapporte une autre journaliste, Laurence Lacour, qui couvrit l'affaire d'un bout à l'autre pour Europe 1 et qui en tira en livre, «Le bûcher des innocents» (éd. Plon, Paris 1993).

Zusammenfassung:

Der französische Kassationshof erliess am Rande der Affäre Grégory ein Urteil, das einlädt, über das Verhältnis zwischen Justiz und Medien nachzudenken. Die Richter annullierten einen Entscheid des Appellationshofes von Paris. Ihrer Ansicht nach darf die Definition des «schweren Fehlers», der eine Verantwortung des Staates für schlechtes Funktionieren der Justiz nach sich zieht, nicht zu eng erfolgen. Sicherlich waren die medialen Ausschweifungen bei Weitem nicht die einzigen Unregelmäßigkeiten, welche die Untersuchung dieser schmutzigen Geschichte charakterisierten. Diese Entscheidung hat aber ans Tageslicht gebracht, dass der Staat verantwortlich sein muss, wenn Verletzungen des Untersuchungsgeheimnisses zu Gunsten der Medien gemacht wurden. Sicher muss auch die Transparenz der Aktivitäten der Justiz garantiert werden, aber nicht mittels einer deplatzierten heimlichen Abmachung zwischen der Justiz, der Polizei und den Medien.

Résumé: *La Cour de cassation française vient de rendre un arrêt, en marge de l'affaire Grégory, qui invite à réfléchir de manière nouvelle sur les rapports entre la justice et les médias. Les juges ont annulé une décision de la Cour d'appel de Paris en estimant qu'elle avait retenu une notion trop étroite de la faute lourde entraînant une responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice. Certes, les débordements médiatiques n'étaient pas, et de loin, les seules irrégularités qui ont caractérisé l'instruction de ce fait divers sordide. Cette décision établit néanmoins que l'Etat engage sa responsabilité s'il commet des violations du secret de l'instruction au profit des médias. Assurément, la transparence de l'activité judiciaire mérite d'être garantie, mais pas au moyen d'une connivence déplacée entre la justice, la police et les médias.*

On ne s'étonnera dès lors pas que les proches de Bernard Laroche aient recherché l'Etat en responsabilité pour qu'il réponde de ce qu'ils considéraient comme de graves manquements dans le service public de la justice, et qu'ils aient mis en cause la médiatisation excessive de l'affaire. Parmi l'ensemble des manquements relevés dans la très longue instruction qui mit en cause d'abord Bernard Laroche puis, toujours avec aussi peu de succès, la mère de l'enfant, Christine Villemain, beaucoup ne touchaient certes pas aux relations que les policiers et le juge d'instruction avaient pu nouer avec des journalistes. Dans ses conclusions, l'avocat général égrène ainsi les multiples anomalies qui ont perturbé les investigations: recherches incomplètes, emplois du temps non vérifiés, manipulations sans précautions de la lettre de revendication du crime, ce qui devait rendre l'identification des empreintes impossible, etc.

Les débordements médiatiques n'étaient donc pas les seuls griefs dont se prévalaient les demandeurs. Ils n'auraient d'ailleurs pas suffi, à eux seuls, à engager la responsabilité de l'Etat, tant il est vrai que la médiatisation même extrême d'une affaire ne peut, en elle-même, lui être imputée. Sur ce point, l'avocat général est très clair: c'est à juste titre, souligne-t-il, que la Cour d'appel a admis que «cette médiatisation ne prouvait pas en elle-même des comportements fautifs identifiés du pouvoir judiciaire, alors que les médias se livraient eux-mêmes à leurs propres enquêtes, et que certaines personnes participant à l'instruction n'étaient pas tenues au secret. C'était aux demandeurs en réparation d'établir l'imputabilité de la violation du secret de l'instruction à telle ou telle personne au service de la justice.» L'avocat général rappelle toutefois que la transmission de procès-verbaux par un magistrat à la presse peut constituer une faute lourde susceptible d'obliger l'Etat à la réparer.

Il convient par ailleurs de souligner que le fondement de la responsabilité recon nue par la haute cour française doit être

clairement distingué à la fois de la réparation due pour détention injustifiée, qui obéit à un autre régime, et de celle à laquelle l'Etat pourrait être tenu en raison du défaut de protection policière de Bernard Laroche. Car une telle mesure ne relève pas des organes judiciaires mais de la police administrative, note l'avocat général dans ses conclusions.

Et en Suisse?

Qu'en serait-il en Suisse? Il n'y a pas, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, de précédent comparable à la décision de la Cour de cassation. Jusqu'ici, la pratique des tribunaux suisses s'est articulée principalement sur les principes d'indépendance et d'impartialité de la justice, la présomption d'innocence et la protection de la personnalité pour répondre aux problèmes posés par la forte médiatisation d'une affaire (voir en particulier ATF 116 Ia 14, Baragiola; F. ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Berne 1998). Récemment, la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral a ordonné la récusation de la juge d'instruction fédérale chargée du dossier, fortement médiatisé s'il en est, de l'ex-fonctionnaire des services secrets Dino Bellasi (*medialex* 2000, p. 227). L'interview qu'elle avait donnée à un journal faisait naître des doutes sur son impartialité, ont estimé les juges.

L'éventuelle responsabilité de l'Etat pour le fonctionnement défectueux de la justice serait d'ailleurs soumise au droit cantonal, s'agissant de juridictions cantonales. Quoi qu'il en soit, et même si la jurisprudence que vient d'inaugurer la Cour de cassation française reste nuancée en ce qui concerne la médiatisation de l'affaire Grégory, sa décision est riche, sinon de conséquences, du moins d'enseignements. Pour notre part, si nous sommes attaché à la transparence de l'activité judiciaire, nous pensons néanmoins qu'une transparence réalisée au moyen d'une connivence de mauvais aloi entre justice, police et médias n'est pas digne d'être protégée. Elle fut pour une part l'origine, dans l'affaire Grégory, d'un désastre médiatique et judiciaire que l'on n'oubliera pas. ■

Elektronische Medien: Entwicklungsschub in Österreich

Walter Dillenz

Professor an der Universität Wien

Résumé: *Après des décennies d'inactivité en politique des médias, des développements importants sont intervenus durant l'année 2001. L'ancienne loi sur la radio régionale, qui instituait un morcellement de l'aire de diffusion et de strictes incompatibilités de modes de diffusion, spécialement en cas de Crossownership, a été remplacée par une loi sur la radio privée, qui autorise la radiodiffusion par des privés sur l'ensemble du territoire et ouvre la voie de la radio aux éditeurs de journaux. Dans le domaine de la télévision, l'établissement en Autriche de télévisions privées n'a pas été empêché par une affaire rejetée de la CEDH, affaire dans laquelle la liberté d'information a été reconnue sur le câble. Un projet de loi sur les télévisions privées, qui autorise un programme national privé et trois programmes régionaux dans les zones urbaines, doit être finalisé avant l'été. La KommAustria sera mise sur pied comme nouvelle autorité de régulation de la radio, de la télévision et des télécommunications.*

Der letzte Bericht («Radio Days» in Österreich, *medialex* 1998, 192) endete auf einem pessimistischen Ton. Als Grundtendenz der österreichischen Mediengesetzgebung im Bereich Hörfunk, Fernsehen, Kabel und Satellit wurde bezeichnet, dass alle Anstöße zur Entwicklung durch Entscheidungen österreichischer oder europäischer Gerichte veranlasst wurden. Diese Tradition setzte sich erfreulicherweise nur teilweise fort.

Radio

Zunächst verlief alles nach dem üblichen österreichischen Muster. Das am 1.5.1997 in Kraft getretene Regionalradiogesetz wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 29.6.2000 als verfassungswidrig aufgehoben. Grund dafür war, dass die Einrichtung der Privatrundfunkbehörde als weisungsfreie Kollegialbehörde im Sinn des Art. 133 Z. 4 des Bundesverfassungsgesetzes als verfassungswidrig angesehen wurde. Diese Aufhebung hatte also keine medienspezifischen Gründe, sondern konkretisierte das schon bisher in der verfassungsgerichtlichen Judikatur sichtbar gewordene Unbehagen an einer solchen kollegialen Verwaltungsbehörde, «weil diese im Hinblick auf die damit verbundene Durchbrechung der Leitungs- und Weisungsbefugnis der obersten Organe der Vollziehung und im Hinblick auf die dadurch bedingte Ausnahme von der parlamentarischen Kontrolle einer besonderen Rechtfertigung bedarf.» Diese besondere Rechtfertigung wurde im Fall der Privatrundfunkbehörde nicht gesehen.

Im Hinblick auf diese zu erwartende Entwicklung hatte der Gesetzgeber vorsorglich mit Übergangsgesetz vom 6.6.2000 für einen provisorischen Weiterbetrieb der Radiostationen, die von der «verfassungswidrigen» Privatrundfunkbehörde ihre Sendelizenz erhalten hatten, ge-

sorgt. Damit war aber die grundsätzliche Beanstandung durch den Verfassungsgerichtshof nicht behoben. Stein des Anstosses war ja die Konstruktion der Privatrundfunkbehörde. Es war also dieser Punkt, an dem eine Gesetzessanierung ansetzen musste. Der Gesetzgeber handelte notgedrungen rasch. Mit dem „Bundesgesetz, mit den Bestimmungen für privaten Hörfunk erlassen werden (Privatradiogesetz – PrR-G), das mit 1.4.2001 in Kraft trat, sanierte er die verfassungswidrige Grundkonstruktion der Behörde. Durchgehend wird in dem Privatradiogesetz 2001, dort wo früher Privatrundfunkbehörde stand, das Wort Regulierungsbehörde verwendet. In § 32 Abs. 6 des Gesetzes wird ausgesprochen, dass die Regulierungsbehörde die neu geschaffene «KommAustria» sein soll.

In einem eigenen Bundesgesetz, ebenfalls am 1.4.2001 in Kraft getreten, wird sowohl diese neue Regulierungsbehörde als auch ein Bundeskommunikationssenat eingerichtet. Diesem Gesetz, das die Kommunikationsbehörde als weisungsgebunden gegenüber dem Bundeskanzleramt konstruierte, waren Bemühungen vorangegangen, eine unabhängige Regulierungsbehörde für die Bereiche audiovisuelle Medien und Telekommunikation zu schaffen. Für die Errichtung einer solchen weisungsfreien Behörde hätte es allerdings der Verfassungsmehrheit im Parlament bedurft, die nicht erreicht wurde.

Mit der Behebung der Verfassungswidrigkeit der früheren Privatrundfunkbehörde allein durch Errichtung der KommAustria erschöpft sich aber die Neuregelung des Privatradiogesetzes 2001 nicht. Das alte Regionalradiogesetz (RRG) und das neue Privatrundfunkgesetz (PrR-G) unterscheidet sich im wesentlichen noch in folgenden Punkten:

- Die frühere Unterscheidung zwischen Regionalradio und Lokalradio mit versuchten ziffernmässigen Ab-

grenzungen (bis 150.000 Hörer für Lokalstationen, darüber, und im wesentlichen für den Empfang in einem Bundesland gedacht, Regionalradios) wurde aufgegeben. Entscheidender für den Begriff war das Versorgungsgebiet als geografischer Raum, der durch die zu versorgenden Gemeindegebiete und die technischen Parameter (Sendestandort, Frequenz, Leistung und Antennencharakteristik) definiert wird. Im Ergebnis wird dadurch auch bundesweites privates Radio möglich, ein Phänomen, das durch das RRG mit seiner Definition der Lokal- und Regionalgebiete gerade verhindert hätte werden sollen.

- Ein «Geburtsfehler» der bisherigen Regelung war, dass die Zulassung eines Lizenzwerbers in zwei verschiedenen Verfahren erfolgen musste. Die Sendelizenz wurde von der Privatrundfunkbehörde erteilt, die rundfunkrechtliche Bewilligung durch die Fernmeldebehörde. Unklarheiten und Überschneidungen entstanden durch dieses Zusammenwirken zweier Behörden, die unabhängig voneinander agierten, geradezu zwangsläufig. Das PrR-G fasst nun beide Kompetenzen bei einer Regulierungsbehörde, also der KommAustria, zusammen. Damit kann es nicht mehr passieren, dass etwa die Privatrundfunkbehörde ein Gebiet definiert, dem durch den rundfunkrechtlichen Bescheid durch die Fernmeldebehörde aufgrund technischer Gegebenheiten nicht entsprochen werden kann.
- Die bisherige Regelung des RRG für Veranstalter und Beschränkungen dieser Veranstalter bei der Erteilung von Sendelizenzen war eher restriktiv. So durfte sich ein Veranstalter in einem Bundesland mit höchstens 26% und in zwei weiteren Bundesländern mit jeweils höchstens 10% an Privatradios beteiligen. Diese vom Gesetzgeber gewünschte Zersplitterung wird nun durch das PrR-G weitgehend aufgehoben und eine Konzentration bei einzelnen Veranstaltern ermöglicht.

Letztlich bewirken diese Änderungen im Ergebnis eine generelle Stärkung des Privatradiosektors, bedingt durch die Möglichkeit des bundesweiten Hörfunks und die Einschränkung der Beteiligungsbeschränkungen, sowie der erweiterten Übernahmemöglichkeit von Programmen anderer Veranstalter. Das wird nach allgemeiner Erwartung dazu führen, dass Printmedieninhaber noch viel stärker und in konzentrierter Form auf das elektronische Medium Radio greifen können, als ihnen das bisher möglich war.

Fernsehen

Unberührt von diesen gesetzlichen Änderungen blieb bisher der Bereich des Fernsehens. Hier ist zur Erinnerung anzumerken, dass in Österreich als einzigem Land Europas immer noch kein privates, terrestrisches Fernsehen möglich ist, da die gesetzlichen Grundlagen dies nur für den öffentlich rechtlichen ORF vorsehen, nicht aber für private Anbieter.

Zunächst hatte es den Anschein, dass auf diesem Gebiet nach wie vor keine Neuerungen kommen würden. Nun scheint allerdings Bewegung in diesen Bereich zu kommen. Am 12.4.2001 wurde ein Privatfernsehgesetz zur Begutachtung ausgesandt (www.bka.gov.at). Gleichzeitig mit diesem Gesetzentwurf wurde ein neues Rundfunkgesetz, das die Tätigkeit des ORF regeln soll, ausgesandt. Die Mediendiskussion in Österreich hat sich ganz überwiegend mit dem Rundfunkgesetz befasst und nur zu einem sehr geringen Ausmass mit dem Privatfernsehgesetz (ProTV-G). Das allerdings wird der medienpolitischen Bedeutung des Entwurfes des neuen Privatfernsehgesetzes nicht gerecht.

Anliegen dieses Gesetzes ist es, nach den Erläuterungen dazu, «vordringlich die gesetzlichen Voraussetzungen zur Veranstaltung von analogem, terrestrischem Privatfernsehen in Österreich (zu schaffen). Gleichzeitig muss – der technischen Entwicklung in Europa Rechnung tragend – der Umstieg auf digitale Rundfunkverbreitungstechnologien in die Wege geleitet werden und die diesbezüglichen Planungsarbeiten («Digitalisierungskonzept») rasch begonnen werden.» Ebenso sollen damit EU-Richtlinien, insbesondere jene über die Ausübung der Fernseh-tätigkeit aus 1989 in der geltenden Fassung umgesetzt werden.

Der Inhalt dieser Gesetze soll hier nicht weiter diskutiert werden, da die Begutachtung eben erst begonnen hat. Versucht man zusammenfassend die Entwicklung der letzten eineinhalb Jahre zu bewerten, kann man ein Abgehen von der bisherigen Medienpolitik bemerken, die im wesentlichen darin bestand, auf Gerichtserkenntnisse zu reagieren und das ORF-Monopol möglichst weitgehend zu erhalten. Erstmals ist aktive Medienpolitik zu registrieren, die nicht nur reagieren sondern gestalten will. Damit nähert sich Österreich dem rundfunkpolitischen Standard Europas mit einem dualen Rundfunksystem und sogar mit Gleisen, die in die digitale Zukunft gelegt werden. Bei aller Kritik an Einzelvorschriften ist das doch ein respektable Schritt, auf den Österreich jahrzehntelang warten musste. Österreich als «Medien-Albanien» gehört damit jedenfalls der Vergangenheit an. ■

Zusammenfassung:
Nach Jahrzehnten medienpolitischer Untätigkeit setzt im Jahr 2001 ein Entwicklungsschub bei elektronischen Medien ein. Das alte Regionalradiogesetz mit der Aufsplitterung der Sendegebiete und strengen Unvereinbarkeitsbestimmungen besonders beim Crossownership wurde durch ein Privatradiogesetz ersetzt, das bundesweiten privaten Hörfunk zulässt und Zeitungsherausgebern den Weg zum Radio ebnet. Ein Gesetzentwurf über das private Fernsehen, der ein nationales privates Programm und drei Regionalprogramme in Ballungsräumen zulässt, soll vor dem Sommer noch Gesetz werden. Als neue Regulierungsbehörde für Hörfunk, Fernsehen und Telekommunikation wird die KommAustria eingerichtet.

Belgique: remous dans la publicité télévisée

François Jongen

Professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

Zusammenfassung: Im Bereich Fernsehwerbung sind drei wichtige Gerichtsurteile ergangen. Ein Urteil des Kassationshofes bestätigt die Möglichkeit für die nationale Fernsehanstalt RTBF, amerikanische Fernsehserien mit Werbung zu unterbrechen, sofern diese Serien dergestalt konzipiert wurden.

Eine Verfügung eines Brüsseller Richters erlaubt RTBF, die Ausstrahlung eines Werbespots mit einem Strip-Tease eines korpulenten Mannes wieder vorzunehmen, nachdem diese aufgrund von Protesten der Zuschauerschaft wegen schlechten Geschmacks suspendiert worden ist. Schliesslich verwies der Appellationshof die schwierige Angelegenheit der Kompensationszahlungen des Fernsehens für die Ausstrahlung von Werbung an die Presse an das Schiedsgericht: Es könnte sich herausstellen, dass dieses System dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot im Steuerbereich zuwiderläuft.

Trois affaires judiciaires retentissantes viennent d'agiter le Landerneau publicitaire belge: l'une concerne les conditions dans lesquelles la RTBF – le diffuseur francophone de service public – peut interrompre ses programmes par des écrans publicitaires, la deuxième un spot vantant de façon inhabituelle les vertus d'une agence de travail intérimaire, et la troisième les modalités de restitution à la presse écrite d'une partie des bénéfices de la publicité télévisée.

La première affaire trouve son origine en 1997, quand la chaîne privée RTL-Tvi avait obtenu du président du tribunal de commerce de Bruxelles qu'il interdise à sa concurrente publique de continuer à pratiquer des coupures publicitaires dans les feuilletons américains du type «Beverly Hills» ou «Les rues de San Francisco»: il faut dire que, lorsque la publicité télévisée avait été autorisée à la RTBF, cela ne s'était fait qu'avec moult réticences, traduites notamment par l'interdiction de coupures publicitaires permises, par contre, sur la chaîne privée. C'est ainsi qu'un article du décret de 1987 sur l'audiovisuel lui interdit d'interrompre «une oeuvre cinématographique, une oeuvre dont l'auteur veut conserver l'intégrité (ou) une séquence d'un programme», et que le contrat de gestion de l'organisme public, conclu en 1997, prescrit que «la publicité ne peut interrompre les programmes, notamment les films, ou les séquences d'un même programme».

En 1998, la Cour d'appel de Bruxelles avait infirmé ce jugement, qualifiant la règle du contrat de gestion de «particulièrement obscure» et jugeant qu'on ne pouvait à la fois interdire d'interrompre un programme et interdire d'interrompre les séquences d'un programme. Finalement, constatant – notamment sur le vu des fondus au noir – que les séries améri-

caines concernées étaient divisées en séquences distinctes et donc prévues pour accueillir des spots publicitaires, et qu'il était manifeste que l'auteur n'avait pas voulu en conserver l'intégrité, la Cour d'appel avait jugé les interruptions légales. Un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2000 vient de valider cette interprétation et permet donc à la RTBF de poursuivre cette pratique. Mais il n'est pas sûr que cette faculté lui soit durablement acquise: un nouveau contrat de gestion doit en effet être conclu avant la fin de l'année 2001.

Un curieux strip-tease

La deuxième affaire oppose la société de travail intérimaire Adecco à la RTBF à propos d'une campagne sur le thème général «multipliez les expériences professionnelles», et plus particulièrement d'un spot intitulé «strip-tease», décrit ainsi par un journaliste spécialisé: «La scène se déroule dans un vaste bureau. Derrière sa table de travail, un employeur tente visiblement de convaincre une jeune femme assise en face de lui d'accepter une proposition d'emploi. Il lui soumet même un contrat, mais la jeune femme hésite. Désappointé, le patron finit par se lever brusquement, un sourire entendu sur les lèvres. (...) Il commence à se déshabiller en se dandinant sur une musique entraînante. Un à un, les vêtements tombent, révélant les rondeurs pour le moins généreuses, pour ne pas dire adipeuses du bonhomme. Ce qui n'a pas l'air de le gêner le moins du monde. Il se hisse même sur son bureau où il poursuit sa démonstration. Et quand il n'a plus rien à enlever, il reformule la proposition de contrat (élégamment coincée entre ses jambes) à la jeune fille ravie qui, devant des arguments aussi massifs, ne peut résister et s'empresse de signer.»

Après avoir diffusé une première fois le spot, la RTBF, assaillie de protestations de téléspectateurs, décida de suspendre la campagne, invoquant son caractère vulgaire, indécent et de mauvais goût et le jugeant contraire à l'éthique publicitaire. L'annonceur protesta, invoquant la cohérence de son plan média, et finit par assigner la chaîne publique devant le juge des référés. A la surprise de beaucoup, le juge donna raison à Adecco et enjoignit à la RTBF de procéder aux quelque vingt diffusions demandées sous peine d'une astreinte de 25.000 par jour de retard. Concrètement un véritable droit à l'humour, il rejeta l'argumentation selon laquelle le spot aurait constitué une atteinte aux bonnes mœurs ou un encouragement du harcèlement sexuel sur les lieux de travail. L'ordonnance n'expose pas si elle se fonde sur le droit à la liberté d'expression de l'annonceur ou sur le respect des obligations contractuelles de la RTBF, mais précise seulement que la chaîne publique ne peut «écarter arbitrairement la diffusion de publicité qu'elle avait au surplus diffusée une fois sur ses antennes». La RTBF a interjeté appel de cette ordonnance.

Prélèvement sur la publicité télévisée

La troisième affaire a vu la RTBF gagner une manche importante dans le combat qui l'oppose depuis plusieurs années à l'association des éditeurs de journaux. En cause ici, une disposition légale donnant compétence au gouvernement de la Communauté française pour déterminer une part des recettes de la publicité télévisée qui sera prélevée pour être ensuite redistribuée aux quotidiens à titre de compensation. En 1995, l'association des éditeurs de journaux avait assigné la RTBF et RTL-Tvi devant le tribunal civil de Bruxelles pour faire reconnaître ce qu'elle estimait constituer une double perte pour elle: d'une part, le fait que les chaînes de télé-

vision ne prenaient en considération que leurs recettes nettes (déduction faite des commissions d'agence) pour les prélèvements du gouvernement, et d'autre part la pratique dite du «faux parrainage», c'est-à-dire des spots isolés vantant le produit d'un sponsor, diffusés immédiatement après un programme parrainé, et comptabilisés en dehors des recettes de publicité commerciale prises en considération pour le prélèvement.

En 1997, le tribunal de première instance avait renvoyé les parties dos à dos, reconnaissant l'illégalité de la pratique du faux parrainage, mais confirmant la thèse de la prise en compte des recettes nettes. Mécontents, les éditeurs – qui auraient évidemment préféré un calcul sur les recettes brutes – avaient poursuivi en appel le combat contre la RTBF, un accord transactionnel étant entre-temps intervenu avec la chaîne privée. La Cour d'appel de Bruxelles vient de rendre un arrêt interlocutoire qui vide déjà une bonne partie du débat. Sur la question du net ou du brut, elle dit la demande des éditeurs irrecevable, jugeant qu'il est du pouvoir du gouvernement et non des chaînes de prendre en considération l'un ou l'autre montant. Pour le reste, elle confirme que le faux parrainage devrait être assimilé à la publicité commerciale. Mais la Cour d'appel donne aussi et surtout raison à la RTBF en décidant d'interroger la Cour d'arbitrage – la cour constitutionnelle belge – sur la constitutionnalité du système: pour les magistrats en effet, ce système de prélèvement s'assimile en réalité à un impôt. Or, la Constitution prévoyant qu'un impôt ne peut être établi que par la loi, le système en cause, qui confie au gouvernement le pouvoir de déterminer les redevables, le taux d'imposition et la base imposable, pourrait s'avérer inconstitutionnel. L'arrêt de la Cour d'arbitrage est attendu pour 2002, et la procédure judiciaire est suspendue en attendant. ■

Résumé: *Trois décisions judiciaires importantes viennent d'être prononcées dans le domaine de la publicité à la télévision. Un arrêt de la Cour de cassation confirme la possibilité pour la RTBF – la télévision publique francophone – d'interrompre par des écrans publicitaires la diffusion de séries américaines conçues à cet effet. Une ordonnance du juge des référés de Bruxelles enjoint à la même RTBF de reprendre la diffusion d'un spot publicitaire montrant le strip-tease d'un patron adipeux, spot qu'elle avait suspendu pour mauvais goût après avoir été assaillie de protestations de téléspectateurs. Enfin, la Cour d'appel de Bruxelles vient de renvoyer devant la Cour d'arbitrage l'épineux dossier des compensations versées par la télévision à la presse écrite en contrepartie de l'autorisation de diffuser de la publicité: il se pourrait en effet que ce système soit contraire au principe de la légalité de l'impôt prescrit par la Constitution.*

La directive de l'UE sur le droit d'auteur dans la société de l'information

Catherine Mettraux Kauthen

Lic. en droit, Division droit d'auteur et droits voisins de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, Berne

Zusammenfassung: Die europäische Union hat die neue Richtlinie zum Urheberrecht und verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft verabschiedet. Nach drei Jahren intensiver Diskussionen konnte ein Kompromiss gefunden werden. Die Richtlinie erlaubt die Ratifizierung der «Internet»-Verträge der WIPO und auch die Harmonisierung der nationalen Gesetze in Europa. Sie definiert verschiedene Exklusivrechte und zählt eine lange Liste von Ausnahmen und Limitierungen auf, welche die Mitgliedstaaten vorsehen können. Sie führt auch das Prinzip des juristischen Schutzes von technischen Verfahren und Informationen ein, wobei es den Mitgliedstaaten obliegt, die Detailregelungen aufzustellen. Auch wenn die Richtlinie heftig kritisiert wurde, weil sie nicht vollständig ihre anfänglichen ambitionierten Ziele umgesetzt hat, stellt sie einen wichtigen Schritt zur Verbesserung des Schutzes des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte dar.

L'Union européenne vient d'adopter la nouvelle directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Après trois années d'intenses discussions, le Conseil a mis un terme à la procédure de codécision en reprenant, le 7 avril dernier, les amendements de compromis votés par le Parlement européen en février 2001.

Cette directive poursuit un double but. Elle veut, d'une part, permettre la ratification - à la fois par la Communauté et ses Etats membres - des traités «Internet» adoptés dans le cadre de l'OMPI en 1996 (Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes). Elle veut, d'autre part, assurer l'harmonisation des législations nationales nécessaire au développement de la société de l'information en Europe.

Cet objectif d'harmonisation fut toutefois plus difficile à réaliser que la Commission ne l'avait sans doute prévu: sa proposition de départ fut considérablement remaniée pour aboutir au texte actuel qui, avant même son entrée en vigueur, essuie déjà de nombreuses critiques.

Harmonisation des droits exclusifs

La nouvelle directive harmonise certains droits exclusifs à la fois pour le droit d'auteur et les droits voisins. Les droits de reproduction et de communication au public, respectivement de mise à disposition du public, sont définis sur la base des traités de l'OMPI et reprennent la termi-

nologie de ces derniers. Le droit de distribution est lui aussi harmonisé pour toutes les catégories d'oeuvres (pour les droits voisins, la question est réglée dans la directive sur le droit de location et de prêt 92/100/CEE) et l'application du principe de l'épuisement communautaire est confirmée.

Les exceptions et limitations

Les droits exclusifs, en particulier le très controversé droit de reproduction, étant définis de façon très large, le texte adopté dresse comme pendant tout un catalogue d'exceptions. Il prévoit d'abord une seule et unique exception obligatoire au droit de reproduction: les Etats membres doivent autoriser les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires lorsqu'ils remplissent toute une série de conditions (art. 5 al. 1). La directive comporte ensuite une liste exhaustive d'exceptions facultatives au droit de reproduction et de communication au public (art. 5 al. 2 et 3). La première mouture de cette liste était beaucoup plus courte, mais face à la levée de boucliers des Etats et à l'intense lobbying des milieux intéressés, elle fut considérablement étendue jusqu'à contenir finalement quasiment toutes les exceptions existant dans l'un ou l'autre système national. Cette énumération est certes exhaustive (aucune autre exception ne peut être appliquée), mais elle est extrêmement vaste et elle constitue une des principales sources des critiques émises à l'encontre de la directive.

La directive prévoit en outre une clause de maintien des droits acquis, qui autorise les Etats membres à continuer d'appliquer les exceptions existantes, mais seulement

dans des cas mineurs d'utilisation analogique (et non pas numérique).

Il faut relever que dans le cas de trois exceptions (la reprographie, la copie privée et la reproduction d'émissions destinées à être vues ou écoutées dans certaines institutions sociales), la directive subordonne l'exception à la condition que les titulaires reçoivent une compensation équitable, tout en laissant une certaine latitude aux Etats membres en ce qui concerne l'interprétation de ce principe et la forme de la compensation à prévoir.

Tout le dispositif des exceptions est finalement complété par le «filet de sécurité» que constitue le «3-step-test» de l'art. 5 al. 5. Cette disposition, reprise par la directive des traités OMPI afin de servir de guide dans l'interprétation des exceptions et limitations, prévoit que ces dernières ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit.

Limites des dispositifs anti-copie

Les Etats membres doivent assurer la protection juridique des mesures techniques et des informations sur le régime des droits. Une question très débattue dans ce contexte porte sur la relation entre les mesures techniques et les exceptions: comment assurer que les utilisateurs puissent avoir accès aux oeuvres dans la mesure autorisée par les exceptions lorsqu'un titulaire de droits a mis en place un dispositif anti-copie?

Le principe de base de la directive est que les titulaires de droits ont le contrôle total de la fabrication, distribution, etc. des dispositifs conçus pour neutraliser les dispositifs anti-copie. Mais ils doivent, soit volontairement soit par des accords avec d'autres parties, mettre les moyens de faire des copies à la disposition des bénéficiaires des exceptions. Il n'est toutefois pas précisé comment ce système doit fonctionner concrètement, la directive se bornant à charger les Etats membres de veiller à ce que ces moyens existent.

Relation avec la directive sur le commerce électronique

Les deux directives poursuivent le même but à l'échelle communautaire, soit la création d'un cadre juridique harmonisé pour encourager le développement de la société de l'information. La directive sur le commerce électronique règle diverses questions juridiques d'une manière générale telle que la question de la responsabilité des fournisseurs de services. La directive sur le droit d'auteur la complète en accordant aux titulaires la possibilité de recourir aux injonctions contre les intermédiaires lorsque les services de ces derniers sont utilisés par des tiers pour enfreindre les droits d'auteur ou les droits voisins.

Conclusion

La directive qui vient d'être adoptée est critiquée de toutes parts. D'aucuns soulignent le manque de flexibilité qu'implique le système des exceptions, surtout dans le contexte de la société de l'information où les technologies évoluent extrêmement rapidement. D'autres relèvent à la fois le trop grand nombre d'exceptions et l'absence de solution quant à la question des mesures techniques et de leur relation avec les exceptions autorisées au titre de l'usage privé. La directive n'a certes pas complètement réalisé ses ambitieux objectifs de départ, mais elle comporte un mécanisme de révision (art. 12) qui devrait permettre de réévaluer la situation quatre ans après sa mise en vigueur (puis tous les trois ans) et d'adapter ainsi la réglementation aux expériences faites et aux évolutions technologiques. Les Etats membres disposeront de dix-huit mois à compter de la publication au Journal officiel des Communautés européennes (selon la Commission dans quelques semaines) pour adapter leur législation. Ce délai, plus court que celui initialement prévu, accroîtra la pression sur les Etats membres mais devrait en même temps encourager les ratifications nécessaires pour que les traités Internet de l'OMPI entrent en vigueur le plus rapidement possible. ■

Résumé: L'Union européenne vient d'adopter la nouvelle directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Après trois années d'intenses discussions, une solution de compromis a pu être trouvée. Cette directive doit d'une part permettre la ratification des traités «Internet» de l'OMPI, et d'autre part assurer l'harmonisation des législations nationales en Europe. Elle définit plusieurs droits exclusifs et énumère une longue liste d'exceptions et de limitations que les Etats membres peuvent prévoir. Elle impose le principe de la protection juridique des mesures techniques et des informations sur le régime des droits tout en laissant à ces derniers le soin de régler les détails. Même si la directive adoptée est fort critiquée parce qu'elle n'a pas complètement réalisé ses ambitieux objectifs de départ, elle représente un pas important dans l'amélioration de la protection du droit d'auteur et des droits voisins.

Braucht die SRG einen Beirat?

Die inhaltliche Überprüfung des Service Public beim Rundfunk

Pierre Rieder

Dr. iur., Leitender Sekretär der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen*

I. Einführung

Das Bundesgesetz über Radio- und Fernsehgesetz vom 21. Juni 1991 (RTVG) wird zurzeit einer Totalrevision unterzogen. Der Bundesrat hat seine Konzeption für den zukünftigen Erlass in einem Aussprachepapier vom 19. Januar 2000 vorgestellt und das zuständige Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation hat diese in einem Gesetzesentwurf (E-RTVG), der im Dezember 2000 in die Vernehmlassung ging, konkretisiert¹. Das revidierte RTVG wird frühestens im Jahre 2004 in Kraft treten.

Im Zentrum der schweizerischen Rundfunkordnung soll auch zukünftig der Service Public stehen. Gemäss den Erläuterungen zu diesem Entwurf liegt dahinter die Überzeugung, dass Radio und Fernsehen eine wesentliche Rolle bei der Entwicklung von Gesellschaft, Staat und Demokratie zukommen. Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden den besonderen Stellenwert und die Einflussmöglichkeiten des Mediums Fernsehen hervorgehoben, das «zu einem hervorragenden Mittel sozialer Kommunikation» geworden sei². Verfassungsrechtlich lässt sich der Service Public-Auftrag aus Art. 93 Abs. 2 ableiten, wonach Radio und Fernsehen u.a. zur Bildung, kulturellen Entfaltung und zur freien Meinungsbildung beitragen und die Besonderheiten des Landes zu berücksichtigen haben. Da bei Radio und insbesondere beim Fernsehen diese Grundversorgung nicht alleine über den Markt erreicht werden kann, bedarf es eines Eingriffs des Staates. Dieses teilweise Marktversagen³ würde sich etwa

darin äussern, dass nicht alle Sprachregionen mit Programminhalten im Sinne von Art. 93 Abs. 2 BV versorgt und die Veranstalter ihr Programmangebot auf publikumsträchtige Unterhaltungssendungen konzentrieren würden⁴.

Die Konzeption des Vernehmlassungsentwurfs sieht vor, dass ein nationaler Veranstalter, die SRG SSR idée suisse (SRG), den Service Public im Rahmen eines definierten Leistungsauftrags flächendeckend zu erbringen hat und dafür Empfangsgebühren, die grundsätzlich jeder schweizerische Haushalt mit einem geeigneten Empfangsgerät zu entrichten hat, sowie Privilegien bei der Verbreitung erhält. Die übrigen Veranstalter haben sich durch Werbung und Sponsoring zu finanzieren, wobei ihnen dafür im Sinne einer asymmetrischen Werberegulation mehr Möglichkeiten als der SRG offenstehen sollen. Der E-RTVG verfolgt damit ein ausgeprägt duales System, das noch dadurch verstärkt wird, dass die rein werbefinanzierten Veranstalter im Gegensatz zur geltenden Gesetzgebung keinen eigentlichen Leistungsauftrag mehr zu erfüllen haben⁵.

Bestandteil der neuen Ordnung soll ein Beirat sein, der zu überprüfen hat, ob die SRG ihren Programmauftrag, also den Service Public, erfüllt⁶. Der E-RTVG sieht vor, dass dieser Beirat aus neun bis elf unabhängigen Persönlichkeiten besteht, die vom Bundesrat gewählt werden, aber an keine Weisungen gebunden sind. Eigentliche Sanktionsbefugnisse sollen ihm nicht zustehen. Der Beirat hat einen gesellschaftlichen Diskurs zu etablieren und da-

Résumé: Le projet de nouvelle loi sur la radio et la télévision, en consultation depuis le mois de décembre 2000, prévoit la création d'un comité consultatif. Cet organe indépendant doit veiller à ce que la SSR accomplisse son mandat de service public. Il ne s'agit pas d'une autorité de surveillance au sens juridique, car elle agit de manière plus informelle. L'examen matériel des prestations de service public n'est que partiellement réalisé dans le cadre de la législation actuelle, qui est fondée sur une autre conception du service public. En lieu et en place d'un comité consultatif, on peut songer aux solutions suivantes: Institution d'un auto-contrôle, fixation de quotas, mise en œuvre de mesures organisationnelles, développement de la surveillance des programmes.

* Der Verfasser vertritt seine Auffassung und nicht notwendigerweise diejenige der UBI.

1 Vgl. O. SIDLER, Paradigmenwechsel im Rundfunkrecht, in: *medialex* 1/01, S. 3f.

2 BGE 123 II 415; 98 Ia 80.

3 Vgl. R. H. WEBER, Finanzierung der Rundfunkordnung, Zürich 2000, S. 163ff.

4 Vgl. M. LORETAN, Positionierung des Service Public im deregulierten Rundfunkmarkt, in: *medienheft* Nr. 14/2000, S. 4ff.

5 Wollen die rein werbefinanzierten Veranstalter auch in den Genuss von Verbreitungsprivilegien kommen, müssen sie auch spezielle Programmleistungen erbringen.

6 Die Regelungen über den Beirat finden sich in Art. 30ff. E-RTVG.

Zusammenfassung: *Der Entwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz, der im Dezember 2000 in die Vernehmlassung ging, sieht die Schaffung eines Beirats vor. Diese unabhängige Instanz soll überprüfen, ob die SRG die von ihr im Programmauftrag geforderten Service Public-Leistungen erfüllt. Es handelt sich dabei nicht um eine eigentliche Rechtsaufsicht, sondern um ein informelleres Verfahren. Im Rahmen der geltenden Gesetzgebung, der eine andere Konzeption des Service Public zu Grunde liegt, erfolgt nur teilweise eine inhaltliche Überprüfung von Service Public-Leistungen. Alternativen zur Schaffung eines Beirats bestehen in einer institutionalisierten Selbstkontrolle, Quoten, organisatorischen Massnahmen und in einem Ausbau der Programmaufsicht.*

bei den Service Public zu thematisieren⁷. Falls er zur Auffassung kommt, die SRG erfülle den Service Public nicht oder nur ungenügend, kann er beim Bundesrat Antrag auf Änderung der Konzession stellen. Im Gegensatz zur bestehenden Programmaufsicht, welche der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) im Rahmen von Programmbeschwerden obliegt⁸, handelt es sich um keine Rechtsaufsicht. Die bestehende Programmaufsicht soll grundsätzlich weiterbestehen, aber im Rahmen einer neuen Behördenorganisation durch die für die Bereiche Telekommunikation und Rundfunk zuständige verwaltungsunabhängige Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien (Kommission)⁹ und nicht mehr durch die UBI wahrgenommen werden.

Thema des vorliegenden Artikels ist, ob und allenfalls in welcher Form der Service Public im Rundfunkbereich im Rahmen der künftigen Gesetzgebung inhaltlich überprüft werden soll.

II. Status Quo

1. Rahmenbedingungen

Das geltende RTVG geht davon aus, dass der Service Public nicht durch einen, sondern durch alle Veranstalter gemeinsam erfüllt wird¹⁰. Innerhalb der konzessionierten Veranstalter wird je nach örtlichem Tätigkeitsfeld zwischen drei Ebe-

nen, lokale/regionale, nationale/sprachregionale und internationale, unterschieden¹¹. Eine bestimmende Rolle kommt der SRG zu, die einer speziellen Regelung untersteht (Art. 26 ff. RTVG). Sie erhält dafür einen Grossteil der Empfangsgebühren¹². Ihre besondere Stellung geht auch daraus hervor, dass laut Art. 31 Abs. 1 RTVG Konzessionen für andere nationale und sprachregionale Programme nur dann erteilt werden können, wenn «die Möglichkeiten der SRG sowie der lokalen und regionalen Veranstalter, ihre konzessionsgemässen Leistungen zu erbringen, nicht wesentlich beeinträchtigt werden». Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des RTVG am 1. April 1992 waren neben der SRG insbesondere lokale Radioveranstalter auf dem Markt¹³.

Lokale und insbesondere nationale bzw. sprachregionale rein werbefinanzierte Fernsehveranstalter traten in der Schweiz erst relativ spät auf den Markt. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Im Gegensatz zum Radio sind beim Fernsehen viel grössere finanzielle Mittel notwendig, um ein Programm anzubieten, wobei es in diesem Zusammenhang auch den kleinen und durch die Sprachregionen erst noch zersplitterten Schweizer Markt zu berücksichtigen gilt¹⁴. Die Werbebestimmungen des RTVG, welche für rein werbefinanzierte Veranstalter beim Fernsehen¹⁵ gleich sind wie für die SRG, sind nicht auf die Bedürfnisse von privaten Veranstaltern zugeschnitten¹⁶, die naturgemäss möglichst wenige Restriktionen für Wer-

7 Vgl. Erläuterungen zum E-RTVG, S. 33.

8 Verfassungsrechtliche Grundlage bildet Art. 93 Abs. 5 BV. Vgl. zur konkreten Ausgestaltung der Programmaufsicht, D. BARRELET, *Droit de la communication*, Berne 1998, S. 205ff.; M. DUMERMUTH, *Rundfunkrecht*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Basel/Frankfurt. a. M. 1996, S. 183ff.; G. BOINAY, *La contestation des émissions de la radio et de la télévision*, Porrentruy 1996, S. 1ff.

9 Durch die umfassende Kompetenz für diese Kommission wird auch der Konvergenz Rechnung getragen. Ähnliche Behördenorganisationen im Kommunikationsbereich gibt es in den USA (Federal Communications Commission) und in Italien (Autorità per la Garanzia nelle Comunicazioni). Auch die Tendenz in anderen Ländern (z.B. Grossbritannien, Spanien) geht in diese Richtung. Siehe zur vorgesehenen Behördenorganisation auch R. H. WEBER, *Behörde nach Vorbild der USA*, in: *Tages-Anzeiger* vom 15. März 2001.

10 Vgl. dazu DUMERMUTH, FN 8, S. 22 (Rz. 54).

11 Vgl. zu diesem Drei-Ebenen-Modell, DUMERMUTH, FN 8, S. 133ff.

12 Vgl. dazu und zum Gebührensplitting, DUMERMUTH, FN 8, S. 111ff.; siehe zur Verteilung des Gebührenaufkommens auch WEBER, FN 3, S. 50ff.

13 Siehe dazu die Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987, 689ff. (Ziffer 12).

14 Vgl. dazu auch Europäisches Zentrum für Wirtschaftsforschung und Strategieberatung Prognos, *Werbemarkt Schweiz* (Gutachten), Basel 1998.

15 Beim Radio besteht ein Werbeverbot für die SRG, Art. 11 Konzession SRG.

16 Das Bundesgericht hat wie die Vorinstanzen die Praxis von TV3 als Verstoss gegen die Bestimmungen über die Unterbrecherwerbung beurteilt (Entscheid vom 13. Februar 2001/2A.377/2000). Eine parlamentarische Initiative vom 14. Dezember 2000 (00.462) fordert eine rasche Änderung der Werberegeln für private Veranstalter.

bung und Sponsoring verlangen. Zusätzlich hat der Bundesrat insbesondere im Zusammenhang mit schweizerischen Programmfenstern von ausländischen Veranstaltern zum Schutz der SRG und damit indirekt auch des Service Public lange Zeit eine zurückhaltende Konzessionspraxis verfolgt. So hat er im Sommer 1994 ein entsprechendes Konzessionsgesuch der RTL Schweiz AG abgelehnt. Erst 1998 hat der Bundesrat beschlossen, seine Praxis zu liberalisieren und die hängigen Konzessionsgesuche für sprachregionale und nationale Programme grundsätzlich positiv zu beurteilen¹⁷.

Während die verschiedenen SRG-Programme heute beim Radio mit lokalen Veranstaltern in einer gewissen Wettbewerbssituation stehen, kommt der Konkurrenzdruck beim Fernsehen vorab von schon länger bestehenden Fernsehunternehmen aus dem benachbarten Ausland. Die sehr spät und erst noch praktisch gleichzeitig auf den Markt getretenen inländischen Konkurrenten (z.B. TV 3, Tele 24), welche ein nationales bzw. sprachregionales Fernsehen anbieten, bekunden dagegen Mühe, sich auf dem einheimischen Markt zu etablieren. Dies gilt aber ebenfalls für finanzkräftige ausländische Fernsehunternehmen, die auf ihren Heimmärkten eine starke Marktstellung besitzen. So haben RTL und Pro7 ihr schweizerisches Programmfenster¹⁸ bereits wieder geschlossen. Offenbar decken die SRG mit ihren Programmen einen beträchtlichen Teil der Bedürfnisse des einheimischen Publikums ab. Der Rest, insbesondere in Bereichen der Unterhaltung, wird zu einem grossen Teil vom etablierten ausländischen Privatfernsehen abgedeckt, welches dank der ausserordentlichen Kabelnetzdicke praktisch in der ganzen Schweiz empfangbar ist.

2. Überprüfung von Service Public-Leistungen

Service Public-Leistungen haben nicht nur die SRG-Programme, sondern auch die privaten Veranstalter zu erbringen. Die im RTVG, in den Ausführungsbestimmungen und im Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (EÜGF)¹⁹ statuierten Programmbestimmungen gelten grundsätz-

lich für alle Veranstalter, unabhängig von ihrer Finanzierung²⁰. Die Konzessionen sehen darüber hinaus noch individuelle Verpflichtungen vor. Für die privaten Fernsehveranstalter bedeutet dies etwa regelmässig einen Mindestanteil an Sendezeit, welcher schweizerischen Produktionen gewidmet werden muss, und eine Abgabe zur Förderung des Schweizer Films²¹. Die Ersetzung einer 20-minütigen Nachrichtensendung durch eine sechsminütige News-Kurzsendung im Programm von TV3 aufgrund ungenügender Zuschauerzahlen erachtete das Bundesgericht als mit der Konzession nicht vereinbar²². Diese verpflichtet TV3, einen Schwerpunkt bei der Information zu setzen.

Im RTVG werden die von Radio und Fernsehen geforderten Leistungen, welche dem Service Public zugeordnet werden können, insbesondere in Art. 3 Abs. 1 konkretisiert. Diese beinhalten etwa einen Beitrag zur freien Meinungsbildung, zu einer allgemeinen vielfältigen und sachgerechten Information des Publikums (lit. a), die Berücksichtigung der Vielfalt des Landes sowie die Förderung des Verständnisses für andere Völker (lit. b), die Förderung des schweizerischen Kulturschaffens (lit. c), die Förderung der Anliegen der Schweiz im Ausland (lit. d), die besondere Berücksichtigung der schweizerischen audiovisuellen Produktion (lit. e) und die möglichst breite Berücksichtigung von europäischen Eigenleistungen (lit. f). Der in der Konzession verankerte Programmauftrag für die SRG wiederholt diese Grundsätze von Art. 3 RTVG²³. Art. 27 RTVG und Art. 2 Konzession SRG sehen im Übrigen vor, wie viele Radio- und Fernsehprogramme die SRG in den einzelnen Sprachregionen zu veranstalten hat.

Zuständig für die Programmaufsicht ist seit 1984 die UBI, welche festzustellen

17 Vgl. «Grundsätze für die Konzessionierungspraxis des Bundesrates bei Radio und Fernsehen» vom 25. Februar 1998.

18 Vgl. Konzession vom 15. März 1999, in: BBl 1999, S. 2790.

19 SR 0.784.405; Voraussetzung für die Anwendung ist der grenzüberschreitende Charakter, der wohl für Lokalveranstalter nur sehr bedingt gilt.

20 Vgl. dazu kritisch, D. BARRELET, La Surveillance des programmes de radio-télévision à l'avenir, in: *medialex* 1/00, S. 24ff.

21 Vgl. Konzession TV3 vom 15. März 1999, BBl 1999, S. 2794.

22 Entscheid vom 30. April 2001 (2A.15/2001).

23 Vgl. Art 3 der Konzession SRG vom 18. November 1992.

hat, ob ausgestrahlte Sendungen von schweizerischen Veranstaltern Programmbestimmungen verletzt haben²⁴. Die UBI kann nur auf Beschwerde hin tätig werden. Im Zentrum steht dabei die Popularbeschwerde²⁵, die es im Prinzip jeder in der Schweiz ansässigen Person, die mindestens 18 Jahre alt ist, mit geringem Aufwand erlaubt, ein kostenloses Verfahren anzustrengen und eine programmrechtliche Beurteilung über die beanstandete(n) Sendung(en) durch die UBI zu erwirken. Der UBI kommt dabei eine nicht zu unterschätzende Ventilfunktion zu. Das Verfahren ist entsprechend einfach ausgestaltet und besteht vorab aus einem Schriftenwechsel und dem Visionieren bzw. Hören der beanstandeten Sendungen²⁶. Es ist damit auf die Beurteilung einer Sendung oder einzelner Sendungen²⁷ zugeschnitten, nicht aber auf ganze Programme oder Programmteile. Für eine umfassende Überprüfung ganzer Programme fehlen der UBI neben einem geeigneten Verfahren auch die notwendigen finanziellen und personellen Ressourcen²⁸.

Gemäss ständiger Praxis der UBI ist der die Service Public-Leistungen im Wesentlichen definierende Art. 3 Abs. 1 RTVG wenigstens teilweise justiziabel, obwohl er die Erfüllung des kulturellen Mandats durch die Gesamtheit der Programme fordert. Nicht jede einzelne Sendung muss zwar einen positiven Beitrag zur Erfül-

lung der gewünschten Leistungen erbringen. Unzulässig sind aber Sendungen, die etwa aufgrund ihres destruktiven Charakters diesen Zielen diametral entgegenlaufen²⁹. Ein besonderes Augenmerk richtet die UBI dabei auf sensible Bereiche wie den Jugendschutz, den Schutz der Menschenwürde oder religiöse Gefühle. Andere sensible Bereiche wie die Gewalt hat der Gesetzgeber ausdrücklich im RTVG geregelt³⁰. Eine zentrale Bedeutung im Rahmen des Programmrechts kommen den Informationsgrundsätzen von Art. 4 RTVG zu. Das Sachgerechtigkeits- und das Vielfaltsgebot³¹ gehören zu den eigentlichen Service Public-Leistungen, sind sie doch explizit im verfassungsrechtlichen Programmauftrag von Art. 93 Abs. 2 BV an Radio und Fernsehen erwähnt. Die Pflicht, Ereignisse sachgerecht darzustellen, stellt im Übrigen diejenige programmrechtliche Bestimmung dar, welche die UBI am Häufigsten anzuwenden hat³². Die Informationsgrundsätze von Art. 4 RTVG gelten grundsätzlich für alle Veranstalter, unabhängig von ihrer Finanzierung. Immerhin liess die UBI in einem kürzlichen Entscheid offen, «ob im Zusammenhang mit der Ausübung politischer Rechte auch nicht gebührenfinanzierte Veranstalter generell zu einer strikt neutralen Berichterstattung verpflichtet sind, selbst wenn keine Wahlen oder Abstimmungen bevorstehen»³³.

Ob die UBI allenfalls auch auf allgemein gehaltene Beschwerden, welche sich gegen ein ganzes Programm oder Programmteile richten, eintreten könnte, wurde noch nie in einem Entscheid schlüssig beantwortet³⁴. Mangels fehlender Präjudizien kann auch nicht gesagt werden, ob Programmbestimmungen wie Art. 3 Abs. 1 lit. e RTVG («besondere Berücksichtigung der schweizerischen audiovisuellen Produktion») oder Art. 3 Abs. 1 lit. f RTVG («breite Berücksichtigung von europäischen Eigenleistungen») genügend konkret sind, um überhaupt rechtlich operationalisiert werden zu können.

Die Schwierigkeiten, kulturelle Leistungen im Rahmen der geltenden Gesetzgebung zu überprüfen, manifestierte der «Kulturbericht» des Bundesrates³⁵. Anstoss bildeten parlamentarische Vorstös-

24 Siehe für Hinweise zur Programmaufsicht und zur UBI FN 8.
25 Vgl. Art. 63 Abs. 1 lit. a RTVG.
26 Vgl. Art. 60ff. RTVG; das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren ist nur in Ausnahmefällen analog anwendbar.
27 Bei einer Programmbeschwerde gegen mehrere Sendungen darf die erste der beanstandeten Sendungen nicht länger als drei Monate vor der letzten zurückliegen. Zudem müssen die beanstandeten Sendungen einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Vgl. zur sogenannten «Zeitraumbeschwerde», DUMERMUTH, FN 8, S. 190f. (Rz. 460).
28 Die UBI, welche administrativ dem Generalsekretariat des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation zugeordnet ist, verfügt über ein Sekretariat mit 1.7 Stellenprozenten.
29 VPB 61/1997, Nr. 70, S. 657 mit weiteren Hinweisen. Siehe zur Doktrin der sensiblen Bereiche auch DUMERMUTH, FN 8, S. 41ff.
30 Art. 6 Abs. 1 RTVG
31 Art. 4 Abs. 1 RTVG; siehe zur umfassenden Praxis der UBI, BARRELET, FN 9, S. 218ff., BOINAY, FN 9, S. 40ff. und DUMERMUTH, FN 8, S. 26ff.
32 Vgl. zur Praxis der UBI im Einzelnen die jährlich erscheinenden Tätigkeitsberichte.
33 UBI-Entscheid b. 411 vom 30. Juni 2000, E. 5.8.
34 Vgl. dazu Jahresbericht 1997 der UBI, S. 5f.
35 Bundesrat, Bericht des Bundesrates, Kultur in den Medien der SRG, Bern, 1997.

se, welche die Marginalisierung von Kultursendungen und die ungenügende Förderung der unabhängigen schweizerischen Filmproduktion bei der SRG beklagten. In seinen Schlussfolgerungen führte der Bundesrat aus, die SRG habe auch unter dem zunehmenden Konkurrenzdruck die Service Public-Leistungen zu erbringen. Sie solle bei der Kultur das bestehende Leistungsniveau erhalten und zeitgemäss weiterentwickeln. Ein Leistungsabbau aus finanziellen Gründen lasse sich nicht rechtfertigen.

Die SRG hat gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. c RTVG dafür zu sorgen, dass das Publikum in ihrer Organisation vertreten ist. In den Statuten der drei Regionalgesellschaften ist deshalb vorgesehen, einen repräsentativen Publikumsrat einzurichten³⁶. Dem Publikumsrat der Radio- und Fernsehgesellschaft der deutschen und der rätoromanischen Schweiz gehören 26 Mitglieder an. Seine Aufgaben bestehen darin, einen engen Kontakt zwischen Programmverantwortlichen und Publikum herzustellen, die Programmverantwortlichen zu beraten und diese in der Programmentwicklung mit Feststellungen, Vorschlägen und Anregungen zu beraten³⁷. Er informiert die Öffentlichkeit regelmässig im Rahmen von Medienmitteilungen³⁸.

Im Zusammenhang mit den behördlichen Kontrollmöglichkeiten über die SRG gilt es der Vollständigkeit halber auf die durch das RTVG institutionalisierte Finanzaufsicht³⁹ und auf die Mitwirkungsrechte des Bundes (z.B. bei Wahlen in leitende Organe)⁴⁰ hinzuweisen. In Rahmenabkommen mit Verbänden aus der Filmbranche hat die SRG die Zusammenarbeit mit den unabhängigen Filmschaffenden geregelt⁴¹. Sie ist damit die wichtigste private Filmförderin in der Schweiz.

III. Regulierungsbedarf

Die Einhaltung von Service Public-Leistungen wird im Rahmen der geltenden Gesetzgebung nur punktuell geprüft. Der Grund liegt primär in der Konzeption des heutigen RTVG, die sehr stark von Marktgegebenheiten aus den achtziger Jahren geprägt ist und die davon ausgeht, dass alle schweizerischen Veranstalter den Service Public gemeinsam erfüllen.

Faktisch ist die SRG aber schon unter dem geltenden RTVG der eigentliche Service Public-Veranstalter, der Vollprogramme in den drei grossen Sprachregionen der Schweiz ausstrahlt und ein auch im internationalen Vergleich qualitativ hochstehendes und wettbewerbsfähiges Programm anbietet. Die SRG profitiert davon, dass sie vom Bund weit über eine 1 Mia. Fr. aus den Empfangsgebühren erhält, was ein Mehrfaches der gesamten Werbeeinnahmen im Rundfunkbereich ausmacht. Die privaten schweizerischen Fernsehveranstalter müssen sich angesichts der bestehenden Wettbewerbsnachteile vor allem auf die Eroberung von Marktnischen (z.B. lokale bzw. regionale Information, neue Unterhaltungsgefässe wie «Big Brother») konzentrieren. Besser steht die Situation für die privaten Radioveranstalter, welche dank der gewährten Rundfunkversuche⁴² bereits in den achtziger Jahren auf den Äther durften und sich in der Zwischenzeit im lokalen Bereich etablieren konnten.

Mitverantwortlich für die mangelnden Möglichkeiten zur Überprüfung von Service Public-Leistungen im RTVG ist die mangelnde oder zumindest fragliche Justiziabilität von Bestimmungen, welche Service Public-Leistungen definieren (z.B. bezüglich Bildung und Kulturförderung). Entsprechend weite Begriffe werden zwar beispielsweise von Kulturschaffenden immer wieder gefordert, zeitigen aber vielfach kontraproduktive Auswirkungen, weil die Normen rechtlich nicht operationalisierbar sind und damit toter Buchstabe bleiben⁴³. Zusätzlich fehlt es im RTVG an einem geeigneten Verfahren, damit die Aufsichtsbehör-

36 Vgl. DUMERMUTH, FN 8, S. 102.

37 Art. 16 der Statuten der Radio- und Fernsehgesellschaft der deutschen und der rätoromanischen Schweiz vom 20. März 1992.

38 So lobte er beispielsweise die Late-Talk-Show «Aeschbacher» in einer Mitteilung vom 9. April 2001.

39 Vgl. dazu C. PONCET, La surveillance de l'Etat sur la SSR: un lit de Procuste, in: *medialex* 4/98, S. 187.

40 Vgl. DUMERMUTH, FN 8, S. 103.

41 Vgl. P. RIEDER, Wettbewerb und Kultur, Diss. Bern, 1998, S. 232ff.

42 Verordnung über lokale Rundfunkversuche (RVO) vom 7. Juni 1982, AS 1982, S. 1149ff; vgl. zu den Ergebnissen der RVO die Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987, 689ff. (Ziffer 123).

43 Vgl. RIEDER, FN 41, S. 269.

den ganze Programme bzw. Programmteile auf die Einhaltung der geforderten Service Public-Leistungen überprüfen können.

Der Vernehmlassungsentwurf nimmt Abstand vom überholten Drei-Ebenen-Modell zugunsten eines eigentlichen dualen Systems wie es die meisten europäischen Länder kennen. Service Public-Leistungen muss demnach im Prinzip einzig die SRG erbringen⁴⁴. Verworfen wurde damit das allenfalls wettbewerbstheoretische wünschbare Modell einer Ausschreibung von Service Public-Konzessionen⁴⁵, welche aber den Besonderheiten des schweizerischen Rundfunkmarktes nicht bzw. nicht ausreichend Rechnung tragen kann. Offen bleibt allerdings, ob ein entsprechendes duales Modell im noch langen Gesetzgebungsprozess die notwendigen Mehrheiten finden wird. Auf der einen Seite fordern nämlich private Fernsehveranstalter⁴⁶ ebenfalls einen gewissen Anteil an den Empfangsgebühren, auf der andern Seite wenden sich die Werbewirtschaft und Veranstalter von Sport- und Kulturanlässen gegen asymmetrische Werbebestimmungen und insbesondere auch gegen das vorgesehene Sponsoringverbot für die SRG. Die realen Marktverhältnisse mit einer vergleichsweise über-

mächtigen SRG und nur beschränkt konkurrenzfähigen privaten Veranstaltern könnten zumindest beim Fernsehen der vorgesehenen pointiert dualen Ordnung im Weg stehen.

Durch den anvisierten Systemwechsel stellt sich die Frage, ob die Erfüllung der von der SRG geforderten inhaltlichen Leistungen durch eine gesetzlich vorgesehene Instanz überprüft werden sollen. Dafür spricht insbesondere, dass die SRG für die Erfüllung des Programmauftrags den Grossteil der Empfangsgebühren erhält⁴⁷. Die Werbebestimmungen, welche die wichtigste Finanzierungsquelle der privaten Veranstalter betreffen, werden zwar teilweise liberalisiert, unterliegen aber weiterhin einer staatlichen Aufsicht. Das gilt auch für die eigentlichen Programmbestimmungen, welche in der Tendenz den durch das EÜGF vorgegebenen Minimalstandards angepasst werden. Die umfassende Überprüfung des Service Public würde eine verbesserte Legitimation für die Entrichtung bzw. die Eintreibung der Empfangsgebühren und damit auch für die Sonderstellung des SRG mit sich bringen⁴⁸. Es gilt allerdings darauf hinzuweisen, dass der Service Public in der Schweiz Besonderheiten aufweist⁴⁹. Diese bestehen insbesondere in der zentralen Klammerfunktion, welche die SRG wahrzunehmen hat, indem sie Programme für alle Sprachregionen zu erbringen hat. Entsprechende Vollprogramme in der französisch- und italienischsprachigen Schweiz kann die SRG nur deshalb ausstrahlen, weil ein überproportionaler Anteil der Gebührgelder den entsprechenden Programmen zufließt⁵⁰. Zur Sicherstellung dieser Klammerfunktion benötigt es aber keiner inhaltlichen Überprüfung des Programmauftrags, sondern vor allem einer effizienten Finanzaufsicht.

Eine inhaltliche Überprüfung der Service Public-Leistungen erscheint mit der verfassungsrechtlich verankerten Programmautonomie der Veranstalter (Art. 93 Abs. 3 BV) grundsätzlich vereinbar⁵¹. Die Überprüfung dürfte aber wie die eigentliche Programmaufsicht nur nachträglich erfolgen⁵². Bedenken würde zudem eine behördliche Kontrolle der Qualität⁵³ und der Einhaltung von ethischen

44 Siehe dazu aber die in FN 5 erwähnte Einschränkung, welche in der Praxis von Bedeutung sein dürfte.

45 Vgl. dazu die Vorschläge von WEBER, FN 3, 193ff., zu Möglichkeiten einer Produktionsfinanzierung und zu den damit gemachten Erfahrungen in Neuseeland.

46 Im E-RTVG wird auf ein eigentliches Gebührensplitting verzichtet. Radioveranstalter in Bergregionen und solche mit mehrsprachigen Programmen sollen weiterhin unterstützt werden.

47 Siehe dazu auch BARRELET, FN 20. Er fordert aber daraus, dass die Programmbestimmungen nur noch für gebührenfinanzierte Veranstalter gelten. Rein werbefinanzierte Veranstalter sollen bloss den allgemeinen Bestimmungen aus dem Straf- und Zivilrecht unterliegen.

48 Vgl. zur Problematik im Zusammenhang mit dem Gebühreninkasso die Antwort des Bundesrates vom 28. Februar 2001 auf einen parlamentarischen Vorstoss (00.1146 – Einfache Anfrage; Billag/Bakom. Radio/TV-Gebühreninkasso).

49 Siehe dazu A. WÜERTH, Die SRG und ihr Integrationsauftrag: Wandel, Gründe, Konsequenzen, Bern 1999.

50 Vgl. zu diesem SRG-internen Finanzausgleich, Weber, FN 3, 52f.

51 Vgl. dazu auch den Bundesgerichtsentscheid vom 21. November 2000 i.S. «L'honneur perdu de la Suisse», 2A.12 und 13/2000, in: *medialex* 1/01, S. 39ff., E. 8.

52 BGE 125 II 624.

53 Siehe zu einem umfassenden Überblick zu Fragen der journalistischen Qualität in einem umfassenden Sinne, R. ZULAUF, Informationsqualität, Ein Beitrag zur journalistischen Qualitätsdebatte aus der Sicht des Informationsrechts, Zürich 2000.

Grundsätzen im Zusammenhang mit der journalistischen Arbeit erwecken.

IV. Möglichkeiten der Überprüfung von Service Public-Leistungen

In diesem Kapitel sollen die verschiedenen Möglichkeiten einer inhaltlichen Überprüfung von Service Public-Leistungen erörtert werden. Rechtsvergleiche taugen in diesem Zusammenhang wenig, weil der Service Public in praktisch jedem europäischen Land anders geregelt ist. Auch das Gemeinschaftsrecht kennt keine spezifische Bestimmungen. Diskutiert wird im Rahmen der EU-Wettbewerbsregeln und insbesondere der Beihilfebestimmungen vorab über Fragen der Zulässigkeit der staatlichen Finanzierung des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks⁵⁴.

1. Selbstkontrolle

Die bestehenden Publikumsräte stellen eine Art von institutionalisierter Selbstkontrolle dar. Ihre Aufgaben bestehen allerdings nicht darin, die Erfüllung der Service Public-Leistungen zu überprüfen. Sie stellen eine Form von Mitspracherecht des Publikums bei der Programmentwicklung dar. Diese erfolgt meist in der kritischen Würdigung von neuen Sendungen. Eine institutionalisierte Selbstkontrolle hinsichtlich des Programmauftrags würde eine Neuformulierung der Aufgaben der Publikumsräte mit sich bringen. Im E-RTVG ist eine entsprechende Publikumsvertretung jedoch gar nicht mehr vorgesehen. Das Hauptproblem der Publikumsräte liegt in ihrer starken Integration in die Organisation der SRG und damit der fehlenden Unabhängigkeit. Auch mit organisatorischen Änderungen dürfte dieses Problem nicht ganz beseitigt werden können. Eine institutionalisierte Selbstkontrolle für die öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten, welche die ganze Programmaufsicht umfasst, kennt Deutschland mit den Rundfunkräten.

2. Beirat

Gemäss des Vernehmlassungsentwurfs soll ein Beirat die Service Public-Leistungen überprüfen⁵⁵. Entsprechende Behörden sind in Europa relativ selten, weil der

Service Public-Veranstalter vielfach eng an das politische System gebunden ist⁵⁶. Der Beirat könnte so etwas wie ein unabhängiger Publikumsrat mit mehr finanziellen Mitteln und Kompetenzen werden. Zugunsten eines informellen Verfahrens wird von einer Rechtsaufsicht abgesehen. Die Überprüfung ganzer Programme kann nicht wie eine Sendung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens erfolgen. Aufgrund der politischen Dimension des Service Public ist die Entscheidkompetenz im Zusammenhang mit der Konzession des Service Public-Veranstalters (Erteilung und Änderung der Konzession) dem Bundesrat übertragen worden. Ob ein Beirat⁵⁷ die Gesellschaft repräsentieren kann, erscheint allerdings fraglich. Problematisch erscheint zudem, ob sich der angestrebte Diskurs auf der Grundlage des sehr offenen Programmauftrags auf einer genügend konkreten Ebene führen lässt, damit es auch das Publikum und nicht nur die Medienwissenschaft interessiert. So sieht beispielsweise Art. 18 Abs. 3 lit. c E-RTVG vor, die SRG habe zur «Bildung des Publikums und zu dessen Befähigung, mit den Medien kritisch und verantwortungsbewusst umzugehen», beizutragen. Letzteres ist jedoch nicht überprüfbar und überdies nicht Aufgabe der SRG. Bei der Konkretisierung des Programmauftrags gilt es zu berücksichtigen, dass die SRG in Konkurrenz zu andern Veranstaltern steht und sich auch bei eigentlichen Service Public-Leistungen den Bedürfnissen des Publikums Rechnung zu tragen hat. Der Programmauftrag sollte deshalb vorab diejenigen Leistungen definieren, welche bei einem Marktrundfunk mit rein werbefinanzierten Veranstaltern nicht oder nur teilweise erbracht würden.

54 Siehe zur Rechtslage im Detail WEBER, FN 4, S. 65ff. und M. RÜTTIG, Der Einfluss des EG-Beihilferechts auf die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt a.M. 2001.

55 Vgl. zu dessen Aufgaben und Organisation vorne I.

56 Vgl. P. DONGES/M. KÜNZLER, Rundfunkpolitische Modelle und ihre Diskussion in Europa, in: medienheft 14/2000, S. 17f.

57 Art. 31 E-RTVG sieht vor, dass der Beirat aus neun bis elf unabhängigen Persönlichkeiten mit Sachkenntnissen besteht. Der Bundesrat hat bei seiner Wahl darauf zu achten, dass eine angemessene Vertretung aller Regionen der drei Amtssprachen gewährleistet ist.

3. Integration in Programmaufsicht

Eine naheliegende Lösung würde darin bestehen, die Überprüfung der Service Public-Leistungen in die eigentliche Programmaufsicht einzubauen. Die Programmaufsicht beinhaltet schon im geltenden RTVG eine entsprechende Überprüfung, nämlich insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der Informationsgrundsätze von Art. 4 RTVG. Das Know How wäre teilweise schon vorhanden und es müsste keine neue Behörde geschaffen werden, was zusätzlich Abgrenzungsprobleme mit sich bringen dürfte. Auch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats, welche sich mit der Behördenorganisation beschäftigt, würde einer entsprechenden Lösung nicht entgegenstehen⁵⁸. Die personellen und verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der für die Programmaufsicht zuständigen Behörde müssten allerdings im Vergleich zum geltenden RTVG entsprechend erweitert werden. Der vermeintliche Nachteil einer solchen Lösung besteht darin, dass die gleiche Behörde sowohl für die Durchführung von rechtlichen Verfahren wie auch für die mehr politische Service Public-Überprüfung zuständig wäre. Es gilt allerdings hierzu anzumerken, dass zwischen den beiden Bereichen faktisch keine grossen Unterschiede bestehen⁵⁹. Im Übrigen kann auch die Wettbewerbskommission, die der Behördenorganisation des E-RTVG offensichtlich als Vorbild gedient hat, sowohl wettbewerbsrechtliche Untersuchungsverfahren als erste Instanz durchführen als auch wettbewerbspolitisch motivierte Empfehlungen gegenüber den zuständigen staatlichen Instanzen aussprechen⁶⁰.

4. Quoten

Quoten stellen ein Instrument für den Gesetzgeber dar, um die geforderten Service Public-Leistungen in justiziable Programmvorgaben zu konkretisieren. Solche Quoten existieren in mehreren europäischen Ländern⁶¹ und auch der EU-Fernsehrichtlinie⁶². Der E-RTVG übernimmt in Art. 6 Abs. 1 teilweise die Schutzbestimmung zugunsten von unabhängigen Produzenten und europäischen Produktionen. Diverse Interessengruppen fordern überdies eine Quote von 20 Prozent für das einheimische Musikschaffen in den SRG-Radios⁶³. Quoten wären ebenfalls denkbar für Kultursendungen, für die Bildung, für den Schulrundfunk oder für die Berücksichtigung sprachlicher Minoritäten. Der Nachteil liegt, wie generell bei Quotenregelungen, in ihrer Starrheit und dem damit verbundenen Eingriff in die Programmautonomie. Der Bundesrat hat sich im «Kulturbericht» aus diesem Grund denn auch gegen Quotenregelungen ausgesprochen⁶⁴. Eine weniger weitgehende Alternative würde darin bestehen, die zu erbringenden Leistungen in möglichst detaillierter Form zu beschreiben, dabei aber von quantitativen Vorgaben abzusehen. Zu den zu erbringenden Service Public-Leistungen gehört m.E. zusätzlich auch die Pflicht zu einer umfassenden Information bei eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen. Bei Wahlen könnte im Programmauftrag für die SRG allenfalls vorgesehen werden, politischen Parteien unentgeltlich eine bestimmte Sendezeit einzuräumen, damit sich diese dem Publikum vorstellen können.

5. Organisatorische Massnahmen

Der Service Public wird in einigen europäischen Ländern durch eigentliche öffentlich-rechtliche Veranstalter gewährleistet, die durch die rechtliche Form und organisatorische Massnahmen eng an das politische System gebunden sind. Die damit bestehende Gefahr von politischer Einflussnahme (Staatsrundfunk) stehen einer entsprechenden Lösung jedoch entgegen. Möglich erscheinen aber weniger weitgehende Eingriffe wie sie auch der E-RTVG vorsieht. Es handelt sich dabei insbesondere um den Umfang des publizisti-

58 Recommandation rec (2000) 23 concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion, Ziffer 24.

59 Vgl. dazu hinten V.

60 Siehe dazu Art 26ff. und Art. 45ff. des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251.

61 Siehe Beispiele bei DONGES/KÜNZLER, FN 56, S. 18f.

62 Art. 4 und 5 der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juni 1997.

63 In Frankreich gibt es eine gesetzliche Quote von 40 Prozent zugunsten der französischen Musik für alle Veranstalter.

64 Vgl. Hinweis in FN 35.

schen Angebots der SRG, das vom Bundesrat bestimmt wird⁶⁵. Denkbar wäre zudem eine analoge Übernahme der EU-Transparenzrichtlinie⁶⁶, um die Finanzaufsicht zu verschärfen. Diese Massnahmen wollen Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der rein werbefinanzierten Veranstalter verhindern. Die SRG sollen nur Programme, welche zur Erbringung des Service Public notwendig sind, mit Empfangsgebühren finanzieren. Organisatorische Massnahmen, die eine inhaltliche Überprüfung des Programmauftrags bezwecken, würden etwa darin bestehen, die SRG regelmässig zu einer umfassenden Berichterstattung über die erbrachten Service Public-Leistungen oder zu Vereinbarungen mit Branchenverbänden (z.B. Filmproduzenten) zu verpflichten.

V. Schlussfolgerungen

Die laufende Totalrevision des RTVG bietet die Möglichkeit, den Service Public grundlegend neu zu regeln. Dies erscheint notwendig, weil die geltende Gesetzgebung auf längst nicht mehr zeitgemässen Verhältnissen aus den achtziger Jahren beruht. Der vorliegende E-RTVG korrigiert dies zugunsten einer dualen Ordnung, welche der unterschiedlichen Art der Finanzierung der Veranstalter gebührend Rechnung trägt. Dazu gehört auch, dass im Unterschied zum geltenden RTVG im Prinzip nur noch die SRG den Service Public zu erbringen hat, wofür sie praktisch die Gesamtheit der Einnahmen aus den Empfangsgebühren erhält. Dieser Konzeptionswechsel ermöglicht zusätzlich eine bessere Überprüfung der zu erbringenden Service Public-Leistungen. Mit dem Beirat soll eine neue Behörde diese Aufgabe übernehmen, nachdem im Rahmen des geltenden RTVG nur teilweise eine entsprechende Überprüfung erfolgt. Dies hat zwar nicht dazu geführt, dass die Grundversorgung bei Radio und Fernsehen in der Schweiz nicht gewährleistet ist bzw. die SRG ihren Programmauftrag ungenügend erfüllt. Aufgrund der ihr aber zustehenden Gelder aus Empfangsgebühren, die der SRG gegenüber ihren rein werbefinanzierten Konkurrenten auf dem kleinen Schweizer Markt erhebliche Wettbewerbsvorteile verschaffen, und insbesondere aufgrund der Bedeutung des verfassungsrechtlich verankerten Service Public drängt sich auf, dass

eine staatliche Behörde die Einhaltung des zu erbringenden Programmauftrags überprüft.

Zwischen der eigentlichen Programmaufsicht und der gemäss E-RTVG durch den Beirat wahrzunehmenden Aufgaben bestehen Unterschiede. Die Programmaufsicht bezieht sich auf eine bestimmte oder bestimmte Sendungen, unterliegt einem formalisierten Beschwerdeverfahren und endet in der Regel mit einem anfechtbaren Feststellungsentscheid⁶⁷. Die Überprüfung des SRG-Programmauftrags bezieht sich dagegen in der Regel auf ganze Programme oder zumindest Programmteile (z.B. Kultursendungen). Dies erfordert zwangsläufig ein anderes Verfahren. Da der Programmauftrag viele sehr unbestimmte Formulierungen aufweist und aufgrund seiner politischen Dimension kann er schwerlich im Rahmen einer eigentlichen Rechtsaufsicht überprüft werden. Der Ansatz des E-RTVG mit einem informellen Verfahren, welches dem Beirat allenfalls ein Empfehlungsrecht an den Bundesrat, aber keine Sanktionsbefugnisse einräumt, überzeugt.

Weniger leuchtet ein, warum für die Überprüfung des SRG-Programmauftrags mit dem Beirat eine neue Behörde geschaffen werden muss bzw. warum diese Aufgaben nicht von der für die Programmaufsicht zuständigen Behörde wahrgenommen werden sollen. Die Unterschiede zwischen der eigentlichen Programmaufsicht mit dem Beschwerdeverfahren und der vorgesehenen inhaltlichen Überprüfung der von der SRG zu erbringenden Service Public-Leistungen, sind faktisch viel geringer als dies etwa in den Erläuterungen zum E-RTVG dargestellt wird⁶⁸. So besitzt die zurzeit für die Programmaufsicht zuständige UBI keine eigentli-

65 Art. 20 Abs. 2 E-RTVG sieht etwa vor, dass die SRG nur ausnahmsweise Sparten- und Zielgruppenprogramme anbieten darf. Art. 22 Abs. 2 E-RTVG untersagt ihr die Veranstaltung von regionalen Vollprogrammen.

66 Richtlinie 2000/52/EG der Europäischen Kommission vom 26. Juli 2000. Die öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten in Deutschland stellen sich aber gegen eine Unterstellung unter diese wettbewerbsrechtlich motivierte Richtlinie (Verbot staatlicher Beihilfen) und fordern sektorspezifische Regelungen.

67 Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

68 Siehe tabellarische Übersicht auf S. 90 der Erläuterungen zum E-RTVG.

chen Sanktionsbefugnisse⁶⁹ und das Beschwerdeverfahren ist entsprechend einfach ausgestaltet. Da das Sachgerechtigkeits- und das Vielfaltsgebot von Art. 4 Abs. 1 RTVG bzw. von Art. 3 Abs. 2 und 4 E-RTVG auch zu den Service Public-Leistungen zu zählen sind, dürfte die Abgrenzung zwischen beiden Bereichen zudem nicht immer einfach sein. Ob beispielsweise das Vielfaltsgebot tatsächlich eine eigentliche Programmbestimmung ist, die sich an alle Veranstalter richtet und nicht nur an den Service Public-Veranstalter, ist fraglich. Da die Überprüfung des SRG-Programmauftrags letztlich Teil der Programmaufsicht ist, sollte sie in die Zuständigkeit der Behörde fallen, die für die programmrechtlichen Beschwerdeverfahren verantwortlich ist.

Alternativen zu einer inhaltlichen Überprüfung durch eine unabhängige Behörde würden in Formen von institutionalisierter Selbstkontrolle bestehen. Die fehlende Unabhängigkeit der zuständigen Instanz stellt allerdings einen nicht unerheblichen Makel für eine entsprechende Lösung dar. Eine Selbstkontrolle drängt sich hingegen im Zusammenhang mit Fragen der journalistischen Qualität und Ethik auf, welche keiner Überprüfung durch eine staatliche Instanz bedürfen. Wenig geeignet erscheinen ebenfalls organisatorische Massnahmen, die bezwecken, politischen Einfluss auf die SRG auszuüben und die Programmgestaltung entsprechend zu steuern. Allenfalls prüfenswert wäre, die SRG zu verpflichten, jährlich umfassend und detailliert über die von ihr erbrachten Service Public-Leistungen Bericht an den Bundesrat zu erstatten. Die Programmaufsichtsbehörde könnte zum Bericht der SRG Stellung nehmen, allenfalls zusätzliche Auskünfte verlangen und, soweit erforderlich, rechtlich unverbindliche Empfehlungen an den Bundesrat richten. Dieser hätte schliesslich zu prüfen, ob der Programmauftrag umfassend erfüllt worden ist oder ob geeignete Massnahmen (z.B. Auflagen in der Konzession) zu ergreifen sind.

Eine weitere Möglichkeit zur inhaltlichen Überprüfung des Programmauftrags

würde darin bestehen, die von der SRG zu erbringenden Leistungen in justiziablen Bestimmungen zu definieren. Das Hauptbeispiel stellen Quoten dar. Aufgrund der damit verbundenen Eingriffe in die Programmautonomie des Veranstalters und aufgrund ihrer Starrheit erscheinen Quotenregelungen für jede Art von Sendungen aber nicht geeignet, um die Erbringung des Service Public durch die SRG zu sichern. Ausnahmsweise mögen sie zum Schutz von bestimmten öffentlichen Interessen notwendig sein⁷⁰. Notwendig erscheint hingegen, die von der SRG im Rahmen des Programmauftrags zu erbringenden Leistungen konkret zu definieren, obwohl dies nicht ganz einfach ist. Die Bedeutung des Service Public gebietet dem Gesetzgeber aber m.E., den Programmauftrag an die SRG präziser und konkreter zu formulieren, als dies im Rahmen der geltenden Gesetzgebung⁷¹ bzw. in Art. 18 E-RTVG geschieht, und diese Aufgabe nicht dem Beirat zu delegieren, der sich aufgrund der unbestimmten Umschreibung ohnehin sehr schwer tun dürfte. Die allenfalls in der Konzession der SRG vorzunehmende Konkretisierung des Programmauftrags kann wohl nicht vollständig sein und muss gegebenenfalls den sich verändernden Verhältnissen angepasst werden. Sie hat aber diejenigen Programmleistungen zu definieren, welche im Rahmen eines reinen Marktrundfunks ohne gebührenfinanzierten Veranstalter nicht erbracht würden und welche die besondere Stellung der SRG neben ihrer sehr wichtigen Klammerfunktion⁷² überhaupt rechtfertigen. Im Einzelnen dürfte es sich bei diesen zu erbringenden Leistungen um die politische Information, insbesondere im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen, Religionssendungen, Schulrundfunk, Informationen über andere gesellschaftsrelevante Themen (z.B. Gesundheit, Konsumentenschutz, Wirtschaft, Philosophie), Sendungen für sprachliche Minoritäten, ein umfassendes Bildungsprogramm, altersgerechte Kinderprogramme sowie Kulturanimation, -vermittlung und Kulturförderung handeln. Im Rahmen der Konkretisierung des Programmauftrags gilt es überdies den medienspezifischen Unterschieden zwischen Radio und Fernsehen gebührend Rechnung zu tragen (z.B. grössere Bedeutung der Musik im Radio). ■

69 Vgl. dazu den Jahresbericht 2000 der UBI, S. 8f.

70 Siehe vorne IV., 4.

71 Art. 3 Abs. 1 RTVG, Art. 3 Abs. 2 Konzession SRG.

72 Siehe dazu vorne III.

La répression du négationnisme sous l'angle de l'art. 10 CEDH

Charles Poncet

Dr en droit, Master of Comparative Law, avocat au Barreau de Genève

L'art. 261^{bis} CP s'est acquis une certaine notoriété depuis son entrée en vigueur¹. Indispensable instrument d'une politique moderne de lutte contre le racisme selon certains, outil répressif du politiquement correct pour d'autres, rarement une norme pénale aura conquis tant de célébrité en si peu de temps. L'application pratique et concrète de l'art. 261^{bis} CP montre que le législateur, opportuniste ou plein de bons sentiments, n'a pas perçu tous les problèmes que comporterait la nouvelle de 1993. Parmi les questions guère traitées au parlement figure la compatibilité de certains aspects de l'art. 261^{bis} CP avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et plus particulièrement son article 10. Partiellement responsable de ces coupables omissions en raison de sa fonction de l'époque², l'auteur souhaite tenter de les réparer par les réflexions qui suivent.

I. L'adoption de l'art. 261^{bis} CP

Le processus législatif a déjà été décrit ailleurs³. Mon propos est ici de suivre la CEDH dans la pensée du législateur de l'art. 261^{bis} CP, afin de voir si elle fut présente à son esprit, de manière au moins occasionnelle. On doit à cet égard limiter l'analyse à la seule partie de l'art. 261^{bis} CP qui pose un véritable problème de compatibilité avec la CEDH, soit l'interdiction de l'*Auschwitzlüge*, la négation du génocide, figurant à son alinéa 4. Pour le surplus,

en tant qu'il réprime l'incitation à la haine raciale ou l'injure raciale, l'art. 261^{bis} CP est conforme au droit supérieur. L'art. 10 CEDH ne saurait en effet avoir pour objet d'interdire la répression pénale de l'injure ou celle de la calomnie⁴. Or, bien qu'il s'insère parmi les infractions contre la paix publique du titre douzième du code pénal, l'art. 261^{bis} est en réalité un cas particulier d'atteinte à l'honneur⁵.

Rédigé dans un français exécrable⁶, le message du Conseil fédéral⁷ proposait une version du futur art. 261^{bis} assez différente de celle qui sortit des travaux parlementaires. La criminalisation de l'*Auschwitzlüge* y figurait par le biais de l'interdiction de déshonorer la mémoire d'un défunt. Le groupe de travail interdépartemental, suivi par le Conseil fédéral, avait apparemment préféré cette solution, qui faisait au fond de la falsification historique un cas particulier d'atteinte à l'honneur d'un défunt⁸. Peu satisfaisante dans son principe, cette astuce législative avait l'avantage de reléguer au second rang la problématique d'art. 10 CEDH: dès lors qu'en contestant le fait historique on portait atteinte à l'honneur du défunt, la répression pénale

Zusammenfassung:
Gemäss Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB ist derjenige strafbar, der Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharlost oder zu rechtfertigen sucht. War sich eigentlich das schweizerische Parlament bewusst über die Tragweite dieser neuen Norm, als sie diese 1993 angenommen hat? Die Norm wurde schlecht redigiert: Der Ausdruck «in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise» ist redundant.

Sicherlich kann die Leugnung eines Völkermordes nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit profitieren. Sie darf aber nur dann bestraft werden, wenn die Aussage mit einer rassistischen oder diskriminierenden Zielsetzung gemacht wurde. Denn es ist vor allem die Absicht, die aus einer solchen Aussage ein Delikt macht. Bei den anderen Straftatbeständen gegen die Menschlichkeit fehlt es an einer klaren Definition des deliktischen Aktes. Damit es zu einer Bestrafung kommen kann, braucht es die Absicht, einer ganzen Gemeinschaft Schaden zuzufügen, sie zu demütigen oder zu verunglimpfen.

1 Introduit par la LF du 18 juin 1993, il est en vigueur depuis le 1er janvier 1995 (RO 1994 2887 et 2889; FF 1992 III 265).

2 Mon intervention au Conseil national sur l'art. 261bis CP du 17 décembre 1992 en particulier, (BO CN 1992, 2656-2657) relève plus de l'indignation vertueuse que de l'analyse juridique. *Mea culpa*.

3 Cf. l'introduction du commentaire de M.A. NIGGLI, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art.171 c StGB, Zurich 2000 (avec traduction française).

4 J. FROWEIN et W. PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention 383-408 (2e éd. Strasbourg 1996).

5 *Contra* NIGGLI, *op.cit.*, p. 34 s., qui rejette, à juste titre, l'opinion du Conseil fédéral voyant un élément de la paix publique dans l'art. 261bis CP tout en le présentant comme une disposition protégeant la dignité humaine ce qui, à mon avis, rapproche précisément l'art.261 bis des infractions du titre III du code pénal.

6 Parmi d'autres inadmissibles erreurs de traduction venant d'un appareil d'état prétendument trilingue, on y trouvera, s'agissant de la procédure de consultation et des réactions des partis politiques, la traduction de «die Parteien» par «les parties, elles aussi», au lieu des «partis, eux aussi». Cf. FF 1992 III 274.

7 FF 1992 III 265-340.

8 FF 1992 III 308-309.

Résumé: L'art. 261^{bis} al. 4 CP punit celui qui nie ou minimise grossièrement un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. Le Parlement suisse avait-il conscience de la portée réelle de cette nouvelle norme quand il l'a adoptée en 1993? D'abord, elle est mal rédigée. L'expression «de manière à porter atteinte à la dignité humaine» est redondante. La négation d'un génocide ne bénéficie certes pas de la liberté d'expression. Elle peut être punie, mais à condition que le propos ait été tenu dans un but raciste ou discriminatoire. C'est surtout l'intention qui fait du propos négationniste un délit. La répression des autres crimes contre l'humanité, elle, est discutabile, principalement en raison de l'absence de définition claire de l'acte délictueux. Pour qu'il y ait punition, il faut une intention de nuire à une communauté, de l'humilier et de la vilipender.

ne s'adressait plus, en apparence tout au moins, à l'opinion révisionniste, mais bien à sa manifestation, postulée injurieuse à l'égard des victimes. La solution proposée par le Conseil fédéral s'accompagnait en outre d'une réserve quant à la mise en œuvre de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965⁹. La Suisse déclarait ainsi vouloir tenir «dûment compte de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, qui sont notamment inscrites dans la Déclaration universelle¹⁰ des droits de l'homme».

La commission des affaires juridiques du Conseil national aborda le texte proposé lors de plusieurs séances¹¹. L'abandon de la formule «... qui aura déshonoré la mémoire d'un défunt» au profit d'une référence directe à l'*Auschwitzlüge* résulta d'une proposition de M. Rechsteiner¹², reprenant elle-même la critique de M. KUNZ¹³. L'atteinte à la mémoire du défunt fut ainsi remplacée, à l'unanimité de la commission, par la pénalisation du comportement de celui qui «...nier, minimisera grossièrement ou cherchera à disculper¹⁴ le génocide ou d'autres crimes contre l'humanité». En se ralliant à un libellé qui rappelle celui de la loi autrichienne¹⁵, la commission n'avait pas l'art. 10 CEDH à l'esprit: son souci était de mieux circonscrire le comportement pénalement répréhensible. On passa par la suite de l'expres-

sion «le» génocide à «un» génocide¹⁶, ce qui signifiait qu'à la négation du massacre de la population juive d'Europe s'ajouteraient les génocides arménien, cambodgien, kurde¹⁷ et ceux que l'avenir pourrait hélas encore réserver. Lors des débats au Conseil national¹⁸, le texte amendé selon la proposition de M. Rechsteiner fut adopté.

La commission des affaires juridiques du Conseil des Etats disposait ainsi¹⁹ d'un texte déjà modifié par la première chambre. Elle s'y rallia pour l'essentiel, tout en percevant mieux que le Conseil national, me semble-t-il,²⁰ la difficulté d'interprétation que pouvait présenter la tautologie du futur alinéa 4, dont il sera question ci-dessous. C'est lors du débat devant le Conseil des Etats²¹ que l'essentiel de la formulation actuelle de l'art. 261^{bis} al. 4 CP fut adopté, sur proposition de M. Kuchler²², qui tenait à préciser que la nouvelle norme ne frapperait pas les simples boutades, mais uniquement l'abaissement et la discrimination sous leurs formes «contraires à la dignité humaine». Avec une menue modification²³, l'amendement de M. Kuchler fut ainsi adopté à une forte majorité. Le Conseil national s'y rallia par la suite en précisant que tout génocide pouvait être visé.

En conclusion sur ce premier point, il serait sans doute inexact d'affirmer que la problématique liée à l'art. 10 CEDH a complètement échappé au législateur. Elle n'a cependant joué qu'un rôle secondaire dans ses travaux. Assez logiquement, l'aspect politique du débat a monopolisé l'attention de nos députés, plus préoccupés, par exemple, de la seconde réserve²⁴ que de compatibilité réelle avec la CEDH: les

9 Texte français FF 1992 III 328-340.

10 C'est nous qui soulignons. Cette référence à la Déclaration universelle n'a cependant pas de portée propre par rapport à l'art. 10 CEDH.

11 Les 6 avril, 25 et 26 mai 1992, 11 mai et 16 juin 1993.

12 Séance du 26 mai 1992 de la commission (p.102-105 du P.V.).

13 Exprimée lors de son audition par la commission et dans la NZZ du 30 mars 1992. Cf. également K. L. KUNZ, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, RPS 1992 154-169 notamment 164.

14 Mauvaise – et heureusement provisoire – traduction de l'allemand «...zu rechtfertigen sucht».

15 Verfassungsgesetz du 8 mai 1945, article 3h «...den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen sucht». Voir le texte intégral dans NIGGLI, *op.cit.*, p. 394-397.

16 Séance du 11 mai 1993 après le débat des deux Chambres en séance plénière.

17 Intervention de M. Ducret le 3 mai 1993.

18 BO CN 1992, 2650-2672.

19 A sa séance du 23 février 1993.

20 Interventions de MM. Rhinow et Kuchler le 23 février 1993 par exemple.

21 BO CE 1993, 90-101.

22 BO CE 1993, 96.

23 Le verbe «abaisser» a été préféré à «humilier» sur proposition de M. Petitpierre. BO CE 1993, 98.

24 «La Suisse se réserve le droit d'appliquer ses dispositions légales relatives à l'admission des étrangers et des étrangers sur le marché du travail suisse». FF 1992 III 325.

problèmes liés à l'art. 10 CEDH ont été assez rapidement évacués par la simple référence à une application «tenant dûment compte de la liberté d'opinion»²⁵. On peut en outre dire sans hésiter que le législateur n'a absolument pas perçu le problème qu'il créait au regard de l'art. 10 CEDH en étendant la répression pénale non seulement à la négation d'un génocide, mais encore à celle «d'autres crimes contre l'humanité».

II. Les problèmes d'interprétation de l'art. 261^{bis} al. 4 CP

Le parlement aurait-il méconnu ou refusé de voir que cette disposition ne peut tout simplement pas être appliquée dans le respect de la liberté d'expression²⁶? Préférant éviter de déclarer vouloir y déroger – ce qui aurait pourtant pu être légitime dans ce domaine – aurait-il créé un problème d'interprétation insoluble? La question doit être posée.

Dans la première partie de la disposition déjà, l'abaissement et la discrimination en raison de la race, de l'ethnie ou de la religion ne sont punissables qu'à condition de comporter une «atteinte à la dignité humaine». La tautologie saute aux yeux: les comportements visés sont *forcément* contraires à la dignité humaine. On peut dire du mal de quelqu'un sans l'accuser d'une conduite contraire à l'honneur et la précision de l'art. 174 CP est donc utile. Il est, par contre, impossible d'abaisser une personne en raison de sa race ou de sa religion sans, de ce seul fait, manquer au respect élémentaire de la dignité humaine²⁷. Le but de l'art. 261^{bis} CP dans son ensemble étant la protection de celle-ci²⁸, répéter à l'alinéa 4 que l'auteur doit agir d'une manière qui lui porte atteinte est totalement redondant. Même si l'on cherchait dès lors dans la référence à la dignité humaine un guide éventuel pour l'interprétation de la deuxième partie de l'alinéa 4²⁹, celle-ci ne serait d'aucune utilité.

Il faut ainsi examiner si le fait d'ériger en délit la négation d'un génocide, quelle que soit la forme de la négation, est compatible avec l'article 10 CEDH. Le Tribunal constitutionnel allemand est de cet avis. Dans son arrêt *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* du 13 avril 1994³⁰, il a

confirmé l'interdiction faite à un groupement néo-nazi et à l'«historien» David Irving de nier le génocide de 1942-1945. Sous l'angle de la liberté d'expression³¹, la Cour a considéré en substance qu'il n'y avait pas lieu de protéger l'affirmation factuelle fautive. Si toute opinion doit demeurer libre, alléguer des faits faux ne contribuerait en rien à la formation de l'opinion et ne serait donc pas protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression³², même si le propos est tenu dans une assemblée qui n'est pas ouverte au public. Consciente de la difficulté de séparer l'opinion du fait, la Cour résout le problème en voyant dans la faculté donnée à de pseudo-historiens de venir ironiser, à Munich de surcroît, sur le génocide commis sous le troisième Reich, une atteinte à la personnalité des survivants d'une gravité suffisante pour justifier une restriction à la liberté d'expression.

Cette solution ingénieuse – tenir la négation d'un génocide pour attentatoire à la personnalité des survivants ou de leurs descendants – revient en réalité à dire que le propos révisionniste est répréhensible pénalement lorsque il constitue une atteinte à la dignité humaine. Or, nous l'avons vu, c'est précisément ce que ne

25 *Ibidem* (première réserve portant sur l'art. 4 de la Convention).

26 M. NIGGLI (*op.cit.*, p.327) souligne ainsi à juste titre qu'en adoptant la proposition de M. Rechsteiner, elle-même inspirée par M. KUNZ (ci-dessus note 13), le législateur ne s'est absolument pas soucié de relier entre eux les différents alinéas de l'art. 261 bis CP. Cette omission ne surprendra que ceux qui ignorent les conditions archaïques de travail du Parlement suisse, toujours imprégnées par le mythe du parlementaire milicien et omniscient, qui n'aurait besoin d'aucun appui juridique ou même administratif pour maîtriser les problèmes dont il traite.

27 Dans ce sens G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Bes. Teil II, 183.

28 Comme le souligne à juste titre NIGGLI, *op.cit.*, p. 48-50 en écartant la notion de paix publique précédemment proposée. Voir également STRATENWERTH, Bes. Teil II, p. 179-180

29 *Contra*, NIGGLI, *op.cit.*, p.274.

30 BverfGE 90, 241.

31 Art. 5 al. 1 première phrase du *Grundgesetz*. Ce texte recoupe l'art.10 CEDH.

32 «Infolgedessen endet der Schutz von Tatsachenbehauptungen erst dort, wo sie zu der verfassungsgesetzlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut». BGE 90241 ad 28 et 34. En tant que telle, cette affirmation pose des problèmes forts délicats. Voir à cet égard la critique pertinente que propose A. GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne 1996, p. 192-193. Je suis par ailleurs en désaccord partiel avec cet auteur, comme on le verra ci-dessous.

dit *pas* l'art. 261^{bis} al. 4 deuxième phrase CP, et l'intelligente solution allemande ne nous est donc d'aucun secours.

A l'inverse de la solution allemande, la jurisprudence américaine, tout en reconnaissant que la motivation raciale d'un crime puisse être un facteur aggravant de la peine³³, n'admet pas que la réaction du groupe visé puisse en tant que telle justifier une restriction au premier amendement de la constitution américaine. Ainsi, dans l'arrêt *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*³⁴ la Cour suprême a-t-elle annulé une interdiction de symboles du Ku Klux Klan fondée sur le risque qu'ils provoqueraient «...anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender»³⁵.

Dans l'ouvrage qu'il a consacré à l'incrimination de la discrimination raciale³⁶, M. GUYAZ se réfère à la notion de dignité humaine, conçue comme une valeur fondamentale de notre société, mise en péril par le racisme et justifiant donc en tant que telle des restrictions au pluralisme démocratique. Cette argumentation n'est pas convaincante: le propos raciste n'est pas plus attentatoire à la dignité humaine que de réclamer le rétablissement de l'esclavage, celui de la torture ou l'introduction du suffrage censitaire. On ne saurait donc condamner pénalement une opinion ou un écrit au seul motif qu'il exprime un sentiment raciste.

Pour sa part, M. NIGGLI voit la justification de la criminalisation de toute forme d'*Auschwitzlüge* dans le fait que le propos, en particulier sous sa forme pseudo-scientifique, ne pourrait se réclamer

d'aucune «sauvegarde d'intérêts justifiés», selon la formule de M. RIKLIN³⁷ qui s'inspire lui-même des réflexions antérieures de M. AUBERT³⁸. Dans son étude, M. AUBERT admettait avec quelques hésitations que la version finale de l'art. 261^{bis} al.4 CP pût être compatible avec la garantie de la liberté d'expression car le négationnisme de l'holocauste est non seulement odieux, mais encore *dangereux* en raison des miasmes d'antisémitisme qu'il charrie. On aurait pu ajouter³⁹ que l'Europe chrétienne a des raisons spéciales de se montrer prudente à cet égard: ayant inventé l'antisémitisme, elle a commencé par interdire aux juifs les professions, les églises, les quartiers «chrétiens», les cimetières même. Elle a fini par leur nier le droit de vivre et elle porte une responsabilité spéciale devant l'histoire, pouvant justifier des restrictions aux droits constitutionnellement protégés.

Les commentateurs cités me paraissent ainsi se rapprocher de la distinction proposée par les juges allemands entre l'opinion et le fait. La négation d'un génocide – et particulièrement celle du massacre de la population juive d'Europe de 1939 à 1945 – constituerait une affirmation si odieuse et dangereuse de faits faux qu'une répression pénale s'en trouverait justifiée. Pour bien intentionnée qu'elle soit, cette argumentation est des plus problématiques sous l'angle des libertés fondamentales: quelle que soit en effet la sympathie qu'on éprouve pour les victimes ou leurs descendants, on doit sérieusement se demander si le fait d'ériger la négation d'un génocide ou «d'autres crimes contre l'humanité» en délit pénal est toujours compatible avec l'art. 10 CEDH.

III. Négationnisme et art. 10 CEDH

L'art. 10 CEDH protège la liberté d'expression, notamment en tant qu'elle permet la libre communication d'informations et d'idées sans ingérence d'autorités publiques ni considérations de frontières. Des restrictions sont admissibles à condition qu'elles aient une base légale, qu'elles relèvent de l'un des intérêts publics énoncés à l'art. 10 ch. 2 CEDH (sécurité nationale, intégrité territoriale, sûreté publique, défense de l'ordre, prévention du cri-

33 *Wisconsin v. Todd Mitchell* 208 U.S. 47 (1993). Disponible aisément sur le site de l'Université de Cornell <http://supct.law.cornell.edu:8080/supct/>.

34 505 U.S. 377 (1992).

35 Minn. Legis.Code (textes légaux de l'état du Minnesota) article 292.02 (1990).

36 GUYAZ, *op.cit.*, p. 184-193

37 F. RIKLIN, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung, *medialex* 1995, p. 36-44.

38 J.-F. AUBERT, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, *AJP/PJA* 1994, p. 1079-1086. L'éminent commentateur y observait que la disposition sur le négationnisme serait sans doute celle qui poserait à l'avenir le plus de problèmes aux juristes. Il avait raison, une fois de plus.

39 Je crois l'avoir fait lors du débat au Conseil national. Cf. BO CN 1992, 2657.

me, protection de la santé ou de la morale, protection de la réputation ou des droits d'autrui, respect de la confidentialité et garantie de l'autorité ou de l'impartialité du pouvoir judiciaire). La mesure restrictive ainsi justifiée doit en outre être «nécessaire dans une société démocratique» pour demeurer conforme à l'art. 10 CEDH⁴⁰.

Dans le domaine qui nous occupe, soit celui de la négation d'un génocide, la sanction prévue par l'art. 261^{bis} al. 4 CP (une privation de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans) a une base légale claire. Elle relève de la protection de la morale et des droits d'autrui, voire de la sûreté publique. La seule question est ainsi de savoir si elle est «nécessaire dans une société démocratique» ou, pour utiliser la terminologie suisse, proportionnée⁴¹.

L'art. 10 CEDH protège tant l'opinion proprement dite que la simple affirmation d'un fait⁴² et l'approche de la jurisprudence allemande⁴³ n'est donc d'aucune utilité. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a souligné dans l'arrêt *Thorgeirson*⁴⁴ qu'il y a lieu de se montrer particulièrement circonspect face à des sanctions pénales car elles sont de nature à décourager la libre discussion de sujets d'intérêt général. Sous l'angle de la liberté d'expression, le fait d'exposer l'auteur du propos à une répression pénale a un effet dissuasif évident et comporte donc un risque élevé de violation de l'art. 10 CEDH.

Dans l'arrêt *Handyside*⁴⁵ toutefois, la CourEDH s'est montrée compréhensive face aux préoccupations des autorités nationales en matière de morale: elle a admis l'interdiction et la confiscation du «petit livre rouge des écoliers», retenant que le magistrat anglais était mieux placé pour juger des risques qu'une publication faisait courir à des mineurs et que la CourEDH n'avait pas à substituer son appréciation à celle du juge national. Faisant un pas de plus dans la compréhension pour les censeurs, la CourEDH autorisa dans l'affaire *Müller*⁴⁶ la condamnation pour obscénité d'un artiste peintre ainsi que la confiscation d'un tableau à ce titre, au moins pendant une période limitée dans le temps. Dans l'arrêt *Barfod*⁴⁷ elle tint pour compa-

tible avec l'art. 10 CEDH la condamnation à une amende d'un plaideur vitupérant ses juges et sa décision a été critiquée à juste titre⁴⁸. Plus libéral sous cet angle, l'arrêt *Castells*⁴⁹ tiendra pour incompatible avec l'article 10 CEDH la condamnation pénale pour outrage à un gouvernement, tout au moins lorsque le condamné se voit privé de la faculté de prouver la vérité de ses allégations. Dans son arrêt *Otto-Preminger-Institut*⁵⁰ cependant, la CourEDH approuva la saisie et la confiscation d'un film blasphématoire: rappelant le principe de la retenue imposée au juge international par l'arrêt *Handyside*, elle en déduisit qu'elle n'avait pas à tancer l'autorité autrichienne pour avoir interdit un film de nature à choquer les sentiments catholiques de la population tyrolienne.

Prononcé à la même époque que la décision *Preminger*, c'est cependant l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire *Jersild*⁵¹ qui constitue le *leading case* pour ce qui est de la compatibilité de propos racistes avec l'art.10 CEDH.

Journaliste à Copenhague, M. Jersild réalisa un reportage télévisé sur les «bloussons verts» danois, un groupuscule extrémiste de type skinhead. Il donna la parole à ses membres et plusieurs d'entre eux en profitèrent pour déverser des injures ra-

40 FROWEIN/PEUKERT, *op.cit.*, p. 383-408; A. HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, Berne 1999, p. 284-305; M. E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zurich 1999, p. 389-414.

41 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, p. 249-306, notamment p. 304.

42 FROWEIN/PEUKERT, p.385.

43 Ci-dessus note 30.

44 ACEDH *Thorgeirson c/ Islande* du 25 juin 1992, Série A, n° 239.

45 ACEDH *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A, n° 24.

46 ACEDH *Müller c/ Suisse* du 24 mai 1988, Série A, n° 133.

47 ACEDH *Barfod c/ Danemark* du 22 février 1989, Série A, n° 149.

48 FROWEIN/PEUKERT, *op.cit.*, p. 399.

49 ACEDH *Castells c/ Espagne* du 23 avril 1992, Série A, n° 236.

50 ACEDH *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche* du 20 septembre 1994, Série A, n° 295.

51 ACEDH *Jersild c/ Danemark* du 23 septembre 1994, Série a, n° 298. L'arrêt *Jersild* et l'arrêt *Preminger* sont pratiquement contemporains. Le Premier a toutefois été prononcé par une grande chambre (MM. R. Ryssdal, président, R. Bernhardt, F. Gölcüklü, R. Macdonald, C. Russo, A. Spielmann, N. Valticos, S.K. Martens, Mme E. Palm, MM. R. Pekkanen, A.N. Loizou, J.M. Morenilla, M.A. Lopes Rocha, L. Wildhaber, G. Mifsud Bonnici, J. Makarczyk, D. Gotchev, B. Repik, A. Philip, juge ad hoc), ce qui n'est pas le cas de l'arrêt *Preminger*.

ciales ou ethniques⁵² à l'antenne. Leurs auteurs furent poursuivis pénalement et M. Jersild se vit inculper de complicité. Le tribunal de Copenhague condamna les «blousons verts» ainsi que le journaliste aux arrêts et à l'amende en se fondant sur l'art. 266 b du code pénal danois, dont le contenu est comparable à la première partie de l'art. 261^{bis} al. 4 CP⁵³. La CourEDH déclara la condamnation de M. Jersild incompatible avec l'art. 10 CEDH.

Elle souligna cependant d'emblée qu'elle ne remettrait pas en cause la légitimité ou le bien fondé de la lutte contre toutes les formes de discrimination raciale et leurs manifestations. Elle affirme même que «*les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts (...) étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10*». Sans le dire explicitement, la CourEDH semble ainsi faire sienne l'argumentation de la CommissionEDH qui, dans plusieurs décisions, a invoqué l'art. 17 CEDH pour refuser à certains comportements la protection de la liberté d'expression. Cette disposition s'adresse en effet à l'état et aux individus, pour imposer à l'un ainsi qu'aux autres l'obligation de s'abstenir d'actes ou d'activités visant à la destruction des droits ou des libertés

reconnus par la CEDH. Il s'agit donc d'une prohibition de l'abus de droit⁵⁴: la propagande raciste comporterait au regard des principes même de la CEDH – l'égalité et le respect de la dignité humaine – un danger tel qu'elle en perdrait le droit à toute protection résultant de l'art. 10.

L'idée n'est pas nouvelle et elle fut d'abord appliquée au parti communiste allemand: désireux d'instituer la dictature du prolétariat – incompatible, comme toute dictature, avec le principe fondateur de la CEDH – celui-ci ne pouvait invoquer l'art. 10 CEDH pour attaquer sa mise hors la loi et son interdiction par les tribunaux allemands⁵⁵. Par la suite, des membres d'un parti hollandais fascisant se virent refuser le droit de soumettre à la CourEDH leur condamnation à deux semaines de prison pour propagande raciale⁵⁶; puis ce fut le tour d'un membre du NPD allemand d'entendre la CommissionEDH déclarer l'article 10 inapplicable à la propagation de l'idéologie néo-nazie⁵⁷. Celle-ci allant en général de pair avec des vociférations antisémites et la négation du génocide de 1939-1945, diverses décisions appliquèrent l'art. 17 CEDH à ce genre de mouvements⁵⁸. On ne saurait naturellement en déduire que toute affirmation contraire aux principes fondateurs de l'Europe démocratique devrait tomber sous le couperet de l'art. 17 CEDH dès qu'elle mettrait en péril les valeurs dont la Convention se réclame. Une telle interprétation viderait rapidement de son sens la garantie de l'art. 10 CEDH et elle n'est d'ailleurs proposée ni par la CommissionEDH ni par la doctrine⁵⁹.

L'arrêt *Jersild* ne légitime dès lors en rien le propos raciste et il n'a pas à être critiqué sous cet angle⁶⁰, ou au motif qu'en contradiction avec l'arrêt *Handyside*, il aurait substitué l'appréciation des juges européens à celle des magistrats danois, mieux placés pour juger sur place de l'impact de propos de cette nature⁶¹. La CourEDH me paraît avoir été guidée plus par le souci légitime de protéger la liberté de presse. Elle souligne ainsi la différence fondamentale entre celui qui se livre à des imprécations racistes et l'attitude du journaliste qui aide à leur diffusion sans pour autant se rallier à leur teneur⁶². C'est donc dans la perspective du rôle spécial dévolu

52 «Un nègre, c'est pas un être humain, c'est une bête et c'est pareil pour tous les autres travailleurs étrangers, les Turcs, les Yougoslaves et compagnie», etc.

53 «Quiconque, publiquement ou avec l'intention de la diffuser à un large cercle de gens, émet une déclaration ou une autre communication menaçant, insultant ou humiliant un groupe de personnes, en raison de leur race, de leur couleur, de leur origine nationale ou ethnique ou de leurs croyances, encourt une amende ou une peine de détention ou de réclusion ne pouvant excéder deux ans».

54 FROWEIN/PEUKERT, *op.cit.*, p. 490-494.

55 Décision 250/57 *DKP c/ RFA*, Yearbook of the European Convention on Human Rights vol I p.222.

56 Décision 8348/78 *Glimmerveen c/ NL*, Decisions and Reports (ci-après «DR») 18, 187.

57 Décision 12194/86 *Kühnen c/ RFA*, DR 56, 205.

58 Décisions 19459/92 *Pöhl c/ RFA*, DR 81, 126 ; 21128/92 *Walendy c/ RFA*, DR 80, 94 ; 25096/94 *Remer c/ RFA*, DR 82 117.

59 Voir les remarques de FROWEIN/PEUKERT, p. 492-493 et la doctrine citée.

60 G. COHEN-JONATHAN, Discrimination raciale et liberté d'expression, RUDH 1995, p. 1-8 .

61 M. SCHUBARTH, Grundfragen des Medienstrafrechtes im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, RPS 113, p. 1.

62 Au considérant 31, la CourEDH s'exprime en ces termes «*La présente affaire renferme un élément de grand poids: l'intéressé n'a pas proféré les déclarations contestables lui-même, mais a aidé à leur diffusion en sa qualité de journaliste de télévision responsable d'une émission d'actualité*».

à la presse dans l'ordre démocratique que se situe l'arrêt *Jersild*. La CourEDH avait d'abord à l'esprit d'éviter qu'au choix libre du journaliste désireux d'évoquer des thèmes de société se substitue l'intervention de juges nationaux ou européens qui, peut-être avec de bonnes intentions, imposeraient à la presse l'obligation de traiter un thème d'actualité – le racisme – de la manière qui paraîtrait opportune aux yeux du magistrat. En tant qu'il consacre le principe du libre choix par le journaliste de sa méthode de travail et le respect de son indépendance éditoriale, le raisonnement de la CourEDH est assurément juste.

Il n'est pas interdit de voir dans *Jersild* une incompatibilité avec *Preminger*, ce dont d'éminents commentateurs ne se sont pas privés⁶³, mais la solution retenue par les tribunaux danois aurait en réalité rendu impossible tout reportage sur les skinheads sous une forme autre qu'aseptisée à un point de perdre à coup sûr l'attention du spectateur. La juridiction européenne a dès lors bien fait d'intervenir et de distinguer la responsabilité du journaliste rapportant un propos de celle de l'énergumène qui le profère à l'antenne. La majorité de la CourEDH a ainsi bien vu le risque qu'on ferait courir au pluralisme et à la libre circulation de l'information en donnant raison aux juridictions danoises et l'argument de l'opinion dissidente n'est guère convaincant: pour quatre juges en effet⁶⁴, la diffusion à l'antenne de tels propos aurait impérativement dû être accompagnée d'une «déclaration claire de réprobation». Or on ne saurait exiger sous peine de sanction pénale que le journaliste enquêtant sur un fait de société marque «clairement» sa réprobation car le spectateur doit être postulé capable de trier lui-même le bon grain de l'ivraie, dans ce domaine comme dans d'autres. A défaut, on entrerait bien vite dans l'absurde: il faudrait par exemple qu'à chaque mention d'un crime affreux au téléjournal, le présentateur précise qu'il « désapprouve » l'auteur du forfait. La CourEDH, dans sa majorité, a bien vu que le remède prescrit par la juridiction nationale était pire que le mal.

En conclusion sur ce second point, la jurisprudence de la CEDH apporte une bonne partie de la réponse à notre question: sous sa forme la plus fréquente –

celle de l'invective ou du cynisme mensonger – la négation d'un génocide ne bénéficie pas de la protection de l'article 10 CEDH. C'est ce que nous enseigne la CommissionEDH, approuvée par la CourEDH qui, toutefois, n'admet pas de sanctions pénales pour celui qui, tout en répandant le propos raciste dans un média, ne l'approuve ni ne le reprend à son compte.

IV. Application de la jurisprudence européenne à l'art. 261^{bis} al.4 CP

En mesurant à l'aune du droit pénal suisse, la CourEDH se contente en réalité de limiter la répression aux infractions **intentionnelles**, commises en qualité de complice ou d'auteur principal. En cela, elle rejoint la doctrine suisse, qui voit bien sûr dans l'art. 261^{bis} CP une infraction intentionnelle uniquement⁶⁵. L'intention aux termes de l'art. 18 CP comprend cependant le dol éventuel, soit le comportement de celui qui, sans vouloir le résultat délictueux, l'admet pour le cas où il se produirait⁶⁶. On peut par ailleurs être instigateur et surtout complice, de l'infraction «décrite» à l'art. 261^{bis} al. 4 CP: c'est ici que la faiblesse du texte apparaît assez crûment car on voit mal ce sur quoi doivent porter la conscience et la volonté de l'auteur. Incontestablement, il est punissable s'il agit avec l'intention d'abaisser ou de discriminer un groupe de personnes en raison de leur race, de leur ethnie, ou de leur religion. L'est-il aussi pour d'autres intentions? Pourquoi faudrait-il, par exemple, que celui qui nie un génocide pour des motifs purement nationalistes échappe à la répression?

La question est plus délicate qu'il n'y paraît. M. NIGGLI⁶⁷ voit dans l'intention de nier ou de minimiser un génocide ou un crime contre l'humanité l'élément subjectif suffisant à commettre l'infraction de l'art. 261^{bis} al. 4 deuxième phrase CP. Il

63 Voir par exemple R. ERRERA, La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la liberté d'expression, Gazette Européenne 1995, p. 697-702; F. RIGAUX, La liberté d'expression et ses limites, Rev.trim.dr. h. 1995, p. 401-415.

64 MM. Ryssdal, Bernhard, Spielmann et Loizou.

65 STRATENWERTH, *op.cit.*, p.186.

66 STRATENWERTH, ad art 18 CP, et les auteurs cités.

67 *Op.cit.* (version allemande), p.325.

faudrait ainsi que l'auteur sache que le génocide qu'il nie a eu lieu et qu'il agisse avec la conscience et la volonté de le nier ou de le tourner en dérision. Il admet cependant que le texte actuel exige une intention fondée sur le racisme⁶⁸. M. STRATENWERTH⁶⁹ estime aussi que l'intention de l'auteur peut ne pas procéder du racisme mais que tel est le sens du texte légal actuel. M. TRECHSEL⁷⁰ retient également que la limitation à une motivation raciste résulte du texte légal, mais qu'elle est regrettable.

Sous l'angle de l'art. 10 CEDH, on peut être d'une autre opinion. J'ai rappelé ci-dessus la jurisprudence de la CommissionEDH, partiellement reprise par la CourEDH, dont il résulte que le propos raciste échappe à la protection de la CEDH. A l'inverse, la négation d'un génocide proférée sans intentions racistes – hypothèse assez théorique il est vrai – ne pourrait guère être criminalisée en tant que telle.

L'art. 261^{bis} al. 4 CP mentionne aussi les «autres crimes contre l'humanité». A cet égard en tout cas, il me paraît prudent d'en rester à l'interprétation restrictive critiquée par les commentateurs et ce pour plusieurs raisons: la notion même de «crime contre l'humanité» est floue. Il est discutable qu'on puisse en limiter la définition aux «événements historiques dont la réalité ne fait aucun doute» comme le suggère M. TRECHSEL⁷¹. Sous l'angle de l'art. 10 CEDH comme au regard de l'adage *nullum crimen sine lege certa*, quel «crime contre l'humanité» pourrait-on nier impunément et sur quel autre faudrait-il au

contraire garder le silence? Si, en plus, on admettait que la négation d'un crime contre l'humanité puisse être un délit selon la nature de l'événement nié et *indépendamment de la motivation du négateur*, on entrerait à coup sûr dans une zone dangereuse au regard de la jurisprudence *Jersild*.

Cette problématique a, nous l'avons vu, complètement échappé au législateur. Il faut donc examiner brièvement si la jurisprudence a su combler le vide par son interprétation de l'art. 261^{bis} al. 4 CP.

Dans un arrêt *P. c/ Ministère public d'Argovie* du 5 décembre 1997⁷², le Tribunal fédéral avait affaire à une distribution à 432 exemplaires d'un texte contenant des injures antisémites. Après avoir constaté que la distribution à plus de quatre cents exemplaires⁷³, fût-ce au sein d'une «église», constituait bien un propos «public» au sens de l'art. 261^{bis} CP, l'arrêt précise la portée de l'art. 261^{bis} al. 4 première phrase en soulignant que l'abaissement ou la discrimination sont punissables lorsque il y est procédé en raison de la race ou – en l'espèce – de la religion, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le qualificatif employé correspond à la réalité ethnique ou religieuse de la communauté visée.

Dans l'arrêt *P. c/ Ministère public de Neuchâtel* du 30 avril 1998⁷⁴ le Tribunal fédéral confirme la confiscation et la destruction de matériel de propagande raciste, même en cas d'acquiescement du prévenu. Il aurait pu se prononcer à cette occasion sur la négation de l'holocauste mais il a choisi de ne pas le faire, les documents incriminés étant de toute façon illicites sous l'angle du premier alinéa de l'art. 261^{bis} CP. Dans un *obiter dictum* assez ambigu, notre Haute cour donnait à penser que le propos négationniste ne serait punissable que s'il était dirigé contre le groupe visé⁷⁵.

C'est donc vers l'arrêt *X. c/ Ministère public de Fribourg* du 3 novembre 1999⁷⁶ qu'il faut se tourner car l'espèce concernait l'envoi à une cinquantaine de personnes du «rapport» Rudolf⁷⁷ et d'un ensemble de textes négationnistes. La communauté juive y était notamment accusée de chercher à profiter de l'holocauste pour gagner de l'argent. Le Tribunal fédé-

68 *Ibidem*, p. 327.

69 *Op.cit.*, p.184.

70 S. TRECHSEL, *Kurzkommentar* (2e éd.), p. 860-872, spécialement p. 870.

71 *Op.cit.*, p.870.

72 ATF 123 IV 202-210.

73 Dans l'arrêt *X c/ Ministère public de Zurich* du 21 juin 2000 (ATF 126 IV 176-183) le TF constatera qu'une diffusion d'un livre à 7 personnes connues de l'expéditeur ne constitue pas une mise à disposition «publique».

74 ATF 124 IV 121-126.

75 Considérant 2 b: «La revue et le disque en cause n'étaient pas destinés à être remis directement à des noirs ou à des juifs, mais bien à des tiers, ce qui exclut d'emblée l'application de l'art. 261bis al.4 et 5 CP».

76 ATF 126 IV.

77 Il s'agit d'un des torchons révisionnistes qui circulent fréquemment. Un chimiste d'arrière cour essaie d'y démontrer que le gaz mortel Zyklon B n'aurait pas été utilisé à Auschwitz, etc.

ral rectifie tout d'abord l'ambiguïté introduite par l'arrêt ATF 124 IV 121 en précisant que l'art. 261^{bis} al. 4 dernière phrase fait de la négation d'un génocide un cas particulier de discrimination raciale, qu'il n'y a pas lieu de réprimer seulement lorsque l'auteur s'adresse directement au groupe visé. On peut, en effet, abaisser un groupe en raison de sa race ou de sa religion en s'adressant à des tiers. La propagation du «rapport» Rudolf constituait pour le Tribunal fédéral un acte évident de minimisation grossière ou de négation du génocide de la population juive d'Europe, commis en l'espèce pour des motifs racistes et antisémites, ce qui a malheureusement dispensé notre Cour suprême d'examiner si l'auteur d'un propos négationniste doit, ou non, avoir été mû par des motifs racistes⁷⁸. S'agissant enfin de la distribution d'affiches habilement libellées sous forme interrogative⁷⁹, le Tribunal fédéral les considère, à juste titre, comme une négation perpétrée pour des motifs racistes et tombant par conséquent sous le coup de l'art. 261^{bis} al. 4 deuxième phrase et il fait de même pour d'autres injures antisémites diffusées par le condamné. Par substitution de motifs, le Tribunal fédéral confirme donc la condamnation, mais en appliquant l'alinéa 4 de l'art. 261^{bis} au lieu du premier alinéa de cette disposition.

A l'occasion enfin d'une affaire genevoise, le Tribunal fédéral aurait pu clarifier le rôle du complice dans un contexte voisin de celui de l'affaire *Jersild*⁸⁰ mais il choisit, là encore, de n'en rien faire. Il s'agissait d'un libraire qui, sans en étudier le contenu, reçut un ouvrage négationniste, puis le mit en vente, mais s'empressa de le retirer de l'étalage lorsque il apprit que le livre pouvait violer l'art. 261^{bis} CP. Il le conserva dans un tiroir, en n'y donnant accès qu'à ceux qui le demandaient expressément. Condamné en première instance, le libraire fut acquitté en appel. Sur recours du Ministère public genevois, le Tribunal fédéral confirma l'acquiescement⁸¹ au motif que le comportement du prévenu ne remplissait pas l'exigence de publicité de l'art. 261^{bis} al. 4 CP⁸². Pour ce qui est de la complicité, il se contenta de remarquer en quelques lignes qu'il n'était pas établi que le libraire et l'auteur de l'ouvrage incriminé eussent concerté leurs actions.

V. Essai de synthèse

Un législateur qui adopte un texte sans en percevoir les conséquences et une Cour suprême qui botte en touche, sans répondre aux interrogations de la doctrine: voilà qui ne simplifie pas la tâche des commentateurs. En espérant ne pas accroître la confusion du débat, je souhaiterais formuler les quelques réflexions qui suivent dans une perspective soucieuse de garder à la liberté d'expression la place qui lui revient dans l'ordre démocratique.

L'art. 261^{bis} al. 4 CP est mal rédigé. Dans sa première phrase, l'expression «de manière à porter atteinte à la dignité humaine» doit être comprise comme signifiant «porter atteinte *gravement*». L'intention du législateur était d'exclure de l'art. 261^{bis} al. 4 CP la boutade ou le propos critique⁸³. Les Chambres n'ont pas vu que tout propos «abaissant ou discriminant» en raison de la race, de l'ethnie ou de la religion serait forcément contraire à la dignité humaine et qu'elles introduisaient une tautologie au lieu de guider l'interprétation future. Leur intention réelle, me semble-t-il, était d'exclure la répression de propos «bagatelles» qui, pour déplaisants qu'ils soient, n'appellent pas de sanctions pénales. L'auteur doit donc agir avec une intention raciste allant au-delà du commentaire anodin⁸⁴ et avec cette précision, l'art. 261^{bis} al. 4 CP première phrase est assurément compatible avec l'art. 10 CEDH.

La négation d'un génocide – en tout cas celle de l'holocauste infligé à la communauté juive d'Europe – ne bénéficie pas de la protection de l'art. 10 CEDH. Sa répression pénale ne saurait donc violer cette disposition. A mon avis, il faut cependant que le négationniste agisse avec l'intention d'abaisser les victimes, de faire souffrir leur mémoire ou celle de leurs descendants. La simple contestation d'un fait

78 Comparer à cet égard STRATENWERTH, Bes.Teil II, p.171, et TRECHSEL, Kurzkomentar, p.870.

79 «Mais le crime en question a-t-il été réellement perpétré? C'est la question qu'on est en droit de se poser...etc.».

80 Ci-dessus note 51.

81 ATF 6S.291/ 2000 du 23 août 2000, prévu pour publication prochainement.

82 Voir la note critique de M. NIGGLI dans *medialex* 2000, p. 226-227.

83 Intervention de M. KÜCHLER BO CE 1993, 97.

84 ATF 126 IV 27.

historique – fût-il abondamment prouvé et établi par toutes les sources disponibles – ne saurait constituer un délit en tant que telle. Une restriction à la liberté d'expression au sens de l'art. 10 ch. 2 CEDH ne peut porter sur l'imposition à des chercheurs de bonne foi d'une vérité postulée intangible. Il faut donc que le propos révisionniste soit tenu sous une forme et dans un but à caractère raciste ou discriminatoire pour qu'il devienne punissable. En pratique, cette exigence au regard de l'art. 10 CEDH ne pose aucun problème car les «historiens» niant l'holocauste agissent toujours avec une haine antisémite qui les met d'emblée hors la loi. Le raisonnement suivi par le TF quant aux propos apparemment tenus sous forme d'interrogation mais recouvrant en réalité des attaques antisémites est tout à fait juste⁸⁵. L'interprétation demandée ici au juge pénal est compatible avec le droit supérieur et n'excède en rien la pratique pénale ordinaire, qui est toujours basée sur la détermination par le juge des intentions du prévenu.

S'il est vrai que par son ampleur sans égale dans l'histoire de l'humanité et en raison aussi de la responsabilité que notre civilisation y a pris, le massacre de la population juive d'Europe pendant la deuxième guerre mondiale a pour nous une signification particulière, la répression pénale de la négation d'autres génocides – Arménie, Cambodge, Rwanda – ne pose guère de problèmes au regard de l'art. 10 CEDH. A cet égard aussi, pour autant qu'on veuille bien admettre l'évidence (personne ne nie un *génocide* avec des motivations autres qu'inavouables à l'égard de la communauté qui en a été victime), le négationnisme devient un délit non seulement à raison du propos mais aussi et surtout à cause de l'*intention* du proférant. Celle-ci résultera dans la quasi-intégralité des cas de la *forme* même du propos, mais elle peut aussi se déduire du contexte.

Sous l'angle de la liberté d'expression, une telle interprétation de l'art. 261^{bis} al. 4 CP dernière phrase ne pose aucun problème.

La répression pénale de la contestation d'autres crimes contre l'humanité est beaucoup plus discutable au regard de l'art. 10 CEDH, principalement en raison de l'absence de définition claire et précise de l'acte délictueux. Est-ce ainsi un délit que d'accuser «les Vietnamiens d'essayer d'obtenir de l'argent du gouvernement américain en réparation de prétendus crimes contre l'humanité?» Nie-t-on de la sorte que le bombardement du Cambodge ou My Lai fussent de tels crimes? En étaient-ils? Un nostalgique du communisme doit-il être condamné s'il prétend que Staline n'aurait jamais ordonné le massacre de Katyn? Nie-t-on un crime contre l'humanité en prétendant que l'invasion du Tibet fut un acte de *Realpolitik* de la Chine de Mao? Affirmer que le bombardement d'Hiroshima a cassé la résistance des «japs» et sauvé la vie de milliers de soldats américains serait-il un délit? Les descendants des pilotes qui annihilèrent Dresde et Hambourg doivent-ils être condamnés s'ils tiennent leurs grands-pères pour des héros? Un Serbe vivant en Suisse doit-il renoncer à justifier le comportement de ses compatriotes au Kosovo sous peine de sanction pénale? On pourrait bien sûr multiplier les exemples *ad absurdum* et nul ne devrait contester sérieusement qu'à se risquer sur ce terrain, le juge pénal s'exposerait bien vite à condamner le délit d'opinion. A mes yeux, des propos ou des écrits contestant un crime contre l'humanité, fût-ce sous une forme polémique, ne peuvent devenir un délit exposant leur auteur à une peine privative de liberté qu'à condition qu'une intention de nuire à une communauté, de l'humilier et de la vilipender soit clairement démontrée. A nouveau, c'est ici la *forme* de la négation qui sera le premier critère d'analyse pour établir l'existence d'une éventuelle infraction, l'intention de l'auteur pouvant et devant se déduire également du contexte. ■

85 ATF 126 IV 27.

Elektronische Pressespiegel: Grenzen des Eigengebrauchs

Bettina Gubler

Lic.iur., Rechtsanwältin, Rechtskonsultantin der Tamedia AG, Zürich

I. Pressespiegel als unternehmerisches Bedürfnis

Pressespiegel sind ein beliebtes Mittel der betriebs- und behördeninternen Information und Dokumentation. Dafür werden Zeitungsartikel zu einem bestimmten Thema zusammengestellt und im Unternehmen in Umlauf gebracht. Für die traditionellen Pressespiegel wurden die Artikel ursprünglich einzeln aus Zeitungen und Zeitschriften ausgeschnitten und aufgeklebt. Sobald es die technischen Möglichkeiten erlaubten, konnten diese Dokumentationen photokopiert und verteilt werden. Im Zeitalter der digitalen Technologie ist es heute ein einfaches, ganze Zeitungen einzuscannen und digital per E-Mail zu verbreiten oder über eine firmeninterne Internetanwendung (Intranet) zugänglich zu machen.

In immer mehr Betrieben findet die interne Kommunikation fast ausschliesslich über das Intranet statt, das nur einem zuvor bestimmten Kreis von Personen zugänglich ist, so in der Regel den Mitarbeitern eines Unternehmens. Für die Unternehmen ist daher ein neues Bedürfnis entstanden, elektronische Pressespiegel zu erstellen bzw. erstellen zu lassen und elektronisch zugänglich zu machen. Diese könnten durch die Vorteile der digitalen Verarbeitung ohne weiteres laufend aktualisiert und unverzüglich verbreitet werden. Unter Umständen kann ein Pressespiegel so eine weltweite Verbreitung an ein zahlreiches betriebsinternes Publikum finden. Man denke zum Beispiel an das Verbreiten eines Pressespiegels auf dem Intranet eines internationalen Konzerns.

Die vordergründige Frage für ein Unternehmen ist daher, ob für die Erstellung eines digitalen Pressespiegels die Erlaubnis jedes einzelnen Urhebers der Artikel bzw. des Nutzungsberechtigten Verlags einzuholen ist.

II. Das Urheberrecht und dessen Schranke im Eigengebrauchsprivileg

1. Das ausschliessliche Verwertungsrecht des Urhebers

Der Urheber hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet wird (Art 10 Abs. 1 URG). Werke sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 URG). Bei Zeitungsartikeln fehlt der individuelle Charakter nur bei Standardmeldungen, da ihnen eine originelle schöpferische Tätigkeit fehlt. Sobald Artikel mehr enthalten als nur eine einfache Schilderung der Vorfälle, eine Auflistung von Abstimmungs- oder Sportresultaten oder die Wiedergabe von Agenturmeldungen, sind sie Werke im Sinne des URG.¹ Ohne Einwilligung des Urhebers bzw. des Verlags, der sich die Rechte abtreten liess, darf dieses Recht, über die Verwendung des Artikels zu bestimmen, von niemandem beansprucht werden.²

2. Verwendung zum Eigengebrauch

A. Grundsätzliches

Eine Schranke des ausschliesslichen Verwertungsrechts des Urhebers ist die in Art. 19 URG verankerte Verwendung zum Eigengebrauch. Danach gilt das Vervielfältigen von veröffentlichten Werkexemplaren in Betrieben, öffentlichen Verwal-

Résumé: Les revues de presse électroniques commencent à prendre la relève des revues de presse photocopiées et préparées par les services de coupures. Le privilège de l'usage privé de l'art. 19 LDA est ainsi exploité au-delà de ses limites, puisqu'il est possible de mettre en circulation par e-mail ou intranet (même mondialement) des articles sans perte de qualité. L'auteur perd ainsi largement la possibilité de mettre commercialement à profit son travail. Le privilège de l'usage privé ne doit pas englober la diffusion électronique. Cette dernière devrait clairement être exclue de lege ferenda lors de la révision du droit d'auteur si on veut se conformer, entre autres, aux conventions internationales. Cette problématique n'existe que dans les cas où des articles épars sont scannés, puisque la reproduction de journaux entiers, comme la pratiquent parfois les instituts d'observation de la presse, est déjà interdite en droit positif.

1 BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 521; KAESSNER J., Elektronische Archive und Pressespiegel in: AJP 10/99 S. 1276.

2 BARRELET D./EGLOFF W., Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Bern 2000, N 6 zu Art. 10.

Zusammenfassung:
Elektronische Pressespiegel beginnen die traditionellen, von Ausschnittsdiensten hergestellten photokopierten Pressespiegel abzulösen. Dadurch wird das Eigengebrauchsprivileg gemäss Art. 19 URG arg strapaziert, liegen doch über E-Mail oder Intranet (allenfalls weltweit) in Umlauf gebrachte Artikel in unveränderter Qualität vor. Der Urheber verliert so weitgehend die Möglichkeit, sein Werk selbst kommerziell zu verwenden. Die elektronische Verbreitung sollte daher nicht vom Eigengebrauchsprivileg erfasst sein. Sie ist mithin de lege ferenda anlässlich der Revision des Urheberrechtsgesetzes ausdrücklich auszuschliessen, unter anderem auch, um verbindlichen internationalen Abkommen gerecht zu werden (RBÜ/WCT). Diese Problematik besteht nur beim Einscannen von einzelnen Artikeln, da das Vervielfältigen von ganzen Zeitungen, wie es von den Pressebeobachtungs-instituten zum Teil praktiziert wird, bereits unter dem geltenden Recht nicht erlaubt ist.

tungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information oder Dokumentation als Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Zum Eigengebrauch berechtigt ist somit die gesamte Berufs- und Arbeitswelt, öffentlich und privat, von den Selbständigerwerbenden über Beamte, Verbände, Interessenorganisationen bis zu internationalen Konzernen.³ Der Eigengebrauch in betrieblichen Einrichtungen ist auf **Vervielfältigungen von Werkexemplaren** für die interne **Information und Dokumentation** beschränkt (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG). Dies bedeutet einerseits eine inhaltliche Beschränkung der Kopien auf den Zweck der entsprechenden Einrichtung,⁴ andererseits eine Beschränkung auf das Verwertungsrecht der Vervielfältigung.

B. Die Vervielfältigung

a. Die elektronische Vervielfältigung

Das Vervielfältigungsrecht gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG beinhaltet nebst dem Festhalten auf dauerhaftem Material (z. B. als Papierkopie) auch das Einspeichern in einen Computer z. B. mittels eines Scanners. Obwohl das Gesetz von der «Herstellung von Werkexemplaren» spricht, muss es sich nicht um räumlich abgegrenzte und separierbare Mitteilungsträger handeln. Auch die dauerhafte Speicherung eines Werkes (Datensatz) auf einem beliebigen Speichermedium (Diskette, CD-ROM, Festplatte usw.) fällt unter materielle Datenträger. Werden vorbestehende Artikel für eine multimediale Produktion benutzt, d. h. ein digitaler Pressespiegel erstellt, so müssen diese durch Einscannen oder Überspielen auf einen digitalen Datenträger kopiert werden, was die Einspeicherung der Artikel in einen Computer voraussetzt. Eine solche elektronische Kopie erlaubt das wiederholte Abrufen und ermöglicht über

die Weitergabe an Dritte die weitere Verwertung des Werkes, und ist deshalb urheberrechtlich als Vervielfältigung zu qualifizieren.

Auch das Uploading, d. h. die stabile Einspeicherung von Materialien in einen über das Internet zugänglichen Host-Rechner, das Downloading, d. h. die dauerhafte Abspeicherung eines geschützten Datensatzes durch Herunterladen aus dem Internet auf einen Datenträger, sowie die Hard Copy, das Herunterladen solcher Daten auf Papier, stellen eine urheberrechtlich relevante Herstellung eines Werkexemplars dar. Es ist somit heute unbestritten, dass sowohl das Einscannen als auch das Up- oder Downloading von Artikeln über das Internet unabhängig vom exakten technischen Ablauf eine urheberrechtlich relevante Verwertung des Werks darstellen, da diese in jedem Fall – wenn zum Teil aus technischen Gründen auch nur flüchtig – auf einen Datenträger kopiert werden müssen.⁵

b. Unterschiedliche Bedürfnisse

Die gesetzliche Lizenz des Art. 19 Abs. 1 lit. c URG beschränkt sich auf das **Vervielfältigen** von Werkexemplaren. Bei der Einführung dieses Privilegs ging es darum, das Vervielfältigen von Werken zum internen Gebrauch (Photokopieren) unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis und der wirtschaftlichen Interessen der Urheber zu regeln. Im Interesse der Urheber musste das Eigengebrauchsrecht möglichst eingeschränkt sein, es konnte jedoch nicht an der Realität vorbeigesehen werden, dass Werke von Urhebern tagtäglich mittels Photokopierer vervielfältigt und somit auch Pressespiegel erstellt wurden.⁶

3 BARRELET D./EGLOFF W. (FN 2), N 16 zu Art. 19; auf das weitergehende Eigengebrauchsprivileg im privaten und schulischen Bereich gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a und lit. b URG wird mangels Relevanz in bezug auf die Pressespiegel als betriebliche Spezialität nicht eingegangen.

4 GASSER CH., Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 94ff.

5 BARRELET D./EGLOFF W. (FN 2), N 12 zu Art. 10; BEUTLER ST., Multimedia und Recht, Bern 1998, S. 54ff., mit zahlreichen Hinweisen, S. 65f.; BÜHLER L., Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg 1999, S. 157f., mit Hinweisen; CHERPILLOD I., Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information: le contenu des droits et leurs limitations, in: HILTY R. M. (Hrsg.), Information Highway, Bern 1996, S. 262f. mit zahlreichen Hinweisen; WITTEWELER B., Die kollektive Verwertung, in: HILTY R. M. (Hrsg.), Information Highway, Bern 1996, S. 296f.

6 BOTSCHAFT (FN 1), BBl 1989 III 538.

C. Elektronische Verteilung im Betrieb

a. Elektronische Verteilung im Vervielfältigungsrecht eingeschlossen?

Der multimedial hergestellte Pressespiegel kann einerseits ausgedruckt, analog kopiert und herkömmlich auf Papier im Unternehmen verteilt werden. Vorstellbar sind auch verschiedene elektronische Verteilmechanismen, wobei die Verbreitung über die interne elektronische Post, über einen digitalen Datenträger (Diskette oder CD-ROM) sowie die Bereitstellung zum Abruf auf einem betriebsinternen Computernetzwerk (Intranet) in der Praxis wohl im Vordergrund stehen. Für den Bereich der Reprographie ist sich die Lehre einig, dass sich Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zwar auf die Nennung des Vervielfältigungsrechts beschränkt, darin aber auch das Recht, die Vervielfältigung innerhalb des Betriebs in Umlauf zu setzen, mitenthalten sein muss. Der Zweck der internen Dokumentation und Information, der das Eigengebrauchsprivileg begründet, wäre anders gar nicht zu erfüllen.⁷

In bezug auf die elektronischen Verbreitungsmöglichkeiten wird zum Teil eine analoge Anwendung gefordert, so dass die betriebsinterne Übermittlung über ein Intranet im Vervielfältigungsrecht eingeschlossen ist.⁸ Überwiegend wird jedoch die Meinung vertreten, dass hier zu differenzieren ist, da zum Teil Verwertungshandlungen betroffen sind, die nicht im Vervielfältigungsrecht eingeschlossen sind und daher eine Verwendung des Werks für den Eigengebrauch ausschliessen.

b. Das Recht des «Verbreitens» und des «anderswo Wahrnehmbarmachen»

Wird ein Pressespiegel auf einem digitalen Datenträger angeboten, das heisst Online verwertet (z. B. auf CD-ROM), so ist eine Verbreitungshandlung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG betroffen, da ein körperliches Werkexemplar überlassen wird, das dem Benutzer erlaubt, den Zeitpunkt und Ort des Werkgenusses selbst zu bestimmen. Als Verbreitungshandlung gilt auch die Verteilung via internes E-Mail (bzw. über andere Push-Dienste), da die Vermittlung der Inhalte nicht vom Empfänger, sondern vom Anbieter bzw.

Versender gesteuert wird.⁹ Dagegen wird die Anwendung des Verbreitungsrechts auf die Online-Verwertung (Pull-Dienst) vorwiegend abgelehnt, da das Verbreitungsrecht nicht die unkörperliche Wiedergabe eines Werkes umfasst, obwohl bei jedem Abruf eines über Netz angebotenen Multimediaproduktes zumindest im Arbeitsspeicher des Computers eine vorübergehende Kopie gespeichert wird. In der Lehre wird der Online-Abruf somit als unkörperlicher Verwertungsakt behandelt und daher vom Recht zur Wahrnehmbarmachung, dem Recht, ein Werk in unkörperlicher Form direkt oder indirekt zugänglich zu machen, erfasst (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG).¹⁰

Diese Beurteilung hat auch in Art. 8 des WIPO Copyright Treaty (WCT) im Recht der öffentlichen Wiedergabe Niederschlag gefunden.¹¹ Das Verteilen eines Pressespiegels über das Intranet, d. h. das Abrufen aus einer Datenbank zum Zweck der «Publikation» im Intranet (sogenannte Online-Verwertung), setzt daher die Zustimmung des Urhebers bzw. des nutzungsberechtigten Verlags voraus.¹² Denn im Rahmen des Eigengebrauchs ist nur die Vervielfältigung eines Werks sowie deren Verbreitung erlaubt, nicht aber auch dessen Wahrnehmbarmachen. Eine elektronische Verteilung über das Intranet wäre daher nicht zulässig.¹³ Beim Sichtbarmachen des Multimediaprodukts

7 Statt vieler: BÜHLER L. (FN 5), S. 260.

8 GASSER Ch. (FN 4), S. 98; BARRELET D./EGLOFF W. (FN 2) N 16 zu Art. 19, die zwar einerseits die elektronischen Systeme zur internen Information und Dokumentation durch den Begriff «Vervielfältigung» nicht abgedeckt sehen, die aber eine Gleichbehandlung dieser internen elektronischen Netze mit internen Presseschauen für angezeigt erachten.

9 BEUTLER St. (FN 5), S. 72; BÜHLER L. (FN 5), S. 188ff. S. 260; ROSENTHAL D., Projekt Internet, Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen, Zürich 1997, S. 173, S. 176.

10 BARRELET D./EGLOFF W. (FN 2), N 22 zu Art. 10; BEUTLER St. (FN 5), S. 7, S. 78; ausführlich BÜHLER L. (FN 5) S. 193ff.; BOTSCHAFT (FN1), BBl 1989 III 529.

11 «Right of Communication to the Public»; Wipo Copyright Treaty (WCT), abrufbar unter: www.wipo.int/eng/diplconf/distrib/pdf/94dc; vgl. dazu hinten Ziff. 2.F.

12 ROSENTHAL D., (FN 9), S. 169.; BEUTLER St. (FN 5), S. 68ff.; BÜHLER L. (FN 5), S. 195ff., der davon ausgeht, dass das Bereithalten von urheberrechtlichem Material zum Abruf in jedem Fall dem Herrschaftsbereich des Urhebers unterfällt, wenngleich seiner Meinung nach auch das Verbreitungsrecht gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b URG betroffen ist, was aber an der Rechtslage für den Eigengebrauch nichts ändert.

13 BÜHLER L. (FN 5), S. 260; ROSENTHAL D. (FN 9), S. 176; WITTEWEILER B. (FN 5), S. 297.

auf dem Computerbildschirm schliesslich handelt es sich nicht mehr um einen wirtschaftlich abgrenzbaren Nutzungsvorgang, da die elektronische Vervielfältigung an sich den Genuss des Werkes, d. h. die Möglichkeit des Lesens des Artikels mit einschliesst.¹⁴

D. Rechtliche Ungleichbehandlung bei wirtschaftlich gleichem Ergebnis

a. Bedeutung für den Erschöpfungsgrundsatz

Von Bedeutung ist diese Unterscheidung vor allem im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz. Danach verliert ein Urheber, der sein Werk veräussert oder seiner Veräusserung zugestimmt hat, das Verbreitungsrecht; dieses geht auf den Erwerber über, der dieses in der Folge selbst verbreiten kann (Art. 12 URG). Eine Erschöpfungswirkung tritt einzig dann ein, wenn ein Verwertungsakt als körperlicher qualifiziert wird, nämlich dann, wenn eine Verwertung als «Verbreitung» im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG und nicht als «Wahrnehmbarmachen» im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG betrachtet wird. Das führt zum stossenden Ergebnis, dass auf ein über Netz abgerufenes und auf einer Diskette abgespeichertes Multimediaprodukt die Erschöpfungsregeln nicht Anwendung finden, hingegen jedoch auf das absolut identische Multimediaprodukt, das in einem Laden erworben wurde.¹⁵

b. Das wirtschaftliche Ergebnis beim Eigengebrauch

Entsprechend stossend ist auch das wirtschaftliche Ergebnis im Bereich des Eigengebrauchs. Dass neben der Aushändigung von Ausdrucken oder Papierkopien an die Mitarbeiter für die elektronische Distribution zwischen einer (erlaubten) Verbreitung per elektronische Post und einer (nicht erlaubten) Wahrnehmbarmachung über eine firmeneigene Website unterschieden wird, ist nicht mit dem Zweck des Eigengebrauchsprivilegs zu vereinbaren. Die gesetzliche Lizenz zugunsten des Nutzers wird dadurch begrenzt, als das Vervielfältigungsrecht weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen darf. Alles andere würde den internationalen Urheberrechtsabkommen widersprechen (RBÜ und WCT).¹⁶ Das Recht des Urhebers, über die Verwendung seines Werks ausschliesslich zu bestimmen, darf daher nicht seiner Substanz beraubt werden. Im Unterschied zur analogen Photokopie können digitale Kopien ohne irgendwelchen Qualitätsverlust vorgenommen werden und stehen dem Empfänger, unabhängig davon, ob diese später durch eine Push- oder Pull-Technik verbreitet werden, in digitaler Qualität zur Verfügung. Genauso wie ein online abgerufenes und gespeichertes Multimediaprodukt kann auch ein ursprünglich auf einem materiellen Träger gespeichertes Werk verwendet werden. Die Möglichkeit der jederzeitigen Verfügbarkeit besteht daher auch bei per E-Mail oder CD-ROM verbreiteten Werken. Unabhängig der Verbreitungstechnik gerät ein Werkexemplar auf Dauer in den Herrschaftsbereich des Empfängers; das wirtschaftliche Ergebnis ist identisch. Der Bezug einer Zeitung wird durch die elektronische Verarbeitung und schnelle Verbreitung entbehrlich. Die Art und Weise, wie der Empfänger das Werkexemplar übermittelt erhält, darf daher nicht zu einer rechtlichen Differenzierung führen, sondern nur, ob das Werk beim Empfänger analog oder digital vorliegt.¹⁷ Nicht vom Verbreitungsrecht erfasst wäre somit nur der Fall, wo ein Multimediaprodukt lediglich zum Abruf, nicht aber zum Downloading freigegeben wird. Sobald ein Downloa-

14 BEUTLER ST. (FN 5), S. 79, unter Hinweis auf die abweichende Meinung AUF DER MAURS, der im Online-Abruf und in der Anzeige auf dem Computerbildschirm zwei von einander unabhängige Nutzungshandlungen sieht, die je einzeln lizenziert werden müssen. Ausführlich: MACCIACCHINI S., Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Bern 2000, S. 29ff.

15 BEUTLER ST. (FN 5), S. 78 und ausführlich S. 260ff.; BÜHLER L (FN 5), S. 194.

16 BARRELET D./EGLOFF W. (FN 3), N 6 zu Art. 19; Art. 9 Abs. 2 RBÜ (Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 24. Juli 1971, SR 0.231.15): Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt.; Art. 10 WCT, vgl. N 11 und hinten 2.F.)

17 BEUTLER ST. (FN 5), S. 75f. und BÜHLER L. (FN 5), S. 194, die beide auch das Anbieten eines Multimediaprodukts zum Zwecke des Downloadings dem Verbreitungsrecht unterstellen wollen.

ding möglich ist, ist auch in einer Online-Anwendung eine Verbreitungshandlung zu erblicken.¹⁸

E. Beschränkung auf das reprographische Vervielfältigungsrecht

a. Folgen elektronischer Verbreitung

Eine solche Regelung löst jedoch das Problem des Urhebers nicht, denn die Verbreitung ist ja gerade vom Eigengebrauch gedeckt, da sie aufgrund des Zwecks des Eigengebrauchs vom Vervielfältigungsrecht miterfasst wird. Obwohl die Distribution nur betriebsintern erfolgen darf, schwinden die Möglichkeiten der kommerziellen Verwertung seines Werks, und er ist der Gefahr von Urheberrechtsverletzungen vermehrt ausgesetzt. Ist sein Werk einmal digital (und unter minimalem zeitlichem und finanziellem Aufwand) kopiert und allenfalls weltweit verbreitet, ist es unbegrenzt digital bearbeitbar und kopierbar, ohne dass ein Qualitätsverlust entstünde; es ist der Kontrolle des Urhebers entzogen. Die Vervielfältigung von Werken hat daher mit dem Ausbau der digitalen Netzwerke eine neue, angesichts der rasanten Entwicklung moderner Technologien auch heute noch nicht absehbare Dimension erhalten. Zur Zeit der Ausarbeitung des URG vom 9. Oktober 1992 waren bereits die heutigen Entwicklungen nicht voraussehbar. So steht die CD-ROM als digitales Speichermedium seit ca. 1985 zur Verfügung. Online-Anwendung zum Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften wurden vereinzelt seit Anfang der 90-er Jahre betrieben.¹⁹ Entgegen der Problematik der Computerprogramme konnte die Möglichkeit der internen Kommunikation von Unternehmen mittels Internet-Anwendungen sowie die Tragweite eines zukünftigen Ausbaus solcher Kommunikationssysteme nicht erkannt werden; entsprechend fand eine Einschränkung betreffend die digitale Vervielfältigung im Gesetz keinen Eingang.

b. RBÜ-konforme Auslegung de lege lata

Bereits de lege lata verlangt die heutige Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG daher eine zeitgemässe und RBÜ-konforme (enge) Auslegung, die die digitale Ver-

vielfältigung vom Eigengebrauch ausschliesst. Aus unternehmerischer Sicht mag sich eine eingeschränkte Formulierung des Eigengebrauchs allenfalls als zu eng erweisen²⁰, eine Ausweitung des Begriffs über die ursprüngliche Möglichkeit des Photokopierens hinaus auf die elektronische Vervielfältigung ist aus Sicht der Urheber bzw. der Verlage nicht haltbar. Es liegt nicht mehr lediglich eine Anpassung einer zulässigen Verfahrensweise an die moderne Technik vor, sondern eine erheblich weitergehende Entfernung vom ursprünglich verfolgten Zweck bei Einführung des Eigengebrauchsrechts. Daher muss auch die Möglichkeit des Erstellens einer digitalen Kopie zwecks späteren Ausdrucks auf Papier ausgeschlossen sein.²¹

c. Gemeinsamer Tarif 9 (GT9)

Dieser Folgerung widerspricht auch nicht die Tatsache, dass die gesetzliche Lizenz vergütungspflichtig ist (Art. 20 Abs. 2 URG) und der Urheber eine Entschädigung erhält, sobald der für die Nutzungen im Rahmen von digitalen Pressespiegeln vorgesehene Gemeinsame Tarif 9 (GT 9) in Kraft tritt (Art. 47 Abs. 1 URG). Der Tarif geht davon aus, dass auch die digitale Kopie als Eigengebrauch im Sinne des Art. 19 Abs 1 URG gilt, ohne in bezug auf die Verbreitung und die Art der Herstellung zu unterscheiden. Die firmeninterne Wahrnehmbarmachung wird somit als betrieblicher Eigengebrauch zugelassen. Es wird dabei wohl der Tatsache Rechnung getragen, dass insbesondere in grösseren Betrieben bereits heute elektronische Pressespiegel erstellt und auf dem Intranet bereitgestellt werden.²² Dem garantierten Mindestschutz der zwingenden materiellrechtlichen Norm in Art. 9 Abs. 2 RBÜ wird dadurch keine Rechnung getragen.²³ Der Tarif bietet höchstens eine gewisse finanzielle Mindestgarantie auf

18 BEUTLER ST. (FN 5), S. 76, der sich daher ebenso wie BÜHLER L. (FN 5), S. 197, für eine Einzelfallbeurteilung ausspricht.

19 KATZENBERGER P., Elektronische Printmedien und Urheberrecht, Stuttgart 1996, S. 3ff.

20 Vgl. etwa BARRELET D./EGLOFF W. (FN 3), N 16 zu Art. 19.

21 In Deutschland sind elektronische Pressespiegel nicht erlaubt, vgl. etwa OLG Köln, Urt. v. 30.12.1999, in: GRUR 2000 S 414ff.

22 STAUFFACHER W., Der neue gemeinsame Tarif 9, *medialex* 2/98, S. 64; ROSENTHAL D. (FN9), S. 177.

23 BOTSCHAFT (FN 1), BBl 1989 III 509.

Entschädigung für die Mitglieder der Verwertungsgesellschaft. An den Problemen, die durch die digitale Verfügbarkeit entstehen, ändert sich nichts.

F. De lege ferenda

Zur Zeit wird die Revision des schweizerischen Urheberrechts vorbereitet. In diesem Zusammenhang ist eine Klarstellung angezeigt. Der Zweck des Eigengebrauchs darf nach wie vor nur eine nicht kommerzialisierbare und nicht das normale Auswerten des Werkes beeinträchtigende analoge Vervielfältigung betreffen. Im Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte des IGE, der im letzten Sommer interessierten Kreisen zur Stellungnahme vorgelegt und nicht unbestritten geblieben wurde, ist die digitale Vervielfältigung von Werken ausdrücklich den ausserhalb des privaten Kreises²⁴ nicht zulässigen Verwertungshandlungen beigelegt und diesem Anliegen mit hin Folge geleistet worden.²⁵ Der Sinn der Bestimmung von Art. 19 Abs. 3 URG ist, die gesetzliche Lizenz dort zu beschränken, wo der wirtschaftliche Schaden dadurch allzu gross würde. Es werden daher einzelne Verwertungshandlungen für den schulischen und betrieblichen Bereich ausgeschlossen.

Dieser Änderungsvorschlag ist explizit der Regelung des WIPO Copyright Treaty (WCT) angepasst, welches 1996 in Genf verabschiedet und von der Schweiz unterzeichnet wurde.²⁶ Der WCT versteht sich als Zusatzabkommen zur revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ). Art. 10 WCT überlässt die Regelung von Schutzmass-

nahmen den Mitgliedstaaten, wobei sich die Ausnahmen von den gewährten Rechten aber nur auf bestimmte spezielle Fälle beziehen und weder die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber unzumutbar einschränken dürfen. Der Vorentwurf schliesst die digitale Vervielfältigung nicht auch für den privaten Bereich aus, erklärt die Privatkopie aber als vergütungspflichtig. Auch die Richtlinie der EU überlässt es den Mitgliedstaaten, für die digitale Privatkopie einen angemessenen Ausgleich zu verlangen, lässt sie aber zu.²⁷

Aber auch bei einer digitalen Privatkopie besteht eine erhöhte Gefahr der Weiterverwertung durch Unberechtigte. Diese Überlegung findet im Vorschlag von BEUTLER Anerkennung, der das Multimediaprodukt entsprechend den Computerprogrammen generell dem Eigengebrauch entziehen will. Der Ratio legis von Art. 19 Abs. 4 URG liegt die Tatsache zugrunde, dass Computerprogramme von jedermann ohne zeitlichen und finanziellen Aufwand vervielfältigt werden können, ohne dass berechnete Urheber an dieser Werkverwertung wirtschaftlich teilhaben könnten. Der Gesetzgeber wollte damit theoretisch jegliches Kopieren von Computerprogrammen verhindern. Da diese Produkte per definitionem mindestens ein Computerprogramm enthalten, rechtfertigt sich eine Gleichbehandlung für Multimediale Produkte.²⁸ Grundsätzlich läge einem vollständigen Ausschluss aus dem Eigengebrauch die Überlegung zugrunde, dass Multimediale Produkte genauso wie Computerprogramme beliebig vervielfältigt und bearbeitet werden können.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass gerade aufgrund der digitalen Technologie die Identifizierungs- und Schutzsysteme geboten werden, die eine wirkungsvolle Kontrolle der Werkverwendungen selbst im Bereich der Massennutzung gewährleisten. Die digitalisierten Artikel lassen sich mit ISDN-Codes oder digitalen Unterschriften versehen. Jegliche Verwertungshandlungen können so zurückverfolgt werden. Möglich sind auch der Einbau von Kopiersperren sowie die Verbreitung von Multimediale Produkten minderer Qualität. Unerlaubte

24 Unter privatem Kreis wird der persönliche Bereich unter Einschluss von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte und Freunde, verstanden (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG).

25 Art. 19 Abs. 3 lit. e; vgl. zum Ganzen: Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

26 Vgl. N 11; Die Ratifikation des WCT steht noch aus; sie soll gleichzeitig mit der Revision des URG erfolgen. Bis zum 29. März 2001 haben 23 von 30 der für das Inkrafttreten notwendigen Unterzeichnerstaaten das WCT ratifiziert. Die Ratifikation durch die EU-Staaten steht bevor.

27 Vgl. dazu ausführlich: HYZIK M., Das neue «private» Urheberrecht für das digitale Umfeld, sic! 2/2000 S. 107 und S. 110; die EU-Richtlinie wurde am 14. Februar 2001 vom Parlament verabschiedet.

28 Vgl. BEUTLER ST. (FN 5), S. 248f.; BARRELET D./EGLOFF W. (FN 3), N 29 zu Art. 19; BOTSCHAFT (FN 1), BBl 1989 III 541.

Nutzungshandlungen werden durch diese technischen Möglichkeiten jedoch nicht verhindert, sondern nur verfolgbare.²⁹ Aufgrund der schnellen und nicht absehbaren Entwicklung digitaler Technologie ist nicht voraussehbar, welche Möglichkeiten die digitale Technologie bereithält, solche Schutzsysteme zu umgehen, und wie schliesslich dieser Piraterie wiederum begegnet werden kann.

3. Verbot der Vervielfältigung von Werkexemplaren

A. Erstellen der Pressespiegel durch Medienbeobachtungsinstitute

Die geschilderten Probleme stellen sich nur dann, wenn ein Betrieb oder eine Behörde den digitalen Pressespiegel auf die Weise herstellt, dass er lediglich einzelne Artikel, die nach bestimmten Kriterien ausgesucht wurden, einscannet.

Aufgrund der technischen Möglichkeiten wird der redaktionelle Text einer Zeitung jeweils jedoch vollständig eingescannt und digitalisiert. Oft beauftragen Unternehmen ein Medienbeobachtungsinstitut (z. B. Argus der Presse AG oder Media Monitoring Switzerland AG) damit, einen Pressespiegel nach vorgegebenen Kriterien zu erstellen, und machen somit von ihrem Recht Gebrauch, die zum Eigengebrauch erforderlichen Werkexemplare durch einen Dritten (Stellvertreter) herstellen zu lassen (Art. 19 Abs. 2 URG). Auch diese Presseauschnittdienste speisen die gesamten Zeitungen und Zeitschriften ein. Da der Pressespiegel schliesslich in digitalisierter Form vorliegt, bietet sich auch das Versenden an den Kunden per E-Mail an, so dass der Betrieb den Pressespiegel direkt auf sein Intranet stellen bzw. per E-Mail an die Mitarbeiter weiterleiten könnte.

B. Kein vollständiges oder weitgehend vollständiges Einscannen der Zeitung

Das Erstellen eines elektronischen Pressespiegels auf diese Weise ist nicht zulässig. Weder durch den Betrieb noch durch das Medienbeobachtungsinstitut darf eine vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung eines Werkexemplars erstellt werden (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG). Es dürfen somit nur einzelne Arti-

kel (Werkteile) eingescannt und in eine Datenbank eingespeist werden, nicht aber eine ganze Zeitung, da mit «Werkexemplar» diejenigen Objekte gemeint sind, die im Handel angeboten werden. Eine kommerzielle Werknutzung wäre sonst dem Urheber bzw. Inhaber der Nutzungsrechte an den einzelnen Artikeln, den Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen, verwehrt, wenn ein vollständiges Werkexemplar vervielfältigt werden dürfte. Der Verlag würde dadurch weniger Zeitungen und Zeitschriften verkaufen. Von einem selektiven Kopieren zum Eigengebrauch wäre dann nicht mehr die Rede.

Eine weitgehend vollständige Vervielfältigung liegt vor, wenn angesichts des Umfangs der Kopie für einen durchschnittlichen Konsumenten der Kauf des vollständigen Exemplars uninteressant wird, das vervielfältigte Exemplar dasselbe Bedürfnis deckt wie das Werkexemplar, was sich nach dem Umfang der Kopien im Vergleich zum gesamten Werkexemplar sowie nach deren Inhalt und Qualität bestimmt. Wird somit der redaktionelle Teil einer Zeitung oder einer Zeitschrift unter Auslassung des Inserateteils eingescannt, ist von einer solchen unerlaubten Werkexemplarvervielfältigung auszugehen.³⁰

C. Einscannen auf Vorrat

Nebst der bereits ausgeführten Tatsache, dass der Text für den Kunden des Presseauschnittdienstes durch die Digitalisierung verfügbarer wird, weil der Artikel in unveränderter Qualität vorliegt und eine Veränderung ohne Probleme, grossen finanziellen Einsatz und Qualitätsverlust möglich ist, ist die Erstellung eines Pressespiegels auch deshalb nicht zulässig, weil beim Einscannen ganzer oder grosser Tei-

²⁹ Gleicher Meinung BEUTLER St. (FN 5), 272ff.; GASSER CH. (FN 4), S. 179. Mitte Januar 2001 wurde das Bundesgesetz über die elektronische Signatur in die Vernehmlassung geschickt, womit die am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Verordnung über die Dienste der elektronischen Zertifizierung zur Einführung von Zertifizierungsstellen mit öffentlichem Gütesiegel, abgelöst werden soll.

³⁰ BARRELET D./EGLÖFF W. (FN 3), N 23 zu Art. 19; GASSER CH. (FN 4), S. 119f.; KAESSNER J. (FN 1), S. 1276; BOTSCHAFT (FN 1), BBI 1989 III 541. Verschiedene Verlage, darunter auch die Tamedia AG, für die die Autorin dieses Artikels tätig ist, lassen sich diese Verletzung in ihren Urheberrechten nicht mehr gefallen und haben gegen die Media Monitoring Switzerland AG aus den geschilderten Gründen geklagt.

le von Werkexemplaren eine Verletzung von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG vorliegt.

Weiter angeführt werden kann, dass das Einscannen in der Regel gar nicht auf einen Auftrag eines Kunden zurückzuführen ist, sondern beim Presseauschnittsdienst auf Vorrat erfolgt. Entsprechend ist es nicht vom Eigengebrauchsprivileg eines Kunden gedeckt³¹, denn dazu ist nur die Vervielfältigung von Artikeln erlaubt, die den Zweck der internen Dokumentation und Information des Kunden erfüllen. Dem könnte entgegengehalten werden, dass der Kunde selbst lediglich einen vom internen Dokumentations- und Informationszweck gedeckten Pressespiegel bekommt, also selbst keinen Zugang zum ganzen Werkexemplar erhält. Die Bestimmung schützt jedoch die wirtschaftlichen Interessen der Urheber und nutzungsberechtigten Verlage, was durch das Abstellen auf das Endergebnis beim Kunden vereitelt würde, weil der Presseauschnittsdienst für das vollständige Einscannen lediglich noch ein einziges Zeitungsexemplar erwerben müsste. Im übrigen widerspricht diese Argumentation bereits dem Gesetzestext, der die Verwertungshandlung selbst als unzulässig ansieht, sobald ein Werkexemplar vollständig oder weitgehend vollständig vervielfältigt wird. Sobald digitale Pressespiegel durch einen Dritten hergestellt werden, können sie somit nicht mehr als

Eigengebrauch des Kunden eingestuft werden. Für das Einscannen einer Zeitung oder einer Zeitschrift durch ein Unternehmen oder einen Zeitungsauschnittsdienst ist daher die Erlaubnis des Urhebers oder des nutzungsberechtigten Verlags einzuholen.

III. Fazit

Elektronische Pressespiegel sind bereits unter geltendem Recht ohne die Einwilligung der Urheber der einzelnen Artikel bzw. der nutzungsberechtigten Verlage nicht zulässig, weil einerseits für deren Zusammenstellen Werkexemplare vollständig oder fast vollständig eingescannt werden. Andererseits ist die Zulassung von elektronischen Kopien zum Eigengebrauch mit den internationalen Abkommen nicht vereinbar (RBÜ und WCT-Abkommen). Rein unternehmerische Bedürfnisse können im Zeitalter der digitalen Technologie nicht mehr berücksichtigt werden, da aufgrund der digitalen Qualität der Werke deren normale Auswertung durch den Urheber stark beeinträchtigt wird und seine wirtschaftlichen Interessen daher unzumutbar verletzt werden. Zur Klärung der Rechtslage ist der Eigengebrauch de lege ferenda für sämtliche privilegierten Kreise auf analoge Vervielfältigungen zu beschränken, so auch für den privaten Bereich. Den Unternehmen bleibt nach wie vor die Möglichkeit, traditionelle Pressespiegel zu erstellen bzw. durch Dritte erstellen zu lassen. Die Presseauschnittsdienste müssen die Benutzung moderner Technologien für ihre Dienstleistung vertraglich regeln, so dass etwa die Möglichkeit des Einscannens erhalten bleibt, die Weiterleitung des Pressespiegels an die Kunden aber nicht elektronisch, sondern nur per Fax oder auf Photokopien erfolgen kann. ■

31 Vgl. hierzu ausführlich KAESSNER J. (FN 1), S. 1278f.; GASSER CH. (FN 4), S. 110; a.M. BÜHLER L. (FN 5), S. 261, da elektronische Datenbanken zu Archivierungszwecken grundsätzlich zulässig sind.

Citation d'un article diffamatoire dans une émission de radio

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 29 mars 2001, Affaire Thoma c. Luxembourg (Requête n° 38432/97)

Le journaliste qui, dans le cadre d'une controverse publique, consacre une émission à l'attitude des fonctionnaires et cite largement un article de journal paru le jour même mettant en cause l'honorabilité de ceux-ci ne saurait être condamné, même au paiement d'un franc symbolique et des dépens. Peu importe qu'il se soit insuffisamment distancié de l'article en question. Ainsi le veut la liberté d'expression garantie à l'art. 10 CEDH.

En fait (résumé):

Le journaliste luxembourgeois Marc Thoma a consacré son émission «Oekomagazin» du 6 novembre 1991 au profit que les gens de la forêt cherchent à tirer des mesures de reboisement engagées par l'Etat suite aux tempêtes de l'année précédente. Après avoir rappelé les réactions suscitées par son émission de la semaine précédente sur le même sujet, il a donné lecture de nombreux extraits d'un article accusateur paru le même jour dans un quotidien luxembourgeois, signé Josy Braun. Un passage affirmait que parmi les fonctionnaires de l'Administration des eaux et forêts, «un seul est incorruptible», en le nommant. Le journaliste a ensuite interrogé un ingénieur des Eaux et Forêts, puis a demandé à un propriétaire privé de forêts si les propos du journal étaient exacts, l'émission se terminant par un long débat sur les soumissions publiques. Dans les mois qui suivirent, 54 gardes forestiers et 9 ingénieurs forestiers introduisirent contre Marc Thoma des actions civiles en dommages-intérêts pour atteinte à l'honneur. Le 14 juillet 1993, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg accorda aux plaignants le franc symbolique et condamna le journaliste aux frais et dépens, estimant que celui-ci ne s'était pas distancié formellement de l'article cité. Ce jugement fut confirmé par la Cour de cassation le 20 mars 1997.

En droit:

(...)

51. La condamnation s'analyse sans conteste en une «ingérence» dans l'exercice par le requérant de son droit à la liberté d'expression (arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII, fasc. 92, § 39).

52. La question se pose de savoir si pareille ingérence peut se justifier au regard du paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu d'examiner si cette ingérence était «prévues par la loi», visait un «but légitime» en vertu de ce paragraphe et était «nécessaire dans une société démocratique» (arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, pp. 24-25, §§ 34-37).

53. (...) La Cour estime (...) que, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, le requérant a pu prévoir, à un degré raisonnable, que les propos diffusés au cours de son émission ne le mettaient pas à l'abri de toute action

à son encontre, de sorte que l'ingérence peut être considérée comme étant «prévues par la loi» (arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, série A n° 30).

54. La Cour juge que les motifs invoqués par les juges luxembourgeois se concilient avec le but légitime de protéger la réputation et les droits ainsi que la présomption d'innocence des ingénieurs et gardes forestiers. Par conséquent, l'ingérence avait pour but de protéger «la réputation ou des droits d'autrui».

55. Reste à examiner si l'ingérence critiquée était «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre pareil but et donc à déterminer si elle correspondait à un besoin social impérieux, si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants.

56. La Cour note d'emblée qu'une particularité doit être prise en considération, en raison de la taille du pays. Même si le requérant formulait au cours de son émission ses propos sans viser des personnes en particulier, les ingénieurs et gardes forestiers étaient facilement identifiables par les auditeurs de l'émission, vu le nombre limité de fonctionnaires de l'Administration des Eaux et Forêts qui existe au Luxembourg.

57. D'un côté, la Cour juge que certains propos tenus au cours de l'émission du 6 novembre 1991 par le requérant à l'égard des fonctionnaires en question sont sérieux. Au-delà de la citation litigieuse de Josy Braun, le requérant évoque entre autres la «tentation des gens de la forêt de profiter de l'occasion». Il fait encore allusion à l'infraction grave de l'«immixtion» de fonctionnaires de l'Administration des Eaux et Forêts dans le commerce de forêts privées. Or, les fonctionnaires doivent, pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public (arrêt *Janowski c. Pologne* du 21 janvier 1999, *Recueil* 1999-I, § 33).

58. La Cour se doit cependant de constater, d'un autre côté, que le thème abordé dans l'émission était largement débattu dans les médias luxembourgeois et concernait un problème d'intérêt général, domaine dans lequel les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite. La Cour doit, dès lors, faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (arrêt *Jersild* précité, pp. 25-26, § 35).

59. La question prépondérante est celle de savoir si les autorités nationales ont correctement fait usage de leur pouvoir d'appréciation en condamnant le requérant pour avoir manqué à son obligation d'information loyale du public.

60. A ce sujet, la Cour note qu'il n'est pas déraisonnable de considérer, comme le fait le Gouvernement, que le requérant s'est approprié en partie tout au moins le contenu de la citation litigieuse, au vu de ses commentaires au cours de l'ensemble de l'émission.

61. Toutefois, pour analyser si la «nécessité» de la restriction à l'exercice de la liberté d'expression est établie de manière convaincante, la Cour doit se situer essentiellement par rapport à la motivation retenue par les juges luxembourgeois. Or, la Cour se doit de constater que les juges d'appel n'ont eu égard qu'à la seule citation par le requérant du passage litigieux de son confrère et ont estimé, sur cette seule base, que le requérant s'est approprié l'imputation contenue dans le texte cité du fait qu'il ne s'en est pas formellement distancié.

62. La Cour rappelle que «sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers» ... «entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses» (arrêt Jersild précité, § 35).

63. En l'espèce, les juges d'appel ont d'abord examiné le contenu de la citation litigieuse. Ils ont retenu que le texte de l'article de Josy Braun, en imputant la phrase litigieuse ('je connais un seul qui est incorruptible...') à un connaisseur du milieu, c'est-à-dire un initié «dont on n'a pas à redouter une fausse information» (...) «fait croire que, mis à part le garde forestier en charge du Baumbusch, il n'y a parmi tous les autres fonctionnaires de l'Administration des Eaux et Forêts (...) personne d'autre qui soit incorruptible». Les juges ont ensuite décidé que c'est en vain que pour décliner sa responsabilité, le requérant fait valoir que ses propos ne constituent que la citation du texte de Josy Braun. Ils ont précisé que «la responsabilité du journaliste citant simplement un article déjà paru ne cesse d'être engagée que s'il se distancie formellement de cet article et de son contenu...». Ils ont finalement souligné que, dans la mesure où le requérant a repris sans réserves aucunes le passage de l'article de Josy Braun qui contient l'imputation dont il est en défaut d'établir le bien-fondé, il n'y avait pas «absence d'intention malveillante» dans son chef.

64. La Cour estime que pareils motifs ne sauraient, dans les circonstances de l'espèce, être retenus comme «raisons particulièrement sérieuses» susceptibles de justifier une sanction du journaliste. De l'avis de la Cour, le fait d'exiger de manière générale que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné.

Dans le cas d'espèce, le compte rendu de l'émission fait apparaître que, en tout état de cause, le requérant a pris, chaque fois, la précaution de faire mention qu'il commençait une citation et d'en citer l'auteur. Il a de surcroît utilisé le qualificatif «pimenté» pour commenter l'ensemble de l'article de son confrère. Par ailleurs, il a interrogé un tiers, propriétaire de biens forestiers, en lui demandant s'il pensait que ce que Josy Braun avait écrit était vrai.

65. Vu ce qui précède, les motifs avancés à l'appui de la condamnation du requérant ne suffisent pas pour convaincre la Cour que l'ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé à la liberté d'expression était «nécessaire dans une société démocratique»; en particulier, les moyens employés étaient disproportionnés au but visé: «la protection de la réputation ou des droits d'autrui».

(...)

Par ces motifs, la Cour

1. Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention:

(...). ■

REMARQUES:

Ce n'est pas la première fois que les juges de Strasbourg se penchent sur le cas d'un journaliste qui rapporte les propos délictueux d'un tiers. En 1994, dans l'affaire Jersild, ils avaient eu à juger le cas d'un journaliste danois qui avait réalisé une interview télévisée de jeunes extrémistes, lesquels avaient prononcé des propos racistes. La Cour avait jugé contraire à l'art. 10 CEDH la condamnation du journaliste, et avait rejeté également l'argument du gouvernement danois selon lequel il n'y avait pas de quoi fouetter un chat, puisqu'il s'agissait d'une peine légère. Une condamnation reste une condamnation. La Cour avait considéré que ce reportage s'inscrivait dans un débat public en cours au Danemark et que son but n'était pas la propagation d'idées racistes. Même si le journaliste n'avait rien entrepris pour contrebalancer les propos des extrémistes, il était apparent pour le public que ces propos relevaient de l'attitude profondément antisociale de leurs auteurs. La Cour, ce faisant, avait rendu une bonne décision. La télévision, dans le langage qui lui est propre, c'est-à-dire à travers l'image et le son, avait offert à son public un document authentique, important pour l'information de celui-ci. Pour que ce document soit vraiment authentique, il fallait faire apparaître les extrémistes en question et faire entendre leurs raisonnements en version originale.

L'affaire Thoma ressemble à celle de 1994 en ce sens qu'on est à nouveau en présence d'un débat qui préoccupe l'opinion publique. Mais elle recèle également une différence notable. Pour informer le public de la réalité dans le secteur des forêts au Luxembourg, pour que cette réalité devienne palpable, le journaliste n'était pas obligé de lire pratiquement à l'antenne un article paru le jour même dans un journal local. La Cour ne s'est toutefois pas laissée arrêter par cette différence. Ce faisant, elle a élargi la marge de manœuvre des journalistes lorsqu'ils rapportent les propos de tiers. Pour elle, la lecture de cet article revenait également à verser une pièce au dossier et à nourrir un débat en cours. A juste titre, les juges européens soulignent qu'on ne peut demander aux journalistes qu'ils «se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation» qui pourrait léser des tiers. Cela, disent-ils, «ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné». En l'occurrence, une certaine distance était d'ailleurs créée par le fait que le journaliste a averti son public de la nature pimentée de l'article, qu'il a toujours indiqué qu'il s'agissait d'une citation et qu'il a donné la possibilité à un tiers de se prononcer sur le contenu des reproches.

Est-ce à dire que la Cour est prête à accepter tout propos diffamatoire dans les médias lorsque le journaliste ne fait que le reprendre d'un tiers? Ce n'est pas la conclusion qui peut être tirée de cet arrêt, selon nous. C'est le versement d'une pièce au dossier, dans un débat agitant l'opinion, qui était ici en cause, même si le journaliste éprouvait quelques sympathies pour la pièce en ques-

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

tion. A contrario, la reprise de propos qui ne viserait pas à éclairer un débat, et qui ne laisserait pas apparaître la moindre distance entre l'auteur et le journaliste, resterait sans doute punissable aux yeux de la Cour.

Les arrêts Jersild et Thoma, pour la Suisse, ont des conséquences. L'art. 173 al. 1^{er} CP, qui punit la simple propagation de propos diffamatoires, devra être appliqué de manière atténuée

lorsqu'elle est le fait d'un journaliste, par un recours facilité à l'exception de sauvegarde d'intérêts légitimes. Sur le plan civil, le juge, dans un cas de ce genre, devra être enclin à admettre plus facilement l'existence d'un motif justificatif, selon l'art. 28 al. 2 CC, c'est-à-dire l'existence d'un intérêt public prépondérant.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

«Contra-Schmerz»: SRG muss Schadenersatz zahlen

Entscheid des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes vom 1. Mai 2001
(43524/98)

Die vom Bundesgericht mit Urteil vom 8. Januar 1998 festgelegte Verurteilung der SRG zur Zahlung von 480'000 Franken Schadenersatz wegen beispielhafter oder exemplifizierender Medienberichterstattung über ein Kombi-Schmerzmittel verstösst nicht gegen Art. 10 EMRK.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Sendung Kassensturz des Schweizer Fernsehens DRS vom 20. April 1993 zeigte einen Beitrag, der auf nachteilige Wirkungen von Kombi-Schmerzmitteln am Beispiel eines bekannten Medikaments hinwies. Die Herstellerfirma dieses Medikaments hatte zuvor ein Ausstrahlungsverbot erwirkt. Der Kassensturz deckte daraufhin die entsprechende Sequenz ab, wies jedoch in einem Schriftbild auf das Verbot hin. Zudem wurde das betreffende Medikament in der Moderation benannt. Daraufhin klagte die Herstellerfirma beim Handelsgericht des Kantons Bern. Das Gericht verurteilte die SRG zu einer Schadenersatzzahlung von 480'000 Franken. Das Urteil wurde vom Bundesgericht 1998 (BGE 124 II 72 = *medialex* 2/98, S. 100 ff.) bestätigt. Die Begründung lautete, der Kassensturz habe mit diesem Beitrag gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb verstossen. Die Nennung eines einzelnen Medikaments sei nicht erforderlich gewesen, um auf die Problematik von Kombi-Schmerzmitteln hinzuweisen. Auf Grund der Nennung erlitt die Herstellerfirma eine Umsatzeinbusse in der Höhe des zugesprochen Schadenersatzes.

Gegen das Bundesgerichtsurteil reichte die SRG Beschwerde beim Europäischen Menschenrechtsgerichtshof ein.

Aus den Erwägungen:

Complaints

1. The applicant association complains under Article 10 of the Convention of the prohibitions to broadcast information on the «C.-pain» medicament and to comment the judicial order. An exorbitant sum of damages was imposed for a trivial comment on the measure ordered by the single judge. The applicant association submits that there was no legal basis for this interference with its rights. Furthermore, the purely economic interest of the W.-company could not serve as a reason to justify the interferences. In any event, the prohibition of views on such medicaments, increasingly shared among scientific organisations, was not «necessary in a democratic socie-

ty» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. Sanctioning the applicant association for its comment on the measure imposed by the single judge overlooks that the Court in its case-law accepted even severe criticism of a judicial body; reference is made here to the case of *De Haes and Gijssels v. Belgium* (see the judgment of 24 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 198 et seq.). The applicant association submits that consumer broadcasts will no longer be possible if one accepts the prohibition of exemplary reporting, as in the present case, since every negative remark on a particular product may in theory impair its sale. It is pointed out that the decisions of the domestic courts have been widely criticised among specialists.

2. (...)

The law

1. The applicant association complains under Article 10 of the Convention of the prohibitions to broadcast information on a particular medicament and to comment on the measure ordered by the Single judge. (...) In the Court's opinion the prohibitions interfered with the exercise of the applicant association's rights guaranteed under Article 10. Such an interference will infringe the Convention if it does not meet the requirements of paragraph 2 of Article 10. It is therefore necessary to determine whether the interference was «prescribed by law», motivated by one or more of the legitimate aims set out in that paragraph, and «necessary in a democratic society» to achieve them.

The Court notes that the domestic authorities relied «in respect of the measures at issue on Sections 1, 2 and 3 § 1 (a) of the Unfair Competition Act. The measure was, therefore, «prescribed by law» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention (see the *Hertel v. Switzerland* judgment of 25 August 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-VI, pp. 2325-2327, §§ 32-38).

Moreover, since the Unfair Competition Act «is intended to guarantee, in the interests of all the parties concerned, fair, undistorted competition» (see Section 1 of the Act), the aim of the measure was the «protection of

the rights of others» within the meaning of article 10 § 2 of the Convention.

In assessing whether the interference was «necessary in a democratic society» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention, the Court recalls that the interference must correspond to a «pressing social need» and be proportionate to the legitimate aim pursued. However, when assessing the existence and extent of the necessity of an interference, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation though this margin is subject to a European supervision (see the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 25, § 39).

Turning the circumstances of the present case, the Court has first examined the applicant association's complaint about the prohibition to broadcast information on a particular medicament in particular «C.-pain» as an example of a number of multi-component painkillers leading to further side-effects. In the Court's opinion, a debate over public health, and in particular over the side-effects of certain medicaments, will certainly be of general interest. The present case nevertheless differs from the *Hertel* case (cited above, p. 2330, § 47) in that the broadcast not only dealt with the alleged dangers resulting from a whole group of equivalent medical products. Rather, it singled out one particular medicament as an example, even though it has not been alleged that this medicament provided any particular dangers which the others did not. Moreover, the applicant association would have been free, on the one hand, to broadcast the programme without reference to any particular medicament, or on the other hand, as the Commercial Court of the Canton of Bern pointed out in its judgment of 21 September 1994, to mention all the products of the group, which is indeed what it subsequently did in the «K-Tip» magazine.

The Court has next examined the applicant association's complaint about the prohibition to comment on the judicial order. In the Court's opinion, this measure cannot be considered disproportionate since its aim was not to defeat the object and purpose of the general prohibition to refer to the «C.-pain» medicament. Nevertheless, in its programme on 20 April 1993 the applicant association twice commented on the judicial order, in writing and orally. Eventually it was obliged to pay damages on account of the resulting drop in sales of the W.-company, though before the Court it has not been contended that the expert opinion leading to the assessment of damages was incorrect.

As regards the manner in which the applicant association commented on the judicial order, the Court notes that, by employing two pairs of scissors in the text shown and by expressly mentioning the «C.-pain» medicament, the applicant association was attempting to symbolise censorship in respect of this particular product. However, no mention was made of the reasons for the judicial prohibition. Yet as the Commercial Court of the Canton of Bern pointed out in its judgment of 21

September 1994, the applicant association thereby created the impression that something had to be hidden in respect of this product, calling for the intervention of «Kassensturz», whereas that medicament could be reproached for nothing else than belonging to a particular group of medicaments.

Having regard to the margin of appreciation left to States in such matters and to the care with which the domestic courts balanced the various interests, the Court finds that the interference with the applicant association's rights under Article 10 of the Convention could reasonably be considered «necessary in a democratic society ... for the protection of the ... rights of others». It follows that this complaint is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.

2. (...)

For these reasons, the Court by a majority declares the application inadmissible. ■

ANMERKUNGEN:

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hat die Schweiz in diesem zweiten schweizerischen UWG-Verfahren, dem bekannten Kassensturzfall (vgl. BGE 124 III 72 ff.; ferner Urteilsanmerkung von U. Saxer in *medialex* 2/98 S. 104 f.), Art. 10 EMRK nicht verletzt. Damit besteht ein erläuterungsbedürftiger Unterschied zum *Hertel*-Urteil des EGMR von 1998 (vgl. *medialex* 4/98 S. 213-218 mit Kommentar von U. Saxer).

In *tatsächlicher Hinsicht* ging der EGMR davon aus, dass die ausgestrahlte Sendung geeignet war, den Ruf des Medikamentes Contra-Schmerz herabzusetzen. Damit war zu prüfen, ob das Verbot einer exemplarischen Hervorhebung dieses Medikamentes und die Gutheissung einer Schadenersatzforderung von CHF 480'000.- Art. 10 EMRK verletzen.

In *rechtlicher Hinsicht* bejahte der EGMR wie im *Hertel*-Urteil im Licht von Art. 10 Abs. 2 EMRK das Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage im UWG und eines legitimen Eingriffsinteresses, nämlich dem Schutz der (wirtschaftlichen) Rechte Dritter. Wie im *Hertel*-Fall war somit vor allem die Verhältnismässigkeit zu prüfen. Hier zeigen sich nun die relevanten Unterschiede. Diese hängen auch mit dem den EMRK-Vertragsstaaten zugebilligten Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Massnahmen zusammen.

Im *Hertel*-Fall überschritt die Schweiz diesen Ermessensspielraum, weil dem damaligen Beschwerdeführer ein generelles Äusserungsverbot auferlegt wurde. Der Gerichtshof entschied entsprechend, auch wissenschaftliche Minderheitsmeinungen, nämlich die allgemein von Mikrowellenherden möglicherweise ausgehenden Gefahren für die menschliche Gesundheit, müssten öffentlich debattiert werden können. Das Äusserungsverbot erwies sich somit als unverhältnismässig, zumal die Äusserung ideell motiviert war und keine konkrete Schädigung der Interessen von Wirtschaftssubjekten behauptet wurden.

Auch im Kassensturzfall anerkannte der EGMR ein von Art. 10 EMRK geschütztes Interesse an einer Debatte über Fragen der öffentlichen Gesundheit wie z.B. über mögliche Nebenwirkungen von Medikamenten. Das Verbot der exemplarischen Hervorhebung eines Medikamentes in der Medienberichterstattung verletzte Art. 10 EMRK indessen nicht, weil die angefochtene Massnahme im Unterschied zum *Hertel*-Fall andere Formen der publizistischen Behandlung des Themas zulies, so z.B. ohne Bezugnahme auf bestimmte Medikamente, oder unter Nennung der betroffenen Medikamente. Die Verhältnismässigkeit der im Kassensturz-Fall vorgelegten Massnahmen war daher vom *Hertel*-Fall abweichend zu beurteilen. Der von der Beschwerdeführerin SRG zu bezahlende Schadenersatz, dessen grundsätzlich Korrektheit die SRG vor dem EGMR nicht bestritt, war ferner die Folge der Verletzung einer gerichtlichen Anordnung, welche die Durchsetzung einer EMRK-konformen Anordnung diente. Das Gericht folgte nicht der These, es habe sich um einen legitimen Protest gegen eine zensurähnliche Massnahme gehandelt, weil in der publizistischen

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

Aufbereitung (Zensurschere, Graubild und Kommentar) eine sachliche Begründung dieses Protestes fehlte. Der EGMR schützte daher der Feststellung der Vorinstanzen, auf diese Weise sei ein negativer Eindruck für das Produkt Contra-Schmerz entstanden.

Der EGMR hat sich damit stark von funktionellen Überlegungen hinsichtlich der eigenen Kognitionsmöglichkeiten und -grenzen als internationales Gericht leiten lassen. Die Entscheidung ist Folge einer allgemeinen Zurückhaltung des EGMR bei der Verhältnismässigkeitsprüfung, vor allem von Massnahmen im wirtschaftlichen Bereich. Die angefochtene Massnahme ging zu wenig weit, um eine volle Prüfung der EMRK-Konformität zu vorzunehmen. Daher kann der Rechtsschutz unter der EMRK die fehlende, umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz nicht vollständig ersetzen: Der EGMR ist als internationales Gericht weder befähigt noch befugt, nationales Recht verbindlich zu interpretieren. Seine Aufgabe besteht in der Prüfung von angefochtenen Massnahmen allein aufgrund

der EMRK und seiner eigenen Spruchpraxis. Seine Entscheidungen müssen ferner auch für die zahlreichen anderen Vertragsstaaten mit ihren je eigenen Rechtsordnungen verständlich, nachvollziehbar und - soweit notwendig - umsetzbar sein.

Die Entscheidung ändert gesamthaft aber nichts daran, dass die medienrelevante UWG-Praxis in der Schweiz in Konflikt mit der Verfassung oder der EMRK geraten kann. Eine verfassungs- und EMRK-konforme Interpretation des UWG ist namentlich bei der Betätigung ideeller Grundrechte unverändert geboten. Die EMRK wird vor allem dann verletzt, wenn über ein die Öffentlichkeit interessierendes Thema nicht mehr berichtet werden kann, ferner bei der Sanktionierung von rein ideellen Äusserungen mit einem peripheren wirtschaftlichen Bezug bzw. ohne dass die Rechte Dritter ernsthaft tangiert werden. Unter der BV 2000 wären die anwendbaren Standards strenger, weil eine differenziertere Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden könnte.

PD DR. URS SAXER, RECHTSANWALT, ZÜRICH

Présomption d'innocence et diffamation

Arrêt du Tribunal fédéral du 4 décembre 2000 (6S.368/2000)

Le texte d'un article de presse doit être analysé non seulement en fonction des expressions utilisées, prises séparément, mais aussi selon le sens général qui s'en dégage. Cela signifie que l'on ne peut pas faire abstraction de l'impact particulier d'un titre rédigé en plus gros caractères et en gras, qui ne correspond pas au sens de l'article. Le titre qui affirme clairement qu'un enfant a tué est attentatoire à l'honneur; peu importe que les propos litigieux soient tempérés par le contenu de l'article. La presse doit faire preuve d'une grande retenue lorsqu'elle rend compte d'une procédure pénale et prendre en considération la présomption d'innocence. Les déclarations d'un magistrat instructeur qui parle d'hypothèse la plus vraisemblable ne permettent pas de présenter un fait comme une certitude, autrement dit comme un fait avéré.

En fait (résumé):

Dans un article paru le 5 août 1999 dans la «Tribune de Genève», la journaliste A. a relaté des événements survenus le 27 juillet 1999 dans l'immeuble dit du «Vieux-Vatican» à Versoix, dont une photographie figurait en pleine page, et ayant conduit «au mystérieux décès d'un bébé de deux mois et demi à Versoix». Z., journaliste au quotidien «Le Temps», a relaté le suivi de cette affaire dans un article paru le 29 octobre 1999 en première page, sous le titre «Jérémie, 4 ans, a tué sa petite sœur», suivi du sous-titre «On parvient enfin à expliquer la mort d'un bébé de deux mois». L'article exposait que, pour le juge d'instruction, l'hypothèse la plus vraisemblable était que le frère de la victime était à l'origine du drame. Il n'existait toutefois aucune certitude au sujet des circonstances exactes de l'accident. Dans un article paru le 4 novembre 1999 dans l'hebdomadaire «GHI», le journaliste X. a repris l'article de Z. du 29 octobre 1999 en ces termes: «Bébé tué par son frère. Le 15 novembre 1999, les époux Y., agissant à titre personnel et à titre de représentants légaux de leur fils B. ont déposé plainte pénale, pour diffamation au sens de l'art. 173 CP, contre toute personne impliquée dans la rédaction des articles parus, respectivement, dans le journal du 29 octobre 1999 et l'hebdomadaire «GHI» du 4 novembre 1999.

Par ordonnance du 6 janvier 2000, le Procureur général a classé la procédure. Saisie d'un recours des époux Y., la Chambre d'accusation genevoise a confirmé le classement. Elle a considéré qu'il n'apparaissait pas que les

articles incriminés aient un caractère diffamatoire. Elle a ajouté que, même si tel devait être le cas, il y aurait lieu d'admettre que les journalistes pourraient apporter la preuve de leur bonne foi. Les époux Y. se pourvoient en nullité au Tribunal fédéral.

En droit:

1.- (...)

2.- Les recourants soutiennent que les articles incriminés sont diffamatoires en tant que le titre de l'un d'eux affirme que leur fils a tué sa petite sœur et que l'autre reprend cette affirmation. Au demeurant, le caractère attentatoire à l'honneur des articles incriminés devrait de toute manière être admis du fait qu'ils ne respectent pas la présomption d'innocence garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH.

a) L'art. 173 ch. 1 CP réprime le comportement de celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ou aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon.

Cette disposition protège la réputation d'être un homme honorable, c'est-à-dire de se comporter comme un homme digne à coutume de le faire selon les conceptions généralement reçues. Il faut donc que l'atteinte fasse apparaître la personne visée comme méprisable; il ne suffit pas qu'elle l'abaisse dans la bonne opinion qu'elle a d'elle-même ou dans les qualités qu'elle croit avoir, notamment dans le cadre de ses activités professionnelles, artistiques, politiques,

etc.; échappent donc à la répression les assertions qui, sans faire apparaître la personne comme méprisable, sont seulement propres à ternir la réputation dont elle jouit dans son entourage ou à ébranler sa confiance en elle-même par une critique visant en tant que tel l'homme de métier, l'artiste, le politicien, etc. (ATF 119 IV 44 consid. 2a p. 47 et les arrêts cités).

Pour apprécier si une déclaration est attentatoire à l'honneur, il faut se fonder non pas sur le sens que lui donne la personne visée, mais sur une interprétation objective selon le sens qu'un destinataire non prévenu doit, dans les circonstances d'espèce, lui attribuer (ATF 121 IV 76 consid. 2a/bb p. 82; 119 IV 44 consid. 2a p. 47; 118 IV 248 consid. 2b p. 251; 117 IV 27 consid. 2c p. 29 s.). S'agissant d'un texte, il doit être analysé non seulement en fonction des expressions utilisées, prises séparément, mais aussi selon le sens général qui se dégage du texte dans son ensemble (ATF 117 IV 27 consid. 2c p. 30; 115 IV 42 consid. 1c p. 44).

Le comportement délictueux peut consister soit à accuser une personne, c'est-à-dire à affirmer des faits qui la rendent méprisable, soit à jeter sur elle le soupçon au sujet de tels faits, soit encore à propager même en citant sa source ou en affirmant ne pas y croire une telle accusation ou un tel soupçon (ATF 117 IV 27 consid. 2c p. 29 et les références citées). Il peut être réalisé sous n'importe quelle forme d'expression: verbalement, par écrit, par l'image ou le geste, ou par tout autre moyen (art. 176 CP).

Il n'est pas nécessaire que la personne visée soit nommément désignée; il suffit qu'elle soit reconnaissable (ATF 117 IV 27 consid. 2c p. 29 et les arrêts cités). Il n'est pas exigé qu'elle puisse être identifiée par tout un chacun; il suffit que l'un des destinataires puisse la reconnaître (BERNARD CORBOZ, Les principales infractions, Berne 1997, art. 173 CP, n° 39).

b) La décision attaquée admet que les termes utilisés dans les titre et sous-titre du journal «Le Temps» et dans le titre du journal GHI sont «regrettables et maladroits», en ce sens qu'ils indiquent que l'enfant «a tué sa sœur», ce qui peut évoquer, dans l'esprit du lecteur, une idée de violence et de meurtre. Elle considère toutefois que le texte des articles doit être lu dans son ensemble et que, compte tenu des précautions rédactionnelles avec lesquelles il a été rédigé et de la manière dont les faits y sont relatés, il n'en résulte pas qu'une intention délictueuse et un acte criminel seraient imputés à l'enfant; dans leur ensemble, les propos s'avèrent suffisamment nuancés et ne font nullement apparaître l'enfant comme un meurtrier.

Il est vrai que, selon la jurisprudence rappelée ci-dessus, un texte doit être analysé non seulement en fonction des expressions utilisées, prises séparément, mais aussi selon le sens général qui se dégage du texte dans son ensemble. Cela ne signifie cependant pas qu'il faille faire abstraction de l'impact particulier d'un titre ou d'un intertitre; rédigés en plus gros caractères et en gras, ceux-ci frappent spécialement l'attention du lecteur;

très généralement, ils sont en outre sensés résumer très brièvement l'essentiel du contenu de l'article; de plus, il n'est pas rare que des lecteurs, parce qu'ils n'en prennent pas la peine ou parce qu'ils n'en ont pas le temps, ne lisent que le titre et intertitre, par lesquels ils peuvent être induits en erreur si leur contenu ne correspond pas à celui de l'article. Aussi la jurisprudence a-t-elle admis le caractère diffamatoire d'un intertitre faisant état d'une escroquerie à l'assurance, quand bien même il ressortait de l'article qu'aucune condamnation de ce chef n'avait encore été prononcée (cf. ATF 116 IV 31 consid. 5b, p. 42).

Le titre de l'article paru dans «Le Temps» affirme clairement que l'enfant a tué sa sœur et l'article paru dans GHI reprend ses propos. Une telle affirmation, même si elle vise un enfant, est incontestablement attentatoire à l'honneur. Dire de quelqu'un qu'il a tué sa sœur évoque objectivement une idée de violence, voire de meurtre. Par ailleurs, l'honneur d'un enfant, même incapable de discernement, est protégé (TRECHSEL, Kurzkomentar, 2^{ème} éd. Zurich 1997, art. 173 no 13; BERNARD CORBOZ, op. cit., art. 173 CP, n° 21). Le fait qu'il s'agisse d'un enfant peut certes jouer un rôle pour déterminer si ce qui est dit porte atteinte à son honneur, car ce qui peut faire apparaître une personne adulte comme méprisable ne fait pas nécessairement apparaître comme tel un enfant, dont on ne saurait attendre la même conduite que de la part d'un adulte; ainsi dire à un enfant de 12 ans qu'il a besoin d'être éduqué moralement ne le fait pas apparaître comme méprisable dans la mesure où l'éducation d'un enfant n'est pas encore achevée à cet âge (ATF 72 IV 173). En revanche, alléguer qu'un enfant de moins de 7 ans, même s'il n'est pas soumis au code pénal, a tué sa sœur le fait apparaître comme méprisable aux yeux des tiers.

Peu importe que l'enfant ne soit pas nommément désigné, dès lors qu'il est reconnaissable, au moins pour les personnes proches de l'affaire en cause, à la lecture du titre et du sous-titre de l'article paru dans «Le Temps» et de l'encart paru dans le GHI.

De même il importe peu que les propos litigieux soient ensuite tempérés dans l'article paru dans «Le Temps», où le fait que l'enfant est à l'origine de la mort de sa sœur est présenté comme l'hypothèse la plus probable avancée par le magistrat instructeur. Pour les motifs exposés ci-dessus, cela ne suffit pas à dénier le caractère diffamatoire des titre et intertitre qui précèdent l'article. Au demeurant, que le fait avancé soit vrai, que l'auteur fasse état de soupçons ou encore qu'il formule ses propos sous la forme d'une interrogation ou d'une supposition, la phrase incriminée n'en est pas moins attentatoire à l'honneur (cf. ATF 117 IV 29 consid. 2c p. 29; DENIS BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, p. 288, n° 1003).

c) Au vu de ce qui précède, le caractère diffamatoire des propos litigieux a été nié à tort. Le pourvoi étant sur ce point fondé, il est superflu d'examiner l'argumentation subsidiaire des recourants relative à une éventuelle violation par les intimées de la présomption d'innocence garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH. Reste en revanche à examiner si, comme l'estime l'autorité cantonale et ce que contestent les recourants, les intimées auraient de toute manière dû être

admises à apporter l'une des preuves libératoires et auraient pu l'apporter.

3.- L'art. 173 ch. 2 CP dispose que l'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies. L'auteur d'une diffamation n'est toutefois pas admis à faire les preuves libératoires ainsi prévues si ses allégations ont été articulées ou propagées sans égard à l'intérêt public ou sans autre motif suffisant, principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou à la vie de famille (art. 173 ch. 3 CP). Selon la jurisprudence, ces deux conditions doivent être réunies cumulativement; la preuve libératoire ne peut donc être refusée que si l'auteur s'est exprimée sans motif suffisant et s'il a agi principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui (ATF 116 IV 31 consid. 3 p. 37, 205 consid. 3b p. 208).

Il résulte de la décision attaquée que le drame qui s'est produit le 27 juillet 1999 avait été évoqué antérieurement dans un article de presse du 5 août 1999 et que les intimées ont rédigé et fait publier les articles incriminés pour informer au sujet du développement de l'enquête ouverte à la suite de ce drame. Les recourants, qui ne pourraient d'ailleurs le faire dans un pourvoi en nullité (cf. art. 277^{bis} al. 1 2^{ème} phrase PPF), ne contestent du reste pas la constatation cantonale selon laquelle les intimées ont voulu informer et n'ont pas agi dans le dessein de dire du mal d'autrui. Pour le surplus, l'admission à l'apport des preuves libératoires se détermine exclusivement sur la base de l'art. 173 ch. 3 CP; que les intimées n'auraient pas respecté la présomption d'innocence ou que leurs allégations causeraient à la personne visé une atteinte illicite à la personnalité au sens de l'art. 28 CC n'est à cet égard pas déterminant (ATF 122 IV 311 consid. 1 p. 313 ss).

La décision attaquée ne viole donc pas le droit fédéral en tant qu'elle considère que les intimées auraient pu être admises à apporter les preuves libératoires.

4.- Les recourants contestent que les intimées auraient pu prouver la véracité de ce qu'elles avançaient.

Comme ils l'admettent, la Chambre d'accusation cantonale - dont seule la décision peut faire l'objet du pourvoi (art. 268 ch. 1 PPF) - n'a toutefois pas tranché cette question, considérant que celle-ci pouvait en définitive demeurer indécise, dès lors que les intimées auraient de toute manière pu apporter la preuve de la bonne foi. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière.

5.- Selon les recourants, c'est à tort qu'il a été admis que les intimées pourraient apporter la preuve de la bonne foi. Les informations fournies par le juge d'instruction ne permettraient pas aux intimées d'affirmer que l'enfant «a tué sa sœur»; au demeurant, les intimées, n'auraient pas respecté la présomption d'innocence, de sorte qu'elles ne pourraient invoquer leur bonne foi.

a) La preuve de la bonne foi est apportée lorsque l'auteur établit qu'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ses allégations pour vraies. L'auteur est de bonne foi s'il a cru à la véracité de ce qu'il disait. La bonne

foi ne suffit cependant pas; encore faut-il que l'auteur ait eu des raisons sérieuses de croire ce qu'il disait; il doit donc démontrer avoir accompli les actes qu'on pouvait attendre de lui, selon les circonstances et sa situation personnelle, pour contrôler la véracité de ses allégations et la considérer comme établie. Autrement dit, l'auteur doit prouver qu'il a cru à la véracité de ses allégations après avoir fait consciencieusement tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour s'assurer de leur exactitude. Une prudence particulière doit être exigée de celui qui donne une large diffusion à ses allégations par la voie d'un média. L'auteur ne saurait se fier aveuglément aux déclarations d'un tiers. Pour déterminer si l'auteur avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ses allégations pour vraies, il faut se fonder exclusivement sur les éléments dont il avait connaissance au moment où il a tenu les propos litigieux; il n'est pas question de prendre en compte des moyens de preuve découverts ou des faits survenus postérieurement. Il appartient à l'auteur d'établir les éléments dont il disposait à l'époque, ce qui relève du fait; sur cette base, le juge doit déterminer si ces éléments étaient suffisants pour croire à la véracité des propos, ce qui relève du droit (ATF 124 IV 149 consid. 3b p. 151 s. et les références citées).

La jurisprudence a notamment précisé que, lorsqu'elle donne compte rendu d'une procédure pénale pendante, la presse doit faire preuve d'une circonspection particulière et doit notamment prendre en considération la présomption d'innocence garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH. Lorsqu'il s'agit de décrire une infraction qui n'a pas encore été constatée dans un jugement passé en force, la formulation utilisée n'est admissible que si elle fait apparaître sans équivoque qu'il ne s'agit, en l'état, que de soupçons et que le jugement du tribunal compétent est réservé. La presse qui entend informer au sujet d'une procédure pénale pendante doit par ailleurs tenir compte du risque que des influences politiques ou la surcharge des autorités judiciaires peuvent entraver le cours de la justice. Une interprétation de l'art. 173 CP conforme à la Cst. postule la prise en considération de toutes les valeurs constitutionnelles, pouvant être partiellement en conflit, qui entrent en ligne de compte, telles que la liberté de la presse, le rôle de surveillance de cette dernière, la protection de la personnalité et la présomption d'innocence (ATF 122 IV 311 consid. 2c p. 316 s.; 116 IV 31 consid. 5a p. 39 ss). Ainsi a-t-il été jugé qu'un journaliste n'avait pas violé la présomption d'innocence dans la mesure où il avait fait état de soupçons quant à la commission d'un meurtre, mais qu'il était en revanche allé trop loin en alléguant la commission d'une escroquerie à l'assurance, alors que, dans ce cas, seul un soupçon pouvait être formulé de bonne foi (ATF 116 IV 31 consid. 5b p. 41 ss).

b) Comme on l'a vu, l'article paru dans «Le Temps» est diffamatoire en tant que son titre et son intertitre affirment que l'enfant a tué sa petite sœur et il en va de même de l'article paru dans «GHI» en tant qu'il reprend ces propos. Or, les déclarations du magistrat instructeur - qui avait qualifié d'«hypothèse la plus vraisemblable» le fait

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

que le frère de la victime soit à l'origine de la mort de celle-ci et qui, décrivant ce qui avait probablement pu se passer, avait précisé qu'«il n'existe toutefois aucune certitude sur les circonstances exactes de l'accident» - ne permettaient pas de formuler une telle affirmation, c'est-à-dire de présenter le fait que l'enfant a tué sa petite sœur comme une certitude, comme une «vérité» bien lourde à porter pour les parents, autrement dit comme un fait avéré. Pour l'avoir méconnu, l'autorité cantonale a admis à tort que les intimées auraient pu apporter la preuve de leur bonne foi.

Le bien-fondé du pourvoi sur ce point rend superflu l'examen de l'argumentation subsidiaire des recourants relative à une violation par les intimées de la présomp-

tion d'innocence garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH. Il se justifie cependant ici de relever que, contrairement à ce qu'a estimé l'autorité cantonale, l'enfant peut se prévaloir de la garantie précitée. Fût-il commis par un enfant de moins de 7 ans, l'homicide n'est pas un acte licite, mais un crime, pour lequel l'enfant ne peut toutefois pas être poursuivi pénalement. En tant que personne, cet enfant bénéficie de la présomption d'innocence, même si un procès pénal est exclu; au demeurant, un procès civil dans le cadre duquel sa culpabilité devrait être établie est possible (cf. art. 307 CC).

6.- Le pourvoi doit ainsi être admis et l'ordonnance attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. ■

Zur Bemessung der Höhe von Verwaltungs-sanktionen im Fernmelderecht

Bundesgerichtsentscheid vom 22. November 2000 (2A.368/2000)

Die Weigerung einer Fernmeldedienstanbieterin, den gesetzlich vorgeschriebenen Statistikfragebogen auszufüllen, stellt eine Konzessionsverletzung dar und kann mit einer Verwaltungssanktion gemäss Art. 60 FMG sanktioniert werden. Eine Verwaltungssanktion ist verschuldensunabhängig. Das Nicht-einreichen der Angaben für die Statistik stellt keine Bagatelle dar. Ein Sanktionsbetrag in der Höhe von 5% des massgeblichen Höchstansatzes erscheint hoch, sprengt aber nicht jedes vernünftige Mass.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Das Bundesamt für Kommunikation verlangte am 9. September 1999 zwecks Erstellung der amtlichen Fernmeldestatistik von der X. AG, dass diese bis 11. Oktober 1999 den Statistikfragebogen «Finanzdaten» ausfülle. Die X. AG reagierte auch nach diversen Mahnungen nicht, weshalb das Bundesamt am 16. März 2000 ein Aufsichtsverfahren einleitete. Mit Verfügung vom 20. Juni 2000 stellte die Eidgenössische Kommunikationskommission fest, dass die X. AG gegen ihre Konzession vom 17. Dezember 1998 verstossen habe, weshalb ihr eine Verwaltungssanktion von Fr. 15'000.– auferlegt wurde.

Die X. AG hat mit Eingabe vom 22. August 2000 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Busse auf einen Fr. 500.– nicht übersteigenden Betrag herabzusetzen.

Erwägungen:

1.- Verstösse gegen Konzessionen oder Verfügungen im Sinne von Art. 60 FMG werden vom Bundesamt für Kommunikation untersucht und von der Eidgenössischen Kommunikationskommission geahndet (Art. 60 Abs. 2 FMG). Verfügungen eidgenössischer Kommissionen können unmittelbar mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, angefochten werden, sofern das Bundesrecht dies vorsieht (Art. 98 lit. f OG).

Das trifft hier zu, denn im Unterschied zu Verfügun-

gen des Bundesamtes, die (zunächst) an die Rekurskommission weitergezogen werden können (Art. 60 Abs. 2 FMG), sind gemäss Art. 60 Abs. 1 FMG Verfügungen der Kommission beim Bundesgericht anzufechten (Art. 61 Abs. 1 FMG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig.

2.- a) Nach Art. 59 Abs. 2 FMG sind die konzessions- und meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichtet, dem Bundesamt regelmässig die zur Erstellung einer amtlichen Fernmeldestatistik erforderlichen Angaben einzureichen. Diese Verpflichtung ist unbestrittenermassen ausdrücklicher Bestandteil der der Beschwerdeführerin erteilten Konzession. Die Beschwerdeführerin ist ihrer Verpflichtung trotz mehrfacher Mahnung nicht nachgekommen und hat sämtliche Aufforderungen des Bundesamtes unbeantwortet gelassen. Auch dies ist unstrittig.

b) aa) Verstösst eine Anbieterin von Fernmeldediensten zu ihrem Vorteil gegen die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung, so kann sie gemäss Art. 60 Abs. 1 FMG mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet werden. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent ihres letzten Jahresumsatzes in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass die von ihr begangene Konzessionsverletzung eine Sanktion im Sinne von Art. 60 Abs. 1 FMG nach sich ziehen muss. Sie bemängelt nur die Bemessungsmethode und die Höhe der Sanktion. Es hätte nicht auf den Jahresumsatz abgestellt werden sollen, sondern es wäre der Gewinn zu schätzen gewesen, den die Beschwerdeführerin durch die

Arbeitseinsparung erzielt habe. Abgesehen hievon hätte das Verschulden berücksichtigt werden müssen und sei das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet worden. Das Nichteinreichen der Angaben für die Statistik stelle eine Bagatelle dar, die nicht mit einem Betrag von Fr. 15'000.– hätte sanktioniert werden dürfen.

bb) Art. 60 Abs. 1 FMG sieht für die Sanktion der Unternehmung zwei verschiedene Bemessungsmethoden vor. Die erste stellt als Bemessungsbasis auf den ermittelten oder geschätzten Gewinn aus der Konzessionsverletzung ab, die zweite, welche nur dann zur Anwendung kommt, wenn sich der Gewinn weder feststellen noch schätzen lässt, auf den Umsatz der Unternehmung. Dem Gesetz lässt sich damit eine Rangordnung in dem Sinne entnehmen, dass der Bemessung nach Massgabe des Gewinns die Priorität zukommt. Bei einer Auskunftsverweigerung, wie sie hier in Frage steht, kann allerdings nicht die Zeitersparnis Grundlage für die Gewinnermittlung sein. Das wäre keine adäquate Bezugsgrösse für die Bemessung einer Sanktion, welche für das fehlbare Unternehmen spürbar sein muss, um ihren Zweck zu erfüllen. Die Eidgenössische Kommunikationskommission ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall auf den Jahresumsatz des Unternehmens abzustellen ist.

cc) Die Höhe dieses Umsatzes ist nicht streitig. Sie wurde von der Eidgenössischen Kommunikationskommission gestützt auf die Angaben der Eidgenössischen Steuerverwaltung über den mehrwertsteuerpflichtigen Umsatz der letzten vier verfügbaren Quartale mit Fr. 3'125'399.– ermittelt. Art. 60 Abs. 1 FMG sieht vor, dass der Höchstbetrag der Verwaltungsanktion 10 Prozent dieses Umsatzes beträgt, mithin Fr. 312'540.–, wovon die Eidgenössische Kommunikationskommission ebenfalls zu Recht ausgegangen ist. Für die Bemessung des Betrages, unter Beachtung der so ermittelten Höchstgrenze, gibt das Gesetz den Massstab nicht selber vor. Der Botschaft des Bundesrates ist zu entnehmen, dass die effektive Höhe des Betrages nach den «konkreten Umständen» zu bemessen sei und nur in krassen Fällen die Höchstsätze erreichen soll (BBl 1996 III 1448 f.). Massgebend muss insofern die Schwere der Konzessionsverletzung sein. Zu beachten sind im übrigen die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), namentlich muss die angeordnete Sanktion verhältnismässig bleiben.

c) aa) Die Eidgenössische Kommunikationskommission hat den Sanktionsbetrag auf Fr. 15'000.– festgelegt, was 5% des massgeblichen Höchstansatzes entspricht. Sie hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass nicht eine schwerwiegende Konzessionsverletzung in Frage steht. Allerdings darf die Auskunftsverweigerung der Beschwerdeführerin auch nicht bagatellisiert werden. Das Bundesamt für Kommunikation ist verpflichtet, als Entscheidungsgrundlage im liberalisierten Telekommunikationsmarkt eine Fernmeldestatistik zu führen. Dazu ist es auf die fristgerechte Lieferung der erforderlichen Angaben durch die Anbieterinnen angewiesen. Verzögerungen bei einer einzelnen Unternehmung oder – wie

hier – gar die Weigerung, Angaben zu liefern, wirken sich deshalb empfindlich aus und können nicht hingenommen werden. Die Sanktion muss im Übrigen so ausgestaltet sein, dass sie für die Unternehmung finanziell spürbar ist. Ansonsten wäre sie nicht geeignet, die erforderliche Wirkung zu entfalten.

bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Sanktion sei auch das Verschulden zu berücksichtigen. In ihrer Vernehmlassung hält die Eidgenössische Kommunikationskommission entgegen, dass es hierauf nicht ankäme. Sie kann sich auf die Botschaft des Bundesrates zum Fernmeldegesetz stützen, wonach juristische Personen nicht deliktischfähig sind, weil ihnen subjektive Schuld nicht zugewiesen werden könne (BBl 1996 III 1448). Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs (BBl 1999 1979 ff.) wird allerdings die Deliktischfähigkeit juristischer Personen neu diskutiert, wobei der Vorwurf an ein Unternehmen aber klar von der moralischen Schuld des Individualtäters unterschieden und von einem «Vorwurf eigener Prägung» (auch «soziale Schuld» oder «Organisationsverschulden») gesprochen wird (BBl 1999 2142). Die dogmatische Einordnung braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Fest steht jedenfalls, dass der Beschwerdeführerin die Missachtung der mehrfachen Aufforderungen, die statistischen Angaben zu liefern, zum Vorwurf gereicht, und es insoweit zwar nicht um eine schwerwiegende Konzessionsverletzung geht, aber auch nicht von einer Bagatelle gesprochen werden kann, wie die Beschwerdeführerin meint.

cc) Der von der Eidgenössischen Kommunikationskommission festgelegte Sanktionsbetrag erscheint unter Beachtung der massgeblichen Bemessungsfaktoren eher hoch, doch lässt sich nicht sagen, dass er jedes vernünftige Mass sprengt. Das Bundesgericht prüft auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 104 lit. a OG) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. b OG). Ermessensmissbrauch läge zwar vor, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt wäre (BGE 123 V 150 B. 2 S. 152; 104 Ib 108 E. 3 S. 113; 103 Ib 126 E. 4 S. 129 f.), was hier aber nicht zutrifft, weil eine markant tiefere Sanktion, wie sie sich die Beschwerdeführerin vorstellt, kaum als ausreichend angesehen werden könnte. Ob der ausgesprochene Sanktionsbetrag zweckmässigerweise etwas tiefer hätte angesetzt werden können, vielleicht sogar sollen, hat das Bundesgericht als Frage der blossen Angemessenheit der Sanktion (vgl. BGE 116 V 307 E. 2 S. 310) nicht zu entscheiden. Zwar überprüft das Bundesgericht auch die Unangemessenheit von erstinstanzlichen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben (Art. 104 lit. c Ziff. 1 OG). Doch ist diese Überprüfungsbefugnis auf Abgaben ausgerichtet, die staatliche Einnahmen zum Zweck haben und nicht auf Verwaltungsanktionen.

3.- Nach dem Gesagten verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. ■

Kurznachrichten und konzessionsrechtlich vorgeschriebener Informationsschwerpunkt

Bundesgerichtsentscheid vom 30. April 2001 (2A.15/2001)

Der private Fernsehsender TV3 hat ein Vollprogramm mit Schwerpunkten in den Bereichen Information und Unterhaltung zu erbringen. Der Veranstalterin ist ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung des entsprechenden Schwerpunkts zu belassen, da die Umschreibung und der Begriff der Information selber unbestimmt sind und sich der Inhalt einer entsprechenden Pflicht nicht leicht festlegen lässt; dies kann jedoch nicht soweit gehen, dass dem Programmauftrag nicht mehr konzessionskonform nachgekommen und der Schwerpunkt «Information» zugunsten des wirtschaftlich interessanteren der «Unterhaltung» («Big Brother» usw.) vernachlässigt wird.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ab Aufnahme ihres Sendebetriebs am 6. September 1999 strahlte die TV3 AG täglich die zwanzig bis dreissig Minuten dauernde Informationssendung «News um 7» (ab 19.00 Uhr) aus, welche jeweils um 23.30 Uhr wiederholt wurde. Mitte April 2000 ersetzte sie diese durch den Kurznachrichtenblock «News» (ab 19.55 Uhr), der sechs bis acht Minuten dauert und in dessen Rahmen verschiedene Kurzberichte zu tagesaktuellen Ereignissen präsentiert werden. Dabei überwiegen Agenturmeldungen und eingekaufte Bildsequenzen mit nationalem und internationalem Bezug. Die Sendung wird heute jeweils um 22.45 bzw. 00.30 Uhr leicht aktualisiert wiederholt. Am 29. Mai 2000 stellte das Bundesamt für Kommunikation fest, dass die TV3 AG seit Einstellung der «News um 7» Mitte März 2000 konzessionswidrig «keinen Schwerpunkt im Bereich Information» mehr setze. Es forderte sie auf, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen und über die hierzu getroffenen Massnahmen zu informieren, ansonsten administrative Massnahmen ergriffen würden. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) bestätigte diese Beurteilung auf Beschwerde hin am 23. November 2000. Die seit dem Entscheid des Bundesamts erfolgten Änderungen (erneuter Ausbau des Nachrichtenangebots ab September 2000) hätten noch nicht zu einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands geführt.

Die TV3 AG hat hiergegen am 8. Januar 2001 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht.

Aus den Erwägungen:

3.- (...) Wer eine [Konzession] erhält, hat deren Rahmenbedingungen zu respektieren. Er kann sich diesen nicht unter Berufung auf seine Rundfunkfreiheit nachträglich entziehen. Mit der Konzession übernimmt er - im öffentlichen Interesse, welches am Gesamtsystem besteht - die damit verbundenen Auflagen. Ist er hierzu nachträglich nicht mehr bereit, hat er um eine Anpassung der Bedingungen zu ersuchen; er kann sich diesen nicht einfach einseitig unter Berufung auf die Rundfunkfreiheit entschlagen.

b) aa) Der Bundesrat erteilte der Beschwerdeführerin

am 25. März 1999 eine Konzession, um «nach den Vorschriften des RTVG und der RTVV ein deutschsprachiges TV-Vollprogramm national zu veranstalten». Im Rahmen ihres Programmauftrags muss die Beschwerdeführerin «die Zuschauerinnen und Zuschauer vielfältig und sachgerecht informieren» und «die Vielfalt des Landes berücksichtigen» (Art. 2 lit. a und b der Konzession). Sie hat «ein Vollprogramm mit Schwerpunkten in den Bereichen Information und Unterhaltung» anzubieten, in dessen Rahmen sie «über alle wichtigen und relevanten Ereignisse in der ganzen Schweiz» informiert und «dem Austausch zwischen den Sprachregionen ein spürbares Gewicht» beimisst (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Konzession). Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind «die im Gesuch und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben betreffend den Umfang, den Inhalt und die Art der Veranstaltung, die Organisation und die Finanzierung massgebend und verpflichtend» (Art. 1 Abs. 3 der Konzession).

bb) Die Beschwerdeführerin hat damit einen Schwerpunkt im Bereich der - klassischen, meinungsbildenden - Information zu setzen, dem sie nicht bereits durch den Ausbau des für sie attraktiveren Schwerpunkts «Unterhaltung» genügen kann. Dies ergibt sich sowohl aus dem klaren Wortlaut von Art. 2 lit. a der Konzession, indem dort von einem «Vollprogramm mit Schwerpunkten in den Bereichen Information und Unterhaltung» die Rede ist, als auch aus den von der Beschwerdeführerin im Konzessionsverfahren eingereichten verbindlichen Unterlagen: In ihrem Gesuch hielt die Beschwerdeführerin fest, sie werde das Informations- und Unterhaltungsangebot der SRG und der regionalen Sender ergänzen und einen «wichtigen Beitrag zur soziokulturellen Identitätsfindung der Zuschauerinnen und Zuschauer in der Schweiz» leisten sowie «die Meinungsbildung und die Meinungsvielfalt» fördern. Ihr Programm diene «einer allgemeinen, vielschichtigen, unabhängigen und sachgerechten Information» und werde Themen aufgreifen, die von anderen Veranstaltern nicht berücksichtigt würden. In Konkretisierung hiervon sah sie im beigelegten Programmraaster «täglich um 19:00 Uhr eine Nachrichtensendung» vor, wobei der nachfolgende «Programmeckpunkt [...] auf 19:30 Uhr» angesetzt wurde. Zwar ist diese Programmvorgabe - wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet - nicht grundsätzlich unveränderlich und muss ihr als Veranstalterin ein gewisser Spielraum bei

der Umsetzung des entsprechenden Schwerpunkts belassen werden, da die Umschreibung und der Begriff der Information selber unbestimmt sind und sich der Inhalt einer entsprechenden Pflicht - zugegebenermassen - nicht leicht festlegen lässt; dies kann jedoch nicht soweit gehen, dass dem Programmauftrag nicht mehr konzessionskonform nachgekommen und der Schwerpunkt «Information» zugunsten des wirtschaftlich interessanteren der «Unterhaltung» («Big Brother» usw.) vernachlässigt wird. Nach dem Vertrauensgrundsatz, der auch bei der Auslegung von rundfunkrechtlichen Konzessionen gilt (BGE 121 II 81 E. 4a S. 85 zur SRG-Konzession 1992), muss sich die Beschwerdeführerin darauf behaften lassen, dass sie jeweils täglich im oder unmittelbar vor dem Abendprogramm einen im Rahmen ihrer Programmautonomie zu gestaltenden «Informations»-Schwerpunkt setzt, zu dessen Realisierung sie genügend Mittel zur Verfügung zu stellen hat.

c) Diesem Anspruch kam und kommt sie mit den «News» - auch bei Berücksichtigung von weiteren Sendegefässen, die im weitesten Sinn meinungsbildend relevant sein können - nicht mehr hinreichend nach:

aa) Im März 2000 hat sie die Sendung «News um 7» abgesetzt und die News-Redaktion von 49 auf zehn Personen reduziert, was eine gegenüber dem Programmauftrag grundlegende und schwerwiegende Änderung bedeutete, welche ein Einschreiten der konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörde gebot. Dass sich diese gestützt auf die zur Erlangung der Konzession gemachten Angaben nicht mit der Erklärung zufrieden geben konnte, TV3 habe sich «aufgrund des ungenügenden Zuschauerzuspruchs» veranlasst gesehen, «die Newssendung ‚News um 7‘ zu streichen», liegt auf der Hand, hat die Beschwerdeführerin am 29. März 2000 doch selber zugestanden, dass «mit der geplanten Kurznachrichtensendung [...] zwar quantitativ der Anteil konventioneller News im Programm» sinke, sich TV3 aber bemühen werde, «dem Leistungsauftrag und den Zuschauerwünschen» qualitativ «gerecht zu werden», wozu sie auf eher im Unterhaltungsbereich liegende Beiträge («Fohrlor Live», «Wer wird Millionär?» usw.) oder auf Dokumentarsendungen («Hautnah») verwies. Nach einer vorübergehenden völligen Einstellung der Nachrichtensendungen strahlte die Beschwerdeführerin ab Mitte April 2000 die heute fünf bis acht Minuten dauernden «News» aus. Hierfür soll sie inzwischen zwei neue Mitarbeiter eingestellt haben; im Übrigen will sie zur Realisierung dieser Sendung vermehrt auf freie Journalisten zurückgreifen. Im September 2000 hat zudem inzwischen offenbar ein für das Bundeshaus und die Region Bern zuständiger Redaktor seine Arbeit in der Nachrichtenredaktion aufgenommen.

bb) Dieser Neuausbau hat die ursprünglichen einschneidenden Änderungen (Aufhebung der «News um 7» bei gleichzeitigem drastischem Personalabbau im Informationsbereich) noch nicht auszugleichen vermocht: Die «News um 7» dauerten zwischen zwanzig und dreissig Minuten (mit oder ohne Wetter), die heutigen «News» machen ihrerseits nach wie vor bloss einen Bruchteil

hiervon aus (sechs bis acht Minuten). Zwar hängt die Qualität der Information - wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht - nicht allein von der Dauer des Sendegefässes ab, doch vermag eine Kurzinformation - zum Teil bloss in Form von Schlagzeilen - nur einen reduzierten Beitrag zur Meinungsbildung zu leisten; auf jeden Fall kann sie nicht als «Informationsschwerpunkt» im Abend- bzw. Vorabendprogramm verstanden werden. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass bei längeren Berichten Ereignisse in einem grösseren Zusammenhang dargestellt und kommentiert werden, was sich positiv auf den Informationsgehalt und insbesondere die Medienvielfalt auswirkt. Die vom einzelnen Veranstalter verbreiteten Informationen sollen auch einen gewissen Eigenwert aufweisen und über das reine Wiedergeben von Agenturmeldungen hinausgehen. Dies war beim ursprünglichen Konzept von TV3, wie es Inhalt der Konzession wurde, der Fall, hingegen nicht mehr seit dem einseitig vorgenommenen personellen und inhaltlichen Abbau des Schwerpunkts «Information».

cc) Die vermehrte Ausstrahlung der «News» mit punktuellen «Up-Date» fördert nicht die von den Konzessionsbehörden mit der Streichung der «News um 7» als beeinträchtigt beanstandete Informationstiefe, sondern allein deren Verbreitungshäufigkeit. Dass die «News» höhere Zuschaltquoten haben sollen als ihre Vorgängersendung, ändert hieran nichts: TV3 will und muss nach der Konzession ein Vollprogramm ausstrahlen mit einer vertiefenden Nachrichtensendung; hierzu muss die Beschwerdeführerin einen entsprechenden programmlichen Schwerpunkt setzen. Diesen inhaltlich wie formell anziehend - und damit für sie auch wirtschaftlich interessant - zu gestalten, liegt an ihr; es ist dies ihr selber gewählter, in die Konzession aufgenommener Programmauftrag, den sie nicht aus wirtschaftlichen Überlegungen im Hinblick auf höhere Einschaltquoten einseitig zugunsten der Unterhaltung fallen lassen kann. Auch wenn die Personalkosten inzwischen wieder um 27 Prozent zugenommen haben sollen, liegen sie - absolut betrachtet - noch immer wesentlich unter dem Aufwand, den die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch ausgewiesen und in Aussicht gestellt hatte; die Eigenproduktionen sind bei den «News» im Vergleich zu früher nach wie vor reduziert. Schliesslich besteht neuerdings auch eine gewisse Tendenz, eigene Veranstaltungen (Einzug der Bewohner in den «Big Brother-Container» usw.) zur wesentlichen «News» des Tages zu erklären und innerhalb der Nachrichtensendung damit ein Sendegefäss zu bewerben, wobei wiederum der Unterhaltungsschwerpunkt in den Vordergrund gerückt wird.

d) Dass der Start des neuen Senders mit Risiken verbunden war, versteht sich. Ebenso ist verständlich, dass die Beschwerdeführerin dort Änderungen vornehmen will, wo sich ihre Erwartungen in das Verhalten der Zuschauer nicht erfüllt haben. Dies gab und gibt ihr aber nicht das Recht, sich hierfür unter Berufung auf ihre Programmautonomie eigenmächtig über die Konzession und die dabei eingegangenen Verpflichtungen hinwegzusetzen.

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

zen. Programmanpassungen der vorliegenden Art muss sie in Absprache mit der Konzessionsbehörde bzw. mit dem zuständigen Bundesamt treffen; nötigenfalls hat sie um eine entsprechende Anpassung der Konzession zu ersuchen. Es ist nicht am Bundesgericht im vorliegenden Verfahren darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen und bei welcher Ausgestaltung der «News» die heutigen konzessionsrechtlichen Verpflichtungen wieder als erfüllt gelten könnten. Es genügt die Feststellung, dass dies bei der vom Departement beurteilten Ausgangslage - entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin - nicht der Fall war. Ausführungen hinsichtlich des künftigen Radio- und Fernsehrechts erübrigen sich, da allein die Vereinbarkeit des an-

gefochtenen Entscheids mit den geltenden gesetzlichen und konzessionsrechtlichen Grundlagen zu prüfen ist. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass die privaten Veranstalter künftig nicht mehr in den Leistungsauftrag eingebunden werden sollen, geht deshalb an der Sache vorbei; er verkennt im Übrigen, dass die Beschwerdeführerin selber um die Konzession zur Ausstrahlung eines Vollprogramms nachgesucht hat. Dem aktuellen medienrechtlichen System liegen andere Wertungen als dem vom Bundesrat vorgeschlagenen zukünftigen zugrunde, weshalb für die Auslegung des geltenden Rechts nicht auf diese zurückgegriffen werden kann (vgl. BGE 127 II 79 ff.).

4.- a) Nach dem Gesagten erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet. (...) ■

D'AUTRE PART

UND AUSSERDEM

Verbotener Hinweis auf Osteoporose

Bundesgerichtsentscheid vom
22. Januar 2001 (2A.456/2000; BGE-
Publikation vorgesehen)

Wird ein Produkt nicht ausdrücklich als Heilmittel in den entsprechenden Verfahren auf den Markt gebracht und in diesem Sinn «angepriesen», gelten die Regeln des Lebensmittelrechts einschliesslich des Verbots, diesem Eigenschaften zur Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuzuschreiben. Konkret erachtete das Bundesgericht die Werbung für Milch mit dem Hinweis, dass diese der Knochenbrüchigkeit im Alter, der sogenannten Osteoporose, vorzubeugen vermöge, als unzulässig.

Art. 19 der Lebensmittelverordnung (LMV) will zum Schutz der Konsumenten tatsächliche Informationen verhindern. Für das Bundesgericht ist klar, dass der Bundesrat die Kompetenz hat, «im Rahmen der Vollzugsregelungen zum Lebensmittelgesetz Vorschriften zu erlassen, die verhindern, dass Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstände, die nicht als Arzneimittel auf den Markt kommen, mit Heilanzeigen versehen werden».

«Wer einem Lebensmittel vorbeugende oder heilende Eigenschaften zuschreibt, dieses aber nicht als Arzneimittel nach dem Heilmittelrecht anpreist, führt den Konsumenten insofern irre, als er den Eindruck entstehen lässt, sein Produkt wirke wie ein solches und sei entsprechend geprüft. Dies will Art. 19 Abs. 1 lit. c LMV verhindern».

Nach Ansicht des Bundesgerichts schränkt dieses Werbeverbot weder die Meinungsäusserungsfreiheit noch die Wirtschaftsfreiheit ein, da Art. 19 Abs. 1 lit. c LMV auf einer klaren gesetzlichen Grundlage beruhe

und insofern im öffentlichen Interesse liege, als er aus gesundheitspolizeilichen Gründen die Anwendung der Heilmittel- und Lebensmittelgesetzgebung abgrenze und mit Blick auf eine allenfalls untaugliche Selbstmedikation wegen einer angeblich mit einem Lebensmittel verbundenen vorbeugenden bzw. heilenden Wirkung gesundheitsgefährdenden Irrtümern im Publikum entgegen wirke. ■

REMARQUES:

Cet arrêt est intéressant à plusieurs titres. En premier lieu, il utilise pour résoudre le problème qui lui est posé non seulement le droit positif: la législation applicable, la Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution fédérale, mais aussi une loi adoptée par l'Assemblée fédérale mais non encore en vigueur (la loi sur les produits thérapeutiques) et une directive du Conseil de l'Union européenne. Il est vrai que ces deux derniers textes ne sont pas appliqués comme tels, mais viennent renforcer l'argumentation du Tribunal fédéral, dont la jurisprudence est ainsi à juste titre non seulement «EU-konform» ou «EU-vereinbar»; elle préserve aussi l'avenir.

En deuxième lieu, du point de vue de la procédure, le Tribunal examine la validité d'une décision du Tribunal administratif du canton de Berne sur recours d'un Département fédéral et conclut que le recours est bien fondé. On pourrait penser qu'il en resterait là. Mais, voilà qu'il examine, au considérant 4 de son arrêt, les arguments du défendeur (violation de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme) contre la décision prise en première instance. On peut y voir un exemple de la règle selon laquelle le Tribunal fédéral applique le droit d'office.

En troisième lieu, sur le fond, le Tribunal fédéral indique que les denrées alimentaires sont des produits nutritifs destinés à la constitution et à l'entretien de l'organisme humain «qui ne sont pas pronés comme médicaments» (article 3 de la loi sur les denrées alimentaires LDAI). Dès lors que le lait est un produit nutritif au sens de l'ordonnance sur les denrées alimentaires (ODAI), la question qui se posait était de savoir si une publicité qui affirme que le «calcium contenu dans le lait aide à éviter l'ostéoporose» revient à prôner le lait comme un médicament et si cette publicité était conforme à la réalité ou était trompeuse et, partant, interdite (article 18 LDAI). Définir ce qu'est «prôner» un médicament et ce qu'est une publicité «trompeuse», c'est exécuter la loi et, partant, il est normal que le législateur s'en remette sur ce point à l'Exécutif agissant par la voie d'une ordonnance d'exécution. C'est ce qu'a fait le Conseil fédéral à l'article 19 ODAI qui s'applique aussi à la publicité. Ainsi, selon l'ODAI, «prôner» c'est notamment «faire de la publicité». Toujours, selon l'ODAI, il est interdit dans la publicité pour une denrée alimentaire de faire état de «mentions prêtant à une denrée alimentaire des propriétés favorisant la prévention, le traitement ou la guérison d'une maladie humaine» sauf situations particulières sans pertinence ici; de même est interdite une publicité «suggérant qu'une denrée alimentaire est un médicament».

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

Il était patent que la publicité de l'Union des producteurs de lait prêtait au lait la propriété de favoriser la prévention d'une maladie humaine très répandue: l'ostéoporose. Dès lors que la mise sur le marché de médicaments est soumise à des règles spécifiques de police sanitaire, il est normal que les denrées alimentaires ne puissent pas être présentées comme des substances pouvant «traiter ou guérir» des maladies, sans respecter les règles de la police sanitaire. La question est plus discutable s'agissant de la possibilité de «prévenir» les maladies par l'utilisation de produits alimentaires par opposition à l'utilisation de médicaments pour prévenir des maladies spécifiques tels que définis à l'article 4 alinéa 1^{er} lettre a. de la loi sur les produits thérapeutiques. Il y a en effet quelque chose d'artificiel dans la recommandation finale du Tribunal fédéral de ne pas dire que «le calcium du lait est bon contre l'ostéoporose» mais de dire que «le lait est bon pour la santé des os». Ainsi, ce serait la différence entre une nourriture saine en général et la possible prévention de maladies spécifiques qui distinguerait une denrée alimentaire et un médicament et la publicité licite de la publicité illicite!

PROF. BLAISE KNAPP, VÉSENAZ

**Unterbrecherwerbung
muss nicht europä-
kompatibel sein**

(Bundesgerichtsentscheid vom
13. Februar 2001; 2A. 377/2000;
BGE-Publikation vorgesehen)

Mit diesem Urteil lehnte es das Bundesgericht ab, die geltende gesetzliche Regelung der Unterbrecherwerbung in Anlehnung an das weniger einschränkende europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen grosszügiger auszulegen. Dies forderte der private Fernsehsender TV3, der jeweils seine einstündigen «Leisten» nach rund 30 Minuten durch einen «Trailer» sowie einen Werbeblock unterbrochen hatte.

Die Rundfunkgesetzgebung sieht in Art. 18 Abs. 2 RTVG vor, dass «in sich geschlossene Sendungen», welche weniger als 90 Minuten dauern, nicht durch Werbung unterbrochen werden dürfen. Das Bundesgericht geht in seiner Entscheidung davon aus, dass mit dieser Regelung keine Abstufungen nach dem Programminhalt gemacht worden sind. «Die Zulässigkeit der Unterbrecherwerbung ist gesetzlich geregelt und kann nicht von einem vermuteten «Zapping»-Verhalten des Zuschauers abhängen. Haben sich die Bedürfnisse von Veranstalter und Publikum gewandelt, ist dem durch eine - demokratisch legitimierte und auf eine medienrechtliche Gesamtsicht beruhende - Gesetzesrevision Rechnung zu tragen...». Im Entscheid wird weiter darauf hingewiesen, dass sämtliche Vorschläge, die Regelung der Unterbrecherwerbung flexibler zu gestalten und insbesondere dem europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen anzupassen, von den Parlamentariern anlässlich der Gesetzesberatung bewusst verworfen worden sind, da keine «amerikanischen Verhältnisse» gewünscht wurden.

Internationalrechtlich ist die Schweiz nicht gehalten, die Unterbrecherwerbung gleich oder grosszügiger zu re-

geln, als dies im europäischen Übereinkommen vorgesehen ist. Bei Art. 14 EÜGF handelt es sich um eine Minimalvorschrift, die im grenzüberschreitenden Fernsehverkehr einzuhalten ist. Das Übereinkommen hindert die Vertragsparteien indessen nicht daran, strengere oder ausführlichere Bestimmungen für Programme zu erlassen, die durch Rechtsträger oder mittels technischer Einrichtungen im eigenen Hoheitsgebiet verbreitet werden. ■

ANMERKUNGEN:

Bei diesem Urteil handelt es sich um die erste höchstrichterliche Auslegung der Bestimmung des RTVG zur Unterbrecherwerbung. Besonders hilfreich für die Praxis ist die Klärung der Frage, wann eine «in sich geschlossene Sendung» vorliege, die im Sinne von Art. 18 Abs. 2 RTVG nicht durch Werbung unterbrochen werden darf. Während die bisherige Praxis des UVEK dahin tendierte, formellen Kriterien (wie z.B. Unterschiede im Studiodekor, in der Person des Präsentators oder in der Frage, ob eine An- bzw. Abmoderation vorliege) das entscheidende Gewicht zu geben, legt das Bundesgericht sein Augenmerk auf die Dramaturgie der Sendung. Formelle Aspekte der Gestaltung haben zwar auch hier eine Bedeutung, treten aber gegenüber dem Handlungszusammenhang in den Hintergrund: Wird im ersten Teil der Sendung eine Spannung aufgebaut, die erst nach der Werbung aufgelöst wird, so ist der damit geschaffene Bogen ein starkes Indiz dafür, dass eine in sich geschlossene Sendung vorliegt. Der Spannungsbogen verhilft der davon umklammerten Werbung zu grösserer Beachtung, weil er das Publikum veranlassen kann, auf ein «Wegzappen» zu verzichten, um zu erfahren, wie es weitergeht. Das Urteil des Bundesgerichts ist zu begrüessen, weil es dem zentralen rundfunkrechtlichen Gebot der Trennung von Werbung und Programm Nachachtung verschafft. Es kommt gleichzeitig den Anliegen von kleineren Veranstaltern entgegen, die mit beschränkten personellen und finanziellen Mitteln arbeiten und deshalb gezwungen sein können, verschiedene Sendungen durch dieselben Personen moderieren oder in demselben Dekor spielen zu lassen.

Art. 18 Abs. 2 RTVG regelt die Unterbrecherwerbung strenger als das EÜGF und wird von privaten Rundfunkveranstaltern in der Schweiz als Benachteiligung im Vergleich zu den im europäischen Ausland geltenden Vorschriften gesehen. Der vom Bundesrat im Dezember 2000 in die Vernehmlassung geschickte Entwurf für ein neues RTVG trägt den Anliegen der Privaten dadurch Rechnung, dass er einen Systemwechsel hin zu einem **dualen System** vorschlägt. Dual bedeutet in diesem Zusammenhang, dass es neu zwei Kategorien von Veranstaltern geben wird, die sich hinsichtlich Finanzierungsmöglichkeiten und Leistungsauftrag unterscheiden: die SRG und die Privaten. Die SRG profitiert vom Gebührenmonopol und muss als Gegenleistung hierfür einen umfassenden Service public erfüllen; gleichzeitig sind ihre Werbemöglichkeiten eingeschränkt. Die Privaten dagegen sollen sich freier als bisher auf dem Markt bewegen können: Sie kommen in Genuss von erweiterten Werbemöglichkeiten, sind keinem Leistungsauftrag verpflichtet und müssen folglich auch auf ein Gebührensplittling verzichten. Aber eben: dieser Vorschlag ist Zukunftsmusik. Auf den konkreten Fall hatte das Bundesgericht geltendes Recht anzuwenden und war nicht berufen, dem gesetzgeberischen Prozess vorzugreifen. Wesentlich ist denn auch die Aussage im Urteil, dass die «Bestimmungen über die Werbung und das Sponsoring einen wesentlichen Teil der Finanzierung des schweizerischen Mediensystems als Ganzes bilden» und Änderungen daran eine medienrechtliche Gesamtbeurteilung erforderten, die vom Gesetzgeber durchzuführen sei. Mag das geltende System auch Mängel haben, so beruht es doch auf einem in den Materialien zum Ausdruck kommenden klaren legislatorischen Willen. Der Forderung von TV3 nach einer «geltungszeitlichen» Auslegung von Art. 18 Abs. 2 RTVG Folge zu leisten, hätte bedeutet, punktuell an der geltenden Werbeordnung zu schrauben, womit das politisch austarierte Gesamtsystem aus dem Gleichgewicht geworfen worden wäre.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

Vorläufig kein Wettbewerb auf der «letzten Meile»

Bundesgerichtsentscheid vom
13. März 2001 (2A.530/2000; BGE-
Publikation vorgesehen)

Die eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) ordnete im Streit um die so genannte Entbündelung der letzten Meile zu Unrecht vorsorgliche Massnahmen zu Gunsten von diAx (heute TDC Switzerland AG) an. Gemäss der Urteilsbegründung der zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes rechtfertigt es sich nicht, «vor Klärung der sich stellenden Rechtsfragen die bisherige Situation vorsorglich zu ändern und damit auf dem fraglichen Markt möglicherweise Folgen auszulösen, deren Tragweite zur Zeit nicht überschaubar erscheinen. Dabei ist in diesem Zusammenhang durchaus beachtlich, dass der Massnahmeentscheid eine Reihe von Folgegesuchen weiterer potenzieller Konkurrenten nach sich ziehen könnte. Auch wenn der allfällige Marktvorsprung der Beschwerdegegnerin (Swisscom AG) auf ihre Risikobereitschaft zurück geht und insoweit einen Ausgleich zum eingegangenen Kostenrisiko schafft, muss die Möglichkeit einer Kettenreaktion mit den damit verbundenen Auswirkungen auf den in Frage stehenden Markt mitberücksichtigt werden. Aus Gründen der Rechtsgleichheit könnten Folgegesuche nicht ohne weiteres abgelehnt werden. Sollte sich in der Hauptsache dereinst aber der Standpunkt der Beschwerdeführerin durchsetzen, wäre kaum vorstellbar, wie eine Rückabwicklung einer vorsorglichen Öffnung der Teilnehmeranschlüsse geordnet ablaufen könnte. Bei umgekehrtem Verfahrensausgang erscheint demgegenüber eine kontrollierte Öffnung nach definitiver Klärung der Rechtslage auch dann als bedeutend einfacher und sinnvoller, wenn vorsorgliche Massnahmen unterbleiben.»

Das Bundesgericht wirft der eidgenössischen Kommunikationskommission vor, das Schwergewicht ihrer Entscheidung nicht auf die Frage des einstweiligen Rechtsschutzes gelegt zu haben, sondern sich über weite Teile vorrangig mit der Hauptsachenprognose befasst zu haben. «Damit hat sie nicht nur die Parteien dazu verleitet, wenn nicht gar gezwungen, sich in ihren Rechtschriften ans Bundesgericht ebenfalls eingehend mit der Hauptfrage auseinander zu setzen, sondern sie hat sich selber im Ergebnis kaum mehr einen Spielraum für den Entscheid in der Sache gelassen. Die Vorinstanz hat damit die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes und die Kriterien für vorsorgliche Massnahmen verkannt.» ■

ANMERKUNGEN:

Auffällig an diesem Entscheid ist zunächst, dass sich das Bundesgericht zwar eine Entscheidformel eingangs seiner Erwägungen zum materiellen Entscheid zu Recht legt, die Erwägungen jedoch allein den Prämissen des Verhältnismässigkeitsprinzips folgen. Die weiteren Punkte, insbesondere die Frage, ob

der Endentscheid verunmöglicht würde, ist denn auch eine Frage der Interessenabwägung. Zu Recht verlangt das Bundesgericht zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme als erstes einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, wobei wohl sinnvoller von einem schweren Nachteil gesprochen werden sollte, zumal der während des Verfahrens erlittene Nachteil im Regelfall nicht mehr gut gemacht werden kann, es sei denn, es könnte ein finanzieller Ausgleich geleistet werden. Ist ein solcher Nachteil gegeben, ist weiter eine Interessenabwägung vorzunehmen und ist auch die Erforderlichkeit im Hinblick auf das zu wahrnde öffentliche Interesse zu prüfen. Die Erfolgsprognose wird dabei zur Recht als ein Element in der Interessenabwägung berücksichtigt.

Das Bundesgericht weicht im letzteren Punkt jedoch wesentlich von den von der Kommunikationskommission entwickelten Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ab. Die Hauptsachenprognose ist gemäss der bundesgerichtlichen Praxis praktisch nur noch zulässig, wenn sie eindeutig ist (vgl. die Zusammenfassung bezüglich der Praxis der Kommunikationskommission in *medialex* 2001, S. 52). Ansonsten hat sich die entscheidende Instanz in Zurückhaltung zu üben, um sich den genügenden Entscheidungsspielraum für den Hauptsacheentscheid vorzubehalten. Damit darf sich die verfügende Behörde über die Hauptsachenprognose nur noch aussprechen, wenn eine klare Rechtslage vorliegt und auch der Sachverhalt aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist. Dies mag zwar wohl das Prozessieren und damit die Vertretung der Parteistandpunkte erleichtern. Indessen sollten Differenzierungen nicht von vornherein ausgeschlossen werden, zumindest wenn der behauptete Sachverhalt mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit als bewiesen angenommen werden kann und sich das Hauptbegehren nicht geradezu als offensichtlich unbegründet erweist.

Im konkreten Fall musste sich das Bundesgericht zwar nicht in erster Linie über den Beweis der Tatsachenlage aussprechen. Die Erwägungen legen nahe, dass nicht in erster Linie der Sachverhalt, sondern vorab die zu entscheidende Rechtsfrage äusserst umstritten ist und demzufolge aus diesem Grund keine der Prozessparteien die Erfolgsprognose zu ihren Gunsten ins Feld führen konnte. Insoweit lag hier zweifellos der Fall einer offenen Prognose vor. Dies hat die Vorinstanz nicht anerkannt und versucht, praktisch den Hauptsacheentscheid zu fällen (so jedenfalls das Bundesgericht). Da die Erfolgsprognose bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist und im zu beurteilenden Fall die Interessen beider Parteien grundsätzlich gleich schwer ins Gewicht fielen, konnte zu Recht keine der Parteien etwas zu ihren Gunsten ableiten. Nur eine klare Erfolgsprognose hätte bei der gleichen Gewichtung der schwer betroffenen Interessen den Ausschlag geben können.

Fallen jedoch die Interessen der die vorsorglichen Massnahmen beantragenden Partei schwerer ins Gewicht, sind weiterführende Überlegungen zur Erfolgsprognose anzustellen: Soll dem Begehren um vorsorgliche Massnahmen stattgegeben werden, muss einerseits der Sachverhalt zumindest mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bewiesen sein und darf sich das Hauptbegehren nicht als offensichtlich unzulässig erweisen, ansonsten während der Dauer des Verfahrens eine willkürliche Rechtsanwendung geduldet würde. Ist die Beweislage demgegenüber unsicher, vermögen nur äusserst schwerwiegende Interessen den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu begründen.

PD DR. IUR. ISABELLE HÄNER, RECHTSANWÄLTIN, ZÜRICH

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

.....
**Mention de l'appartenance
à une secte**

Ordonnance de mesures provisionnelles
du 25 avril 2001, Tribunal d'arrondisse-
ment de Lausanne (PP01.002225)

A titre provisionnel, le président du Tribunal d'arron-
dissement de Lausanne a interdit au journal *Le Matin* «de
publier un quelconque article faisant mention directe ou
indirecte des requérantes X. et Y. en relation avec leurs con-
victions religieuses», notamment leur appartenance à l'as-

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

sociation religieuse Z., sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP. La requérante X. est membre de la Constituante vaudoise et responsable d'une association à but social connue dans le canton. Pour le juge, les conditions qualifiées prévues par l'art. 28c al. 3 CC pour les médias sont réunies. La particularité de la gravité est donnée «dès lors que le journaliste intimé a admis que l'intérêt de son article résidait dans la révélation de l'identité des requérantes (...) et que l'entreprise intimée a déjà publié en 1996, au sujet du même mouvement religieux, un article ayant abouti à la démission du membre de l'association révélé par la presse ainsi qu'à la mise en cause des qualités professionnelles de celui-ci» (il s'agissait d'un juge fédéral). Le juge estime en outre que la justification de l'atteinte n'est manifestement pas donnée. Certes, pour certaines personnes qui participent activement à la vie publique, l'intérêt du public à connaître des événements relatifs à leur vie privée et ayant une répercussion sur leur activité publique peut être jugé prépondérant. Mais en l'occurrence, l'instruction n'a pas établi que l'appartenance de X. au mouvement en cause ait une répercussion sur son activité au sein de l'association dont elle est responsable ou de la Constituante. Le journal a annoncé son intention de recourir. ■

Gewalt in Kinderprogrammen

Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 4. Mai 2001 (b. 430)

Der Kinder- und Jugendschutz stellt einen wichtigen Bestandteil des Programmrechts dar. Auch auf multilateraler Ebene wird häufig darüber diskutiert, mit welchen Mitteln das Wohl von Kindern und Jugendlichen angesichts der Vielzahl von praktisch rund um die Uhr empfangbaren Fernsehausstrahlungen gewahrt werden kann. Es erstaunt deshalb, dass die UBI mangels Beschwerden noch keine umfassende Praxis zum Kindes- und Jugendschutz entwickeln konnte. Eine Beschwerde gegen die Sendung «Nickelodeon» von SF2 hat der UBI ermöglicht, sich wieder einmal mit entsprechenden Fragen zu befassen. Der Beschwerdeführer beanstandete die im Rahmen der erwähnten Sendung gezeigten Folgen der Trickfilmserie «Die Ren & Stimpy Show», welche er als unappetitlich und gewalttätig erachtete. Das Schweizer Fernsehen DRS solle statt solche unsinnige Sendungen auszustrahlen das junge Zielpublikum für Ungerechtigkeiten gegenüber

Kindern in verschiedenen Teilen der Welt sensibilisieren.

In ihren Erwägungen erinnert die UBI an die gesetzlichen Grundlagen für den Kinder- und Jugendschutz. Es handelt sich primär um Art. 6 Abs. 1, 2. Satz RTVG, der Sendungen als unzulässig erklärt, welche die öffentliche Sittlichkeit gefährden, die Gewalt verharmlosen oder verherrlichen. Unter den weiten Begriff der «öffentlichen Sittlichkeit» fallen auch der Kinder- und Jugendschutz. Eine explizite Kinder- und Jugendschutzbestimmung findet sich überdies in Art. 7 Ziffer 2 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen. Gemäss dieser Norm ist die Verbreitung von Sendungen untersagt, die geeignet erscheinen, die körperliche, geistig-seelische oder sittliche Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu beeinträchtigen, wenn anzunehmen ist, dass diese die Ausstrahlung aufgrund der Sendezeit sehen können.

Hinsichtlich der beanstandeten Sendung führt die UBI an, über den Stil und die Ästhetik lasse sich streiten. Da es sich aber dabei um Fragen des Geschmacks handle, würden sie nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, sondern bildeten Teil der Programmautonomie der Veranstalter (Art. 5 Abs. 1 RTVG). Die vom Beschwerdeführer gerügten Gewaltszenen könnten nicht losgelöst von der ganzen Geschichte beurteilt werden. «Die Form des Zeichentrickfilms weist aber darauf hin, dass die ganze Handlung in einer Phantasiewelt spielt, die offenbar auf die Bedürfnisse und den Humor von Kindern zugeschnitten worden ist. Es erscheint denn auch kaum möglich, einen Bezug zur realen Welt zu konstruieren. Die Zeichnung der Figuren und ihr Verhalten sind vielfach absurd und lassen sich schwerlich sachlich kommentieren oder analysieren. Durch diese Distanz zur Realität werden die vordergründig gewalttätigen Szenen relativiert (...). Aufgrund des fehlenden Bezugs zur Realität ist die beanstandete Szene wie auch andere Szenen mit Gewaltdarstellungen nicht geeignet, Gewalt zu verherrlichen oder zu verharmlosen bzw. Kinder und Jugendliche zur Gewaltanwendung aufzufordern. Auch ältere Zeichentrickfilme wie etwa die beliebte ‚Tom and Jerry‘-Serie mit einer ganz anderen Ästhetik beinhalten viele vordergründig gewalttätige Szenen, die aber ebenfalls durch den humoristischen Rahmen und die Einbettung in eine Phantasiewelt entsprechend zu relativieren sind.» Die UBI wies die Beschwerde deshalb ab. Immerhin geht sie aber mit dem Beschwerdeführer einig, «dass das Kinder- und Jugendprogramm von SF DRS bzw. SF 2 nicht nur Unterhaltung enthalten sollte, sondern auch Sendungen, welche dieses Zielpublikum für globale und gesellschaftspolitische Fragen sensibilisieren». ■

Rechtsprechung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts des Jahres 2000

Franz Riklin

Professor für Strafrecht an der Universität Freiburg

Die Recherche bezieht sich nur auf Entscheide, die seit der letzten Rechtsprechungsübersicht in *medialex* 2000, 113 ff. und bis zur Kommunikationsrechtstagung vom 17.10.2000 publiziert oder besprochen worden sind. Berücksichtigt wurden dabei sämtliche Publikationshinweise in den Zeitschriften AGVE, AJP, BGE, BJM, *medialex*, PKG, plädoyer, recht, RFJ/FZR, RS, SJ, SJZ, ZBJV, ZGRG, ZWR/RVJ, ZR, ZSR, ZStR sowie weitestgehend auch Vermerke in den restlichen kantonalen Rechenschaftsberichten und Entscheidungssammlungen.

I. EMRK/CEDH

1. **La protection de la réputation des particuliers et ses limites lors de débats d'intérêt général (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 20.5.1999, affaire Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège 213-218, 21980/93; *medialex* 1999, 231 ff.; AJP/PJA 2000, 99; Praxis 1999, 666 ff.).
2. **Unverhältnismässiges Verbot der Publikation von Fotos (Art. 10 EMRK).** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (1. Kammer), 11.1.2000; News Verlags GmbH & Co KG c. Österreich 31457/96; *medialex* 2000, 107 f.; plädoyer 2000, 64; AJP/PJA 2000, 1153).
3. **Les mauvais soins médicaux peuvent faire l'objet de reportages (art. 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 2.5.2000, affaire Bergens Tidende et autres c. Norvège, 26132/95; *medialex* 2000, 158 ss.).
4. **Liberté du discours politique s'il ne soutient pas la violence (art. 6, 10 CEDH).** (Cour européenne des droits de l'homme, 18.7.2000, affaire Serner c. Turquie, 26680/95; *medialex* 2000, 170 s.).

II. Strafrecht und Strafprozessrecht/Droit pénal et droit de procédure pénale

1. **Historische Wahrheit nicht justiziabel (Art. 173 StGB).** (Bundesgericht, 4.11.1999, 125 IV 298; *medialex* 2000, 52; AJP/PJA 2000, 470).
2. **Pornographie: Erniedrigung; Vorwirkung des Diskriminierungsverbotes der neuen BV (Art. 197 StGB, Art. 8, 35 BV).** (Zürich, Obergericht, I. Strafkammer, 6.12.1999; plädoyer 2000, 61 ff.).
3. **Nicht öffentliche Weiterverbreitung rassendiskriminierender Äusserungen (Art. 261bis Abs. 2 und 4 StGB).** (Bundesgericht, 21.6.2000; *medialex* 2000, 172).
4. **Précision du champ d'application (art. 261bis al. 4 CP).** (Tribunal fédéral, 3.11.1999, 126 IV 20; *medialex* 2000, 109, 1153; plädoyer 2000, 63).
5. **Ausdruck «Holocaust-Hysterie» nicht rassendiskriminierend (Art. 261bis StGB).** (Bundesgericht, 3.3.2000, nicht publ.; NZZ vom 5.4.2000, 17).
6. **Pas de responsabilité pénale spéciale pour la discrimination raciale (art. 27, 261bis al. 4 CP).** (Tribunal fédéral, 10.8.1999, 125 IV 206; *medialex* 1999, 252; AJP/PJA 2000, 875; plädoyer 1999, 63; La Semaine Judiciaire 2000 I, 65 ss.; Praxis 2000, 80 ff.).
7. **Rassendiskriminierung; Umschreibung der «Herabsetzung von Personengruppen wegen ihrer Ethnie» (Art. 261bis Abs. 4 StGB).** (Bezirksgericht ER Zürich, 4.4.2000, nicht rechtskräftig; SJZ 2000, 372 f.).
8. **Liebesbetrug mit Hilfe des Telefonkiosks (Art. 146, 157 StGB).** (Bundesgericht, 23.2.2000, nicht publ.; plädoyer 2000, 59).

9. **Keine Lotterie, wenn Wettbewerbslösung sowohl per 156-er Nummer als auch per Post übermittelt werden kann (Art. 1, 38, 56 Abs. 2 Lotteriegesezt/LG, Art. 43 Ziff. 2 LV).** (Bundesgericht, 12.8.1999, 125 IV 213; *medialex* 1999, 251 f.; plädoyer 1999, 63).

10. **Zulässige Hausdurchsuchung bei Internet-Provider (Art. 8 Ziff. 1, 10 Ziff. 1 EMRK).** (Bundesgericht, 28.2.2000, nicht publ.; *medialex* 2000, 99 ff.; plädoyer 2000, 59; AJP/PJA 2000, 1153).

11. **Das Fernmeldegeheimnis schützt auch den E-Mail-Verkehr (Art. 36 Abs. 4 aBV, 13 Abs. 1 BV, Art. 179octies StGB).** (Bundesgericht, 5.4.2000, 126 I 50; *medialex* 2000, 167 ff.; plädoyer 2000, 62).

12. **Gerichtsstand bei Internetdelikten (Art. 346 Abs. 1 StGB).** (Bundesgericht, 11.8.1999, nicht publ.; *medialex* 1999, 235 f.; AJP/PJA 2000, 332).

13. **Entschädigung des amtlichen Verteidigers für Medienkontakte (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).** (Bundesgericht, 17.8.1999, 125 II 518; *medialex* 1999, 251).

III. UWG-Strafrecht/ LCD-Droit pénal

1. **Herabsetzung durch Presseartikel (Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG).** (Zürich, Obergericht, 18.6.1999; sic! 2000, 30 ff.).
2. **La LCD n'est pas applicable aux débats politiques** (Tessin, Camera dei ricorsi penali del Tribunale d'appello, 24.1.2000; *medialex* 2000, 55).

Wie immer bei Rechtsprechungsübersichten muss eine Auswahl getroffen werden.

1. Art. 10 EMRK (Entscheide I/1-I/2)

Wenn es in Medienfällen um die Widerrechtlichkeit von Publikationen geht, kennen verschiedene Länder recht mechanistische Regelungen. Verwiesen sei als Beispiel auf Art. 28 ZGB, der von der Widerrechtlichkeit jeder Beeinträchtigung der Persönlichkeit ausgeht, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund (Gesetz, Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse) vorliegt, oder auf Art. 173 StGB betreffend üble Nachrede mit seinem System von Entlastungsbeweisen, zu denen man allenfalls nicht zugelassen wird. Der Output solcher Falllösungsanleitungen vermag nicht immer zu befriedigen. Wenn jedoch der EGMR einen Fall beurteilt, kann er dies losgelöst von solchen Spielregeln tun und sich unmittelbar auf die in Art. 10 EMRK vorgezeichnete Interessenabwägung stützen, wonach Schranken in der Ausübung der Freiheit der Meinungsäusserung in einer demokratischen Gesellschaft u.a. zum Schutz der Moral, des guten Rufes oder der Rechte anderer notwendig sein müssen. Die daraus entwickelte Strassburger Praxis ist liberal. Es kommt zu auffällig vielen Desavouierungen nationaler Entscheide. In den Urteilen I/1-I/4 war dies überall der Fall. Verwiesen sei kurz auf die Entscheide I/1 und I/2.

Im Fall I/1 begleitete in Norwegen ein Journalist als staatlicher Jagdinspektor die Fangfahrt eines Robbenjägerschiffs. Er protokollierte Verstösse gegen die Jagdvorschrift

ten und erstellte einen Bericht zuhanden des Fischereiministeriums. Später zeigte sich, dass die Vorwürfe nur z.T. zutrafen. Der Journalist war zum Jagdinspektor ernannt worden, obwohl er die Voraussetzungen nicht erfüllte. Eine Zeitung veröffentlichte den vollständigen Inspektionsbericht. Die Namen der Besatzungsmitglieder waren abgedeckt, nicht aber der Name des Schiffs. In einem Strafurteil wurden die Zeitung und ihr Chefredaktor wegen übler Nachrede bestraft, weil in verschiedenen Punkten der Wahrheitsbeweis nicht erbracht werden konnte. Der EGMR kam zum Schluss, Passagen im Bericht seien dem Ruf Dritter abträglich, es wurde hingegen auf den guten Glauben der Zeitung hingewiesen und auf den Umstand, dass sie die Regeln der journalistischen Ethik eingehalten hatte, da der betreffende Journalist als besonders vertrauenswürdig erschien und den Bericht in seiner amtlichen Funktion als Jagdinspektor verfasst hatte. Auf die Korrektheit amtlicher Berichte dürften Zeitungen grundsätzlich vertrauen.

Im Entscheid I/2 ging es um ein Publikationsverbot der Fotografie eines Tatverdächtigen in Österreich. Sie betraf einen öffentlich bekannten Rechtsextremen, der wegen des Verdachts von Briefbombenattentaten zuvor verhaftet worden war. Der Gerichtshof verwies auf die Pflicht der Presse, Informationen und Gedanken über alle Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu verbreiten und erwähnte, dies beziehe sich auch auf die Berichterstattung über Strafverfahren. Er anerkannte zwar, dass es für das Verbot jeglicher Veröffentlichung des Fotos eines Tatverdächtigen gute Gründe geben möge (Schutz der Unschuldsvermutung, Unabhängigkeit der Strafjustiz, Anspruch auf faires Verfahren). Auch diese legitimen Zwecke rechtfertigten aber keine staatlichen Massnahmen, die den Rahmen des Notwendigen sprengen. Die österreichische Justiz verbot der Zeitschrift die Abbildung der Fotos unabhängig vom begleitenden Text und ohne Abwägung der entgegenstehenden Interessen. Dieses absolute Verbot, welches andere Medien nicht betraf, war unverhältnismässig.

2. Ehrverletzung/Fall Hofer (Entscheid II/1)

Der Fall des Historikers Walter Hofer hatte seinerzeit grosses Aufsehen erregt. In einem Artikel in der NZZ bezeichnete er 1983 den Anwalt Frick als «Vertrauensanwalt einer Gestapo-Abteilung in Feldkirch» und «Gestapo-Vertrauten». Er entnahm diese Äusserungen einer Doktorarbeit, die sich ihrerseits auf einen Bericht des Zürcher Obergerichts bezog. Er unterliess es jedoch, diesen Bericht selber nachzuprüfen. Das Bundesgericht hob den Freispruch der Zürcher Instanzen damals auf (BGE 118 IV 153). Es bemerkte, im von Hofer angegebenen Bericht des Obergerichts sei von einer Gestapo-Abteilung in Feldkirch nicht die Rede gewesen, dies hätte Hofer erkennen können, wenn er auf die Primärquelle zurückgegriffen hätte. In der Folge wurde Hofer 1986 wegen übler Nachrede bestraft, weil er weder den Wahrheits- noch den Gutgläubensbeweis erbringen konnte. 1997 legte Hofer ein Revisionsgesuch ein, das sich auf ein Gutachten von Prof.

Klaus Urner bezog, welches offenbar die Äusserungen von Hofer stützte. Ein Revisionsgesuch ist jedoch nur zulässig, wenn sich der Gesuchsteller auf erhebliche Tatsachen (oder Beweismittel) beruft, die der Vorinstanz nicht bekannt waren. In seinem neuen Entscheid meinte das Bundesgericht, es gehe nicht darum, dass die Justiz über die historische Wahrheit befände. Vielmehr stelle sich die Frage, ob Hofer durch seinen Artikel in der NZZ Frick in strafrechtlich relevanter Weise angegriffen habe. Für das Bundesgericht sei damals massgebend gewesen, dass sich Hofer ausschliesslich auf einen Bericht des Zürcher Obergerichts (und nicht auf die Dissertation) abgestützt habe. In diesem Bericht finde sich jedoch nichts, was die inkriminierten Äusserungen rechtfertigen würde. Dies wurde auch durch das Revisionsbegehren nicht bestritten. Der erwähnte Vorwurf bleibe deshalb auch dann bestehen, wenn man aufgrund heutiger historischer Auffassung zu einer neuen Bewertung der gegen Frick erhobenen Vorwürfe kommen könnte. Es waren somit formale Gründe, die zur Ablehnung der Revision führten.

3. Pornographie/Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots der Bundesverfassung (Entscheid II/2)

Art. 197 StGB differenziert bekanntlich zwischen harter und weicher Pornographie. Was die weiche Pornographie anbetrifft, ist es Ziel des Gesetzgebers, junge Menschen vor der Wahrnehmung pornographischer Darstellungen zu bewahren und zu verhindern, dass jemand gegen seinen Willen abartige Darstellungen sexuellen Inhalts wahrnimmt. Der Ausdruck Pornographie ersetzt den früheren der «unzüchtigen Veröffentlichung». Nach der seinerzeitigen Bundesgerichtspraxis war eine Veröffentlichung dann unzüchtig, wenn die Darstellung den geschlechtlichen Anstand verletzte und in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeits- und Schamgefühl eines normal empfindenden Menschen versties. Der heutige gesetzliche Ausdruck «Pornographie» dürfte eher enger sein. Gemäss Stratenwerth soll von einer strafwürdigen pornographischen Darstellung nur dort gesprochen werden, wo der Mensch zum blossen Geschlechtswesen erniedrigt, d.h. die Sexualität aus allen spezifisch menschlichen Bezügen herausgelöst wird (BT I, 5. Aufl., Bern 1995, N 5 zu § 10).

Leider fehlen heute zur weichen Pornographie zumindest auf der Ebene des Bundesgerichts neuere wegleitende Entscheidungen über die massgeblichen Kriterien. Der wiedergegebene Entscheid hat einen solchen Fall zum Gegenstand. Er zeichnet sich durch eine bisher in der Gerichtspraxis kaum vertretene Ausrichtung, ja, einen regelrechten Paradigmawechsel aus. Ein Sexinsarant wurde wegen Inseraten bestraft, die nach Auffassung des Gerichts das Diskriminierungsverbot der Verfassung (Art. 8 BV) verletzen (z.B. hiess es in einem Inserat: «Hausfrauen spreizen die Beine im Bahnhof-WC»). Die Pornographienorm sei verfassungskonform auszulegen, damit das Diskriminierungsverbot von Art. 8 BV auch im Sexualstrafrecht seine Wirkung entfalte. Pornographie wird als

eine Form von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verstanden. Ich finde, dieser Entscheid geht aus strafrechtlicher Sicht zu weit, auch wenn in der Sache der Kampf gegen frauenfeindliche Darstellungen begrüssenswert erscheint. Ratio legis der Pornographienorm war nicht die Verhinderung einer solchen Diskriminierung.

4. Rassismus/Kaskadenhaftung (Entscheide II/3 und 5-7)

In Bezug auf die Anwendung der Rassismuskriterien ist das Bundesgericht restriktiv, was in dem Bedürfnis, der teilweise diffus gehaltenen Vorschrift klarere Konturen zu verleihen, begründet sein kann.

Im Entscheid II/3 hat das Bundesgericht eine für den Tatbestand erforderliche öffentliche Verbreitung rassendiskriminierender Äusserungen i.S. von Art. 261^{bis} Abs. 2 und 4 StGB verneint. Streitig war insbesondere, ob durch die Zustellung eines Buches mit rassistischem Inhalt an sieben Adressaten in Deutschland eine öffentliche Verbreitung stattfand. Nach Meinung des Bundesgerichts lag kein Grenzfall vor. In Anbetracht von Sinn und Zweck von Art. 261^{bis} StGB und des dadurch geschützten Rechtsgutes bestehe kein Grund, eine Äusserung gegenüber einem kleinen begrenzten Personenkreis schon dann und deshalb als öffentliche Rassendiskriminierung zu verfolgen, wenn und weil das Risiko bestehe, dass ein Adressat die Äusserung an einen grösseren Personenkreis weiterverbreiten könnte und der Urheber dies in Kauf nimmt. Denn eine Kontrollmöglichkeit, dass der Adressat eine Information nicht weiterverbreitet, bestehe im Prinzip nie, nicht einmal bei einer Äusserung im engen Freundeskreis. Öffentlich sei jedoch eine an wenige Personen gerichtete Äusserung nicht schon dann, wenn das Risiko ihrer Weiterverbreitung durch einen Adressaten an einen grösseren Personenkreis hoch sei, sondern erst dann, wenn die Äusserung tatsächlich an einen grösseren Personenkreis weiterverbreitet werde. Das Risiko der Weiterverbreitung sei hingegen nur in Bezug auf den subjektiven Tatbestand von Bedeutung. Damit wird der Begriff der Öffentlichkeit wesentlich umgestaltet (dazu kritisch G. Fiolka / M. A. Niggli, Das Private und das Politische, AJP 2001, 533 ff.; zu einem ähnlich gelagerten Entscheid *medialex* 2000, 226 f.).

Im Entscheid II/5 verneinte das Bundesgericht in zwei Fällen einen Verstoß gegen die Rassendiskriminierungsnorm. Mit dem Ausdruck «Holocaust-Hysterie» werde Kritik am Umgang mit der Massenvernichtung ausgeübt und der Holocaust als solcher nicht gröblich verharmlost. Die Massenvernichtung sei das eine, der Umgang damit in der Gegenwart das völlig andere. Ebenfalls keine strafbare Rassendiskriminierung sei eine Passage, in der von «Gaskammer- und Umerziehungsgeist» die Rede war. Die entsprechende Kritik zielt auf den Aufwand ab, mit welchem die heutige Jugend an die damaligen Ereignisse und die Rolle der Schweiz erinnert werde. Die Ausdrucksweise sei geschmacklos, aber ebenfalls keine gröbliche Verharmlosung des Holocaust i.S. des Strafgesetzbuches. Bei einer verfassungskonformen Gesetzesauslegung

in Lichte der Meinungsäusserungsfreiheit könnten nur krasse, geradezu menschenverachtende und verabscheuungswürdige Äusserungen unter den Strafbestand des Rassismus fallen.

Im Entscheid II/7 behauptete ein Jude, dass er grundsätzlich keinem christlichen Schweizer traue und begründete dies damit, dass die Schweiz antisemitisch sei. Auch hier wurde mit Recht betont, dass mit der Rassismuskriterien nur krasse, geradezu menschenverachtende und verabscheuungswürdige Äusserungen unter den Tatbestand fallen. Die erwähnte Kritik an der Haltung der christlichen Schweizer den Juden gegenüber erfülle den Tatbestand der «Herabsetzung von Personengruppen wegen ihrer Ethnie» (Art. 261^{bis} Abs. 4) bereits in objektiver Hinsicht nicht. Deshalb brauche auch die Frage nicht geprüft zu werden, ob die blosser Wiedergabe rassendiskriminierender Äusserungen durch die Presse den Tatbestand der Rassismuskriterien erfüllen könnte.

Im Entscheid II/6 wird das bekannte Urteil des Bundesgerichts abgehandelt, wonach die Rassismuskriterien und Brutalitynorm sowie die Vorschrift über die harte Pornographie gar keine Mediendelikte zum Gegenstand hätten. In *medialex* wurde inzwischen diesem Thema ein separater Aufsatz gewidmet (F. Riklin, Kaskadenhaftung-quo vadis?, *medialex* 2000, 199 ff.).

5. Varia (Entscheid II/8-13 und III/1 und 2)

Nicht näher eingegangen kann im Rahmen dieser Übersicht auf die hier angesprochenen Entscheide. Bedeutsam und ein wichtiges Präjudiz ist immerhin der Entscheid II/11, wonach das Fernmeldegeheimnis auch auf den E-Mail-Verkehr Anwendung findet. Dazu gehört auch die laufende und nachträgliche Ermittlung der Identität des Absenders und Empfängers einer E-Mail sowie die Feststellung des Zeitpunkts und der Dauer einer Fernmeldeverbindung über Telefon und E-Mail. Eine Kontrolle ist nur unter der Voraussetzung der Regeln für die Überwachung der Kommunikation möglich (Art. 179^{octies} StGB in Verbindung mit den kantonalen Strafprozessordnungen). Eine praktische Bedeutung hat auch Entscheid II/12 über den Gerichtsstand bei Internet-Delikten. Es ging um die innerschweizerische örtliche Zuständigkeit. Als Ausführungsort i.S. von Art. 346 Abs. 1 StGB wurde derjenige Ort angesehen, von dem aus die Daten an den Server gesendet werden und nicht der Ort, wo der Server steht. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob sekundär auch noch der Ort des benutzten Servers einen Handlungsort begründen könne. In den beiden UWG-Entscheiden (III/1 und 2) sind zwei Tendenzen interessant. Im ersten Entscheid wurde die sog. Anschwärzung in einem Medienfall bewusst restriktiv ausgelegt. Im zweiten Entscheid beschränkte das Tessiner Obergericht wie die Vorinstanz die Anwendbarkeit des UWG auf Dritte, sofern sie mit Wettbewerbsabsicht handeln. Diese Einschränkung ist zwar verschiedentlich postuliert worden, kann jedoch nach mehrheitlicher Auffassung ohne Gesetzesänderung nicht zum Zuge kommen. ■

L'OPCOM informe

Das BAKOM informiert

Vernehmlassung zur RTVG-Revision

Ende April ist die Vernehmlassungsfrist zum Entwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) abgelaufen. Das BAKOM wertet nun die eingetroffenen Stellungnahmen aus. Der Bundesrat wird danach von den Ergebnissen der Vernehmlassung Kenntnis nehmen und über das weitere Vorgehen befinden. Die eingegangenen Stellungnahmen können abgerufen werden unter der Adresse <http://www.bakom.admin.ch> (Revision RTVG). ■

Neue Praxis für die Befreiung von den Empfangsgebühren

Die Radio- und Fernsehverordnung (RTVV; SR 784.01) sieht eine Befreiung von der Pflicht zur Bezahlung von Radio- und Fernsehempfangsgebühren für zu mindestens 50 Prozent invalide Personen und für AHV-Rentner vor, welche ein geringes Einkommen erzielen (Art. 45 RTVV). Das geringe Jahreseinkommen wird nach einem Berechnungssystem kalkuliert, das an die Regelungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) anknüpft (Art. 46 Abs. 2 RTVV).

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 5. Januar 2001 (*medialex* 2001, S. 37f.) festgehalten, dass die Berechnungsweise des massgebenden Einkommens dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Artikel 8 der Bundesverfassung widerspricht. Wie dem Entscheid zu entnehmen ist, müssten alle Bezüger von Ergänzungsleistungen (EL) unter die Kategorie der Personen mit geringem Einkommen fallen, da ihre AHV-/IV-Rente nicht zur Sicherstellung ihres Lebensunterhaltes ausreicht.

Die Schweizerische Inkassostelle für Radio- und Fernsehempfangsgebühren (Billag AG) befreit deshalb ab sofort alle Gesuchtsteller von der Gebührenpflicht, die den Nachweis erbringen, EL-Bezüger zu sein. Eine entsprechende Anpassung der Regelungen in der RTVV ist in Ausarbeitung. ■

lung [...] ohne Einschränkung der Verbindungsfreiheit, von einem Netzanschlusspunkt zu anderen in- oder ausländischen Netzanschlusspunkten unter der Verwendung der benutzereigenen Teilnehmeranlage (Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1429)». Folglich fallen die Telefonverbindungen ins Ausland unter die Definition des öffentlichen Telefondienstes und unterliegen somit auch der Interoperabilitätsverpflichtung gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG. Damit wollte der Gesetzgeber zweifelsohne alle Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung dazu verpflichten, die Kommunikationsfähigkeit zwischen den Benutzern dieser Dienste sicherzustellen (Interoperabilitätsverpflichtung), und zwar auch für internationale Anrufe.

Unter internationalen Anrufen sind Anrufe zu verstehen, bei denen die internationale Vorwahl 00 eingestellt wird. Dies betrifft somit sowohl Festnetz- und Mobilfunkdienste als auch Mehrwert- und Globaldienste wie beispielsweise UIFN (Universal International Freephone Number) oder ETNS (European Telephony Numbering Space). Dabei handelt es sich um Adressierungselemente des öffentlichen Telefondienstes im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG. Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung können ihre Interoperabilitätsverpflichtung im Rahmen der internationalen Anrufe erfüllen, indem sie die Gespräche selbst ins Ausland leiten. Sind sie dazu nicht in der Lage, müssen sie die Anrufe zumindest an das Netz der Grundversorgungskonzessionärin übermitteln. Diese muss im Rahmen ihrer Verpflichtung, im Konzessionsgebiet alle Dienste der Grundversorgung anzubieten, die nötigen internationalen Vereinbarungen abschliessen, um die Terminierung der mit Hilfe der internationalen Vorwahl getätigten Anrufe zu gewährleisten. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Verbindungen in ihrem eigenen Netz hergestellt oder aus den Netzen anderer Fernmeldediensteanbieterinnen an sie weitergeleitet wurden.

Allerdings sind Ausnahmen möglich, zum Beispiel für den Fall, dass die Konzessionärin der Grundversorgung nicht in der Lage ist, die Interoperabilität sicherzustellen, namentlich weil die Nummerninhaber selbst den Zugang zu ihren Diensten beschränken. Dies gilt vor allem für bestimmte Mehrwert- oder Globaldienste (vgl. internationale Gratisnummern). Es wäre möglich, dass die ComCom in einem konkreten Fall entscheiden müsste, ob die Grundversorgungskonzessionärin für die Nichterfüllung der Interoperabilitätsverpflichtung zu belangen ist oder ob diese auf äussere, von ihr nicht beeinflussbare Faktoren zurückzuführen ist. Auch Anrufe aus dem Ausland müssen von den Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung an die entsprechenden Abonnenten in der Schweiz weitergeleitet werden. Die Verfügbarkeit von Mehrwertdienstnummern (+41 8x... und +41 9x...) ist abhängig von der entsprechenden Vereinbarung zwischen dem Inhaber dieser Nummern und der Fernmeldediensteanbieterin, welche sie zur Verfügung stellt. Die Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung sind nur dann zur Interoperabilität verpflichtet, wenn die Anbieterin des entsprechenden Mehrwertdienstes Anrufe aus dem Ausland entgegennimmt. ■

Verpflichtung zur Interoperabilität bei internationalen Anrufen

Gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG muss die Anbieterin von Diensten der Grundversorgung die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen. Die Dienste der Grundversorgung sind in Art. 16 Abs. 1 FMG aufgeführt und betreffen den öffentlichen Telefondienst, d.h. die fernmeldetechnische Echtzeit-Sprachübermittlung, einschliesslich der Übertragung von Daten mit Datenraten, wie sie über die Übertragungswege für Sprache geleitet werden können. «Der Begriff Telefondienst bedeutet Echtzeit-Sprachübermitt-

RTVG-Entwurf des Bundesrates: Paradigmenwechsel?

Im Zentrum einer vom Schweizer Forum für Kommunikationsrecht (SF) in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) durchgeführten Veranstaltung vom 1. März 2001 stand der Entwurf eines neuen Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) vom 20. Dezember 2000 (bis Ende April 2001 in der Vernehmlassung). Unter anderem stellte sich die Frage nach der Anwendung auf das Internet. Verbreitung von Programmen, Auftrag des Service public, Beziehungen mit den privaten Veranstaltern, Finanzierung durch Gebühren, Werbung und Sponsoring - dies waren die Themen, zu denen das BAKOM seine Vorschläge unterbreitete und über welche die interessierten Kreise diskutierten, ohne dass bereits ein Konsens erzielt oder eine klare Ausrichtung festgelegt wurde.

Nach einer jeweils kurzen Einführung durch Marc Furrer, Direktor des BAKOM, bzw. durch Vizedirektor Dr. Martin Dumermuth wurden zuerst in einem Panel* und anschliessend im Plenum fünf Themenblöcke diskutiert. **Geltungsbereich und Abgrenzungen des RTVG-Entwurfs:** C. Bolla-Vincenz wies auf die Unsicherheiten und zu restriktiven Regelungen des Entwurfs hin. Gemäss R. Beeli sollte der Bagatellrundfunk nicht unter das Gesetz fallen. Ph. Cueni begrüsst die technologieneutrale Definition des Rundfunks und sprach sich für eine Ausklammerung von Online-Diensten aus.

Verbreitung, Kabelweiterverbreitung und Aufbereitung von Programmen: Gemäss dem Entwurf soll für die Veranstalter - mit Ausnahme der SRG SSR - keine Konzession mehr erforderlich sein, wodurch der Marktzutritt erleichtert würde. Veranstalter, die einen privilegierten Zugang zu Verbreitungsinfrastrukturen wünschen, müssen sich zu bestimmten Zusatzleistungen verpflichten. C. Bolla-Vincenz sprach sich gegen eine kostenlose Verbreitung von SRG-SSR-Programmen aus. G. Heuberger und auch M. Ruoss verlangten dagegen die Ausdehnung der Zugangsrechte auf die regionalen Veranstalter.

Programmauftrag der SRG SSR (inkl. Kontrollen) - Verhältnis zu privatem Radio/Fernsehen: Für das BAKOM steht der Service public im Zentrum des Gesetzes, da Radio und TV in der Gesellschaft eine bedeutende Rolle spielen. Nach Auffassung von B. Durrer sieht der Entwurf zwar eine Zukunft für die SRG SSR vor, die dann jedoch keine starke SRG SSR mehr sei: mehr Verpflichtungen mit weniger Mitteln. Nach Meinung von W. Ruegg geht das Projekt zwar in die richtige Richtung, doch die Umsetzung sei mit Problemen verbunden: z.B. entspreche die Einschränkung des Angebots der SRG SSR bei den «Spartenprogrammen» zu Gunsten der privaten Veranstalter nicht mehr der Dynamik des heutigen Marktes. Zur Frage eines SRG-SSR-Beirats erachtete es P. Donges als sinnvoll, für die Realisierung des Auftrages weitere Dialoggremien zu schaffen. R. Stadler machte auf den zunehmenden Einfluss des Staates aufmerksam (Wahl des Verwaltungsrats der SRG SSR, des Beirats

usw. durch den Bundesrat), was die Autonomie der SRG SSR gefährde. Nach Auffassung von D. Barrelet müsste die SRG SSR einer stärkeren Aufsicht unterstehen als die privaten Veranstalter, weil sie mit Gebühren finanziert wird. Es genüge dagegen nur ein einziges Aufsichtsorgan. Ph. Cueni sprach sich für einen SRG-SSR-Beirat aus, verlangte jedoch die Abschaffung der UBI, wobei das Mandat dem Presserat zu übergeben sei. Dessen Präsident, P. Studer, zeigte sich zur Übernahme dieses Mandats bereit.

Gebührenfinanzierung und -verteilung bzw. Werbefinanzierung (inkl. Sponsoring): Als Ausgleich zur Bevorzugung bei der Zuteilung der Empfangsgebühren soll die SRG SSR bei Werbung und Sponsoring strengeren Bestimmungen unterliegen als die privaten Veranstalter. Die Einzelheiten werden in der Verordnung geregelt, doch die Zielsetzung ist bereits klar: Verbot von Sponsoring und Medikamentenwerbung usw. F. Schwab verlangte eine Verstärkung des Wettbewerbs, aber der Entwurf sieht das Gegenteil vor: Korsett für die SRG SSR, Einschränkungen für Private. B. Durrer antwortete mit dem Hinweis auf die Realität des Marktes, der nicht so funktioniere. W. Ruegg bedauerte, dass die SRG SSR im Entwurf nicht als Medienunternehmen mit Eigeninitiative, sondern als staatlicher Regiebetrieb behandelt werde. G. Heuberger und P. Hartmeier sprachen sich für die Lösungen des Entwurfs aus. Im Plenum wurde ausserdem darauf hingewiesen, dass durch ein Sponsoringverbot für die SRG SSR die Finanzierung von kulturellen und sportlichen Anlässen gefährdet werde.

Weitere Bestimmungen (z.B. Medienkonzentration, Spartenkanäle): Nach Auffassung des BAKOM sind die Bestimmungen zur Medienkonzentration notwendig, weil das Kartellrecht nicht ausreicht. Verschiedene Panelisten äusserten sich dazu positiv, doch waren auch kritische Stimmen zu hören. ■

* Dr. Claudia Bolla-Vincenz, Swisscable; Prof. Dr. D. Barrelet; Ph. Cueni, Schweizer Syndikat Medienschaffender; P. Donges, Institut für Publizistikwissenschaften und Medienforschung der Universität Zürich; P. Hartmeier, Verband Schweizer Presse; Dr. G. Heuberger, Verband Schweizer Privatradios; M. Ruoss, Verwaltungsratspräsident Radio Sunshine Tele Tell AG; F. Schwab, Schweizer Werbe-Auftraggeberverband; Dr. R. Stadler, Redaktor Neue Zürcher Zeitung; B. Durrer, Generalsekretär SRG SSR idée suisse; R. Beeli, Leiter Rechtsdienst SRG SSR idée suisse; Dr. W. Ruegg, Direktor Schweizer Radio DRS.

**Eva Rudolf: Das Recht auf
Netzzugang in der
Telekommunikation**

Nomos Verlag, Baden-Baden 2001,
160 Seiten.

Die Arbeit befasst sich mit dem Recht auf Netzzugang auf Telekommunikationsmärkten, das sich zu einem erheblichen Teil nach europäischem Gemeinschaftsrecht bemisst. Ziel der Arbeit ist es, die Reichweite und Zielsetzung der europäischen Netzzugangsbestimmungen aufzuzeigen und dadurch Lösungen für deutsche Zugangsprobleme zu erhalten.

Die Arbeit leitet zunächst in die Netzzugangsproblematik ein, geht kurz auf die Besonderheiten von Telekommunikationsnetzen ein, zeigt Netzzugangsregelungen ausserhalb des Gemeinschaftsrechts und stellt den rechtlichen Hintergrund der europäischen Netzzugangsbestimmungen dar. Sodann werden die verschiedenen Netzzugangsregelungen auf europäischer Ebene erläutert. Anschließend wird das deutsche Telekommunikationsrecht aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht beleuchtet. Nach einem kurzen Überblick über die einschlägigen deutschen Netzzugangsbestimmungen werden Streitfragen im Zusammenhang mit § 35 und § 33 TKG untersucht und danach gefragt, inwieweit das europäische Gemeinschaftsrecht auf sie Antworten geben kann. Schliesslich werden die Schwachstellen der bisherigen Regelungen aufgezeigt sowie nach dem künftigen Regelungsbedarf gefragt, der infolge wirtschaftlicher und technischer Veränderungen entsteht. ■

.....

keit wird rechtsvergleichend nach deutschem, schweizerischen und EU-Recht (EU-Richtlinien zum Fernabsatz und zum E-Commerce) untersucht. Dabei steht für das schweizerische Recht die Anwendbarkeit der Art. 3 lit. h und Art. 2 UWG im Vordergrund. Die Autorin gelangt dabei zum Schluss, dass diese Rechtsgrundlagen nicht genügten und dass sich eine entsprechende Regulierung aufdränge.

Die passiven Werbeformen (z.B. Vermietung von Werbeflächen auf Websites) stellen ebenfalls Formen des Direktmarketings dar. Deren Zulässigkeit richtet sich nach dem Trennungs- bzw. Transparenzgebot, was die Autorin eingehend darlegt. Den entsprechenden Schlussfolgerungen und der Feststellung, dass auch hierbei ein Regelungsbedarf besteht, ist weitgehend zuzustimmen.

Im letzten Teil wird unter dem Titel «Paradigmenwechsel im Werberecht?» eine Neuordnung des Werberechts postuliert, da die bestehende Werbeordnung u.a. mit dem Auftreten des Internet als unzulänglich eingestuft wird.

Die Arbeit vermittelt einen guten Überblick der gegenwärtigen Rechtslage. Zudem stellt sie einen wertvollen und kritischen Beitrag zur Diskussion neuer Regelungen von Werbeformen im digitalen Zeitalter dar. Die Publikation ist damit zur Lektüre bestens empfohlen. ■

DR. IUR. MISCHA CHARLES SENN, ZÜRICH

.....

Yvonne Jöhri: Werbung im Internet. Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen

Schulthess Verlag, Zürich 2000, 186 Seiten.

Die Zürcher Dissertation widmet sich der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung über die Zulässigkeit und Verwendung neuer Kommunikationsmittel zur Verbreitung von Werbebotschaften. Gegenstand der Diskussion sind dabei auch Fragen der kommerziellen Nutzung des Internets im Zusammenhang mit den neuesten Formen des Direktmarketing.

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile: Im ersten Teil werden die Grundlagen dargelegt, welche für die rechtliche Beurteilung massgebend sind. Ein zentraler Begriff ist dabei jener der kommerziellen Kommunikation; dabei stützt sich die Autorin mangels Legaldefinition im Schweizerischen Recht hauptsächlich auf die EU-Richtlinien ab. Beim Hinweis auf die Grundlagen des Werberechts finden nebst den Bestimmungen des medienpezifischen Werberechts (RTVG) auch die Regelungen der werblichen Selbstkontrolle (d.h. jene der Schweizerischen Lauterkeitskommission und der ICC) Erwähnung.

Im zweiten Teil wird die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Werbeformen dargelegt. Als aktive Werbeform im Internet ist vor allem die (unverlangte) Zustellung von Werbe-E-Mails bekannt. Deren Zulässig-

.....

**Rolf H. Weber: E-Commerce und
Recht. Rechtliche Rahmenbe-
dingungen elektronischer
Geschäftsformen**

Schulthess Verlag, Zürich 2001, 625 Seiten.

Das Internet eröffnet neue Handelsmöglichkeiten und erleichtert es den Unternehmen, auch grenzüberschreitende Tätigkeiten zu entfalten. Der elektronische Handel – oder eben «E-Commerce» - birgt auch einige rechtliche Risiken in sich, denen sich sowohl die Online-Anbieter als auch die Konsumentinnen und Konsumenten kaum bewusst sind. Die vorliegende Publikation vom Zürcher Rechtsprofessor Rolf H. Weber gibt einen gesamten Überblick über die sich stellenden Rechtsfragen im E-Commerce. Weber und seine vier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stellen in jedem Kapitel neben den in Frage kommenden Rechtsvorschriften (national als auch auf EU-Ebene, teilweise auch rechtsvergleichend in Deutschland oder in den USA) einzelne Problembereiche aus dem elektronischen Handel dar. Behandelt werden die folgenden Themen: Anwendbares Recht und Zuständigkeiten, Schutzrechte für Marktdienstleistungen, Vertragsanbahnung durch Online-Werbung, allgemeine Vertragsprinzipien, besondere Vertragstypen, wettbewerbs- und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen, Verantwortungszuordnung im Internet sowie Aspekte des Steuerrechts, des Geld- und Kapitalmarkts.

An einigen Stellen der Publikation wird nur die rechtliche Problematik eines Geschäftsvorganges erläutert, ohne eigentliche Lösungsvorschläge zu geben. In Anbe-

L i v r e s & r e v u e s

.....
B ü c h e r & Z e i t s c h r i f t e n

tracht der Fülle der Rechtsfragen ist dies auf den über 600 Seiten des Buches wohl kaum anders zu bewerkstelligen. Vor diesem Hintergrund hat man denn auch das Nachsehen, wenn beispielsweise eine Aussage, dass Rundfunkprogramme, die durch einen Veranstalter über das Internet einseitig gesendet und der Empfänger auf dessen Ablauf und Inhalt keinen Einfluss ausüben kann, den rundfunkrechtlichen Regelungen des RTVG unterliegen (S. 270), unreflektiert und nur mit einem Hinweis auf eine Dissertation einer Mitautorin erscheinen.

Aufgrund des systematisch wissenschaftlichen Aufbaus dürfte sich das Buch in erster Linie an die Juristenschaft richten. Aber auch Online-Anbieter und Konsumenten, die sich für Rechtsfragen rund um den E-Commerce interessieren, finden viele nützliche Hinweise. Das Buch enthält viel Stoff und Anregungen für weitere Publikationen, die einzelne Themen vertieft behandeln können. Prädikat: empfehlenswert. ■

DR. OLIVER SIDLER, RECHTSANWALT, ZUG

L i v r e s & r e v u e s

.....
B ü c h e r & Z e i t s c h r i f t e n

**Peter von Ondarza:
Digitale Signaturen und die
staatliche Kontrolle von «Fremd-
leistungen»**

Nomos Verlag, Baden-Baden 2001,
193 Seiten.

In der vorliegenden Publikation wird erörtert, welche Verantwortung den Staat vor diesem Hintergrund in der Kette der Beweisführung trifft und inwieweit eine staatliche Intervention notwendig ist, um die Unversehrtheit und die Urheberschaft von digitalen Daten gerichtlich nachweisen zu können. Die Analyse wurde anhand einer ausführlichen Untersuchung des zivilprozessualen Beweisverfahrens unter Einbeziehung der benannten digitalen Signaturen durchgeführt. Das Buch veranschaulicht deutlich die Schwierigkeit, die sich in Deutschland und im Ausland stellen und liefert eine Reihe von praxisnahen Verbesserungsvorschlägen.■