

Taxes postales pour les journaux: un système indéfendable

Patrice Mugny

Conseiller national, journaliste, Genève

L'article 15 de la loi fédérale sur la poste est court et simple: «Afin de maintenir une presse diversifiée, la Poste applique des prix préférentiels aux journaux, en particulier à ceux de la presse régionale et locale, et périodiques en abonnement. Elle fixe ces prix en fonction notamment de la fréquence de parution, du poids, du tirage, du format et de l'importance de la partie rédactionnelle. Elle tint compte en outre de la proportion du tirage dont le transport lui est confié. Les prix préférentiels sont soumis à l'approbation du département». Selon l'alinéa 2, «la Confédération indemnise chaque année la Poste pour les coûts non couverts du transport des journaux et périodiques. Le montant de l'indemnité est fixé annuellement en fonction des coûts non couverts».

N'importe quelle personne sensée déduira de cet article de loi que le but des 100 millions de francs versés chaque année par la Confédération à la Poste en tant qu'aide indirecte à la presse vise à favoriser la plus grande pluralité possible. Et donc à aider en priorité les médias à faible tirage qui n'appartiennent pas à un éditeur puissant.

Elu en octobre 1999, délégué par les Verts à la commission des finances, j'ai demandé, dès les premières séances, des comptes concernant cette aide à la presse. Je me doutais, suite aux réponses dilatoires obtenues par le quotidien *Le Courrier* lorsque j'y travaillais, qu'il y avait anguille sous roche. Ce doute est devenu certitude lorsque j'ai constaté que, même en tant que parlementaire, je me heurtais à des réponses évasives, suivies de promesses jamais tenues. Ni le Département de M. Moritz Leuenberger, ni la direction de la Poste ne voulaient me dire où passaient ces 100 millions.

Finalement, après beaucoup d'insistance, la sous-commission des finances en char-

ge d'examiner les comptes du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) obtint un document qui recensait le nombre d'exemplaires distribués par la Poste pour chaque journal en Suisse. Ce document est important puisqu'il permet, en mettant les chiffres qu'il contient en relation avec les critères appliqués en cette matière par la poste, de calculer la répartition des 100 millions en cause. Or, les membres de cette sous-commission, dont je fais partie, n'ont pu disposer que durant quelques minutes de ce document. Mais ce bref laps de temps a suffi à confirmer ce que nous subodions.

C'est pourquoi, séance après séance, soutenu par d'autres membres de la commission des finances, j'ai demandé un accès plus sérieux à ces chiffres. J'en étais venu à envisager de déposer une plainte, lorsque ce document s'est retrouvé dans la salle où se réunissait la commission des finances, entre les mains du secrétaire général du DETEC. J'ai quasiment subtilisé ces chiffres devant tous les membres de la commission et le regard consterné du secrétaire général en question. Lequel a officiellement rappelé que ces chiffres étaient confidentiels. Je les ai bien évidemment immédiatement transmis à la presse. Tout le monde a le droit de connaître l'usage qui est fait des deniers publics.

Une drôle de notion de l'équité

Pourquoi raconter cette histoire? Pour souligner la difficulté même pour un élu d'obtenir certains renseignements, et parce que je ne crois pas une seconde que la Poste ignorait où allaient ces millions. Soutenue par la direction du DETEC, elle a prétexté le secret postal puis commercial pour refuser de donner ces chiffres. Or, ces chiffres montrent que la Poste et le DETEC violent l'esprit de loi. Et ce n'est

Zusammenfassung: Die Vorzugspreise für die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften kosten den Bund jährlich ca. 100 Mio. Franken. Man hat sich lange Zeit geweigert, die Zahlen bekannt zu geben, die belegen, dass die Vorzugsposttaxen vor allem den Verlegern, die diese Finanzspritze kaum nötig haben, zu Gute kommen. Dabei sollte das Geld ja der Pressevielfalt dienen. Die zuständige parlamentarische Kommission toleriert diesen Zustand nicht. Soll man nun einfach die Zuteilungskriterien in der Postverordnung ändern? Oder soll man die Vorzugsposttaxen mit einer Direkthilfe zu Gunsten kleiner Zeitungen verknüpfen und das dafür benötigte Geld aus dem zur Verfügung gestellten Betrag für die Vorzugsposttaxen nehmen? Die erste Lösung hat den Vorteil, dass sie rasch umsetzbar wäre.

Résumé: *Les taxes postales préférentielles pour les journaux coûtent environ 100 millions par an à la Confédération. On a longtemps refusé de publier les chiffres montrant que ces taxes profitent en fait avant tout aux éditeurs, en ont le moins besoin, alors qu'elles sont censées favoriser la diversité de la presse. Les commissions parlementaires compétentes jugent cette situation intolérable. Faut-il simplement modifier les critères d'attribution contenus dans l'ordonnance sur la poste? Ou compléter les taxes préférentielles par une aide directe aux petits journaux, financée par une partie de l'argent que la Confédération consacre actuellement aux taxes postales? La première solution a l'avantage de pouvoir être mise sur pied rapidement.*

pas un hasard si les mensonges ont continué après la publication de ces informations.

Enfin, maintenant, il a été admis tant par le DETEC que par les membres des deux commissions concernées, celle des finances et celle des institutions politiques, que cet argent n'était pas utilisé dans le sens voulu par le législateur. Plus personne ne conteste que ce sont des entreprises comme la Migros, avec son journal *Construire*, la COOP, avec *Coopération*, le TCS, et les plus gros éditeurs qui reçoivent le majeure partie de ce pactole.

Comment cela a-t-il été possible? Sur le plan politique, je laisse aux responsables le soin de donner une réponse sérieuse. Sur le plan pratique, le système est simple. La subvention est accordée à chaque exemplaire distribué. Ainsi, même si un journal à petit tirage perçoit une plus grande contribution par exemplaire, il est évident que l'éditeur qui confie à la Poste des dizaines millions de journaux à distribuer reçoit d'avantage que celui qui ne confie à la régie que trois ou quatre millions d'exemplaires par année. Et la direction de la Poste ne manque pas de cynisme en répondant que son rôle est d'appliquer équitablement à tous les journaux et périodiques les dispositions issues de la politique voulue par le législateur. Alors que le but de cette loi est justement de pratiquer en l'espèce ce que l'on nomme une discrimination positive.

Trois solutions possibles

Un rapport a été commandé à l'entreprise Ecoplan. Celui-ci avance trois scénarios pour l'avenir: le statu quo, la révision de l'art. 11 de l'ordonnance sur la Poste, ou une aide directe à certains journaux. Le 2 mai, la sous-commission 8 de la commission des finances du Conseil national, et la sous-commission médias et démocratie de la commission des institutions politiques, se sont mises d'accord sur la nécessité de mettre en place un nouveau système ainsi conçu: la moitié des quelque 100 millions de francs versés par la Confédération serait désormais affectée exclusivement à l'abaissement des tarifs appliqués aux petits journaux et à la presse régionale. L'autre moi-

tié serait utilisée pour mettre sur pied une aide à la presse destinée aux titres les moins bien lotis économiquement; les commissaires estiment que cette aide nécessitera une révision de la Constitution fédérale. La sous-commission médias et démocratie va rédiger un projet global à l'intention des deux commissions plénières et du Conseil fédéral d'ici la fin de l'année ou le début de 2002. L'idée, c'est que la modification des tarifs préférentiels puisse être intégrée dans le budget de 2003 déjà.

Mais est-ce vraiment réaliste? Il semble difficile d'en rester au système actuel durant plusieurs années encore. Ce qui se dessine finalement est une modification de l'ordonnance, laquelle serait abandonnée si le Parlement parvient à tomber d'accord sur un bon système d'aide directe à la presse.

A mon avis, une modification de l'ordonnance suffirait, via une proposition simple concernant l'affectation de ces fonds. Premièrement, n'y auraient droit que les journaux dont le tirage est inférieur à 50.000 exemplaires. Ensuite, la partie rédactionnelle devrait constituer au moins 50% de la surface imprimée. Enfin, l'aide devrait être très importante pour les 10.000 premiers exemplaires tirés, puis encore forte pour les 10.000 suivant, puis moindre de 20 à 30.000, voire à 40.000 exemplaires.

Un tel système ne suppose aucune modification de la loi et éviterait ainsi à la fois l'écueil de la durée et le risque de tout perdre. Il a le mérite de la simplicité. Il évite tout risque d'ingérence dans le domaine rédactionnel et ne crée aucun lien direct entre celui qui subventionne et le bénéficiaire.

Reste à savoir si une majorité de ce Parlement souhaite vraiment que ces 100 millions servent à la démocratie. On devrait être fixé dans les mois qui viennent. ■

Pour tout savoir:

La version définitive du rapport Ecoplan a été remise au DETEC le 31 juillet 2001. Le découvert pris en charge par la Confédération en 2000 s'est monté à 98,5 millions, à quoi s'est ajouté un déficit de 30 millions payé par la Poste elle-même. Les taxes pour les journaux font l'objet d'une autre controverse encore: le 21 août 2000, la Commission de la concurrence a adressé une recommandation au Conseil fédéral, lui demandant de revoir le système des primes de fidélité accordées par la Poste.

Umstrittene Buchpreisbindung

Daniel Gerny

Dr. iur., Bundeshausredaktor «Cash», Bern

Was ist wichtiger – freier Wettbewerb oder die möglichst flächendeckende Verbreitung eines möglichst breiten Kultur- (Literatur-)Angebotes? Und inwieweit stellen feste Preise für die Kundschaft gesetzeswidrige Wettbewerbsverzerrungen dar, die nicht der Kultur sondern in erster Linie der Erhaltung verkrusteter Strukturen im Buchhandel und im Verlagswesen dienen? Das sind – pointiert zusammengefasst – die Kernfragen in der Auseinandersetzung zwischen den schweizerischen Wettbewerbsbehörden und dem Schweizerischen Buchhändler- und Verleger-Verband (SBVV), der die Buchbranche seit rund zwei Jahren in helle Aufregung versetzt. Nun geht der juristische Streit vor Bundesgericht in die dritte Runde.

Juristische Auseinandersetzung

Zur Erinnerung: Im vergangenen September entschied die Wettbewerbskommission (Weko), dass die Buchpreisbindung gegen das schweizerische Kartellgesetz verstosse und deshalb abgeschafft werden müsse. Im Mai dieses Jahres stützte die Rekurskommission den Entscheid der Weko und wies eine Beschwerde des SBVV ab. Die Buchhändler übernahmen die vom Verleger bestimmten Preise «automatisch», was einen Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage darstelle und gegen das Kartellgesetz verstosse. Die Schriftstellerverbände und Pro Helvetia reagierten empört, aber auch die Stiftung für Konsumentenschutz (SKS), sonst im Kampf gegen tiefe Preise stets an vorderster Front, forderte, «die kulturelle Bedeutung des Buches nicht auf dem Altar der Marktkräfte zu opfern». Der SBVV hat den Entscheid bereits ans Bundesgericht weitergezogen.

Der Verband stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der Buchpreisbindung nicht um eine Absprache zwischen Konkurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes handle. Diese Bestim-

mung untersagt horizontale Abreden unter Konkurrenten, wenn die Vermutung nicht widerlegt werden kann, dass damit wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. Die fixen Buchpreise in der Schweiz werden jedoch durch den sogenannten Sammelrevers erreicht, der aus zahlreichen vertikalen Abreden zwischen den Verlegern und den einzelnen Buchhändlern besteht. Jeder Buchhändler schliesst dabei mit jedem Verleger einen Vertrag ab, der beide Seiten dazu verpflichtet, die vereinbarten Ladenpreise einzuhalten, respektive flächendeckend durchzusetzen. Jeder Verleger kann dabei frei entscheiden, ob er diesem Sammelrevers überhaupt unterzeichnen und – falls ja – ob er diesem das ganze oder nur einen Teil des Sortimentes unterstellen will. Es ist ihm auch erlaubt, mit den Buchhändlern unterschiedliche Einkaufspreise auszuhandeln – einzig die Ladenpreise der dem Revers unterstellten Bücher sind fix und schweizweit einheitlich.

Nach Auffassung des SBVV stellt der Sammlerevers deshalb eine besonders liberale Form von einzelnen vertikalen Absprachen dar. Diese seien unter dem Blickwinkel der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt und damit zulässig. Im Klartext: Nach Ansicht des SBVV kann das Produkt Buch dank der Buchpreisbindung «ökonomisch sinnvoll» vertrieben werden. Die Bündelung der vertragsrechtlich individuellen Vereinbarungen zwischen Buchhändlern und Verlegern zum Sammlerevers geschehe aus administrativen Gründen – um das Massenproblem (zahlreiche Buchhändler und Verleger) bewältigen zu können.

Die Wettbewerbskommission und in der Folge auch die Rekursinstanz sind indes der Meinung, dass der Sammlerevers «das koordinierende Element» bilde, das «eine abgestimmte Verhaltensweise» im Sinne des Gesetzes darstelle, die den Wettbewerb vermutungsweise beseitige und damit gegen das Gesetz verstosse.

Résumé: La commission de la Concurrence (Comco) a décidé en septembre 2000 que l'accord sur le prix des livres violait la loi fédérale sur les cartels et partant, qu'il devait être supprimé. La commission de recours a confirmé cette décision en mai dernier et rejeta le recours de l'Association suisse des libraires et éditeurs. L'affaire est maintenant devant le Tribunal fédéral. L'Association suisse des libraires et éditeurs s'oppose à l'interprétation de la Comco, selon laquelle l'accord sur le prix des livres constituerait un accord illicite entre concurrents; elle estime en outre que l'accord se justifie du point de vue économique.

Le dernier mot reviendra au Conseil fédéral en tant qu'autorité politique; si le Tribunal fédéral confirme la décision de la Comco et de la commission de recours, il devra décider si les aspects de politique culturelle et de formation inhérents à l'accord sur le prix des livres ont ou non, plus de poids que ceux de politique concurrentielle. Le même débat est mené à l'étranger où on observe une tendance au maintien d'un accord sur le prix des livres.

Zusammenfassung: *Im vergangenen September entschied die Wettbewerbskommission (Weko), dass die Buchpreisbindung gegen das schweizerische Kartellgesetz verstösst und deshalb abgeschafft werden muss. Im Mai dieses Jahres stützte die Rekurskommission den Entscheid und wies eine Beschwerde des Schweizerischen Buchhandels- und Verlegerverbandes (SBVV) ab. Nun muss das Bundesgericht entscheiden. Der SBVV widerspricht der Auffassung der Weko, wonach es sich bei der Buchpreisbindung um eine verbotene Absprache unter Konkurrenten handelt und meint, dass die Absprachen auch unter ökonomischen Gesichtspunkten Sinn mache. Das letzte Wort dürfte allerdings der Bundesrat als politische Behörde haben: Falls das Bundesgericht den Entscheid von Weko und Rekurskommission stützt, muss er nämlich entscheiden, ob die kultur- und bildungspolitischen Aspekte der Buchpreisbindung nicht höher zu gewichten sind als die wettbewerbspolitischen. Im Ausland, wo die Debatte ebenfalls geführt wird, besteht die Tendenz, an der Buchpreisbindung festzuhalten.*

Schon die Tatsache, dass Quersubventionen, wie sie die Buchbranche als notwendig erachtet, möglich seien, zeige, dass die Preisbindung von der überwiegenden Zahl der Marktteilnehmer angewandt und der Wettbewerb so beseitigt werde. Und angesichts des Marktanteils der preisgebundenen Bücher, den der SBVV selbst auf rund 90 Prozent beziffert, hätten die Buchhändler faktisch keine andere Wahl, als den Sammelrevers zu akzeptieren.

Auch beschränke sich der Sammelrevers selbst keineswegs auf die Bündelung individueller vertikaler Absprachen zwischen den einzelnen Marktteilnehmern, sondern enthalte «verschiedene Elemente einer gemeinschaftlichen Regelung». Die Rekurskommission nennt in diesem Zusammenhang etwa die Tatsache, dass der Preisbindungsträger der Verleger beauftragt ist, die Preisbindung zu überwachen, «das heisst Verstösse festzustellen, abzumahnen und den betroffenen Verleger orientieren, der auf Grund seiner Verpflichtung zur Lückenlosigkeit die Preisbindung durch Einforderung von Konventionalstrafen oder Lieferstopps durchzusetzen hat».

Kultur- und bildungspolitische Gesichtspunkte

Hinter der rein juristischen und angesichts der Thematik reichlich theoretisch wirkenden Auseinandersetzung über die Definition gesetzeswidriger Absprachen steht freilich die interessantere Frage, ob freier Wettbewerb unter kultur- und bildungspolitischen Gesichtspunkten tatsächlich wünschbar ist, oder konkret: Ob Bücher für Minderheiten und für kleine Sprachregionen, ob kulturelle Experimente und Raritäten, auf einem Markt, der sich ausschliesslich über Preis und Nachfrage regelt, überhaupt noch finanzierbar und damit überlebensfähig sind. Quersubventionen ermöglichen es, auch Bücher zu einigermassen marktgerechten Preisen zu verlegen, welche sonst mangels niedriger Auflage und damit verbundenen hohen Herstellungskosten für den Handel zu teuer wären und aus den Regalen verschwinden würden. Der SBVV prognostiziert für den Fall der Abschaffung der Buchpreisbindung mit Verweis auf Zahlen aus dem Ausland einen

massgeblichen Rückgang sowohl der Titelvielfalt als auch der Anzahl Buchhandlungen und Verlage.

Dabei ist die Debatte über die Buchpreisbindungen keine rein schweizerische Angelegenheit: Auch in der EU entzündet sich der Buchpreis-Streit hauptsächlich daran, ob die kulturelle Vielfalt bei freien Preisen bedroht ist. Es ist kein Zufall, dass sich der deutsche Buchhandel nicht nur bereits besorgt an Kulturministerin Ruth Dreifuss gewandt, sondern sich auch an der Beschwerde gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission beteiligt hat: Wenn die Buchpreisbindung in der Deutschschweiz fällt, lässt sie sich wohl auch im übrigen deutschsprachigen Raum nicht mehr durchsetzen. Selbst die Rekurskommission weist deshalb in ihrem Entscheid darauf hin, dass eine sorgfältige Abwägung der wettbewerbs- und kulturpolitischen Argumente vorzunehmen ist.

Das allerdings ist Sache des Bundesrates als politischer Behörde: Falls auch das Bundesgericht die Beschwerde des SBVV abweist und den Sammelrevers ebenfalls als Verletzung des Kartellrechtes taxiert, kann der Bundesrat die Absprachen nämlich trotzdem als zulässig erklären: Artikel 8 des Kartellgesetzes sieht vor, dass der Bundesrat Preisabsprachen auf Antrag von Beteiligten ausnahmsweise erlauben kann, wenn dies der Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen dient. Die Förderung eines möglichst vielfältigen Bücherangebotes, zugänglich für möglichst grosse Teile der Bevölkerung, ist ein solches Interesse. Auch scheint es sinnvoll, das Vorgehen mit dem deutschsprachigen Ausland abzustimmen, das an Buchpreisbindungen festhalten will. Andererseits kann kaum bestritten werden, dass im Buchhandel bis heute Strukturen bestehen, wie sie in anderen Branchen längst verschwunden sind, und die Behauptung, dass ohne Buchpreisbindung die Titelvielfalt zurückgeht, ist alles andere als bewiesen. In der Romandie übrigens existieren keine Buchpreisbindungen nach deutschschweizerischem Modell, dasselbe gilt etwa für England und Schweden.

Ein Studie im Auftrag des Bundesrates, die die Auswirkungen der Buchpreisbindung

En point de mire

Im Brennpunkt

beziehungsweise deren Abschaffung ausleuchten soll, ist bereits in Arbeit und scheint für den Buchhandel und die Verleger unter dem Strich nicht ungünstig auszufallen. Auch vor diesem Hintergrund wäre es interessant, wenn das Bun-

desgericht den Sammelrevers nicht einfach aufgrund einer angesichts der Tragweite der Problematik juristischen Auslegungsfrage als zulässig erklären, sondern diesen letztlich politischen Entscheid auch den politischen Behörden überlassen würde. ■

Communications reform in the United Kingdom

Eric Barendt

Goodmann Professor of media Law, University college London

Zusammenfassung: Die britische Labour-Regierung präsentierte nach den Wahlen im Juni einen Gesetzesentwurf, welcher voraussichtlich im nächsten Jahr in Kraft gesetzt wird und der die Vorschläge des letztjährigen Weissbuches «A New Future for Communications» umsetzt.

Das zentrale Element des Entwurfes ist der Ersatz einer Reihe von Regulierungsbehörden durch einen einzigen Regulator, dem «Office of Communications» (OFCOM).

Das Weissbuch verteidigt das Prinzip des Service public und verzichtet auf Änderungen bei der BBC, welche übrigens nicht der Aufsicht des OFCOM unterstehen wird. Die heutigen Programm- und Werbebestimmungen werden weitgehend in Kraft bleiben.

Neben Vorschlägen zur Lockerung der Medienkonzentrationsbestimmungen macht das Weissbuch ein paar radikale Vorschläge für ein Rundfunkgesetz. Das Internet und die Presse werden davon weitgehend unberührt bleiben. Insgesamt betrachtet enttäuscht das Dokument. Die Regierung hat es verpasst, fundamentalere Änderungen vorzuschlagen.

The reform of broadcasting regulation in the United Kingdom has been much discussed in the last five years. Private commercial radio and television are governed by legislation enacted ten years ago; during this period cable and satellite television has expanded considerably, while rapid developments in telecommunications technologies and the Internet have brought about media convergence. Amendments to the legislation of 1990 were made in 1996, but they concerned primarily the framework for digital broadcasting and details of the anti-concentration rules; they did not affect the basic structure established by the Broadcasting Act 1990.

Pressure for change has largely come from media groups and broadcasting companies, which are keen to lighten the burden of regulation on the industry and in particular to reduce the anti-concentration limits. Equally, government is concerned to promote the growth of the media and communications industries which have been expanding much faster than other parts of the economy. In December 2000 the Labour government issued a White Paper, *A New Future for Communications*, which outlined proposals for reform. After the re-election of the government in June this year, a Bill has been drafted, and it is likely to become law next year.

A new super-regulator

The government's primary objective is to encourage dynamic and competitive media markets, while ensuring that the interests of viewers and listeners and users of new media technologies are fully protected. The central proposal of the White Paper is to simplify the system of regulation by replacing a number of existing authorities with a single powerful regulatory body, the Office of Communications (OFCOM). For reasons of history

- broadcasting and telecommunications developed at different periods - there are at present separate authorities for radio, television, and telecommunications. Furthermore, in addition to the principal regulatory authorities - the Independent Television Commission (ITC), the Radio Authority, and the Office of Telecommunications, a separate body, the Broadcasting Standards Commission, monitors the portrayal of explicit violence and sexual behaviour on broadcasting channels and investigates complaints of unfair treatment and infringement of privacy. All these bodies will be replaced by OFCOM, which may also take over the work of classifying videos, at present performed by the British Board of Film Classification.

The government expects that this change will reduce the problems arising from a proliferation of administrative authorities: the imposition of inconsistent standards and confusion for members of the public who may not know which body has authority to resolve a complaint about programme standards. But something of value may be lost by this reform. A general regulatory authority like OFCOM may not be able to meet needs of the different media industries; radio broadcasters, in particular, are anxious that their interests will be ignored, as OFCOM inevitably becomes preoccupied with regulation of the more glamorous television and telecommunications industries.

One topic much debated both before and after publication of the White Paper is the regulation of the BBC. Unlike private commercial broadcasters set up under legislation, the BBC has been regulated by a Royal Charter issued in theory by the Crown, but in reality by the government. Its Governors enjoy in practice considerable independence and programming freedom, while commercial channels are controlled by the ITC. There was consid-

erable speculation that the White Paper would recommend that the BBC should in the future be regulated by OFCOM in the same way as their commercial rivals. However, it proposes that the Governors retain their responsibility to ensure that the BBC fulfils its public broadcasting service obligations and does not appear to foresee any supervisory role for OFCOM over it. Perhaps more important is the White Paper's emphasis on the continued importance of public service broadcasting, which, in the government's view, continues to fulfil an essential function, even in a multi-channel environment, where the scarcity argument is no longer tenable. It considers there remain strong economic, political and cultural arguments for public broadcasting, among other things, to provide programmes which the market will not supply.

The White Paper is indeed generally very conservative with regard to programme standards and the protection of viewers and listeners. All channels will remain subject to the basic requirements that they are impartial on matters of political and social controversy and that they do not transmit indecent or violent programmes. Beyond that, with regard to the terrestrial public service channels, OFCOM will be responsible for the enforcement of those public service obligations which are quantifiable, for example, obligations to show a majority of European programmes and for regional channels to show news and other programmes dealing with regional matters. But other public service obligations, such as the requirement to show some original drama, which are harder to measure will be left to self-regulation. This means that Channels 3, 4 and 5 (the terrestrial channels) must indicate how they intend to honour these public service commitments, and then report at the end of the year how they have been fulfilled. Only if there are clear and persistent breaches, would OFCOM intervene.

Liberalisation of restraints

It is in the area of competition law that the White Paper favours some liberalisation of the restraints imposed on the broadcasting and other media. That is not surprising, since the Department of Trade

and Industry (DTI) was jointly responsible with the Department of Culture, Media and Sport for the White Paper; the DTI is responsible for competition law and at the same time is anxious to promote UK media and telecommunications service industries. In the last few years there have been a number of mergers between the regional companies responsible for programmes on the main terrestrial commercial Channel 3, but further consolidation is prevented by two clear statutory rules: a prohibition on control of the two London ITV licences and a rule on holding two or more ITV licences to provide television services which attract more than 15% of total national audience share, including BBC viewers. Both these rules would be revoked; the White Paper also contemplates liberalisation of the restraints on the accumulation of radio licences. The government almost certainly wishes to remove legal obstacles to the emergence of a single dominant Channel 3 broadcaster which would be able to compete effectively in the European and international markets, as well as to finance the increasing costs of terrestrial digitalization. It is, however, much more hesitant to make firm proposals with regard to relaxing controls on cross-media ownership and with regard to press mergers.

Apart from these proposals and the central proposal to establish a single general regulatory authority, the White Paper is overall a conservative, perhaps rather timid document. The government has made no significant attempt to reconsider programme and advertising standards in the context of media convergence. Little attention is paid to the Internet and its increasing use for the transmission of television programmes. The case for imposing some legal constraints on newspapers - legal rights to the protection of privacy and rights of reply - is not discussed at all. Even the proposal to replace the ITC and other regulatory bodies with OFCOM has been discussed for a long time, so that it hardly seems a radical idea now. In view of the government's Parliamentary majority after the election in June, that it is unlikely there will be any difficulty in implementing these modest reforms. It is disappointing, however, that the opportunity has been missed for more fundamental reform. ■

Résumé: *Après les élections de juin, le gouvernement travailliste de Grande-Bretagne a présenté un projet législatif qui aura vraisemblablement force de loi dès l'année prochaine et qui transpose les propositions du livre blanc paru l'année dernière, «A new Future for Communications». Le principal élément du projet consiste dans la substitution de plusieurs autorités de surveillance par une seule autorité, «l'Office of Communication» (OFCOM). Le livre blanc défend le principe du service public et ne prescrit aucun changement au sein de la BBC; cette dernière ne sera pas soumise à la surveillance de l'OFCOM. La réglementation actuelle sur les programmes et la publicité restera en vigueur. A côté des propositions visant à faciliter la concentration des médias, le livre blanc pose quelques propositions radicales pour une loi sur la radio et télévision. Internet et la presse ne seront toutefois pas touchés. Globalement, le document est décevant. Le gouvernement a manqué l'occasion de faire de proposer des changements fondamentaux.*

Loft Story: le regard attentif du CSA

Maryse Brugière

Directrice des programmes, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Paris

Zusammenfassung: *Wie alle anderen Europäer neigen auch die Franzosen zum Voyeurismus, auch wenn sie den Schritt zur «Fernsehrealität» später als alle anderen gemacht haben. Der Erfolg der Loft Story hat den Beweis erbracht. Der CSA musste einschreiten. Der Umfang ihrer Kompetenzen basiert auf zwei gleichwertigen Prinzipien: Freiheit der audiovisuellen Kommunikation und Respekt vor der Menschenwürde. Der CSA verlangte vom Fernsehsender M6 eine «aufnahmefreie Zeit» während des Tages. Sie erachtete den Verzicht von Rechten der einzelnen Teilnehmer in den Verträgen als zu wichtig und forderte Änderungen der Bedingungen. Schliesslich erarbeitet der CSA zusammen mit allen Rundfunkveranstaltern Guidelines zum Respekt der Persönlichkeit, welche die Verschärfung der «Fernsehrealität» verhindern sollen.*

L'apparition du phénomène des émissions de télé-réalité ne date, en France, que du début de cette année. L'émission Loft Story a été mise sur l'antenne de M6 le 26 avril 2001. Malgré une forte controverse, elle a reçu l'adhésion d'un large public, avec des parts d'audience deux à trois fois supérieures à la moyenne des différentes cases où elle est diffusée sur la cible des moins de 50 ans et en particulier sur les composantes les plus jeunes du public.

Le mode de programmation consistait en plusieurs positionnements sur la grille de M6: une diffusion quotidienne du lundi au vendredi dans deux formats, l'un de 45 minutes à 19h00 et l'autre de 7 minutes à 20h30; une diffusion hebdomadaire, le jeudi en prime time sous la forme d'une émission de deux heures et sous forme de best of de la semaine de 52 minutes les samedis à 18h35 et 23h30 et le dimanche à 17h50. Le programme était également diffusé 24h sur 24 et en léger différé (5 minutes environ) sur un canal dédié de TPS (satellite) disponible pour un abonnement de 70 francs. Une rubrique spécifique a été créée sur le site Internet de M6, un site spécifique Loft Story a été créé qui proposait la diffusion en continu du programme. Enfin, d'autres sites, indépendants de M6, ont repris des images du Loft, dont certaines montraient les participants dans des situations intimes.

L'émission, on le sait, devait permettre de suivre la vie d'un groupe de 11 personnes (5 femmes et 6 hommes) pendant environ 71 jours et nuits, dans une maison isolée du reste du monde et spécialement conçue à cette fin. Les participants à l'émission étaient filmés et enregistrés 24 heures sur 24 dans toutes les pièces de la maison.

Mieux respecter la dignité

Face à cette émission, et en vue aussi d'émissions similaires qui pourraient surgir à l'avenir, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est intervenu sur quatre terrains:

1. Il a rappelé le cadre de ses compétences et un certain nombre de principes fondamentaux. Il a précisé que:

- aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, «la communication audiovisuelle est libre» et que ce principe exclut tout contrôle a priori des programmes avant leur diffusion;
- ce principe est limité selon le même article par d'autres principes d'égale valeur, notamment «le respect de la dignité de la personne humaine»;
- le cadre de son action de régulation, notamment en matière d'éthique des programmes, s'inscrit dans la mise en œuvre des lois et règlements régissant ce secteur et dans les conventions qu'il passe avec les chaînes de télévision hertziennes, avec celles distribuées par le câble et avec les services radiophoniques. En ce qui concerne la diffusion par satellite, le CSA ne disposera de moyens d'action comparables que depuis la publication en juillet 2001 d'un décret. Enfin pour l'ensemble des services de communication audiovisuelle, qui incluent les services en ligne diffusés sur Internet en vertu de l'article 2 de la loi, le CSA peut adopter des recommandations en application de l'article 1^{er} de la même loi.

2. Le CSA a demandé à la société Métropole Télévision (M6) de prendre un certain nombre de mesures s'agissant du programme Loft Story. Il l'a précisé:

- de mettre fin, dans ses programmes, à la promotion de Loft Story sur le satellite et sur Internet;
- de respecter les dispositions relatives à l'incitation à la consommation du tabac et de l'alcool;
- d'éviter tout dérapage de nature à porter atteinte à la dignité de la personne humaine;
- de ne pas valoriser, dans le programme Loft Story ou dans les actions de promotion qui lui sont liées, le processus d'exclusion et d'élimination des participants;
- que les participants disposent de moments et de lieux où ils ne sont pas soumis à l'observation du public et ce quel que soit l'objectif poursuivi par ces programmes et en dépit du consentement exprimé par leurs participants. Le Conseil a donc demandé que ces programmes comportent des phases quotidiennes de répit d'une durée significative et raisonnable ne donnant lieu à aucun enregistrement sonore ou visuel ni à aucune diffusion. Il a demandé que les participants en soient clairement informés. Des raisons de sécurité peuvent néanmoins justifier un suivi permanent de la vie des participants par les responsables de la production. Le diffuseur a décidé que les phases de répit sans enregistrement consisteraient en une heure le matin et une heure l'après-midi.

3. Le CSA a examiné les contrats conclus entre la société de production et chacun des participants au jeu et il a demandé certains aménagements relatifs aux droits de la personne. Il a demandé à la société de lui communiquer les contrats la liant à la société de production et ceux liant l'une et l'autre de ces sociétés aux participants à cette émission. Le Conseil souhaitait en effet s'assurer du respect par M6 des obligations relatives aux droits de la personne et notamment au respect de la dignité de la personne humaine qui figurent aux articles 1^{er} et 15 de la loi et de façon plus détaillée à l'article 9 de sa convention. M6 a communiqué au CSA le contrat passé avec la société de production ASP (filiale d'Endemol). Le Conseil a fait procéder

par un conseil extérieur à l'examen approfondi de ces contrats au regard de la dignité de la personne humaine. Il est apparu de l'analyse que le prix payé par les participants en échange d'une chance de gagner consistait en l'abandon de leur liberté d'aller et venir, de leur liberté de communication, de leur liberté de conscience, de jugement et de décision, de leur droit à l'image, de leur droit à l'intimité de leur vie privée.

L'ampleur de ces renoncements a conduit ce conseil extérieur à considérer que ces contrats mettaient à la charge des participants des engagements contraires au respect de la dignité de la personne humaine. Aussi, le CSA a souhaité que les contrats évoluent sur un certain nombre de points. La société lui a alors fourni une lettre interprétative qui précise le sens de certaines clauses des contrats et la position de la société quant à leur exécution, et qui améliorerait les points suivants: information en provenance de l'extérieur; départ du Loft par les candidats; le droit à l'image; la communication du candidat avec la presse après la sortie du Loft; les contrats futurs que pourraient conclure les participants.

Empêcher l'escalade

4. Enfin, pour l'avenir, le CSA a engagé une discussion avec l'ensemble des diffuseurs hertziens pour élaborer des dispositions «des dispositions relatives au respect» des droits de la personne qui seront introduites dans les conventions des chaînes privées et dont il demandera au Gouvernement l'inscription dans les cahiers des charges des chaînes publiques. Le Conseil a considéré que des clauses devaient reprendre et préciser le contenu des remarques qu'il a formulées dans les conventions des services de télévision. Ces stipulations, qui sont actuellement en cours de discussion avec les chaînes, visent notamment à préciser et développer la disposition relative au «respect de la dignité de la personne humaine». Le CSA disposera ainsi d'une base plus solide pour réguler ce genre d'émission afin d'empêcher l'escalade de la télé-réalité. ■

Résumé: Les Français sont tout aussi enclins au voyeurisme que les autres Européens, même s'ils ont franchi le pas vers la télé-réalité plus tard que les autres. Le succès de Loft Story en a apporté la preuve. Le CSA est intervenu sur quatre terrains. Il a rappelé le cadre de ses compétences, marqué par deux principes d'égalité de valeur: la liberté de la communication audiovisuelle et le respect de la dignité humaine. Il a demandé à la chaîne M6 d'aménager, dans la journée, des périodes sans enregistrement. Il a estimé trop importants les abandons de droits consentis par les participants dans leurs contrats et a demandé des aménagements. Enfin, il élabore avec l'ensemble des diffuseurs hertziens des dispositions relatives au respect des droits de la personne, destinées à éviter l'escalade de la télé-réalité.

Italie: les positions dominantes en matière de radio-TV

Paolo Caretti

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Florence

Zusammenfassung: Die neue Aufsichtsinstanz AGCOM hat sich gegen die Übernahme von Rundfunkkonzessionen für terrestrische und uncodierte Ausstrahlungen durch ein Telekommunikationsunternehmen gewehrt. Vergleichlich. Die Verwaltungsrichter haben den Entschluss der AGCOM umgestossen mit der Begründung, dass man in Zeiten der Konvergenz einer Telekommunikationsunternehmung nicht verwehren könne, in den Rundfunksektor einzusteigen. Die AGCOM hatte sich auch mit der dominanten Position zweier Abonnementsfernsehanbieter auseinandersetzen. Diese haben soeben ihre Fusion bekannt gegeben. Der vom Gesetz verlangte Zeitrahmen zur Reorganisation von Rete 3 und Rete 4 hat die AGCOM noch immer nicht festgelegt.

Ces deux dernières années, l'Autorité de garantie des communications (AGCOM) a été appelée à veiller à l'application de deux nouvelles lois en matière de réglementation de la télévision, particulièrement pour ce qui concerne le problème de la formation de «positions dominantes».

1. La première affaire significative a concerné le domaine de la retransmission codée d'événements sportifs. La loi du 29 mars 1999, n. 78 (loi d'application du décret loi du 30 juin 1999, n. 15), institue à son article 2 une réglementation nouvelle «pour éviter des positions dominantes sur le marché de la télévision». Elle prévoit que: (i) chaque club de football de série A ou B est titulaire des droits de retransmission télévisée sous forme codée, (ii) aucun opérateur du marché de la télévision ne peut détenir, en forme directe ou indirecte, y compris au travers de sociétés contrôlées ou alliées, plus de 60 % des droits exclusifs de retransmission en forme codée d'événements sportifs du championnat de ligue A, (iii) que les décodeurs doivent permettre d'avoir accès aux diverses offres de programmes digitaux en clair au moyen de l'utilisation d'un seul appareil.

L'AGCOM a eu à juger le comportement des deux opérateurs uniques du marché de la télévision à pré-paiement en Italie, les sociétés Telepiù et Stream. Elle les a sanctionnés à plusieurs reprises pour violation des dispositions imposant l'utilisation d'un décodeur unique. Par sa décision 216/00/CONS du 7 avril 2000, l'AGCOM avait défini les standards des décodeurs ainsi que les règles pour la réception de programmes de télévision à accès conditionnel, mais les deux opérateurs n'en avaient pas tenu compte.

Dans une autre perspective, un des opérateurs (Stream) s'est adressé à l'AGCOM en se plaignant que Telepiù recourait à des pratiques commerciales (acquisition des droits d'équipes de football prestigieuses pour de longues périodes et contrats, également à long terme, avec les principaux producteurs cinématographiques) pouvant constituer un renforcement de sa position dominante sur le marché de la pay-tv. Les problèmes juridiques soulevés par ce litige concernent, d'une part, les pouvoirs de l'AGCOM en relation avec ceux des autorités cartellaires et, d'autre part, l'application concrète des normes régissant la télévision à pré-paiement sur le marché italien.

Dans sa décision 846/00/CONS, l'AGCOM a déclaré que le marché de la télévision à pré-paiement constitue un marché de référence autonome, mentionnant également à cet égard certaines décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance, comme d'ailleurs plusieurs prononcés de la Commission européenne. Une instruction portant sur une éventuelle violation du pluralisme a dès lors été ouverte à la demande de Stream (délibération 28/01/CONS du 16 janvier 2001). Dans sa définition du marché, l'AGCOM s'est ainsi rangée aux vues de l'Autorité compétente en matière de concurrence (AGCM), qui avait constaté la position dominante de Telepiù quelques mois plus tôt (décision du 14 juin 2000, A274).

La situation est appelée à connaître une évolution rapide en raison de la fusion entre Stream et Telepiù, annoncée le 25 avril 2001. Ce projet a déjà suscité des doutes pour ce qui est de sa légitimité au regard des règles antitrust de droit communautaire et de droit national ainsi que

pour ce qui est du respect du pluralisme de la radiotélévision. Signalons que la loi 78/99 précitée prévoit expressément, pour garantir le pluralisme, une sorte de mécanisme de compensation à l'éventuelle présence d'un opérateur unique de pay-tv, pour ce qui est de la gestion des droits de retransmission d'événements sportifs dont les titulaires sont des clubs de football de ligues A et B. La loi prévoit en effet que «lorsque les conditions des marchés y relatifs entraînent la présence d'un seul acquéreur, la limite indiquée (la limite de 60 % mentionnée ci-dessus) peut être dépassée, mais les contrats d'acquisition des droits à titre exclusif ne peuvent excéder une durée de trois ans» de plusieurs opérateurs sur le marché.

Convergence: une affaire importante

2. Une deuxième affaire concernait le premier exemple de convergence entre entreprises de télécommunications et de télévision, et plus particulièrement l'acquisition de Cecchi Gori Communications spa (le troisième opérateur national de télévision) par Seat Pagine Gialle spa (société du groupe Telecom Italia, précédemment opérateur de télécommunications au bénéfice d'un monopole). Aux termes des articles 4 al. 8 et 2 al. 17 et 18 de la loi 249 de 1997, la société concessionnaire du service public de télécommunications ne peut être titulaire, directement ou indirectement, de concessions radiotélévisées sur des fréquences terrestres en clair, ni fournir des programmes ou des services, ni même recueillir de la publicité pour des concessionnaires radiotélévisés nationaux ou locaux sur des fréquences terrestres en clair, en raison de sa position particulière sur le marché des télécommunications, notamment pour ce qui concerne l'accès aux réseaux.

Cette disposition, adoptée à un moment où le processus de privatisation des télécommunications n'était qu'à son début, est restée fondamentalement inchangée malgré le fait qu'entre-temps, Telecom a vu arriver d'autres opérateurs privés sur le marché et aussi malgré la règle communautaire qui ne parle aujourd'hui plus que de licences, par opposition à des concessions, dans le secteur en question. Il en est résulté une relative incertitude quant

au maintien de l'interdiction de telles convergences entre télécommunications et télévision, ce qui a entraîné les controverses relatives à cette affaire.

Appelée à s'exprimer sur l'acquisition de Cecchi Gori Communications par Seat, l'AGCOM a donné un avis négatif dans deux délibérations successives (n. 51/01/CONS du 17 janvier 2001 et n. 95/01/CONS du 20 février 2001), retenant que l'interdiction devait rester en vigueur jusqu'à l'éventuelle abolition par une intervention directe du législateur. Un recours a cependant été formé devant le Juge administratif, qui a émis un avis contraire, tant en première instance qu'en appel, considérant que la libéralisation du secteur, intervenue depuis, réalisée en conformité au droit communautaire, ne justifiait plus aucune barrière à l'entrée des opérateurs de télécommunications dans le domaine de la télévision.

Il s'agit d'une affaire de grande importance car elle pose le problème de nouvelles règles antitrust applicables au phénomène de la convergence multimédia, qui ne manquera pas de constituer l'élément principal du champ d'action législatif des prochaines années.

Difficile concrétisation

3. Enfin, une troisième affaire a concerné le sort des chaînes «en excès» que détiennent les deux opérateurs de télévision nationale: RAI 3 (RAI) et RETE 4 (Mediaset). A cet égard, bien que l'article 3 al. 9 de la loi n. 249 de 1997 précitée impose à la concessionnaire du service public de radiotélévision (RAI) de présenter un plan de restructuration de l'entreprise lui permettant, tout en respectant l'unité du service public, de transformer une de ses trois chaînes en un diffuseur qui ne puisse pas utiliser de ressources publicitaires, l'article 3 al. 6 de la même loi impose à Mediaset l'obligation de diffuser les programmes de sa chaîne «en excès» par satellite ou par câble.

Le respect des obligations incombant à la concessionnaire publique et à Mediaset est lié, de par la loi, à la fixation d'un délai par l'AGCOM, qui doit tenir compte, entre autre, du développement de l'audience des programmes par satellite ou par câble.

Résumé: La nouvelle Autorité de garantie des communications s'est opposée à l'acquisition, par un concessionnaire du service public de télécommunications, de concessions radiotélévisées sur des fréquences terrestres en clair. Mal lui en a pris! Les juges administratifs lui ont donné tort, estimant qu'à l'heure de la convergence, on ne pouvait pas refuser aux opérateurs de télécommunications l'entrée dans le domaine de la télévision. L'AGCOM s'est également occupée de la position dominante des deux opérateurs uniques du marché de la télévision à pré-paiement. Ceux-ci d'ailleurs viennent d'annoncer leur fusion. Quant à la réorganisation de RAI 3 et RETE 4, elle se fait toujours attendre, l'AGCOM n'ayant toujours pas fixé le délai prévu par la loi.

Europe - Le monde

Europa - Die Welt

A plus de quatre ans de l'approbation de la loi, ce délai n'a pas été fixé par l'AGCOM, celle-ci étant encore occupée à vérifier que la transformation de la situation actuelle puisse effectivement se réaliser. C'est un exemple de plus des difficultés qu'on rencontre à concrétiser les règles antitrust dans le secteur de la télévision,

particulièrement lorsque, comme dans le cas italien, le marché s'est consolidé vers un duopole rigide entre le secteur public et le secteur privé, avec toutes les solidarités transversales que celui-ci entraîne, malgré une apparence conflictuelle. ■

Traduction: Charles Poncet

ICANN - ein kommunikationsvölkerrechtliches Experiment?

Herbert Burkert

PD Dr. iur. habil., Präsident der Forschungsstelle für Informationsrecht an der Universität St.Gallen und Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Fraunhofer-Instituts für Medienkommunikation, St. Augustin, Deutschland

1. Was ist ICANN

1. Entstehung

Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) ist eine privatrechtliche juristische Person, die 1998 als gemeinnützige Einrichtung nach kalifornischem Recht gegründet wurde.¹ Bei der Gründung übertrug das Commerce Department der US-Bundesregierung ICANN eine Reihe von Koordinierungsfunktionen für das Internet, die zuvor von anderen Vertragspartnern der US-Regierung wahrgenommen worden waren.² Diese Funktionen umfassen eine Vielzahl von Aufgaben, um die stabile Weiterentwicklung des Internet sicherzustellen.³

- 1 Zum Typ dieser Rechtsform: California Corporations Code, Sections 5000 to 9000. Der Rechtsnatur nach ist ICANN privatrechtlich; ob ICANN allerdings aufgrund seiner übertragenen Funktionen nach den Regeln des Federal Administrative Procedure Acts zu behandeln ist, ist einer von zahlreichen Streitpunkten in der Diskussion um diese Institution. Zur Gründungsgeschichte: MUELLER, Milton, ICANN and Internet Governance - sorting through the debris of 'self-regulation', info 1 (1999), no.6, 497-520.
- 2 Memorandum of Understanding between the U.S. Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers vom 25. November 1998 (<http://www.icann.org/general/icann-mou-25nov98.htm>). Der Übergangsprozess von den früheren Vertragspartnern auf ICANN ist noch nicht abgeschlossen und wird nach dem dritten Rechenschaftsbericht von ICANN an das Department of Commerce vom 3. Juli 2001 auch nicht - wie ursprünglich vorgesehen - zum 30. September 2001 abgeschlossen sein, so dass mit einer weiteren Fristverlängerung zu rechnen ist.
- 3 Art. 2 der Articles of Incorporation (Gründungsdokument) of Internet Corporation for Assigned Names And Numbers as revised November 21, 1998 (<http://www.icann.org/general/articles.htm>).

Das Internet ist ein Zusammenschluss einer Vielzahl von Kommunikationsnetzen unterschiedlicher Technik und unterschiedlicher Betreiber. Die Architektur dieser Netze (d.h. das Zusammenwirken der einzelnen Elemente der Netzwerke) und die Protokolle der Netze (d.h. die Standards für den Datenverkehr in diesen und zwischen diesen Netzen) ermöglichen es, dass diese Netze für eine Vielzahl von Anwendungen (Diensten) zwischen beliebigen Endpunkten genutzt werden können.⁴

In diesen Netzen werden Übermittlungen in Datenpakete zerlegt, die mit Adressen versehen über Vermittlungsrechner gesteuert den je nach Last optimalen Weg durch das Netz zu ihrem vorgesehenen Empfangspunkt finden. Anders als in herkömmlichen Fernmeldenetzen werden für die Übermittlung also keine festen Verbindungen aufgebaut, sondern der Verkehr wird über eine Vielzahl von Rechnern (Servern) paketweise an sein Ziel gebracht. Damit dieser nicht zentral gesteuerte Verkehr reibungslos abläuft, müssen einheitliche Rahmenbedingungen und insbesondere Adressen für diese Netze zentral festgelegt werden. Diese Festlegungen werden in einer Vielzahl von Gruppierungen unter Beteiligung der Wirtschaft, der Wissenschaft und von Regierungsstellen in anhaltenden Diskussionsprozessen entwickelt. Diese Prozesse werden über ICANN koordiniert und wo notwendig entschieden. Darüber hinaus spielt ICANN eine wichtige Rolle bei der Zuteilung von Ressourcen, die eine Netzpräsenz überhaupt

- 4 Computer Science and Telecommunications Board, National Research Council: The Internet's Coming of Age. Washington 2001, 5 ff.

Résumé: ICANN quitte le devant de la scène après la clôture des élections des «At-Large-Directors». L'institution mérite toutefois que l'on continue à s'y intéresser. Les structures complexes de l'ICANN influencent la préparation et la prise de décisions sur la stabilité et la disponibilité d'«Internet»; cela, tout à fait indépendamment du fait de savoir si l'ICANN est un organisme «unique-ment» technique ou également politique. Il paraît peu vraisemblable, ni d'ailleurs souhaitable, que l'ICANN se développe comme une sorte de «gouvernement mondial» de l'Internet. L'ICANN est cependant un exemple des nouvelles structures réglementaires globales qui regroupent au niveau international des intérêts gouvernementaux, des intérêts économiques privés et les nouvelles formes de participation de la société civile. Cet enchevêtrement de pouvoirs requiert une formulation du droit de la communication tant au niveau national, qu'international.

Zusammenfassung: Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) ist nach dem Abschluss der «Direktwahlen» der «At-Large-Direktoren» wieder aus dem Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt. Die Einrichtung verdient jedoch anhaltende und sorgfältige Aufmerksamkeit: Über die komplexen Strukturen von ICANN werden Entscheidungen vorbereitet und umgesetzt, die erhebliche Auswirkungen auf die Verfügbarkeit und Stabilität der globalen Kommunikationsinfrastruktur «Internet» haben, ganz unabhängig davon, ob man diese Einrichtung als «nur» technisch oder als politisch einstuft. Zwar ist wenig wahrscheinlich und auch nicht wünschenswert, dass sich ICANN zu einer Art «Weltregierung» des Internet entwickelt. ICANN ist jedoch ein Beispiel für neue komplexe globale Regelungsstrukturen, bei denen sich auf internationaler Ebene Regierungsbeziehung, privatwirtschaftliche Interessenwahrnehmung und neue zivilgesellschaftliche Beteiligungsformen verschränken. Diese Macht- und Legitimationsverschränkungen bedürfen - nicht zuletzt auch wegen ihrer individualrechtlichen Auswirkungen - der kommunikationsrechtlichen Ausformulierung und Stabilisierung sowohl auf der nationalen als auch auf der internationalen Ebene.

erst ermöglichen. ICANN übt so einen zwar weitgehend technisch vermittelten, aber politisch nicht weniger bedeutsamen Einfluss auf die Ausgestaltung einer globalen Kommunikationsinfrastruktur aus.⁵

2. Struktur

ICANN handelt durch ein «Board» bestehend aus dem vom Board gewählten Vorsitzenden und 18 Ko-Direktorinnen und Ko-Direktoren. Dem Direktorium steht ein Stab von zur Zeit ca. 20 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zur Seite.

Entsprechend ihrer Satzung⁶ wird ICANN in ihrer Arbeit von (gegenwärtig) drei sogenannten «Supporting Organizations» (SO) unterstützt:

- der «Address Supporting Organization (ASO)»⁷, die sich den Internetprotokoll-Adressnummern widmet (den sogenannten IP-Nummern, wie z.B. «127.0.0.1», mit denen die kommunizierenden Einheiten der Netze identifiziert werden);
- die «Domain Name Supporting Organization (DNSO)»⁸, die sich mit dem Namenssystem - «Domain Name System (DNS)» - des Internet beschäftigt. Mit Hilfe dieses Systems - genauer dieses Dienstes - werden Stellen und Ressourcen im Netz für Kommunikation notwendige eindeutige Namen (die Domainnamen) zugewiesen (z.B.: www.icann.org), die leichter zu merken sind als die genannten IP-Adressen.

Der von rechts erste Bestandteil eines solchen Domainnamens ist die «Top-Level-Domäne». Top-Level-Domänen teilt man ein in «generische» (d.h. nicht länderspezifische) Top-Level-Domänen (gTLD) und in «Country

Code Top Level Domainen» (ccTLD).

Die gTLDs umfassen (bisher) die Endungen «.net», «.org», und «.com». Domainnamen mit diesen Bestandteilen werden über privatwirtschaftliche Einrichtungen registriert, die von ICANN zugelassen sind.⁹ Die ccTLDs sind Endungen, die (weitgehend)¹⁰ nach einem internationalen Standard (ISO Standard 3166) für Länder und spezielle geographische Verwaltungseinheiten vergeben werden (z.B.: «.ch» und «.li»). Die Vergabe von Domainnamen in diesem Bereich wird international unterschiedlich von staatlichen oder privatwirtschaftlichen Stellen nach unterschiedlichen Regeln gehandhabt.

Die «Unternehmen» der TLDs - also etwa «icann» in «www.icann.org» - werden als «Subdomains» oder «Second Level Domains (SLD)» bezeichnet.

Die notwendigerweise eindeutige Verknüpfung von IP-Adresse und solchen Domainnamen erfolgt mit der Registrierung des Domainnamens. Diese Entsprechung wird in einer zentral geführten «Registry» festgehalten, während es sich bei den die eigentliche Registrierung vornehmenden Stellen, den Registraren, um durchaus miteinander konkurrierende Einrichtungen handeln kann. Eine der weiteren Aufgaben von ICANN ist es, im Bereich der gTLDs einen solchen Wettbewerb zu fördern.

Auf der Ebene der ccTLDs fallen häufig noch Registrar- und Registry-Rolle zusammen. Aber auch hier bahnen sich Veränderungen vor allem auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen an.

Domainnamen (anstelle der IP-Nummern) spielen in den Netzen eine im-

⁹ Daneben gibt es noch die sogenannten Special Top Level Domains (sTLDs): .mil (für militärische Einrichtungen der USA), .gov (für US-Bundeseinrichtungen), .edu (für US-Erziehungseinrichtungen) und .int (für internationale Einrichtungen).

¹⁰ Nach diesem Standard hätte z.B. Grossbritannien die Kennung .gb; es hat aber die Endung .uk erhalten. Im Rahmen dieser Norm gibt es auch kein Kürzel «eu», das die Europäische Union als ccTLD vergeben will; die Europäische Union benötigte daher die Zustimmung von ICANN zu den weiteren Vorbereitungen für diese TLD (siehe auch unten).

⁵ HANLOSER, STEFAN, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) - Legislative, exekutive und judikative Selbstverwaltung im Internet, JurPC, Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik, Dok. 158/2000, Abs.1 - 46, 23ff.

⁶ Bylaws, Article VI. Die Bylaws finden sich in ihrer jeweils aktuellen Fassung unter <http://www.icann.org/general/bylaws.htm>.

⁷ <http://www.aso.icann.org/>.

⁸ <http://www.icann.org/dns/dns.htm>.

mer grössere Rolle, weil es gerade auch wirtschaftlich um erinnerungsfähige Kennungen geht, mit denen Aufmerksamkeitsbindung in einer immer unübersichtlicheren Umgebung erreicht werden können.

Die Umsetzung von Domainnamen in IP-Adressen im Netz erfolgt in sogenannten «Domain Name Resolvern», d.h. automatischen elektronischen Nachschlagesystemen, die zur Steuerung der Datenpakete auf den Netzen derartige Entsprechungen in ihren Adressregistern vorrätig halten oder bei anderen Servern des Domainnamensystems nachfragen. Als zentralen Nachweis wird zur Sicherung der Widerspruchsfreiheit im Netz für jede TLD auf die Entsprechungen der Registries zurückgegriffen. Der Gesamtbestand der Entsprechungen wiederum ist aus zur Zeit dreizehn sogenannten Root-Servern abrufbar, die sich bis auf drei auf dem Hoheitsgebiet der USA befinden, unter ihnen auch der sogenannte A-Root-Server (in Herndon, Virginia, USA), der für die anderen zwölf *die* autoritative Verweisdatenbank bereithält. Dieser Root-Server wird zur Zeit noch von einer US-Firma im Auftrag der amerikanischen Regierung betrieben und wird ebenfalls in die Verantwortung von ICANN überführt werden.¹¹

- die «Protocol Supporting Organization (PSO)»¹², die sich mit der Weiterentwicklung der Parameter des Internetprotokolls beschäftigt.

In diesen «Supporting Organizations» finden sich wiederum zahlreiche Gremien zu Spezialthemen und -interessen zusammengefasst, die ihren eigenen Rekrutierungs- und Verfahrensregeln folgen.

Neben diesen «Supporting Organizations» gibt es noch eine Reihe von ICANN beratenden Gruppierungen:

- das «Governmental Advisory Committee (GAC)»¹³; in ihm vertreten nationale Regierungen und internationale Organisationen ihre Interessen gegenüber ICANN; das Gremium sieht sich zugleich als Instrument zur Vertretung von Verbraucherinteressen.

Das Gremium wacht u.a. auch über die

weitere Ausgestaltung der Beziehungen zwischen ICANN und nationalen Registries der ccTLDs.

- das «DNS Root Server System Advisory Committee»¹⁴, das sich der Weiterentwicklung der Serversysteme für das DNS widmet; und
- das «At Large Membership Study Committee»¹⁵, das sich mit Fragen der Repräsentanz und Beteiligung einer allgemeinen (i.S. von ausserhalb der SOs und beratender Gruppierungen) Mitgliedschaft bei ICANN («At-Large-Membership») beschäftigt.

3. «Mitglieder»

Die «Mitgliedschaft» bei ICANN ist eines der Probleme, mit denen ICANN in den Blickpunkt einer grösseren Öffentlichkeit gerückt war. Seiner Gründungsstruktur nach ist ICANN eine juristische Person ohne Mitglieder und hat nur handelnde Organe. Im Rahmen mehrerer Satzungsänderungen hat sich das Board jedoch - nicht zuletzt auch auf Druck der US-amerikanischen Regierung - eine Mitgliedschaft über die Satzung definiert. Die einzige Funktion dieser Mitglieder war bisher die Wahl für das Board.¹⁶ Von den - wie erwähnt - 19 Mitgliedern des Board werden je drei Mitglieder von den «Supporting Organizations» gewählt, fünf weitere Direktorenposten aber wurden über diese Wahlen vergeben; die so im Sommer 2000 direkt gewählten «At-Large-Direktoren» ersetzen dann im November

11 Dieses hierarchische System beruht auf einer Konvention, die von allen Beteiligten weitgehend eingehalten wird. Es fehlt jedoch nicht an Versuchen, Parallelsysteme aufzubauen, die von anderen alternativen Roots ausgehend ihr eigenes Verweissystem führen. Diese alternativen Systeme mögen zwar in begrenztem Umfang funktionieren. Ihr Betrieb schien auch eine wirtschaftlich interessante Option, solange sich nicht abzeichnete, ob und wie weit sich das bestehende TLD-System erweitern würde. Die Existenz solcher alternativer Systeme gefährdet aber tendenziell die weltweite Interoperabilität und ICANN versucht demgemäss, dem Entstehen solcher Systeme entgegenzuwirken. Vgl. das Internet Coordination Policy Paper No.- 3 von ICANN «A Unique, Authoritative Root for the DNS» vom 9. Juli 2001 (<http://www.icann.org/icp/icp-3.htm>).

12 <http://www.pso.icann.org/>.

13 <http://www.icann.org/committees/gac/>.

14 <http://www.icann.org/committees/dns-root/>.

15 <http://atlargestudy.org/>.

16 Nach kalifornischem Recht ist nicht erforderlich, dass ICANN Mitglieder hat. Die Mitgliedschaft ist daher nicht konstitutiv, sondern nur durch Satzung geschaffen und kann durch Satzungsänderung wieder abgeschafft werden (Art. II der Bylaws).

2000 fünf der bereits einsitzenden Direktoren.

4. Legitimation

Über diese «At-Large»-Mitgliedschaft und mit den sie repräsentierenden Direktoren sollte eine grössere geographisch besser verteilte Repräsentanz der «Internet-Nutzer» in ICANN herbeigeführt werden. Als «Mitglied» (zur Teilnahme an diesen Wahlen) konnte sich jeder registrieren lassen, der sechzehn Jahre alt oder älter war, über eine verifizierbare Postanschrift und über eine eMail-Adresse verfügte. Nach der Registrierung erfolgte die Verifizierung durch die postalische Zusendung eines Aktivierungs-codes. Erst nach Registrierung und Aktivierung konnte an den Wahlen selbst teilgenommen werden.

Die Kandidatenermittlung und die Wahlen erfolgten nach einem komplexen Verfahren getrennt nach den Regionen Afrika, Asien/Australien/Pazifik, Europa, Lateinamerika/Karibik und Nordamerika. Bei den ebenfalls wegen ihres Verfahrens heftig kritisierten Wahlen wurden - allerdings mit grossen regionalen Unterschieden - letztlich etwa 34.000 gültige Stimmen abgegeben.

Die Erfahrungen mit diesem Verfahren, die Rolle der Mitgliedschaft, die Rolle der über dieses Verfahren gewählten Direktoren und die Frage, ob - wie einmal geplant - weitere vier Direktoren nach einem solchen, gegebenenfalls modifizierten Verfahren gewählt werden sollen, sind gegenwärtig Behandlungsgegenstände des genannten «At Large Membership Study Committee». Dessen «offizielle» Studie, deren Abschluss für November 2001 vorgesehen ist, wird ergänzt durch Studien anderer Gruppierungen ausserhalb von ICANN, die befürchten, ICANN könne vom Mitgliedschaftskonzept wieder abrücken oder doch die Auswirkungen solch direkter Einbeziehung von Nutzern erheblich beschneiden¹⁷.

Die internationale Legitimation von ICANN stärkt jedenfalls, dass die Diskussionsprozesse, die Meinungsbildungs- und Entscheidungsdokumente des Board und bei den Supporting Organizations wie auch bei den Advisory Committees für europäische Verhältnisse in bemerkenswertem Umfang (wenn auch nicht vollständig) öffentlich zugänglich und im Internet dokumentiert sind.

5. Finanzierung

Der Finanzbedarf von ICANN liegt gegenwärtig bei etwa fünf Millionen US-Dollar pro Jahr. Finanziert wird ICANN vor allem aus den Beiträgen der durch ICANN zugelassenen Registrare für die generischen Top-Level-Domains. Daneben erhält ICANN ungesicherte Kredite, Schenkungen und Beiträge von Stiftungen. So ist etwa die Wahl der «At-Large-Direktoren» aus Stiftungsmitteln finanziert worden. Darüber hinaus wird ICANN durch weitere Kostenübernahmen von privater Seite etwa bei der Organisation des vierteljährlichen öffentlichen Treffens des Boards unterstützt. Auch die ccTLD-Registries beteiligen sich trotz einiger Widerstände in zunehmenden Umfang an der Finanzierung von ICANN.

II. Aktivitäten von ICANN

Mit einer Reihe von Massnahmen hat ICANN bisher versucht, die Auseinandersetzungen um Domainnamen, insbesondere in der wirtschaftlich interessanten Domain «.com» zu beruhigen.

1. Streitschlichtung

Zum einen hat ICANN die warenzeichenrechtlichen Auseinandersetzungen bei «.com»-Domains dadurch zu reduzieren versucht, dass mit Hilfe der World Intellectual Property Organization (WIPO) Regeln für ein Streitschlichtungsverfahren entwickelt und umgesetzt wurden: die «Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP)». ICANN verpflichtet die von ihr zugelassenen Registrare dazu, ihrerseits Registrierende dazu zu verpflichten, sich einem Streitschlichtungsverfahren zu stellen, ohne dass allerdings die Betroffenen damit auf ein gerichtliches Verfahren verzichten müssen. Ein-

¹⁷ Zu diesen «alternativen» Gruppen gehört die «NGO and Academic Study (NAIS)»-Gruppe, die am 1. Juni 2001 ihren ersten Zwischenbericht fertiggestellt hatte (<http://www.naisproject.org/>).

richtungen, die ihre Dienste als Streitschlichter anbieten, müssen sich ihrerseits bei ICANN akkreditieren.¹⁸

2. Erweiterung der Top-Level-Domains

Zum anderen hat ICANN - in einem ebenfalls umstrittenen Verfahren - die Liste der gTLDs um weitere Domains erweitert, um so den Druck auf «.com»-Registrierungen zu senken. Diese neuen Domains, die mit besonderen, ebenfalls von ICANN genehmigten bzw. zu genehmigenden Vergaberegeln versehen sind, sind die Domains «.aero», «.biz», «.coop», «.info», «.museum», «.name» und «.pro».¹⁹

3. Das Verhältnis zu den Country Code Top Level Domains

Im Rahmen seiner allgemeinen Stabilisierungsaufgaben versucht ICANN darüber hinaus, auch auf die Vergaberegeln im Bereich der ccTLDs vertraglich Einfluss zu nehmen, stösst dabei aber auf Widerstände im «Governmental Advisory Committee», die im wesentlichen darauf zurückzuführen sind, dass nationale Regierungen sich den Einfluss auf nationale Registrierungsstellen und -verfahren zu erhalten suchen oder doch zumindest ihrerseits auf die Gestaltung der Beziehungen zwischen ICANN und diesen Registrierungsstellen mitgestalten wollen.²⁰ Die ccTLD-Einrichtungen wiederum streben einen stärkeren Einfluss in ICANN an, in dem sie sich als eigene «Supporting Organization» konstituieren wollen, die dann auch im Board durch eigene Direktoren repräsentiert sein möchte.²¹

III. Probleme von ICANN

1. Die allgemeine Diskussion um ICANN

Wie schon angedeutet gibt es im Umfeld von ICANN kaum ein Thema, das nicht kontrovers diskutiert wird: Die Entstehung und die Struktur von ICANN, die Zusammensetzung des Boards, die Rolle der Mitgliedschaft, die Verfahren, die bisherigen Massnahmen von ICANN - all dies sind Themen anhaltender Auseinandersetzungen und zahlreicher Diskussionsforen, die allerdings seit dem Ende der

«At-Large-Membership»-Wahlen kaum mehr das Interesse einer grösseren Medienöffentlichkeit finden.²² Wegen der unzweifelhaften Bedeutung des Internet als Infrastruktur globaler Kommunikation ist es jedoch angebracht, den Entwicklungen um ICANN weiterhin Aufmerksamkeit zu widmen.

Dabei mag dahinstehen, welche Zukunft dem Domainnamensystem selbst beschieden sein wird, das zur Zeit soviel Anlass für rechtliche Streitigkeiten gibt. Zwar mag sich eine Vielzahl der Nutzer noch unmittelbar an diesen Namen orientieren, eine Orientierung, die dann auch zu den zahlreichen wettbewerbs-, namens- und warenzeichenrechtlichen Auseinandersetzungen geführt hat. Auch mag fraglich sein, ob die blosser Erweiterung der TLDs vor dem Hintergrund bisheriger Rechtsprechung, die zumindest in Deutschland ausschliesslich auf die SDL-Komponente abstellt, überhaupt Abhilfe schaffen kann. Und schliesslich zeichnen sich schon neue Verweissysteme ab, die Internet und Telefonnetz miteinander zu verbinden suchen.²³

2. Die Zukunft des Streitschlichtungsverfahrens

Das von ICANN implementierte Streitschlichtungsverfahren hat - wenn auch dieser Beitrag von ICANN ebenfalls

18 <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>.

19 <http://www.icann.org/tlds/>.

20 Hierzu das Communiqué des GAC zu seiner Sitzung im März 2001 in Melbourne <http://www.icann.org/committees/gac/communique-10mar01.htm>.

21 <http://cyber.law.harvard.edu/icann/stockholm/archive/ccTLD-communique.html>.

22 Der Entstehungsprozess von ICANN wurde insbesondere kritisiert von Froomkin (FROOMKIN, A. MICHAEL, Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution, Duke Law Journal Vol 50 (2000), 17 - 184). Er argumentiert, dass ICANN öffentlich-administrative Funktionen wahrnimmt und dass deshalb die Regelungen des US-Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (Administrative Procedures Act) hätten beachtet werden müssen. Dem wiederum widerspricht ein Bericht des United States General Accounting Office (Bericht B-284206 -GAO/OGC-00-33rR vom 7. Juli 2000 - «Department of Commerce Relationship with the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers»). - Kritische Beobachtungen zu ICANN und den dortigen Entwicklungen finden sich u.a. unter folgenden Verweissungen: ICANN Watch (<http://www.icannwatch.org/>), ICANN Europe (<http://www.icannchannel.org/>), Gouvernance del'Internet (<http://www.gouvernance-internet.com.fr/>) und france@large (<http://www.icann-fra.org/>).

23 Die Arbeiten am ENUM-Standard: <http://www.nominum.com/ENUM/> und <http://www.enumworld.com/>.

nicht ohne Kritik blieb - seine Leistungsfähigkeit und Anziehungskraft bewiesen. Einige ccTLDs haben dieses Lösungsmodell zur effektiveren Bearbeitung von Streitigkeiten für ihren Bereich bereits übernommen - andere stehen kurz davor.

3. ICANN im internationalen Umfeld

A. Abhängigkeiten

Hinter den erwähnten Vorbehalten des GAC gegenüber dem Ausbau der direkten Beziehungen zwischen ICANN und den ccTLD-Registries verbirgt sich ein Unbehagen, das sich an die undeutliche Rolle der US-amerikanischen Regierung im Verhältnis zu ICANN einerseits und an die faktischen Verfügungsmöglichkeiten über die meisten der Root-Server insbesondere aber über den A-Root-Server knüpft. Selbst wenn der Übergang aller relevanten Koordinierungsfunktionen auf ICANN für die US-amerikanische Regierung endgültig abgeschlossen sein sollte, und selbst wenn sich auch nicht alle für die Netzkommunikation erforderlichen zentralen Adressrechner auf amerikanischem Territorium befinden, und selbst wenn unter den gegenwärtigen Direktoren US-Staatsangehörige in der Minderzahl sind, so geben doch die Inkorporation von ICANN nach kalifornischem Recht, ihr «amerikanischer Stil» und die wirtschaftspolitischen Erfahrungen, die in der Vergangenheit mit den USA gemacht worden sind, Anlass zu Misstrauen. Aufgrund der historischen Entwicklung des Internet, aufgrund des Aufwandes der von US-Seite gerade für die Interoperabilität im Internet betrieben wurde und betrieben wird, ist allerdings auch hier das faktische, machtpolitische Übergewicht der USA nicht zu übersehen. Das gibt insbesondere auf Seiten der Europäi-

schen Union Anlass zu Veränderungswünschen.

B. Dot.EU und ICANN

Die Europäische Union versucht zunächst, ein Gegengewicht durch die Einrichtung einer «.eu»-Domaine zu schaffen, deren Organisation und Vergabepolitiken zur Zeit entwickelt werden. Ende vergangenen Jahres hatte die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Einführung des Internet-Bereichs oberster Stufe «.EU » (KOM 2000 (827)) auf den Weg gebracht.²⁴ Dieser Vorschlag ist insbesondere wegen der Beschränkung der Registrierungsmöglichkeiten auf Personen und Einrichtungen mit Sitz in der Europäischen Union u.a. auch in der Schweiz in die Kritik geraten. Vor dem Hintergrund des ICANN-Beispiels ist jedenfalls nach dem bisherigen Stand festzuhalten, dass auch für diese Domaine ein Streitschlichtungsverfahren nach ICANN-Muster vorgesehen wird und dass - zumindest nach dem Änderungsvorschlag Erster Lesung des Europäischen Parlaments - die Registrierungsstelle ein (von der Kommission zu ernennendes) «Policy Advisory Board» erhalten soll, in dem auch «die demokratisch gewählten Vertreter der Völker Europas»²⁵ vertreten sein sollen. Auch hier also scheint man eine ICANN-Entwicklung aufgreifen zu wollen.

C. Kommunikationsvölkerrechtliche Implikationen

Hinsichtlich der faktischen Abhängigkeit von den Vereinigten Staaten wäre - in Analogie zu Entwicklungen im Umweltvölkerrecht²⁶ - zumindest kommunikationsvölkerrechtlich festzuhalten²⁷:

Den USA kommt für die in ihrem Herrschaftsbereich befindlichen zentralen, die Interoperabilität der Netze des «Internet» sichernden Ressourcen eine völkerrechtliche Treuhänderrolle zu.

Dies ergibt sich aus dem Begriff der Souveränität, der zugleich eine einschränkende Wirkung auf das eigene Verhalten entfaltet, wenn die eigene souveräne Nutzung die Souveränität anderer bei der Nutzung

24 Amtsblatt vom 27. März 2001 C 96, S. 333 - 335.

25 Änderungsantrag Erster Lesung des Europäischen Parlamentes (A5-0226/2001) in der Sitzung vom 4. Juli 2001.

26 Hierzu ausführlich: DURNER, WOLFGANG, Common Good. Statusprinzipien von Umweltgütern im Völkerrecht. Baden-Baden 2001.

27 Ein erster Ansatz für eine solche Betrachtung findet sich bei: DEBORAH L. SPAR: The Public Face of Cyberspace. KAUL, INGE; GRUNBERG, ISABELLE; STERN MARC A. (Hrsg.), Public Goods - International Cooperation in the 21st Century, New York, Oxford 1999, 344-362.

der Ressourcen beeinträchtigt. Die Folge ist eine Verpflichtung zu gegenseitiger Rücksichtnahme beim Umgang mit globalen Kommunikationsressourcen.

Darüber hinaus entspricht eine solche Verpflichtung zum treuhänderischen Umgang dem Prinzip der angemessenen Nutzung gemeinsamer Gütern («equitable utilization of shared resources»), ein Prinzip, das sich umweltvölkerrechtlich - wenn auch nicht ohne Widersprüche - aus dem Recht der Binnengewässer und mineralischen Vorkommen entwickelt.

Weitere Herleitungen wären aus dem Begriff der Gemeinschaftssache («res communis») möglich, der bisher auf die Hohe See oder den Weltraum angewandt wurde.

In jedem Fall wären jedoch die Stabilitätsfunktionen einer solchen - nach den bisherigen technischen Konventionen - unverzichtbaren, auf dem Hoheitsgebiet eines Staates befindlichen Einrichtung mittelfristig schon im Interesse der Rechtssicherheit in geeigneter Weise völkerrechtlich festzuschreiben.

Wie die USA diese Treuhänderfunktion wahrnehmen, bleibt ihrem Ermessen und innerstaatlichem Recht vorbehalten. Auch das amerikanische Recht kennt im Übrigen in seinem Verfahrensrecht eine solche allgemeine völkerrechtliche Verantwortlichkeit an.²⁸

Diese Art internationaler Verantwortlichkeit gilt allerdings nicht allein für die USA, sondern für alle Staaten, die durch ihr Verhalten auf die Nutzung der Ressource «Internet» Einfluss haben - insbesondere durch die unmittelbare oder mittelbare Gestaltung der Verfahren ihrer nationalen Registrierungsstellen. Auch hier bestimmt sich die Art der Wahrnehmung dieser internationalen Kommunikationsinfrastrukturverantwortung nach jeweils nationalem Recht.

D. Folgerungen für die Schweiz

Für die Schweiz etwa bedeutet dies, dass sich die aus den Regelungen des Art. 92 und 93 BV und der Umsetzung u.a. im Fernmeldegesetz und seinen Ausfüh-

rungsverordnungen ergebende staatliche Kommunikationsinfrastrukturverantwortung auch auf die Registrierungen im Rahmen der ccTLD «.ch» ausweitet. Hier sich entwickelnde Registrierungspolitiken bedürfen einer spezifischen gesetzlich abgeleiteten Regelung schon allein deshalb, weil Registrierung und Registrierungsverfahren auch die individuelle Teilhabe an einer immer wichtigeren «Form der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» berühren und damit eine grundrechtliche Bedeutung im Sinne der Art. 16, 17 und 36 BV erlangen. Die Arbeiten zu einer solchen Umsetzung haben konsequenter Weise bereits begonnen - auch hier dürfte die Diskussion um ICANN zumindest mit einem Anstoss gegeben haben.

IV. Die Bedeutung des ICANN-Experimentes

ICANN hat insbesondere seit der Wahl der «At-Large-Membership»-Direktoren die regulatorische Phantasie beschäftigt. Man sah in ICANN den Vorläufer einer Art «Internetweltregierung», die sich in noch viel stärkerem Umfang regulatorischen Aufgaben widmen könnte, etwa gar den Problemen der Inhaltskontrolle oder des Datenschutzes auf dem Internet. In der Tat betätigen sich auf internationaler Ebene eine Vielzahl von Einrichtungen mit regulatorischen Fragen des Internet: Für die jüngste Vergangenheit sei nur die Bemühungen des Europarats um einen «Cybercrime Treaty»²⁹, die Arbeiten in der OECD zur Vereinheitlichung der Besteuerung beim Electronic Commerce³⁰ oder die Auseinandersetzungen zwischen der EU und den USA über Datenschutzfra-

28 Siehe § 403 (Limitations on Jurisdiction to Prescribe Text) (c) - (f) des Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States. Zu diesem Problem: PERRITT, HENRY H., Declaration United States District Court. Southern District of New York in der Sache PGMEDIA Inc. v. Network Solutions, Inc. und National Science Foundation (<http://name-space.com/law/Perritt-Declaration.html>).

29 <http://conventions.coe.int/treaty/EN/projets/FinalCybercrime.htm>.

30 http://www.oecd.org//daf/fa/e_com/e_com.htm.

gen³¹ erinnert, die zugleich auch jeweils unterschiedliche Typen der internationalen Zusammenarbeit kennzeichnen. Diese Vielgestaltigkeit ist eines der Kennzeichen der globalen Kommunikationsregulierung. Reduzierungsversuche bloss im Interesse der Übersichtlichkeit schränken Wahlmöglichkeiten und Handlungsspielräume ein, ganz abgesehen von den US-innenpolitischen Widerständen, die ICANN bei einer solchen Entwicklungsrichtung erwachsen würden und die auch aussenpolitisch ihre Effekte zeigen dürften.

Mit der Diskussion um ICANN wurde aber (wieder einmal?) deutlich, dass die Arbeit «rein technischer» Einrichtungen auch regelungspolitische Implikationen mit sich bringen und daher - national wie international - der politischen Beobachtung bedürfen. Derartige Gremien müssen transparent operieren und mit politischen Entscheidungsprozessen verschränkt bleiben. Es müssen Verfahren der wechselseitigen «Übersetzung» gefunden und erhalten werden, die die politischen Auswirkungen technischer Festlegungen ebenso wie die politischen Rahmenbedingungen technischer Gestaltung verdeutlichen. Das bedeutet - um hier nur eine Konsequenz zu nennen - dass solchen Gremien verstärkt Alternativen statt blosser Optimierungen abverlangt werden müssen. Das ist keine neue

Erkenntnis, sie kann aber gerade wegen der Implikationen für die Kommunikationsgrundrechte in technisch vermittelten Kommunikationssystemen nicht oft genug wiederholt werden.³²

ICANN ist auch zu einem Beispiel staatlicher internationaler Verantwortung im Zusammenwirken mit privatwirtschaftlicher Verantwortung für weltweite technisch vermittelte Kommunikationsinfrastrukturen geworden. Wie auch immer letztlich eine kritische Gesamtwürdigung von ICANN ausfallen mag, die Gestaltung dieser Verantwortung und ihre weitere Ausgestaltung und Verankerung im internationalen Kommunikationsrecht als vertrauensbildendes und Erwartungen stabilisierendes Instrument ist als kommunikationsvölkerrechtliche Aufgabe vorgegeben.

Es ist weiterhin das Verdienst des - noch nicht abgeschlossenen ICANN-Experimentes - nicht allein die internationale, sondern auch die nationale Bedeutung eines Rechtes deutlich gemacht zu haben, des Rechtes der Sichtbarkeit oder zumindest Auffindbarkeit in einem globalen Informationsnetz.

Und es ist schliesslich ein weiteres, wenn auch vielleicht letztlich ungewolltes Verdienst dieses Experimentes - darauf hingewiesen zu haben, dass es zur Legitimation stabilitätsershaltender Massnahmen für eine globale Kommunikationsinfrastruktur notwendig werden könnte, bisherige Formen globaler Legitimation (etwa mehrfach vermittelt über nationale Regierungsvertreter oder auch über Nichtregierungsorganisationen) durch direktere Beteiligungsformen der Zivilgesellschaft zu ergänzen. Diese Beteiligungsformen, die in ihren Einzelheiten noch weitere Experimente durchlaufen müssen, sind nicht zuletzt durch ICANN in ihren groben Konturen als nicht mehr hinwegzudenkendes Beispiel gesetzt. Zu weiteren Versuchen hätte gerade auch die Schweiz vieles aus ihrem Erfahrungsschatz beizutragen. ■

31 Hierzu: Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des «sicheren Hafens» und der diesbezüglichen «Häufig gestellten Fragen» (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA (2000/520/EG) - Amtsblatt vom 25.8.2000 -L215/7.

32 Ein aktuelles Beispiel ist die gegenwärtige Ausgestaltung von technischen Standards für Abhörmechanismen in Kommunikationsnetzwerken.

Hinweis: Alle Verweise auf Webseiten wurden zuletzt am 15.7.2001 auf ihre Gültigkeit überprüft.

Liberté de l'art et droit d'auteur

Jacques de Werra

D' en droit, avocat, LL. M. (Columbia University), co-directeur du Centre du droit de l'art, Genève (jdewerra@prodigy.net)

I. Introduction

Le présent article a pour but de présenter certains aspects de la relation existant entre la liberté de l'art et le droit d'auteur. Après un survol des caractéristiques de la liberté de l'art (son fondement, sa notion, ses titulaires et ses limites), sera abordée la question des conflits susceptibles de naître entre cette liberté et le droit d'auteur¹.

II. Le fondement constitutionnel de la liberté de l'art

La nouvelle Constitution fédérale², entrée en vigueur le premier janvier 2000, consacre expressément la liberté de l'art en énonçant à l'art. 21 que «*la liberté de l'art est garantie*»³. La liberté de l'art se

trouve ainsi formellement élevée au rang de droit fondamental dans l'ordre juridique suisse⁴.

Sur le plan international⁵, la liberté de l'art trouve son fondement dans l'art. 15 § 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁶, et, en tant que partie intégrante de la liberté d'expression, dans l'art. 19 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷ ainsi que dans l'art. 10 de la CEDH. La liberté de l'art est également consacrée dans certaines Constitutions cantonales⁸.

Avant d'être formellement ancrée dans la Constitution fédérale, la liberté de l'art n'était pas reconnue comme un droit

Zusammenfassung:
Die ausdrückliche Erwähnung der Kunstfreiheit in der neuen Bundesverfassung belebt die Frage nach der Beziehung zum Urheberrecht wieder neu. Kraft des Prinzips der verfassungsmässigen Auslegung muss die Kunstfreiheit bei der Anwendung des Urheberrechtsgesetzes berücksichtigt werden. Die Kunstfreiheit könnte sogar dazu beitragen, den Umfang des Rechtes auf Werkintegrität sowie von Ausnahmen im Urheberrecht (Zitatrecht, Parodie und Ausnahmen zu Gunsten von Museums-, Ausstellungs- und Auktionskatalogen) zu definieren. In diesem Sinne könnte die ausdrückliche Erwähnung der Kunstfreiheit in der Bundesverfassung dazu führen, dass diese Freiheit öfters zur Rechtfertigung verschiedener Urheberrechtsverletzungen herangezogen wird.

1 Ainsi, la question de la convergence potentielle entre le droit d'auteur et la liberté de l'art ne sera pas traitée dans cet article, voir à ce propos WANDTKE A., *Urheberrecht pro Kunstfreiheit*, ZUM 1991, p. 484 ss; on se limitera à relever ici que le droit d'auteur pourrait être considéré comme un véhicule de promotion de la liberté de l'art, de la même manière qu'il a été considéré comme un véhicule de la liberté d'expression, selon les termes de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Harper & Rowe Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* (471 U.S. 539, 558 [1985]): «[...] it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas».

2 Pour une présentation succincte de la nouvelle Constitution, voir BIEDERMANN D., *Que nous apporte la nouvelle Constitution?*, PJA 1999, p. 757 ss; voir aussi le Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1 ss (ci-après: «Message du Conseil fédéral»).

3 La liberté de l'art a fait l'objet de plusieurs études en droit suisse, cf. BAGGI S., *Die Kunstfreiheit in der Schweiz*, thèse Berne 1973; HEMPEL H., *Die Freiheit der Kunst*, thèse Zurich 1991; VOGT U., *Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, thèse Zurich 1974.

4 Les droits fondamentaux sont consacrés au chapitre premier du titre 2 (Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux) de la Constitution (art. 7 à 34 Cst.).

5 Il convient de mentionner que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, bien qu'elle n'ait aucune force obligatoire, dispose à son art. 27 al. 1 que: «Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent», alors que l'art. 27 al. 2 consacre la protection du droit d'auteur («Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur»), préfigurant ainsi la tension existant entre la liberté de l'art et le droit d'auteur.

6 RS 0.103.1; l'art. 15 ch. 3 dispose: «Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices».

7 RS 0.103.2; l'art. 19 ch. 2 énonce: «Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix».

8 Voir les références citées par AUER A./MALINVERNI G./HOTTELLIER M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, Berne 2000, n° 557 p. 290.

Résumé: *La consécration expresse de la liberté de l'art dans la nouvelle Constitution fédérale ravive la question de la relation existant entre cette liberté et le droit d'auteur. En vertu du principe de l'interprétation conforme à la Constitution, la liberté de l'art devrait être prise en considération lors de l'application de la législation sur le droit d'auteur. Ainsi, la liberté de l'art pourrait contribuer à définir la portée du droit à l'intégrité de l'œuvre ainsi que celle de certaines exceptions au droit d'auteur (citation, parodie et exception en faveur des catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères). Dans cette mesure, la reconnaissance explicite de la liberté de l'art dans la Constitution pourrait avoir pour conséquence que cette liberté soit invoquée plus fréquemment dans le but de justifier certaines atteintes portées au droit d'auteur.*

constitutionnel non-écrit indépendant⁹. Elle était au contraire considérée par le Tribunal fédéral comme une facette de la liberté d'expression¹⁰.

Pour une partie de la doctrine toutefois, la protection de la liberté de l'art offerte par le moyen de la liberté d'expression a été jugée insuffisante dans la mesure où cette dernière liberté protège essentiellement la communication d'un discours rationnel¹¹ et possède avant tout une fonction politique¹². Aussi a-t-on pu constater que la protection offerte par la liberté d'expression n'appréhende pas suffisamment la nature essentiellement émotionnelle et irrationnelle de la création artistique¹³. On a dès lors jugé nécessaire de reconnaître expressément la liberté de l'art¹⁴, ce qui a conduit à l'adoption de l'art. 21 de la Constitution.

9 Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 165.

10 ATF 120 II 225, 227 = JdT 1996 I 99, 101; ATF 117 la 472, 478 et la jurisprudence citée; la liberté d'expression est désormais protégée par l'art. 16 de la nouvelle Constitution intitulé «Libertés d'opinion et d'information» qui dispose (art. 16 al. 2) que «toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion»; la consécration expresse de la liberté de l'art pose d'ailleurs la question délicate de la délimitation précise devant être faite entre ces deux libertés, ce qui mériterait de faire l'objet d'une étude distincte et dépasse le cadre de la présente contribution.

11 GEISER TH., Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Bâle Francfort-sur-le-Main 1990, p. 153.

12 Voir notamment DESSEMONTET F., Copyright and Human Rights, in: Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, La Haye 1998, p. 113 ss, 117 et MACCHIACCHINI S., Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Berne 2000, p. 59.

13 MÜLLER, J. P., Grundrechte in der Schweiz, 3ème éd., Berne 1999, p. 303.

14 Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 166; MÜLLER (n. 13), *ibid.*; VOGT U. (n. 3), p. 46; cette nécessité n'est pas unanimement ressentie en doctrine; ainsi, pour certains auteurs, la consécration expresse de la liberté de l'art ne renforce pas la protection qui découle déjà de la liberté d'expression et d'opinion, la notion d'opinion protégée devant être définie largement de façon à englober également toute création artistique et littéraire, AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M. (n. 8), n° 524 p. 263 et n°557 p. 290; voir aussi HÄFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5ème éd., Zurich 2001, n° 530, p. 154 (soulignant que les différentes libertés sont de toute manière soumises aux mêmes limites définies par l'art. 36 Cst.).

III. Notion et mise en œuvre de la liberté de l'art

Tout processus de création artistique suppose, de par sa nature, qu'un espace de liberté suffisant soit laissé à l'artiste pour exprimer sa créativité. L'œuvre artistique, qu'elle soit conformiste ou critique par rapport au monde environnant, est une composante essentielle de toute société démocratique, et mérite, de ce fait, une protection juridique particulière contre les ingérences de l'État¹⁵.

En dépit de la clarté de ce postulat, la portée concrète de la liberté de l'art reste délicate à déterminer, déjà par le fait que la notion d'art est difficile à appréhender sur le plan juridique¹⁶. Plutôt que de tenter de définir abstraitement ce qui constitue de l'art¹⁷, on a suggéré d'examiner concrètement, à l'aide de certains critères¹⁸, si l'activité en cause possède un caractère artistique et, partant, si la liberté de l'art est susceptible de s'appliquer¹⁹. Parmi ces critères figure en particulier celui de déterminer dans quel cadre l'activité en cause se place et dans quel but la liberté de l'art est invoquée (but commercial ou artistique)²⁰. Dans ce contexte, il est admis que ce n'est que lorsque l'activité en question a un caractère commercial fortement prédominant par rapport à son caractère artistique, que la protection conférée par la liberté de l'art sera exclue, seule la liberté du commerce et d'industrie (désormais nommée liberté économique et protégée par l'art. 27 Cst.) pouvant être invoquée²¹.

Qu'elle que soit la conception (extensive) donnée à la notion d'art, la portée de la

15 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 301.

16 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 301.

17 De même, l'exigence qu'une œuvre individuelle relève du domaine «littéraire et artistique» pour être protégée par le droit d'auteur est interprétée de manière très large afin d'éviter tout jugement de valeur esthétique, BARRELET D., Droit de la communication, Berne 1998, n° 1712 p. 501.

18 MÜLLER J. P., Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, liberté de l'art, vol. III, Bâle 1986, n°10 ss, p. 3.

19 MÜLLER J. P. (n. 18), n° 11 p. 3.

20 MÜLLER J. P. (n. 18), n° 12 p. 3.

21 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 308.

protection conférée par la liberté de l'art reste assez floue. Aussi a-t-on pu lire que la liberté de l'art possède davantage une fonction de programme qu'elle n'a de contenu normatif²². Le message du Conseil fédéral précise à cet égard que la liberté de l'art «n'implique aucun droit individuel à une prestation positive de l'Etat»²³, la promotion étatique de la culture permettant le soutien de certaines formes d'expression artistique étant réservée²⁴. La liberté de l'art vise en définitive à préserver les activités artistiques individuelles contre les ingérences de l'Etat²⁵. Il apparaît cependant que ces activités sont menacées, non seulement par l'Etat, mais également par des agissements privés. Se pose dès lors la question de l'application de la liberté de l'art dans un tel contexte.

Sur le plan du principe, l'art. 35 al. 1 de la Constitution dispose que «les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique». L'art. 35 al. 3 Cst. précise en outre que «les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux»²⁶. La doctrine n'est pas unanime à considérer que les droits fondamentaux sont applicables dans les relations horizontales entre parties privées²⁷.

Quoi qu'il en soit, il est acquis qu'en cas d'incertitude sur l'interprétation d'un texte légal, le juge est tenu d'interpréter la disposition légale en cause de manière conforme à la Constitution en prêtant attention au(x) droit(s) fondamental(aux) concerné(s) en l'espèce. Tel est le sens du principe de l'interprétation conforme à la Constitution²⁸. La mise en oeuvre des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers est donc réalisée de manière indirecte par l'application du principe de l'interprétation conforme²⁹, conduisant à reconnaître un effet réflexe aux droits fondamentaux³⁰.

C'est ainsi essentiellement par le mécanisme de l'interprétation conforme que le principe de la liberté de l'art trouvera application dans le cadre des relations entre particuliers, notamment en matière de droit d'auteur³¹.

IV. Titulaires de la liberté de l'art

Pour que la liberté de l'art puisse effectivement remplir sa fonction qui est de favoriser la communication et la diffusion d'œuvres artistiques au sein de la société, il est indispensable que tous les intervenants dans le processus de diffusion de ces œuvres puissent s'en prévaloir en cas de nécessité³². Par conséquent, la liberté de l'art «ne protège pas uniquement les artistes, mais également les intermédiaires, à savoir les personnes qui participent à la diffusion de l'œuvre d'art, notamment le propriétaire d'une galerie, l'impresario d'un artiste, l'éditeur d'un livre ou le propriétaire d'un cinéma»³³. Outre le processus de création artistique proprement dit, la liberté de l'art protège donc également la diffusion et la présentation de l'art³⁴, le cercle des titulaires de cette liberté étant défini très largement.

V. Limites de la liberté de l'art

Comme toutes les libertés fondamentales, la liberté de l'art ne vaut pas sans limites³⁵.

22 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 313 ss.

23 Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 166.

24 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 8), n°559 p. 291; l'art. 69 al. 2 Cst. dispose: «La Confédération peut promouvoir les activités culturelles présentant un intérêt national et encourager l'expression artistique et musicale, en particulier par la promotion de la formation»; art. 71 al. 1 Cst.: «La Confédération peut promouvoir la production cinématographique suisse ainsi que la culture cinématographique».

25 Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 166.

26 Pour une interprétation de cette disposition, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 8), n° 124, p. 62.

27 Pour un aperçu des différentes opinions doctrinales et de la jurisprudence, voir HÄFELIN/HALLER (n. 14), n° 281 ss, p. 88 s.

28 «Verfassungskonforme Auslegung», voir (en matière de droit d'auteur) ATF 124 III 321, 331 (considérant non traduit aux JdT) et ATF 122 III 469, 474.

29 Il y aura alors «effet horizontal indirect» des libertés fondamentales, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 8), n° 123 p. 62.

30 ATF 107 Ia 277, 280.

31 MÜLLER J. P. (n. 18), n° 24.

32 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 305.

33 Message du Conseil fédéral, FF 1997 I 166; en outre, le simple «consommateur» d'art (spectateur, lecteur) pourra également se prévaloir de la liberté de l'art, même s'il ne participe pas activement au processus de redistribution ou de rediffusion des œuvres artistiques, MÜLLER J. P. (n. 13), p. 308 s.

34 TF, ZBl 1963, p. 363 ss, p. 365 (projection d'un film); TF, ZBl 1986, p. 126 ss, p. 129 (organisation d'une exposition d'art).

35 On peut noter à cet égard que la Constitution allemande n'impose formellement aucune limite à la liberté de l'art, contrairement à la liberté d'expression, ceci en réaction au régime répressif à l'encontre des artistes imposé par le Troisième Reich, voir MÜLLER J. P. (n. 13), p. 301 note 2; toutefois, comme l'a précisé la Cour constitutionnelle allemande, GRUR 2001, p. 149 ss, p. 151: «Die Kunstfreiheit ist dabei zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet».

Celles-ci sont concrétisées principalement dans le droit pénal, le droit privé et le droit administratif³⁶.

Comme il s'agit essentiellement d'actes législatifs fédéraux qui sont soustraits à tout contrôle de constitutionnalité³⁷, la mise en œuvre de la liberté de l'art et la définition de ses limites s'effectuent par une interprétation de ces lois de manière conforme à la Constitution³⁸.

- 36 Pour un exposé, voir HEMPEL H. (n. 3), p. 147 ss; MÜLLER J. P. (n. 13), p. 308 ss; en droit allemand, voir en général KNIES W., Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, thèse Munich 1967.
- 37 Art. 191 Cst.
- 38 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 308 ; cf. supra III.
- 39 Pour autant que cette utilisation entre dans le champ de protection du droit d'auteur.
- 40 Voir SCHMIEDER H.-H., Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, UFITA 1982, p. 63 ss; DESSEMONTET F. (n. 12), p. 117 ss; PAHUD E., Die Sozialbindung des Urheberrechts, Zurich 2000, p. 94.
- 41 La liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) protège également les éléments extra-patrimoniaux (droit moral) du droit d'auteur, BARRELET D./EGLOFF W., Le nouveau droit d'auteur, 2ème éd., Berne 2000, n° 9 ad Titre et préambule; pour une discussion de cette question, voir MACCIACCHINI S. (n. 12), p. 65 ss.
- 42 Consacrée à l'art. 26 Cst.
- 43 DESSEMONTET F., Einführung: Immaterialgüterrecht und Privatrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, I/1, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, p. 17; ATF 120 Ia 120, 121.
- 44 Voir supra III et V.
- 45 Vu les liens existant entre la liberté d'expression et la liberté de l'art, voir supra I.
- 46 Sur cette question, voir la thèse de MACCIACCHINI S. (n. 12); en droit comparé, HUGENHOLTZ P. B., Copyright and Freedom of Expression in Europe, in: Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford/New York 2001, p. 343 ss; COHEN JEHOAM H., The Freedom of Expression in Copyright and Media Law, GRUR Int. 1983, p. 385 ss; cette question fait l'objet d'un intense débat doctrinal aux Etats-Unis, récemment ravivé par la crainte que la nouvelle législation américaine sur le droit d'auteur (Digital Millennium Copyright Act de 1998) étende excessivement le champ de protection du droit d'auteur à l'ère numérique, au mépris du respect du «fair use», et protège potentiellement des œuvres qui sont tombées dans le domaine public, voir notamment BENKLER Y., Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U.L. Rev. p. 354 ss (1999).
- 47 L'application du principe de la liberté de l'art en matière de libre utilisation («freie Benutzung») ne sera pas abordée ici, voir à ce propos DESSEMONTET F. (n. 12), p. 117 ss et pour le droit allemand SCHMIEDER H.-H. (n. 40), p. 63 ss.
- 48 Sur le fondement constitutionnel des exceptions au droit d'auteur, voir PAHUD E. (n. 40), p. 123 ss.
- 49 Dans ce sens, DE WERRA J., Le droit à l'intégrité de l'œuvre, Berne 1997, n° 63 ss p. 84 ss.
- 50 Par analogie, une atteinte au droit de la personnalité est jugée illicite «à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi» (art. 28 al. 2 CC); à cet égard, on a souligné que «dans le domaine de l'art et de la culture en général, il existe un intérêt légitime de la collectivité à ce que le développement artistique et culturel ne soit pas entravé sans motif suffisant» (BUCHER A., Personnes physiques et protection de la personnalité, 4ème éd., Bâle Genève Munich 1999, n° 546 p. 127).

VI. Liberté de l'art et droit d'auteur

1. Conflit entre la liberté de l'art et le droit d'auteur

Conçu comme le droit exclusif du créateur sur son œuvre, produit de son travail intellectuel, le droit d'auteur s'impose à quiconque souhaite utiliser de manière créative ou non une œuvre préexistante³⁹. Dans cette mesure, le droit d'auteur peut entrer en conflit avec le principe de la liberté de l'art⁴⁰. Ce type de conflit met en cause (au moins)⁴¹ deux droits fondamentaux, la liberté de l'art d'une part et la garantie de la propriété d'autre part⁴², qui protège également le droit d'auteur⁴³. Dès lors que les droits fondamentaux trouvent leur concrétisation dans le cadre des législations mettant en œuvre la Constitution, il conviendra ainsi d'interpréter la législation sur le droit d'auteur de manière conforme à la Constitution, en prenant en compte le principe constitutionnel de la liberté de l'art⁴⁴. Bien que proche de la présente problématique⁴⁵, la question de la relation entre la liberté d'expression et le droit d'auteur ne sera pas analysée ici⁴⁶, le présent article se concentrant sur les aspects propres à la liberté de l'art qui sont susceptibles de s'appliquer en matière de droit d'auteur.

2. Cas d'application

La liberté de l'art est susceptible de trouver application en matière de droit d'auteur à propos de plusieurs dispositions légales⁴⁷, dont celles relatives au droit à l'intégrité de l'œuvre et aux exceptions en faveur de la citation, de la parodie et en faveur des catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères⁴⁸.

A. Le droit à l'intégrité de l'œuvre

En admettant que l'étendue de la protection du droit à l'intégrité de l'œuvre dans un cas particulier est le résultat d'une pondération des intérêts en présence⁴⁹, il conviendra de prendre en compte le principe de la liberté de l'art dans le cadre de cette pondération⁵⁰.

A cet égard, on peut noter que dans un arrêt récent concernant une atteinte au droit de la personnalité résultant de la publication d'un livre, le Tribunal fédéral, tout en soulignant l'importance fondamentale de la liberté de l'art dans une société démocratique⁵¹, a constaté qu'il fallait «tenir compte des possibilités dont aurait disposé l'artiste de créer sans porter atteinte à la personnalité d'autrui»⁵², indiquant ainsi qu'il appartenait d'abord à l'artiste, lors de la création de son œuvre, de préserver la personnalité des tiers. On peut se demander si, par analogie, ce principe peut également trouver à s'appliquer en matière d'atteinte au droit à l'intégrité. Ceci conduirait à prendre en considération les possibilités dont aurait disposé l'artiste de créer son œuvre - en utilisant l'œuvre préexistante - en portant le moins atteinte à l'intégrité de l'œuvre préexistante. Une telle conception pourrait peut-être contribuer à résoudre les délicats conflits opposant les auteurs de pièces de théâtre (ou, plus souvent, leurs héritiers) aux metteurs en scène de ces pièces⁵³. Cette approche rejoindrait ainsi le principe de proportionnalité (la gravité de l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre est-elle proportionnelle au résultat créatif obtenu?)⁵⁴. En tout état, la liberté de l'art ne permettra pas de justifier des graves atteintes portées à l'œuvre qui constituent une atteinte à la personnalité de l'auteur au sens de l'art. 11 al. 2 LDA.

A titre d'exemple d'application du principe de la liberté de l'art en matière de droit à l'intégrité, on peut citer un récent arrêt allemand (rendu par le Tribunal d'Erfurt) dans lequel une artiste cherchait à s'opposer à l'exposition de plusieurs de ses toiles dans le cadre d'une exposition collective consacrée à l'art dans l'ancienne Allemagne de l'Est. L'artiste reprochait aux organisateurs une violation de son droit moral (droit à l'intégrité de l'œuvre) causée par la présentation désavantageuse de ses toiles sur un mur surchargé⁵⁵. Tranchant en faveur des organisateurs, le Tribunal d'Erfurt a nié toute atteinte au droit à l'intégrité, en soulignant au passage l'importance du principe constitutionnel de la liberté de l'art invoqué avec succès par les organisateurs de l'exposition⁵⁶.

La liberté de l'art pourrait également trouver application dans le cas similaire où un auteur se prévaudrait d'une prétendue atteinte à son droit à l'intégrité lorsqu'une de ses œuvres est exposée conjointement avec des œuvres appartenant à un courant artistique auquel il ne souscrit pas⁵⁷. De même, le peintre De Chirico avait tenté d'interdire l'exposition de ses œuvres dans le cadre de la Biennale de Venise qui avait organisé une rétrospective sur ce peintre au motif que l'exposition organisée n'était pas représentative de son œuvre dans la mesure où l'accent était mis sur ses premières créations au détriment de ses œuvres plus récentes⁵⁸. Bien qu'il ait gagné en première instance⁵⁹, l'artiste s'est vu débouter par la Cour d'appel de Venise, l'instance de recours considérant que le droit d'auteur ne devait pas permettre à l'artiste de s'opposer à l'organisation d'une exposition d'œuvres qui ne lui appartenaient plus⁶⁰.

B. La citation

Dans un récent arrêt⁶¹, la Cour constitutionnelle allemande a expressément re-

51 JdT 1996 I 99, 101: «Un Etat de droit démocratique accorde, il est vrai, un intérêt prépondérant à la liberté d'expression artistique [traduction du terme «Kunstfreiheit» utilisé dans le texte allemand original de l'arrêt, ATF 120 II 227] comme partie de la liberté d'expression de la pensée [...]».

52 ATF 120 II 225, 227 = JdT 1996 I 99, 101; pour une discussion de la question du conflit entre la liberté de création et la protection de la personnalité d'autrui, voir DE WERRA J. (n. 49), n° 38 ss p. 51 ss.

53 Voir à ce propos RASCHER A., Für ein Urheberrecht des Bühnenregisseurs, Baden-Baden 1989, p. 144 ss; WANDTKE A. (n. 1), p. 487 ss.

54 DESSEMONTET F. (n. 12), p. 119.

55 Arrêt résumé dans l'Art-Law Centre News n° 3, mars 2000, p. 3 s.

56 Expressément ancré dans la Constitution allemande (Grundgesetz) à l'art. 5 al. 3.

57 Exemple donné par PERRET F., Rapport national sur le sujet 3. Droits des créateurs et de leurs héritiers, in: La Vente internationale d'œuvres d'art, vol. III, Paris New York Deventer Boston, 1991, p. 301 ss, p. 306; on peut discuter de l'existence d'une atteinte au droit moral dans un tel cas, voir les références citées par DE WERRA J. (n. 49), p. 100, note 190.

58 Voir l'analyse de ce cas par RICHARD D./JUNKER A., Kunstfälschung und Persönlichkeitsrecht, GRUR 1988, p. 18 ss, p. 25.

59 Rivista Diritto Commerciale 1952 II 128 (Tribunal de Venise).

60 Ente Autonomo «La Biennale» di Venezia/De Chirico, Foro Italiano 1955 I 717 (Cour d'appel de Venise); voir également FABIANI M., La présentation de l'œuvre au public et le droit moral de l'auteur, in: Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon, Paris 1995, p. 143 ss.

61 Arrêt du Bundesverfassungsgericht du 29 juin 2000 (la cour examinant pour la première fois la question de la relation entre le droit d'auteur et la liberté de l'art), GRUR 2001, p. 149 ss.

connu la possibilité d'invoquer la liberté de l'art dans le cadre de l'application de l'exception de citation (consacrée par la loi allemande sur le droit d'auteur). Dans cette affaire, les ayants droits de Bertolt Brecht s'opposaient à l'utilisation d'extraits de deux de ses pièces de théâtre dans le cadre d'une nouvelle pièce de théâtre écrite par Heiner Müller⁶². En renversant la décision de l'instance inférieure (qui avait considéré que ces citations violaient le droit d'auteur, car elles ne satisfaisaient pas aux conditions strictes de l'exception légale de citation) et en renvoyant l'affaire à celle-ci pour nouvelle décision, la Cour constitutionnelle allemande a souligné qu'il était nécessaire de tenir particulièrement compte de la liberté de l'art, dès lors que les citations litigieuses étaient faites dans le cadre d'une création artistique. Cette déci-

sion pourrait ainsi constituer un argument favorisant l'application de la liberté de l'art en matière de citation sous l'angle du droit suisse également⁶³. D'ailleurs, en sus de l'argument tiré de la liberté de l'art qui plaide en faveur d'une conception large de l'exception de citation, on peut s'étonner que, selon l'interprétation de l'art. 25 LDA faite par une partie de la doctrine⁶⁴, les œuvres des arts plastiques et les photographies ne puissent pas bénéficier de l'exception de citation, au motif qu'il s'agirait d'œuvres «qui, par nature, ne peuvent être citées qu'en entier et pour lesquelles le droit de citation équivaldrait pratiquement à une libre utilisation [...]»⁶⁵. On peut en effet s'interroger sur la valeur de cet argument dans la mesure où rien ne s'oppose à ce qu'une utilisation d'une œuvre des arts plastiques ou d'une photographie ne porte que sur une fraction de celles-ci. Si l'on pense en particulier aux collages artistiques⁶⁶ ou à d'autres œuvres des beaux-arts faisant visuellement référence à certaines créations préexistantes, on peut tout à fait imaginer que lesdites œuvres préexistantes ne soient que partiellement reproduites, et soient simplement utilisées de manière créative comme point de départ d'une inspiration nouvelle. Dans un tel cas, pour autant que les autres conditions de l'exception de citation soient remplies⁶⁷, l'auteur de la nouvelle œuvre, de même que toutes les personnes et entités intervenant dans le processus de distribution de cette œuvre⁶⁸, devraient pouvoir se prévaloir de l'exception de citation, en invoquant une interprétation de l'art. 25 LDA conforme à la liberté de l'art⁶⁹. D'ailleurs, la doctrine récente souligne que la citation d'œuvres visuelles devrait être autorisée par l'art. 25 LDA, compte tenu des exigences posées par la liberté d'expression tout particulièrement en regard des besoins des médias⁷⁰.

C. La parodie

Bien que l'on puisse considérer que la parodie vise souvent davantage un but politique et critique que proprement artistique⁷¹, ce qui la conduirait à être traitée comme une manifestation de la liberté d'expression plus que de la liberté de l'art⁷², on peut admettre que la liberté de l'art s'applique également en matière de

- 62 Pour une analyse de cet arrêt, voir METZGER A., «Germania 3 Gespenster am toten Mann» oder welchen Zweck darf ein Zitat gemäss § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000, p. 924 ss.
- 63 On peut également noter le jugement du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris du 23 février 1999, RIDA 2000 (184), p. 374 (avec une note d'A. KÉRÉVER). Dans cette affaire, le TGI a jugé que le droit d'auteur ne pouvait pas interdire la diffusion d'un reportage télévisuel portant sur une exposition de tableaux du peintre Utrillo (en dépit du caractère étroit de l'exception de citation en droit d'auteur français), décidant ainsi que la violation de l'art. 10 CEDH (liberté d'expression et droit du public à l'information) devait prévaloir sur la protection des droits exclusifs de l'auteur.
- 64 BARRELET D./EGLOFF W. (n. 41), n° 2 ad art. 25; DESSEMONTET F., Le nouveau droit d'auteur, Lausanne 1999, p. 356 ss; voir les nombreuses autres références citées par MACCIACCHINI S. (n. 12), p. 184 note 256.
- 65 BARRELET D./EGLOFF W. (n. 41), n° 8 ad art. 25, se référant à HUG KETTMEIR G., Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 1998, p. 151 ss.
- 66 Exemple donné par DESSEMONTET F. (n. 12), p. 118.
- 67 Soit en particulier que la citation serve de commentaire, de référence ou de démonstration (pourquoi ne pas considérer que la citation visuelle artistique constitue une référence en forme de tribut à l'artiste cité?), que son emploi en justifie son étendue et que la citation soit indiquée (souvent, les citations artistiques d'œuvres visuelles se rapportent à des œuvres célèbres de sorte que la citation est automatiquement «reconnaissable comme telle», BARRELET D./EGLOFF W. [n. 41], n° 11 ad art. 25) et que la source et l'auteur soient mentionnés (il se produit souvent que l'auteur d'un collage/tableau intitule précisément son tableau «En hommage à ...», remplissant ainsi cette condition du droit de citation).
- 68 Puisqu'ils sont tous titulaires de la liberté de l'art, voir supra IV.
- 69 Voir SCHMIEDER H.-H. (n. 40), p. 65, considérant (en droit allemand) que le droit de citation constitue une expression de la liberté de l'art et de la science.
- 70 MACCIACCHINI S. (n. 40), p. 184 ss.
- 71 Voir SALVADÉ V., L'exception de parodie ou les limites d'une liberté, *medialex* 1998, p. 92 ss; DE WERRA J. (n. 49), n° 129 ss p. 156 ss.
- 72 Voir supra II.

parodies ou d'imitations analogues (consacrée à l'art. 11 al. 3 LDA)⁷³. Ainsi, au même titre que l'auteur d'une satire⁷⁴, le créateur d'une parodie devrait aussi être en mesure de se prévaloir de la liberté de l'art pour légitimer son activité créatrice face à l'opposition de la personne qui se prétend lésée.

D. Les catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères

Le principe de la liberté de l'art pourrait enfin trouver application à propos de l'art. 26 LDA qui consacre une exception au droit exclusif de l'auteur en vue de favoriser l'édition de catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères. Bien que les contours de cette exception aient été tout récemment clarifiés par le Tribunal fédéral⁷⁵, il n'est pas impossible qu'un nouveau conflit éclate à propos de son interprétation. Dans une telle hypothèse, un organisateur d'expositions ou de ventes aux enchères qui souhaiterait bénéficier de l'exception sera susceptible d'invoquer la liberté de l'art.

VII. Conclusions

La consécration expresse de la liberté de l'art dans la Constitution pourrait avoir pour conséquence que cette liberté soit invoquée plus fréquemment à l'avenir dans le but de justifier certaines atteintes portées au droit d'auteur. A cet égard, la question de savoir si les exceptions au droit d'auteur telles qu'elles sont actuellement reconnues en droit suisse sont compatibles avec les libertés fondamentales, et particulièrement avec la liberté d'expres-

sion et la liberté de l'art, en offrant une sphère de liberté suffisante à la création et la diffusion d'œuvres nouvelles, reste ouverte⁷⁶.

Il appartiendra en fin de compte aux tribunaux de préserver l'équilibre entre la nécessité de favoriser la création d'œuvres futures (appelée par la liberté de l'art) et l'exigence de protection des œuvres existantes (requis par le droit d'auteur)⁷⁷, en ne perdant pas de vue qu'une protection excessive du droit d'auteur léserait aussi les artistes dès lors que ces derniers s'inspirent (consciemment ou non)⁷⁸ des œuvres créées par autrui pour leurs propres créations. ■

73 PAHUD E. (n. 40), p. 128.

74 MÜLLER J. P. (n. 13), p. 310 s.; sur la satire, voir en général SENN M. C., *Satire und Persönlichkeitsschutz: zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung*, Berne 1998.

75 A l'ATF 127 III 26, 32, le Tribunal fédéral a ainsi constaté que la loi sur le droit d'auteur «à côté de la protection des droits d'auteurs, [elle] tend aussi à ne pas freiner exagérément la diffusion de la culture».

76 Dans ce sens, DESSEMONTET F. (n. 64), n° 22 p. 16; voir cependant MACCIACCHINI S. (n. 12), p. 204 ss (sous l'angle de la liberté d'expression) et l'affaire jugée par le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris du 23 février 1999, RIDA 2000 (184), p. 374 (discutée supra n. 63).

77 A propos de cette tension, on peut se référer à un considérant de l'arrêt de la cour constitutionnelle allemande, GRUR 2001, p. 150: «Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst ist damit gleichzeitig Wirkungsvoraussetzungen für sie und Ursache dafür, dass die Künstler in gewissem Mass Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinander setzenden Gesellschaft hinzunehmen haben».

78 Voir l'affaire *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.* (420 F. Supp. 177, S.D.N.Y. 1976, jugement confirmé: *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.*, 722 F. 2d 988 [2ème Circuit 1983]), dans laquelle George Harrison a été condamné pour plagiat pour avoir inconsciemment copié une œuvre d'un autre compositeur.

Regierungsarbeit und Öffentlichkeitsprinzip

Kurt Nuspliger

Prof. Dr. iur., Staatsschreiber des Kantons Bern

Résumé: *Le principe de la publicité est applicable dans le canton de Berne depuis le 1^{er} janvier 1995. Les délibérations du gouvernement ne sont pas publiques, mais la consultation des dossiers de celui-ci n'est pas exclue de manière générale. Les documents des corapports ne restent pas indéfiniment confidentiels du simple fait qu'ils ont servi à la formation de l'opinion du gouvernement. D'autres intérêts publics ou privés prépondérants peuvent toutefois s'opposer à l'accès aux documents. Il faut, dans chaque cas d'espèce, peser les intérêts en présence. Le droit bernois est ainsi moins restrictif que l'art. 6, al. 1, lit. a du projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration. Le projet n'introduit en effet pas de droit général d'accès aux documents officiels de la procédure de corapport. Ces documents restent confidentiels, même après la décision du Conseil fédéral.*

I. Ausgangslage

Seit dem 1. Januar 1995 gilt im Kanton Bern das «Öffentlichkeitsprinzip». Die neue Verfassung und das neue Informationsgesetz stellen das Verhältnis zwischen den Bürgerinnen und Bürgern des Kantons und den Behörden auf eine neue Grundlage. Mit der Einführung des «Öffentlichkeitsprinzips» übernahm der Kanton Bern eine Pionierrolle in der Schweiz¹. In der Zwischenzeit sind auch andere Kantone dem bernischen Beispiel gefolgt². Die Kantone Neuenburg, Solothurn und St. Gallen haben in diesem Bereich kürzlich neues Verfassungsrecht geschaffen³.

- 1 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, Art. 17 Abs. 3 (BSG 101.1); Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (BSG 107.1); Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Information der Bevölkerung (BSG 107.111); vgl. KURT NUSPLIGER, Das Informationsgesetz des Kantons Bern, in: A. Taugwalder (Hrsg.), «Public Relations» in der öffentlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW), Band 33, Bern 1995, 43 ff.; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, ZSR 1999 II 201 ff., 321 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 299 f.
- 2 Einzelne Kantone haben die Informationsfreiheit zwar zu einem Recht auf Information ausgedehnt, dabei allerdings den Nachweis eines schutzwürdigen Interesses verlangt: BL, AR. Vgl. dazu PASCAL MAHON, L'information par les autorités, ZSR 1999 II 321 ff. Andere Kantone haben das Öffentlichkeitsprinzip auf Gesetzesstufe eingeführt oder sind daran, solche Erlasse zu prüfen: TI, GE, VD.
- 3 Verfassung des Kantons Neuenburg vom 24. September 2000, Art. 18; Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986, Art. 11 Abs. 3, Beschluss des Kantonsrates vom 21. Februar 2001; Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001, Art. 60. Nach dieser Verfassungsbestimmung informieren die Behörden «von sich aus

Die neue Bundesverfassung verzichtet auf das Öffentlichkeitsprinzip. Im Vorentwurf aus dem Jahre 1995 hatte der Bundesrat noch eine Variante zur Einführung dieses Prinzips vorgelegt. Nach diesem Vorschlag hätten die Bundesbehörden allen Personen Einsicht in amtliche Akten gewähren müssen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen⁴. Nicht zuletzt gestützt auf die positiven Erfahrungen im Kanton Bern wird die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips auf Bundesebene erneut diskutiert. Der Bundesrat will das Öffentlichkeitsprinzip auf Gesetzesstufe einführen. Er hat das EJPD damit beauftragt, die Botschaft und den Entwurf zu einem «Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung» auszuarbeiten⁵. Der Geltungs-

oder auf Anfrage über ihre Tätigkeit, soweit keine öffentlichen oder schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen». Damit wird auch im Kanton St. Gallen der «Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt» eingeführt. Dieser Grundsatz ist allerdings nicht als verfassungsmässiges Recht der Bürgerinnen und Bürger ausgestaltet. Es wird Sache des Gesetzgebers sein, Fragen der Informationsverbreitung und des Zugangs zu amtlichen Informationen zu regeln.

- 4 Art. 154 Abs. 2 VE 95. Diese Variante löste im Vernehmlassungsverfahren kontroverse Reaktionen aus (BBl 1997 I 86 und 412). Neu hält Art. 180 Abs. 2 BV fest, dass der Bundesrat die Öffentlichkeit rechtzeitig und umfassend über seine Tätigkeit informiert, «soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen». Dieser Grundsatz wurde mit dem neuen Art. 10^{bis} des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) konkretisiert: Neu übt ein leitendes Mitglied der Bundeskanzlei die Funktion eines Bundesratsprechers oder einer Bundesratsprecherin aus.
- 5 Medienmitteilung vom 9. März 2001; Die Dokumente des Vernehmlassungsentwurfs stehen im Internet zur Verfügung: <<http://www.bj.admin.ch/d/index.html>> «Staat & Rechtsordnung», -> Öffentlichkeitsprinzip, «Materialien» (besucht am 10. Juli 2001).

bereich des Gesetzesentwurfs erstreckt sich nicht auf den Bundesrat als Kollegialbehörde. Zur Wahrung des Kollegialitätsprinzips wurde überdies festgelegt, dass kein Recht auf Zugang besteht zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens⁶. Das Öffentlichkeitsprinzip findet also auf amtliche Dokumente, die zur Vorbereitung der Entscheide des Bundesrates dienen, keine Anwendung. Solche Dokumente bleiben auch nach dem Entscheid des Bundesrates geheim⁷.

Die bernische Praxis ist in diesem Bereich liberaler. Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen steht deshalb der direkte Einfluss des Öffentlichkeitsprinzips auf das Handeln des Regierungskollegiums.

II. Prägende Elemente der Regierungsarbeit

Die bernische Kantonsregierung ist - wie die Regierungen anderer Gemeinwesen in der Schweiz - auf Stabilität, Integration und Ausbalancierung der politischen Kräfte angelegt⁸. Sie verbindet das Kollegial- mit dem Departementalprinzip. Ein Kollegium von sieben gleichgestellten Mitgliedern muss sich zur handlungsfähigen Einheit zusammenfinden. Dieser Zwang zur Kohäsion macht die Regierungsarbeit anforderungsreich. Hinzu kommt, dass die Komplexität der Geschäfte und der Entscheidungsrythmus wachsen. Der Regierungsrat soll im Sinne der Früherkennung Probleme rechtzeitig orten, die Entwicklung in Staat und Gesellschaft vorausschauend beurteilen und rechtzeitig die erforderlichen Massnahmen treffen. Die «Impulse» der Regierung sollten aus einer zukunftsgerichteten, systematischen Gesamtschau erfolgen. Prägend für die Regierungsarbeit sind die folgenden Leitgedanken:

- 6 Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a des Entwurfs vom 14. April 2001 zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGO).
- 7 Art. 21 RVOG in Verbindung mit Art. 15 RVOG.
- 8 Vgl. dazu KURT NUSPLIGER, Regierung und Parlament, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 149 ff., 168 ff.; Art. 86 ff. KV BE; KURT NUSPLIGER, Die Kantonsregierungen - Strukturen, Prozesse, Reformen, in: Peter Knoepfel/Wolf Linder (Hrsg.), Verwaltung, Regierung und Verfassung im Wandel, Basel/Genf/München 2000, 79 ff.

- Strategiefähigkeit: Regierungen müssen langfristige und grossräumige Entwicklungstendenzen einbeziehen. Sie müssen über eine hinreichende Innovationsfähigkeit verfügen. Dies setzt vernetztes Denken und den Einsatz moderner Techniken voraus. Regierungen müssen auch lernen, vermehrt mit globalen Vorgaben im Leistungs- und Ressourcenbereich zu steuern.
- Vernetzung mit der Aussenwelt: Erfolgreiches Handeln im eigenen kantonalen Raum setzt zunehmend enge Kooperation mit anderen Kantonen und mit dem Bund voraus. Nur wer die Entwicklung der Probleme auf mehreren Ebenen zugleich begleitet und begreift, kann im eigenen Verantwortungsbereich ziel- und wirkungsorientiert handeln.
- Zusammenspiel der politischen Kräfte: Konfliktlinien innerhalb von Regierungsgremien verlaufen weniger häufig, als Aussenstehende vermuten könnten, entlang den parteipolitischen Grenzen. Dennoch ist eine Regierung nur dann produktiv, wenn es ihr gelingt, die politische Minderheit an der Regierungsarbeit massgebend zu beteiligen. Es handelt sich hier um ein Kernstück der Regierungskunst: Die Kohärenz des Regierungshandelns ist sicherzustellen, ohne dass der Handlungsspielraum der einzelnen Regierungsmitglieder unnötigerweise beschränkt wird. Gerade für Vertreterinnen und Vertreter der politischen Minderheit müssen Freiräume geschaffen werden, die es ihnen im Gegenzug ermöglichen, auch Mehrheitsentscheide des Kollegiums mitzutragen. Sollte sich herausstellen, dass dieselben Kollegiumsmitglieder gerade in gesellschaftspolitisch wichtigen Fragen immer wieder unterliegen, wird nach Wegen gesucht werden müssen, um dieser Minderheit eine Artikulationsmöglichkeit zu lassen.
- Gesprächskultur und Wirkungsorientierung: Das Regierungskollegium muss sich mit divergierenden Auffassungen auseinandersetzen. Entscheide müssen vielleicht in mehreren Sitzungen reifen. Dennoch darf das Ziel, fristgerecht Wirkung zu erzielen, nicht verfehlt werden.
- Durchsetzungskraft: Regierungen müssen sich in einem immer komplexer

Zusammenfassung:
 Seit dem 1. Januar 1995 gilt im Kanton Bern das Öffentlichkeitsprinzip. Die Verhandlungen des Regierungskollegiums sind nicht öffentlich. Eine Einsichtnahme in Regierungsakten ist aber nicht generell ausgeschlossen. Denn allein die Tatsache, dass Mitberichte in die Willensbildung der Regierung einbezogen sind, macht diese noch nicht zu auf Dauer vertraulichen Dokumenten. Es kann jedoch andere überwiegende öffentliche oder private Interessen geben, die einer Einsichtnahme entgegenstehen. Erforderlich ist eine Interessenabwägung im Einzelfall. Das bernische Recht ist damit weniger einschränkend als Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung. Nach diesem Gesetzesentwurf besteht generell kein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens. Sie bleiben auch nach dem Entscheid des Bundesrates geheim.

werdenden Umfeld durchsetzen. Dies gilt insbesondere auch bei Reformprojekten gegenüber der Verwaltung. Durchsetzungsfähig ist ein Kollegium, wenn es departementsübergreifend über grundlegende Sachkenntnisse verfügt.

- Kommunikationsfähigkeit: Die Kommunikation mit den Bürgerinnen und Bürgern, mit den intermediären Gruppen und mit dem Parlament gehört zu den grundlegenden Herausforderungen für das Regierungskollegium. Eine zentrale Rolle spielt dabei das Öffentlichkeitsprinzip. Die mediengerechte Übermittlung von Regierungsbotschaften gehört immer mehr zu den Erfolgsbedingungen für politisches Handeln. Neben der aktiven Information spielt gerade in politisch kontroversen und heiklen Geschäften die Information auf Anfrage eine immer wichtigere Rolle.

III. Die Willensbildung des Regierungsrates

1. Allgemeines

Der Regierungsrat trifft grundlegende und wichtige Entscheide im Kollegium⁹. Er kann für bestimmte Aufgabenbereiche Ausschüsse aus seiner Mitte bilden. Die Verhandlungen dieser Ausschüsse und des Regierungskollegiums sind nicht öffentlich¹⁰.

2. Das Vorfeld der Regierungssitzungen

In Kanton Bern entscheiden die Regierungsmitglieder weitgehend selbständig darüber, welche Geschäfte sie zu welchem Zeitpunkt dem Regierungskollegium unterbreiten wollen. Der Staatskanzlei kommt keine zentrale Steuerungs- und

Differenzbereinigungsfunktion vor den Regierungssitzungen zu. Allerdings gibt es feste Regeln über das Mitberichtsverfahren im Vorfeld der Regierungssitzungen. Dieses Mitberichtsverfahren ist einstufig. Es gibt also im Gegensatz zum Bund keine der Departementsstufe vorgelagerte Ämterkonsultation.

Das Mitberichtsverfahren dient der Differenzbereinigung vor den Regierungssitzungen. Ein solches Mitberichtsverfahren wird durchgeführt:

- bei allen Direktionen (Departementen) und bei der Staatskanzlei zu neuen Erlassen, zu Verfassungs-, Gesetzes-, Dekrets- und Verordnungsänderungen sowie zu Grundsatzbeschlüssen des Grossen Rates und zu Berichten des Regierungsrates an den Grossen Rat
- bei den zum voraus bezeichneten Direktionen zu Antworten auf parlamentarische Vorstösse
- bei der Finanzdirektion zu haushaltsrelevanten Geschäften nach Massgabe der Finanzhaushaltsgesetzgebung
- in besonderen Fällen auf Anordnung des Regierungsrates¹¹.

Das Mitberichtsverfahren wird grundsätzlich schriftlich durchgeführt. Der Vortrag an den Regierungsrat enthält das Ergebnis des Mitberichtsverfahrens. Dieser Vortrag zeigt Änderungen der Vorlage aufgrund des Mitberichtsverfahrens und abweichende Meinungen auf. Mitberichte, in denen in wesentlichen Fragen abweichende Auffassungen vertreten werden, sind den Dossiers für den Regierungsrat beizulegen¹².

Wie verhält es sich mit der Öffentlichkeit dieser Unterlagen? Nach Art. 27 des Informationsgesetzes kann die Einsichtnahme in amtliche Akten aus überwiegenden öffentlichen Interessen verweigert werden. Solche überwiegenden öffentlichen Interessen liegen nach Art. 29 Abs. 1 Buchstabe a des Informationsgesetzes unter anderem dann vor, wenn «durch die vorzeitige Bekanntgabe von internen Arbeitspapieren, Anträgen, Entwürfen und dergleichen die Entscheidungsfindung wesentlich beeinträchtigt würde.» Für die Verweigerung der Akteneinsicht genügt also nur eine wesentliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfindung. In der

9 Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (OrG; BSG 152.01), Art. 3.

10 Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (OrG; BSG 152.01), Art. 7; Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (IG; BSG 107.1), Art. 7.

11 Vgl. dazu Art. 22 der Verordnung vom 26. Juni 1996 über das Vernehmlassungs- und das Mitberichtsverfahren (VMV; BSG 152.025).

12 Art. 8 Abs. 2 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation des Regierungsrates, (OrV RR; BSG 152.11).

Praxis enthalten viele Mitberichte Äusserungen zu Rechts- und Verfahrensfragen, die keinen besonderen Neuigkeitswert enthalten. Dies mag einer der Gründe dafür sein, weshalb im Kanton Bern keine «Konflikte» um solche Papiere bekannt sind. Es gibt keine Fälle, die durch übergeordnete Instanzen hätten entschieden werden müssen.

Bereits im Vorfeld der Willensbildung des Regierungsrates kann der Zugriff auf Akten natürlich auch aus anderen Gründen des öffentlichen oder privaten Interesses beschränkt sein. Zu denken ist etwa an den Persönlichkeitsschutz oder an das Steuergeheimnis.

3. Die Regierungssitzung

Die Regierungssitzung ist der Ort, an dem die Mitglieder der Exekutive unter Ausschluss der Öffentlichkeit und ohne Votenprotokoll die «grundlegenden und wichtigen Entscheide» fällen. Dieser Aushandlungs- und Entscheidungsprozess ist durch mehrere Aspekte geprägt.

Von Bedeutung ist, dass die Regierungsmitglieder zugleich Fachminister und Mitglieder des strategischen Leitungsorganes sind. Die Verknüpfung des Departementalprinzips mit dem Grundsatz kollektiver Regierungsverantwortung kann zu Problemen führen. Die einzelnen Regierungsmitglieder werden in der Öffentlichkeit vorwiegend an ihren Leistungen als Fachminister gemessen. Als Mitglieder des Kollegiums müssen sie ihre Stellungnahmen an gesamtstaatlichen Steuerungsaspekten ausrichten und allenfalls auch Verzichte im eigenen Ressort akzeptieren. Es kommt immer wieder vor, dass solche Verzichte durch Abstimmungen festgelegt werden. Regierungsmitglieder werden jedoch etwa auch bereit sein müssen, den Fachstandpunkt des eigenen Departements nicht mit letzter Hartnäckigkeit zu verteidigen. Ein Regierungsmitglied kann deshalb - gerade nach einem «Lernprozess» im Kollegium - auch freiwillig von dem von ihm früher als Fachminister unterzeichneten Mitbericht zu einem Regierungsgeschäft abweichen. Würde der Mitbericht dieses Regierungsmitgliedes später publiziert, gäbe er nicht mehr den aktuellen Stand der Willensbildung wieder. An diesem Beispiel lässt sich

auch zeigen, dass interne Regierungsprozesse nicht immer einfach zu kommunizieren sind.

Ein weiterer wichtiger Aspekt liegt in der politischen Verknüpfung unterschiedlicher Dossiers. Konzessionen im einen Politikbereich können mit Vorteilen in einem andern Politikbereich verbunden sein. Dies ist auch Teil der Regierungskunst. Die Kommunikation von Einzelaspekten zu einem Regierungsgeschäft könnte demnach ein verzerrtes Bild des ganzen Willensbildungsprozesses wiedergeben.

4. Die Lage nach der Regierungssitzung

Die bernische Informationsgesetzgebung macht keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Regierungsakten und amtlichen Akten. Auch nach den Sitzungen des Regierungsrates werden Gesuche um Einsichtnahme in Akten zu Regierungsgeschäften vom Direktionssekretariat oder vom Amt behandelt, welches das Regierungsgeschäft vorbereitet hat¹³. Dadurch wird sichergestellt, dass Einsichtsgesuche zu Dossiers, die neben den eigentlichen Regierungsdokumenten auch andere Akten in derselben Sache enthalten, gesamthaft und durch dieselbe Behörde geprüft werden können.

Nach den Sitzungen des Regierungsrates können den Akteneinsichtsgesuchen keine verfahrensmässigen Gründe mehr entgegengehalten werden. Die mögliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfindung des Regierungsrates entfällt als Argument für die Verweigerung des Zugangs zu Akten.

Mit Bezug auf die Einsichtnahme in Regierungsakten unterscheidet sich die bernische Konzeption demnach grundlegend vom Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung. Nach Art. 6 dieses Gesetzesentwurfs soll das Öffentlichkeitsprinzip auf amtliche Dokumente, die unmittelbar zur Vorbereitung der Entscheide des Bundesrates dienen, generell keine Anwendung finden.

13 Art. 7 der Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Information der Bevölkerung (IV; BSG 107.111).

Im bernischen Recht können jedoch weitere überwiegende öffentliche oder private Interessen vorhanden sein, welche einer Öffnung der Akten entgegenstehen¹⁴.

Besondere Fragen stellen sich ferner hinsichtlich der Rechte parlamentarischer Kommissionen. Alle Kommissionen oder von ihnen beauftragte Ausschüsse können Regierungsakten einsehen, die sich auf Grossratsgeschäfte beziehen¹⁵. Dabei ist generell Offenheit angezeigt. Das Parlament kann seine Legislativ- und Ausgabenkompetenzen nur wahrnehmen, wenn es umfassenden Zugriff auf die mit diesen Geschäften zusammenhängenden Akten des Regierungsrates und der Verwaltung hat. Die Einsichtnahme könnte

verweigert werden, wenn der Mitbericht ausnahmsweise Aussagen enthielte, die unter das Amtsgeheimnis fallen¹⁶. Die Frage, welche Kompetenzen dem Parlament im Rahmen des Obergerichtsrechts zukommen, ist in der Grossratsgesetzgebung geregelt.

Können sich die Mitglieder des Parlaments auf ihre parlamentarischen Rechte oder auf die Rechte nach dem Informationsgesetz berufen? Grundsätzlich stehen ihnen beide Wege offen. Das (neue) Informationsgesetz hat die parlamentarischen Rechte teilweise überlagert. Zum Teil gelten andere Verfahrenswege. Über negative Entscheide zu parlamentarischen Akteneinsichtsbegehren entscheidet nicht eine richterliche Instanz, sondern das Büro des Grossen Rates. Gegen diesen Entscheid kann der Grosse Rat angerufen werden¹⁷.

IV. Komplexe Kollegialität

1. Ausgangslage

Kann das Kollegialitätsprinzip¹⁸ in allgemeiner Weise Akteneinsichtsbegehren entgegengehalten werden? Der Bundesrat räumt dem Kollegialitätsprinzip einen hohen Stellenwert ein¹⁹. Der Bundesrat äussert sich nicht zur Frage, ob der Meinungsbildungsprozess nur bis zum Entscheid des Kollegiums geschützt sei. Gibt es zu dieser Frage eine bernische Antwort? Das bernische Recht legt fest, dass der Regierungsrat die «grundlegenden und wichtigen Entscheide» im Kollegium fällt²⁰. Die Regierungssitzungen sind nicht öffentlich. Die kollegiale Willensbildung und das damit verknüpfte Sitzungsgeheimnis entfalten eine «Schutzwirkung» gegen Akteneinsichtsbegehren von aussenstehenden Dritten. Diese Regeln sind indessen auch im Lichte der auf mehr Transparenz angelegten verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen auszulegen. Art. 17 der bernischen Verfassung bekennt sich zum Öffentlichkeitsprinzip; nach Art. 70 der Verfassung müssen die Behörden über ihre Tätigkeit ausreichend informieren. Kann diese Informationspflicht nach abgeschlossener Meinungsbildung im Kollegium auch wichtige Elemente des Prozesses umfassen? In der bernischen Praxis führte diese

- 14 Art. 29 des Gesetzes vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (IG; BSG 107.1). Es stellt sich hier die Frage, ob es auch einen «Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung» gibt, einen «nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich», an dessen grundsätzlicher Vertraulichkeit ein öffentliches Interesse besteht. Einen solchen geschützten Bereich kennt das Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein vom 9. Februar 2000. Paragraph 10 Abs. 5 dieses Gesetzes lautet wie folgt: «Der Antrag auf Zugang zu Informationen kann abgelehnt werden, wenn das Bekanntwerden des Inhaltes der Informationen die Funktionsfähigkeit und die Eigenverantwortung der Landesregierung beeinträchtigt.» (GS Schl.-H. II GI Nr. 2010-2).
- 15 Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes vom 8. November 1988 über den Grossen Rat (Grossratsgesetz; BSG 151.21).
- 16 Vgl. dazu Staatskanzlei des Kantons Bern, 365 Tage Öffentlichkeitsprinzip - eine Bilanz, Bern 1996, Fallbeispiel Nr. 5, 39 ff., 42.
- 17 Art. 32 Abs. 3 des Gesetzes vom 8. November 1988 über den Grossen Rat (Grossratsgesetz; BSG 151.21).
- 18 Vgl. dazu KURT NUSPLIGER, Regierung und Parlament, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 170 ff.; THOMAS SÄGESSER (Hrsg.), Die Bundesbehörden, Bern 2000, 401 f.; LUZIUS MÄDER, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Daniel Thürer/ Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 1053 f. Einzelne Kantone - so der Kanton St. Gallen in Art. 69 der neuen Verfassung vom 10. Juni 2001 - haben in der Verfassung ausdrücklich verankert, dass die Regierung ihre Beschlüsse als Kollegium fasst und vertritt. Die Botschaft zum Entwurf für die neue Verfassung des Kantons St. Gallen hält dazu fest: «Die Wahrnehmung des Kollegialprinzips wird erleichtert, wenn nicht nach aussen dringt, wie Entscheidungen ratsintern zustande gekommen sind. Aus diesem Grund ist die Öffentlichkeit der Verhandlungen (wie sie in zwei Kantonen praktiziert wird) nicht vorgesehen. Gemäss Art. 60 hat die Regierung jedoch die Öffentlichkeit grundsätzlich umfassend über ihre Tätigkeit zu informieren»: Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 4 a vom 28. Januar 2000, 340.
- 19 Vgl. dazu die Antwort des Bundesrates auf die einfache Anfrage von Nationalrat Hanspeter Seiler vom 25. Juni 1998.
- 20 Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (ORG; BSG 152.01), Art. 3.

Frage kaum zu Konflikten und jedenfalls nicht zu formellen Entscheiden.

Die nachfolgenden Hinweise sollen helfen, Antworten auf diese Fragen zu geben.

2. Kollegialität - klassisch

Die klassische Auffassung des Kollegialitätsprinzips geht von den folgenden Hauptelementen aus: Alle Mitglieder des Kollegiums sind in gleicher Weise und für dieselbe Amtsdauer gewählt. Sie haben die gleiche rechtliche Stellung. Die besonderen Befugnisse, die auch im bernischen Recht der Präsidentin oder dem Präsidenten der Exekutive übertragen sind, ändern nichts an der kollegialen Struktur der Regierung²¹.

Meinungsdifferenzen werden innerhalb des Kollegiums ausgetragen. Kommen keine Lösungen zustande, denen alle Mitglieder zustimmen können, gilt das Mehrheitsprinzip. Die Meinung des Kollegiums ist verwaltungsintern und gegen aussen durchzusetzen. Angestrebt wird die Geschlossenheit des Kollegiums. Von den Regierungsmitgliedern wird erwartet, dass sie sich hinter die gefassten Beschlüsse stellen. Dies ist die Bedingung für die vertrauensvolle Zusammenarbeit in einem Gremium, in welchem sich über die Jahre hinweg wechselnde Mehrheitsverhältnisse und unterschiedliche Belastungssituationen ergeben können. Hinter dem Solidaritätsprinzip haben in der Regel weitere Interessen, Rücksichtnahmen und Bindungen zurückzutreten. Unter aussergewöhnlichen Umständen können sich anerkanntermassen «Konfliktlagen einstellen, in denen abgewogen werden darf, ob die Kollegiumsbindung vor anderen zurücksteht»²². Ein Regierungsmitglied ist nicht verpflichtet, einen Kollegiumsentscheid vor dem Parlament oder in der Öffentlichkeit zu vertreten, wenn es ihn mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann. Der Entscheid muss, wenn er solche Gewissensnot auslösen soll, hohe individual- oder sozialetische Relevanz aufweisen²³. Ein Regierungsmitglied wird diese Problemlage im Kollegium zur Sprache bringen und sich allenfalls von der Vertretung eines Geschäftes entbinden lassen.

Das Kollegialprinzip basiert generell auf gegenseitigem Vertrauen. Ausdruck des Vertrauensprinzips ist es auch, dass wesentliche Geschäfte aus dem Verantwortungsbereich eines Mitglieds nur dann behandelt werden, wenn dieses anwesend ist. Zu der mit dem Vertrauensprinzip verbundenen Gesprächskultur kann es auch gehören, dass einem anderen Regierungsmitglied wesentliche Vorbehalte gegen ein Regierungsgeschäft vor der Sitzung signalisiert werden.

3. Kollegialität - kommunikativ

Im Kanton Bern hat sich das Parlament bisher nicht mit der Handhabung des Öffentlichkeitsprinzips durch den Regierungsrat befasst. Diese Fragen waren jedoch Gegenstand von Diskussionen auf Bundesebene. In grundsätzlicher Hinsicht sind diese Diskussionen auch für die kantonale Ebene von Bedeutung.

Am 29. Mai 1997 hat die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates dem Plenum einen Bericht über die «Informationstätigkeit des Bundesrates und der Bundesverwaltung in ausserordentlichen Situationen» vorgelegt. In diesem Bericht stehen die folgenden beiden Passagen:

- «Die Landesregierung der Schweiz ist eine Kollegialbehörde. Weder die Regierungspolitik noch die damit zusammenhängende Informationspolitik wird von einem Regierungschef oder einer Regierungschefin bestimmt. Das Kollegialsystem hat historische Wurzeln und gewichtige Vorteile, zeigt aber auch seine Schwächen gerade dort, wo in schwierigen Zeiten oder Krisensituationen auch eine informationspolitische Führung die Handlungsweise der Regierung vermitteln und erklären müsste. Öffentlich ausgetragene Meinungsverschiedenheiten (...) erhöhen weder die Glaubwürdigkeit der Landesregierung noch die Verständlichkeit ihrer Politik»²⁴.

21 Vgl. dazu Art. 12 ff. des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (ORG; BSG 152.01).

22 KURT EICHENBERGER, Kommentar BV, Art. 103 Abs. 1 aBV Rz. 12 ff.
 23 Peter Saladin, Probleme des Kollegialitätsprinzips, ZSR 1985 I 278.

24 BBl 1997 III 1573.

- «Die offene Information über die Willensbildung im Bundesrat verträgt sich durchaus mit dem Kollegialitätsprinzip, auf dessen grundsätzliche Einhaltung eine Konkordanzregierung angewiesen ist. Gefällte Entscheide sind von allen Mitgliedern des Bundesrates zu akzeptieren. Dem steht aber in keiner Weise entgegen, Gegenmeinungen und Gegenargumente aus der Regierung öffentlich zu machen»²⁵.

Zwischen diesen beiden Textpassagen besteht ein Spannungsverhältnis. Beide Aussagen enthalten Teilwahrheiten. Auch die Bevölkerung weiss, dass Exekutivmitglieder aus unterschiedlichen Landesgebieten, Sprachregionen und Parteien stammen. Meinungsverschiedenheiten in der Kollegialbehörde sind deshalb Ausdruck ihrer Zusammensetzung. Entscheide des Kollegiums sind unter Umständen besser nachvollziehbar, wenn die Argumente offen dargelegt werden²⁶. Es wird sogar die Auffassung vertreten, im Vorfeld kollegialer Entscheide sollten «divergierende» Auffassungen vertreten und auch der Öffentlichkeit kommuniziert werden können²⁷. In diesem Bereich ist allerdings im Interesse einer offenen und umfassenden Willensbildung im Kollegium Zurückhaltung angezeigt.

Das Kollegialprinzip geht davon aus, dass Entscheide, die in der Exekutive getroffen

wurden, von den Mitgliedern der Regierung mitgetragen werden²⁸. Nach dem Abschluss des Willensbildungsprozesses muss es aber unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein, dass mit dem Entscheid in der Sache auch kommuniziert wird, welche «Gegenmeinungen und Gegenargumente» diskutiert wurden. Dabei ist es auch nicht ausgeschlossen, dass ein Regierungsmitglied in differenzierter und sachlicher Weise auf seine Position im Willensbildungsprozess hinweist. Entscheidend ist, dass ein solcher Hinweis mit der Bemerkung verbunden wird, dass sich das Kollegium in dieser Sache nun in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise festgelegt hat²⁹. Es ist dies alles auch eine Frage des Masses. In einer Zeit, in der die Handlungsfähigkeit des politischen Systems insgesamt abnimmt, gilt es auch, die Führungskraft der Exekutive zu bewahren. Regierungsmitglieder, die in wichtigen Fragen immer wieder öffentlich Meinungsdivergenzen austragen, schwächen die Regierungsarbeit³⁰.

4. Kollegialität - konfliktgeladen

Bei der Auswahl der Exekutivmitglieder haben die politischen Parteien eine grosse Verantwortung. Regierungen sind auf starke und durchsetzungsfähige Persönlichkeiten angewiesen. Es sollten aber auch Persönlichkeiten sein, die erkennen können, dass es in der Exekutive nicht auf Tagessiege ankommt. Grundlegende und wichtige Geschäfte ziehen sich über Monate und Jahre hin. Hier sind nur Erfolge möglich, wenn im Kollegium eine positive Grundstimmung erzeugt werden kann. Regierungstauglich ist nur, wer Härte und Durchsetzungsvermögen mit Flexibilität und Kompromissbereitschaft verbinden kann.

V. Schluss

Die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips ist geeignet, einen langfristigen mentalen Veränderungsprozess auszulösen. Das Ergebnis dieses Prozesses ist idealerweise die Erkenntnis, dass in einer Demokratie Regierungsarbeit mit einem optimierten Kommunikationsverhalten zusammenhängt. Es gibt Bereiche der Regierungsarbeit, die nur im Klima des Vertrauens und einer angemessenen Vertraulich-

25 BBl 1997 III 1607.

26 Vgl. dazu THOMAS SÄGESSER (Hrsg.), Die Bundesbehörden, Bern 2000, 401.

27 LUZIUS MADER, Bundesrat und Bundesversammlung in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 1053.

28 LUZIUS MADER, Bundesrat und Bundesversammlung in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 1053; THOMAS SÄGESSER (Hrsg.), Die Bundesbehörden, Bern 2000, 401 f.; ULRICH KLÖTI, Regierung, in: Ulrich Klöti/Peter Knoepfel/Hanspeter Kriesi/Wolf Linder/Yannis Papadopoulos (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 1999, 171.

29 Vgl. dazu auch Moritz Leuenberger, «Ihr und wir - Medien, Macht und Moral», Referat anlässlich des Jubiläumstages des Presserates vom 20. Juni 1997, 7.

30 Im Zusammenhang mit dem erwähnten Bericht reichte die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates ein Postulat mit folgendem Wortlaut ein: «Der Bundesrat prüft die Möglichkeit einer transparenten Information über seine Entscheidungsfindung im Einzelfall. Dabei soll öffentlich dargelegt werden, durch welche Argumente sich der Bundesrat (eventuell nur mehrheitlich) hat überzeugen lassen und welche Gründe gegen einen Entscheid vorgebracht und erwogen wurden»: BBl 1997 III 1614. Der Bundesrat erklärte sich bereit, dieses Postulat anzunehmen: NZZ vom 8.10.1997.

keit funktionieren können. Dazu gehört die persönliche Diskussion im Regierungskollegium, die kritische Infragestellung bereits bezogener Positionen, die Prüfung alternativer Modelle, das Suchen nach tragfähigen Lösungen. Demgegenüber bedürfen Mitberichte, Stellungnahmen, Vernehmlassungen und weitere Regierungsdokumente nach dem Entscheid des Regierungskollegiums keines verfahrensmässig zu begründenden Geheimnisses mehr. Allein die Tatsache, dass sie in die unmittelbare Willensbildung der Regierungsarbeit einbezogen sind, macht diese Papiere noch nicht zu Dokumenten höherer Qualität. Es kann jedoch sehr wohl andere überwiegende öffentli-

che oder private Interessen geben (persönliche Daten, Verhandlungen mit Vertragspartnern, Geschäftsgeheimnis), die auch Regierungsakten zu Dokumenten werden lassen, in die aussenstehende Dritte nicht Einsicht nehmen dürfen.

Regierungsarbeit soll glaubwürdig sein. Regierungsmitglieder sollten nicht daran gehindert werden, in differenzierter und sachlicher Weise auf ihre Position im Willensbildungsprozess hinzuweisen. Es wird aber auch als Zeichen der Stärke gewertet werden, wenn diese Regierungsmitglieder einmal gefällte Entscheide des Kollegiums mittragen. ■

.....
L'AUTRE REGARD

DIE ANDERE SICHT



Rudi Hurzmeier,
© Elster Verlag

Lockruf der Wildnis

Weigerung zur Ausstrahlung eines Werbespots verletzt Meinungsäusserungsfreiheit

Urteil des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes vom 28. Juni 2001
(VgT c. Schweiz; 24699/94)

Das Verbot politischer Werbung in Radio und Fernsehen stellt keinen besonders zwingenden Grund zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dar. Die Weigerung der SRG zur Ausstrahlung eines Werbespots, der zur allgemeinen Debatte über die Nutztierhaltung beitragen wollte, verletzt die Meinungsäusserungsfreiheit. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine finanziell nicht sehr potente Gruppierung die Chancengleichheit zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Kräften nicht zu bedrohen vermag.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) beabsichtigte, im Januar 1994 durch die AG für das Werbefernsehen (AGW; heute: «publisuisse SA») einen Fernsehspot ausstrahlen zu lassen, der auf die «tierquälerische Nutztierhaltung» aufmerksam machen und für eine Reduktion des Fleischkonsums werben sollte. Die publisuisse SA und hernach die SRG verweigerten die Ausstrahlung des Werbespots. Die nächsten Instanzen bis hin zum Bundesgericht (BGE 123 II 402) schützten diesen Entscheid.

Vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof macht der VgT eine Verletzung von Art. 10, 13 und 14 EMRK geltend.

Aus den Erwägungen:

56. In the present case, it falls to be examined whether the term «political advertising» in S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act was formulated in a manner such as to enable the applicant association to foresee that it would serve to prohibit the broadcasting of the proposed television commercial. The latter depicted pigs in a forest as well as in pens in a noisy hall. The accompanying voice compared this situation with concentration camps and exhorted television viewers to «eat less meat, for the sake of your health, the animals and the environment».

57. In the Court's opinion the commercial indubitably fell outside the regular commercial context in the sense of inciting the public to purchase a particular product. Rather, with its concern for the protection of animals, expressed partly in drastic pictures, and its exhortation to reduce meat consumption, the commercial reflected controversial opinions pertaining to modern society in general and also lying at the heart of various political debates. Indeed, as the Federal Court pointed out in its judgment of 20 August 1997, the applicant association had in respect of these matters filed a disciplinary complaint with the Swiss Federal Parliament.

58. As such, the commercial could be regarded as «political» within the meaning of S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act. It was, therefore, «foreseeable» for the applicant association that its commercial would not be broadcast on these grounds. It follows that the

interference was, therefore, «prescribed by law» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. (...)

61. The Court notes the Federal Council's message to the Swiss Parliament in which it was explained that the prohibition of political advertising in Art. 18 § 5 of the Swiss Radio and Television Act served to prevent financially strong groups from obtaining a competitive advantage in politics. The Federal Court in its judgment of 20 August 1997 considered that the prohibition served to ensure, in addition, the independence of the broadcaster; to spare the political process from undue commercial influence; to provide for a certain equality of opportunity between the different forces of society; and to support the press which remained free to publish political advertisements.

62. The Court is, therefore, satisfied that the measure aimed at the «protection of the ... rights of others» within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. (...)

69. (...) the Swiss authorities had a certain margin of appreciation to decide whether there was a «pressing social need» to refuse the broadcasting of the commercial. Such a margin of appreciation is particularly essential in commercial matters, especially in an area as complex and fluctuating as that of advertising (see the Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, p. 19, § 33; and the Jacubowski v. Germany judgment of 23 June 1994, Series A no. 291-A, p. 14, § 26).

70. However, the Court has just found that the applicant association's film fell outside the regular commercial context in the sense of inciting the public to purchase a particular product. Rather, it reflected controversial opinions pertaining to modern society in general (...). The Swiss authorities themselves regarded the content of the applicant association's commercial as being «political» within the meaning of 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act. Indeed, it cannot be denied that in many European societies there was, and is, an ongoing general debate on the protection of animals and the manner in which they are reared.

71. As a result, in the present case the extent of the margin of appreciation is reduced, since what is at stake is not a given individual's purely «commercial» interests, but his participation in a debate affecting the general interest.

72. The Court will consequently carefully examine whether the measures in issue were proportionate to the aim pursued. In that regard, it must balance the applicant association's freedom of expression, on the one hand, with the reasons adduced by the Swiss authorities for the prohibition of political advertising, on the other, namely to protect public opinion from the pressures of powerful financial groups and from undue commercial influence; to provide for a certain equality of opportunity between the different forces of society; to ensure the independence of the broadcasters in editorial matters from powerful sponsors; and to support the press.

73. It is true that powerful financial groups can obtain competitive advantages in the areas of commercial advertising and may thereby exercise pressure on, and eventually curtail the freedom of, the radio and television stations broadcasting the commercials. Such situations undermine the fundamental role of freedom of expression in a democratic society as enshrined in Article 10 of the Convention, in particular where it serves to impart information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive. Such an undertaking cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism of which the State is the ultimate guarantor. This observation is especially valid in relation to audio-visual media, whose programmes are often broadcast very widely (see the *Informationsverein Lentia and others v. Austria* judgment of 24 November 1993, Series A no. 276, p. 16, § 38).

74. In the present case, the contested measure, namely the prohibition of political advertising as in Art. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act, was applied only to radio and television broadcasts, and not to other media such as the press. The Federal Court explained in this respect in its judgment of 20 August 1997 that television had a stronger effect on the public on account of its dissemination and immediacy. In the Court's opinion, however, while the domestic authorities may have had valid reasons for this differential treatment, a prohibition of political advertising which applies only to certain media, and not to others, does not appear to be of a particularly pressing nature.

75. Moreover, it has not been argued that the applicant association itself constituted a powerful financial group which, with its proposed commercial, aimed at endangering the independence of the broadcaster; at unduly influencing public opinion; or at endangering the equality of opportunity between the different forces of society. Indeed, rather than abusing a competitive advantage, all the applicant association intended to do with its commercial was to participate in an ongoing general debate on animal protection and the rearing of animals. The Court cannot exclude that a prohibition of «political advertising» may be compatible with the requirements of Article 10 of the Convention in certain situations. Nevertheless, the reasons must be «relevant» and «sufficient» in respect of the particular interference with the rights under Article 10. In the present case, the

Federal Court in its judgment of 20 August 1997, discussed at length the reasons in general which justified a prohibition of «political advertising». In the Court's opinion, however, the domestic authorities have not demonstrated in a «relevant and sufficient» manner why the grounds generally advanced in support of the prohibition of political advertising, also served to justify the interference in the particular circumstances of the applicant association's case.

76. The domestic authorities did not adduce the disturbing nature of any particular sequence, or of any particular words, of the commercial as a ground for refusing to broadcast it. It therefore mattered little that the pictures and words employed in the commercial at issue may have appeared provocative or even disagreeable.

77. Insofar as the Government pointed out that there were various other possibilities to broadcast the information at issue, the Court observes that the applicant association, aiming at reaching the entire Swiss public, had no other means than the national television programmes of the Swiss Radio and Television Company at its disposal, since these programmes were the only ones broadcast throughout Switzerland. The Commercial Television Company was the sole instance responsible for the broadcasting of commercials within these national programmes. Regional private television channels and foreign television stations cannot be received throughout Switzerland.

78. The Government have also submitted that admitting the applicant's claim would be to accept a «right to an antenna» which in turn would substantially interfere with the rights of the Commercial Television Company to communicate information. Reference was further made to the danger of untimely interruptions in the television programmes by means of commercials. The Court recalls that its judgment is essentially declaratory. Its task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention. Various possibilities are conceivable as regards the organisation of broadcasting television commercials; the Swiss authorities have entrusted the responsibility in respect of national programmes to one sole private company. It is not the Court's task to indicate which means a State should utilise in order to perform its obligations under the Convention (see the *de Cubber v. Belgium* judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 29, § 35).

79. In the light of the foregoing, the measure in issue cannot be considered as «necessary in a democratic society». Consequently, there has been a violation of Article 10 of the Convention. (...) ■

REMARQUES:

L'interdiction de la publicité à contenu politique a fait l'objet de peu de contestation jusqu'ici en Suisse. La crainte notamment du matraquage par des groupes ou des partis puissants, mais aussi le désir de laisser à la presse une de ses ressources privilégiées, en vertu de l'art. 93 al. 4 Cst., ont endormi l'esprit critique (voir néanmoins P.-A. Chevalier, *medialex* 1996, p. 61 ss). Le présent arrêt sonne le réveil. Il rappelle que la publicité est une

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

forme de communication bénéficiant de l'art. 10 CEDH, à laquelle s'appliquera, dès lors, le principe de la proportionnalité. Dans la logique de l'arrêt Hertel (medialex 1998, p. 2 ss), la Cour s'est montrée d'autant plus encline à contrôler le comportement de la Suisse qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'une contribution au débat politique. La Cour ne dit pas que les craintes du législateur suisse – le matraquage – sont indignes d'être prises en considération. Elle dit simplement que ces craintes ne justifient pas une interdiction absolue de la publicité à contenu politique. L'art. 18 al. 5, 1^e phrase, 1^e partie, n'est désormais plus applicable. Il appartiendra au Conseil fédéral de décider s'il veut le remplacer dans le cadre d'une révision anticipée de la LRTV, limitée au chapitre de la publicité, comme le demandent les milieux de la publicité et les diffuseurs privés, ou s'il entend procéder à une sorte de bricolage à travers l'ordonnance d'application. Ce qui est sûr, c'est que le projet de révision complète de la LRTV qui sera transmis aux Chambres devra se distinguer substantiellement, sur ce point, du texte soumis ce printemps à la procédure de consultation. Peut-on imaginer un système de quotas, empêchant les partis riches de monopoliser l'antenne? Ou peut-on songer à bannir ce type de publicité durant les jours qui précèdent une consultation populaire ou des élections? Certes, aux yeux de la Cour

européenne, l'argument du Tribunal fédéral selon lequel la télévision a plus d'impact sur le public, ne justifie pas à lui seul qu'on fasse une différence avec les autres médias; par conséquent, si ceux-ci sont libres dans la diffusion de publicité à contenu politique, la télévision devrait l'être aussi (§ 74). Mais, par ailleurs, l'Etat a, pour ce qui est de la radio-TV de service public à tout le moins, des responsabilités d'équilibre qu'il n'a pas pour les autres médias. On peut donc penser que, vu sous cet angle, la Cour admettrait des restrictions. D'ailleurs, elle fait une allusion dans ce sens (§ 75), n'excluant pas d'emblée toute interdiction. Plus loin, elle admet également que sa décision ne débouche pas obligatoirement sur un droit à l'antenne pour toute personne souhaitant faire de la publicité à contenu politique, et que les diffuseurs conservent leur pouvoir de s'organiser (§ 78). Cela dit, par cet arrêt, la négation du droit à l'antenne, en droit suisse, se trouve néanmoins affaiblie. Il ne nous paraît pas très grand le pas qui pourrait amener la Cour européenne un jour à reconnaître un tel droit à une personne se plaignant d'avoir été écartée des programmes non publicitaires. La jurisprudence du Tribunal fédéral, telle qu'elle ressort par exemple de l'arrêt Weber (ATF 125 II 624), en prendrait un nouveau coup.

PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN

Amtsgeheimnisverletzung durch Journalisten

Bundesgerichtsentscheid vom 1. Mai 2001 (6S.49/2000; BGE-Publikation vorgesehen)

Wird ein Straftatbestand durch Erteilung einer Auskunft, d. h. durch eine Antwort, erfüllt, so ist das Ersuchen um Auskunft, d. h. die Frage, objektiv Anstiftung zur Tat.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Rahmen der Recherchen über den Fraumünster-Post-Raub in Zürich fragte ein Blick-Journalist infolge Abwesenheit aller Staatsanwälte eine Verwaltungsassistentin der Staatsanwaltschaft, in den Registern der Staatsanwaltschaft nachzuschauen, ob die von ihm auf einer Liste zusammen gestellten Tatverdächtigen Vorstrafen, insbesondere wegen Betäubungsmitteldelikten, erwirkt hätten. Die Verwaltungsassistentin erklärte sich dazu bereit und überprüfte die Personen anhand der ihr zugefaxten Liste, in dem sie Einsicht in das ihr mittels eines Passwortes zugängliche EDV-System der Geschäftskontrolle der Justizdirektion nahm. Die Verwaltungsassistentin schickte sodann die Liste mit ihren Bemerkungen an den Journalisten zurück. Sie wurde dafür wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses zu einer Busse von 500 Franken verurteilt.

Die Einzelrichterin in Strafsachen am Bezirksgericht Zürich sprach den Journalisten vom Vorwurf der Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses frei. Das Obergericht des Kantons Zürich jedoch verurteilte ihn deswegen und bestrafte ihn mit einer Busse von 500 Franken, bedingt vorzeitig löschar bei einer Probezeit von einem Jahr.

Aus den Erwägungen:

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird gemäss Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wegen Verletzung des Amtsge-

heimnisses mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Geheimnisse im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder zugänglich sind, die der Geheimnisherr geheim halten will und an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes Interesse hat (s. BGE 114 IV 44 E. 2). Zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 320 StGB ist subjektiv Vorsatz erforderlich. Dabei genügt nach den allgemeinen Regeln Eventualdolus. Wer jemanden zu dem von ihm verübten Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB wegen Anstiftung nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft. Anstiftung ist das vorsätzliche Bestimmen eines andern zur Begehung einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat (s. BGE 116 IV 1 E. 3c, mit Hinweisen). Subjektiv genügt Eventualvorsatz. Der Anstifter muss mithin zumindest in Kauf nehmen, dass erstens infolge seines Verhaltens der Angestiftete eine bestimmte Handlung vornehmen werde und dass zweitens diese Handlung tatbestandsmässig und rechtswidrig ist. (...)

2. (...) **b) aa)** Anstifter im Sinne von Art. 24 StGB ist, wer einen andern zu der von diesem verübten Straftat vorsätzlich bestimmt hat (celui qui aura intentionnellement décidé autrui à commettre; chiunque intenzionalmente determina altri a commettere ...). Durch die Anstiftung wird in einem andern der Entschluss zu einer bestimmten Tat hervorgerufen. Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein; es bedarf insofern eines Kausalzusammenhangs. Nicht erforderlich ist, dass beim Anzustiftenden

Widerstände zu überwinden wären. Auch bei demjenigen, der bereits zur Tat geneigt ist oder sich zur Begehung von Straftaten sogar anbietet, kann ein Tatentschluss noch hervorgerufen werden, und zwar so lange, als er zur konkreten Tat noch nicht entschlossen ist (siehe zum Ganzen BGE 116 IV 1 E. 3c, mit Hinweisen). (...)

bb) Wird ein Straftatbestand durch Erteilung einer Auskunft, d.h. durch eine Antwort, erfüllt, so ist das Ersuchen um Auskunft, d.h. die Frage, objektiv Anstiftung zur Tat. Durch die Frage wird nicht lediglich eine Situation geschaffen, in welcher die angefragte Person voraussichtlich, nämlich durch Erteilung der Antwort, eine Straftat begehen wird. Durch die Frage wird vielmehr der Wunsch, die Bitte nach einer Antwort geäussert, zu einer Antwort aufgefordert und damit der Tatentschluss des Adressaten hervorgerufen.

c) Der Beschwerdeführer hat die Verwaltungsassistentin um Auskunft darüber gebeten, ob bestimmte Personen insbesondere wegen Betäubungsmitteldelikten vorbestraft seien. Dadurch hat er sie im Sinne von Art. 24 StGB zu einem Verhalten bestimmt. Unerheblich ist, dass die Verwaltungsassistentin frei entscheiden konnte, ob sie die gewünschte Auskunft erteilen, und dass sie nach Bekundung ihrer diesbezüglichen Bereitschaft in Ruhe darüber befinden konnte, ob sie die ihr vom Beschwerdeführer per Fax übermittelte Personenliste durch Angaben über Vorstrafen ergänzen solle oder nicht; Anstiftung setzt nicht eine Überrumpelung des Angestifteten voraus. Unerheblich ist auch, dass zwischen dem Beschwerdeführer und der Verwaltungsassistentin keine persönliche Beziehung bestand; eine solche Beziehung ist nicht erforderlich. Das objektive Merkmal des «Bestimmens» im Sinne von Art. 24 StGB ist gegeben, weil der Beschwerdeführer durch seine Frage den Entschluss zur Antwort hervorgerufen hat; ohne Frage hätte es keine Antwort gegeben.

3. Zum Geheimnischarakter der Vorstrafen von bestimmten Personen (...)

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe, wie auch die von ihm angefragte Verwaltungsassistentin, weder gewusst noch in Kauf genommen, dass Tatsachen betreffend Vorstrafen von bestimmten Personen Geheimnisse seien und die Erteilung einer diesbezüglichen Auskunft durch eine Beamtin im Sinne von Art. 320 StGB tatbestandsmässig sei.

a) Anstifter ist, wer vorsätzlich einen andern zu einer Vorsatztat bestimmt. Der Vorsatz des Anstifters bezieht sich zum einen auf die Herbeiführung des Tatentschlusses und zum andern auf die Ausführung der Tat durch den Angestifteten (REHBERG/DONATSCH, a.a.O., S. 125/126). Eventualvorsatz genügt (BGE 116 IV 1 E. 3d, mit Hinweisen). Der Anstifter muss zumindest in Kauf nehmen, dass infolge seines Verhaltens der Angestiftete eine Handlung begeht, welche die objektiven und subjektiven Merkmale eines bestimmten Straftatbestands erfüllt. Die Tat, zu welcher angestiftet wird, muss ihrerseits eine Vorsatztat sein; ob insoweit Eventualdolus ausreicht oder direkter Vorsatz erforderlich ist, bestimmt sich nach den für die Tat

geltenden Regeln. Bei der Straftat der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) genügt subjektiv Eventualvorsatz. Der Beschwerdeführer muss mithin in Kauf genommen haben, dass die Verwaltungsassistentin infolge seines Verhaltens zumindest eventualvorsätzlich ein Amtsgeheimnis verletzen könnte.

b) Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz konnte dem Beschwerdeführer in seiner langjährigen Tätigkeit als Polizei- und Gerichtsberichtersteller nicht entgangen sein, dass Tatsachen betreffend die Vorstrafen bestimmter Personen grundsätzlich geheim gehalten werden. Der Beschwerdeführer habe gewusst, dass der zuständige Bezirksanwalt Angaben über die Vorstrafen der festgenommenen Personen verweigert hatte. Er behaupte mit Recht nicht, dass andere Staats- und Bezirksanwälte, die eine etwas grosszügigere Informationspraxis betrieben, auf Wunsch von Journalisten konkrete Angaben betreffend die Vorstrafen einer Mehrzahl von Personen wegen bestimmter Delikte machen würden. Der Beschwerdeführer habe zumindest in Kauf genommen, dass die von ihm angefragte Verwaltungsassistentin möglicherweise geheime Daten vorsätzlich oder eventualvorsätzlich preisgeben werde. Die Verwaltungsassistentin habe ihrerseits zumindest in Kauf genommen, durch die Erteilung der gewünschten Auskünfte über die Strafregistereinträge von bestimmten Personen das Amtsgeheimnis zu verletzen. (...)

bb) Der Beschwerdeführer hatte im kantonalen Verfahren erklärt, es gehöre zu seinen Aufgaben als Journalist, Fragen zu stellen, und die angefragte Person müsse selbst wissen, ob sie antworten dürfe oder nicht. Die Frage nach Vorstrafen sei für ihn eine Routinefrage. Der eine beantworte sie, der andere nicht. Ob dies ein Amtsgeheimnis sei, müsse die Amtsperson wissen. Er müsse sich darüber keine Gedanken machen. Der Beschwerdeführer beanstandet in der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde, dass die Vorinstanz im angefochtenen Urteil aus dieser Äusserung auf eine den Eventualvorsatz in Bezug auf den Anstiftungserfolg begründende Gleichgültigkeit geschlossen habe. Damit werde dem Journalisten in seiner täglichen Arbeit eine unerträgliche Verantwortung zusätzlich aufgeladen. Bei jeder Frage im Rahmen der ordentlichen Recherchenarbeit müsste der Journalist sich quasi in die Rolle der angefragten Person hineindenken und für diese (mit-)entscheiden, ob sie die Frage aus Gründen von Amtspflichten oder aus irgendwelchen andern Gründen nicht beantworten dürfe. Dies könne nicht ernsthaft gefordert werden. Eine eventualvorsätzliche Verantwortlichkeit im Rahmen von Art. 24 StGB könne nicht durch eine Anfrage eines Journalisten im Rahmen seiner Recherchen begründet werden.

Die Aufgaben des Journalisten, zu denen auch das Recherchieren gehört, berühren den Vorsatz nicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Journalist unter dem Gesichtspunkt des Anstiftungsvorsatzes anders beurteilt werden sollte als irgendeine andere Person, die einen Beamten um Auskunft ersucht. Ob im Falle einer Frage an einen Beamten, deren Beantwortung den Tatbestand der

Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) erfüllt, Anstiftungsvorsatz gegeben sei, hängt von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab. Der Beschwerdeführer ersuchte die Verwaltungsassistentin um eine Auskunft, die ihm, wie er wusste, vom zuständigen Bezirksanwalt verweigert worden wäre. Es gehörte, wie er wusste, nicht zu den Aufgaben der Verwaltungsassistentin, in eigener Verantwortung über Vorstrafen von Personen zu informieren. Ihm konnte auch nicht entgangen sein, dass die Verwaltungsassistentin gerade in Anbetracht seiner Stellung als bekannter «Blick»-Reporter seiner Bitte entsprach und dass sie ein vergleichbares Ansinnen eines beliebigen Dritten zurückgewiesen hätte. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz den Anstiftungsvorsatz des Beschwerdeführers in der Form des Eventualdolus ohne Verletzung von Bundesrecht bejahen. Ob der Anstiftungsvorsatz auch anzunehmen wäre, wenn der Beschwerdeführer den zuständigen Bezirksanwalt oder einen andern Bezirks- oder Staatsanwalt um Auskunft betreffend Vorstrafen ersucht und diese erhalten hätte, kann hier dahingestellt bleiben.

5.a) aa) Der Beschwerdeführer meint, durch seinen Einbezug in ein Strafverfahren wegen angeblicher Anstiftung zur Straftat eines andern sei der in Art. 27^{bis} StGB verankerte journalistische Quellenschutz unterlaufen worden. Der angefochtene Entscheid sei in Verletzung von Art. 27^{bis} StGB ergangen. Der Einwand ist unbegründet.

bb) Verweigern Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, oder ihre Hilfspersonen das Zeugnis über die Identität des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen, so dürfen weder Strafen noch prozessuale Zwangsmassnahmen gegen sie verhängt werden (Art. 27^{bis} Abs. 1 StGB). Dem Beschwerdeführer wird nicht vorgeworfen, er habe das Zeugnis über die Person verweigert, die ihm Auskunft über die Vorstrafen der wegen des Verdachts der Beteiligung am so genannten Fraumünsterpostraub Festgenommenen erteilt habe, und er ist nicht wegen einer solchen Weigerung bestraft worden. Die Verwaltungsassistentin hat sich selbst den Behörden gestellt. Als Beschuldigter in einem Strafverfahren wegen Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses konnte der Beschwerdeführer die Aussage verweigern. Die Eröffnung eines solchen Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer verstösst offensichtlich nicht gegen Sinn und Zweck des journalistischen Quellenschutzes, wie er in Art. 27^{bis} StGB verankert ist.

b) aa) Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die aus der verfassungsrechtlich verankerten Medienfreiheit fliessenden Berufspflichten des Journalisten geboten ganz allgemein, dass der Journalist in Wahrnehmung seiner Aufgaben im Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung nur bestmöglich bestätigte Informationen veröffentliche. Wegen der mangelhaften Informationspolitik des im Fraumünsterpostraub-Fall zuständigen Bezirksanwalts sei der verantwortliche Journalist

zur Wahrung seiner Berufspflichten geradezu darauf angewiesen gewesen, auf Ausweichstationen jeweils seine Rechercheergebnisse anfrageweise bestätigen zu lassen. Eine allfällige tatbestandsmässige Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses durch die gestellte Frage sei bei der gebotenen Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter jedenfalls durch die journalistische Berufspflicht gemäss Art. 32 StGB gerechtfertigt gewesen. Der Einwand ist unbegründet.

bb) Das Interesse der wegen des Verdachts der Beteiligung am so genannten Fraumünsterpostraub festgenommenen Personen an der Geheimhaltung ihrer Vorstrafen war jedenfalls in jenem Stadium des Verfahrens gewichtiger als ein allfälliges Interesse der Öffentlichkeit an diesbezüglichen Informationen, welches im Übrigen ohnehin nicht auszumachen ist. Für die festgenommenen Personen galt die Unschuldsvermutung. Die Information der Öffentlichkeit über Vorstrafen hätte für die Betroffenen erhebliche persönliche Nachteile zur Folge haben und eine Vorverurteilung begünstigen können. Im Übrigen sind die in der «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten» festgelegten Regeln keine Bestimmungen, deren Einhaltung ein tatbestandsmässiges Verhalten gemäss Art. 32 StGB rechtfertigen könnte. Dass sich gemäss der zitierten Erklärung die Journalistinnen und Journalisten «vom Recht der Öffentlichkeit leiten (lassen), die Wahrheit zu erfahren», bedeutet entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht, dass die tatbestandsmässige Beschaffung der Informationen über Vorstrafen gemäss Art. 32 StGB erlaubt gewesen sei.

c) Der Beschwerdeführer beruft sich schliesslich auf den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Dieser setzt voraus, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht (BGE 120 IV 208 E. 3a S. 213, mit Hinweisen). Inwiefern diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt seien, ist nicht ersichtlich. (...) ■

ANMERKUNGEN:

Dieser Entscheid hat in Medienkreisen Befremden ausgelöst. Es sei praxisfern, ein höchst bedenkllicher Angriff auf die Pressefreiheit, eines liberalen Rechtsstaates unwürdig, ein Maulkorb-Urteil, der zu einem Recherchierverbot bei Amtspersonen führe.

Diese Reaktionen sind verständlich. Dem Bundesgericht ist es gelungen, ein gemeinhin als legal empfundenes Verhalten als illegal zu diskreditieren. Nachstehend sei auf verschiedene Aspekte hingewiesen, die bei der Behandlung einer so sensiblen Materie eine vertiefere Würdigung verdient und es möglich gemacht hätten, ein sachgerechteres Urteil zu fällen.

Zunächst stellte sich die Frage, ob die Bekanntgabe von Vorstrafen überhaupt das Amtsgeheimnis verletzt. In der Regel dürfte das so sein. Im vorliegenden Fall gingen die Gerichte zugunsten des Journalisten davon aus, dass die Vorstrafen zuvor im Rahmen öffentlicher Gerichtsverhandlungen zur Sprache gekommen sind, dass möglicherweise darüber in der Presse berichtet wurde und die entsprechenden Berichte in Medienarchiven auffindbar waren. Das Bundesgericht meinte jedoch, solche Informationen könnten durch Zeitablauf in Vergessenheit geraten und wieder zu Geheimnissen werden. Ob das im konkreten Fall zutraf, ist nicht überprüfbar, denn aus dem Entscheid ist nicht ersichtlich, wie lange die früheren

Urteile zurücklagen und welche Publizität sie damals hatten. Vermutlich wurde dies im Verfahren gar nie abgeklärt. Nachdem die erste Instanz den Geheimnischarakter und ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse verneint sowie ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit bejaht und den Reporter freigesprochen hatte (*medialex* 1999, 120), wurde diesem vom Bundesgericht mit einer erstaunlichen Begründung ein Eventualvorsatz unterstellt. Der Journalist sei ein erfahrener Gerichtsberichterstatter. Nach der landläufigen Anschauung des juristischen Laien («Parallelwertung in der Laiensphäre») seien Einträge betreffend Vorstrafen Amtsgeheimnisse. Die erste Instanz jedoch habe die Geheimnisqualität der Vorstrafe mit Überlegungen verneint, welche der Laie nicht anstelle. Man merke: Der Reporter ist einmal ein erfahrener Profi und das andere Mal ein blutiger Laie! Einmal mehr stehen wir vor der unerfreulichen Situation, dass die Gerichte einen Fall einmal so und einmal anders beurteilen, während man dem Journalisten vorwirft, er habe in Kauf genommen, dass die betreffenden Daten dem Amtsgeheimnis unterliegen könnten. Oder anders gesagt: Gerichte sind unberechenbar und diese Rechtsunsicherheit muss ein Journalist in sein Kalkül mit einbeziehen.

Das Bundesgericht ging davon aus, dass der Reporter weder insistiert, noch die Angestellte gedrängt, sondern bloss gefragt hat. Es ging ferner davon aus, dass die Verwaltungsassistentin keine Bedenken geäussert und sie der Reporter nicht überredet hat. Für das Gericht war dennoch klar, dass bereits eine einfache Anfrage objektiv eine Anstiftung zur Tat darstellt. Denn ohne Frage hätte es keine Antwort gegeben. Nicht erforderlich sei, dass beim Anzustiftenden Widerstände zu überwinden wären. Hier hätte man problematisieren müssen, ob die Einflussnahme nicht doch eine gewisse Intensität aufweisen bzw. eine weitergehende Motivierung stattfinden muss. Denn in der juristischen Literatur bezeichnet man den Anstifter als den intellektuellen Urheber. Es müsse eine psychische Beeinflussung stattfinden. Anstiftung sei ein Überreden. Einer der vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang zitierten Autoren ist die bekannte deutsche Strafrechtswissenschaftlerin Claus Roxin, der im Leipziger Kommentar die Anstiftung bearbeitete. Offenbar war dieses Zitat Bestandteil eines Textbausteins und wurde vom Bundesgericht nicht weiter überprüft. Denn es merkte nicht, dass sich Roxin als einziger der zitierten Autoren mit einem Gerichtsurteil (des deutschen Bundesgerichtshofes) befasst, bei dem es gerade darum ging, ob eine Frage als Mittel der Anstiftung geeignet sei (BGH, GA 1980, 183 f.). Im konkreten Fall fragte der Angeklagte, nachdem er eine Frau vergewaltigt hatte, einen daneben stehenden Mann: «Willst Du auch noch?» Dies veranlasste letzteren, mit der Frau ebenfalls gegen ihren Willen geschlechtlich zu verkehren. Der Bundesgerichtshof liess eine Anfrage nur dann als Anstiftungshandlung gelten, wenn sie auffordernden Charakter hat. Roxin ist noch restriktiver; er kritisierte, dieser Entscheid lasse die gebotene Differenzierung vermissen. Eine Anstiftung liege in dieser Frage nur dann vor, wenn sich aus dem Kontext der Situation ergebe, dass sie als Aufforderung verstanden werden musste, z.B. weil der Angeklagte den «Angestifteten» sonst als «Feigling» verspottet hätte. Wenn die Frage aber nur informatorischen Charakter habe, sei sie auch dann keine Anstiftung, wenn sie einen Tatentschluss auslöse. Wenn einer Äusserung objektiv keine Anstiftungsqualität zukomme, könne auch der «Eventualvorsatz», einen Tatentschluss auszulösen, sie nicht zu einer Anstiftung machen (Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Berlin u.a. 1993, N 58 und 60 zu § 26 D-StGB).

Der Reporter machte u.a. auch geltend, es gehöre zu seiner Aufgabe als Journalist, Fragen zu stellen und es sei Sache der angefragten Behörde, zu entscheiden, ob eine gewünschte Information der Geheimhaltung unterliege. Auch dieses Argument hätte eine vertiefere Betrachtung verdient. Stattdessen erklärte das Bundesgericht verständnislos, die Aufgaben eines Journalisten, zu denen auch das Recherchieren gehöre, berührten den Vorsatz des Anstifters nicht. Diese Bemerkung geht an der Sache vorbei. Verwiesen sei auf die ganz ähnlich gelagerte Diskussion zur Frage, ob ein Anwalt im Rahmen seiner prozessual zulässigen Verteidigertätigkeit wegen Begünstigung bzw.

Beteiligung an einer Falschaussage oder einem Urkundendelikt strafrechtlich verfolgt werden kann, wenn er tatsächliche Behauptungen aufstellt, deren Wahrheitsgehalt er zwar für zweifelhaft, aber nicht für ausgeschlossen hält, wenn er einen Zeugen beantragt, der möglicherweise falsch aussagen könnte, oder wenn er ein Dokument einreicht, von dem er nicht weiss, ob es gefälscht ist. In der deutschen Judikatur wird in diesen Fällen, sofern das Problem methodisch über den subjektiven Tatbestand abgehandelt wird, argumentiert, er werde im Regelfall diese Beweismittel mit dem inneren Vorbehalt verwenden, das Gericht werde sie seinerseits einer kritischen Prüfung unterziehen und ihre Fragwürdigkeit nicht übersehen. Deshalb wird im Regelfall ein Eventualvorsatz des Verteidigers verneint, weil man ihm zugesteht, dass er ein strafbares Verhalten nicht billigt (vgl. dazu WOHLERS, Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, Strafverteidiger 2001, 421 f.).

Der Fall hätte aber auch auf der Rechtfertigungsebene einer befriedigenderen Lösung zugeführt werden können. Verwiesen sei auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Es geht bei diesem nach Stratenwerth um die Sicherung allgemeiner Freiheitsrechte und die Verwirklichung sozial erwünschter oder gebilligter Zustände; anerkannt werden sollen in erster Linie Freiräume für rechtliche, publizistische, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Aktivitäten (AT I, § 10 N 61). Mit einer solchen Sicht der Dinge könnte man sich leicht auf die Medienfreiheit berufen und argumentieren, aus verfassungsrechtlicher Sicht geschützte journalistische Recherchen würden in unerträglicher Weise erschwert, wenn ein normaler Akt der Erkundigung kriminalisiert wird.

Am schlimmsten finde ich, dass das Bundesgericht die Zürcher Staatsanwaltschaft mehr oder weniger als Opfer des fragenden Journalisten darstellt und erst noch die Frage offen lässt, ob auch dann eine Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung vorläge, wenn der Reporter einen Staatsanwalt konsultiert und von ihm Auskunft erhalten hätte. Dann könnte schon deshalb kaum eine Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung vorliegen, weil auch in Zürich wie in anderen Kantonen das Vorverfahren grundsätzlich geheim ist, die Strafverfolgungsbehörden jedoch gestützt auf spezielle Regeln legitimiert sind, Mitteilungen an die Öffentlichkeit über hängige Verfahren zu machen, «wenn im Hinblick auf die Bedeutung der Tat ... eine öffentliche Aufklärung als angezeigt erscheint» (HAUSER/SCHWERT, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., § 52 N 7). Es existiert zwar derzeit (noch) kein eigentlicher Informationsanspruch der Medien, aber nach dem Grundsatz der «Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt» sind es die Behörden, welche über Ausnahmen von der Geheimhaltung selbst entscheiden. Dies muss doch wohl auch dann gelten, wenn diese nicht proaktiv, sondern reaktiv informieren, gestützt auf Anfragen von Journalisten. Der Vorwurf, der Reporter habe gewusst, dass es nicht zur Aufgabe der Assistentin gehörte, in eigener Verantwortung über Vorstrafen zu informieren, stellt die Dinge auf den Kopf. Der Reporter wollte nachweislich einen Staatsanwalt als Vorgesetzten des zuständigen Bezirksanwalts sprechen, weil er dessen Informationspraxis als mangelhaft bewertete. Weil kein Staatsanwalt anwesend war, geriet er an die Assistentin. Weder diese noch der Journalist haben damals die Frage einer Amtsgeheimnisverletzung problematisiert. Die Assistentin ging offenbar davon aus, die Staatsanwaltschaft würde dem beliebten und als vertrauenswürdig geltenden Journalisten die gewünschte Auskunft erteilen. Sie hätte im Zeitalter des Handys sicher die Möglichkeit gehabt, einen der abwesenden Staatsanwälte zu kontaktieren, wenn sie unsicher gewesen wäre. Es verstrichen drei Stunden zwischen Anfrage und Antwort! Die Zürcher Staatsanwaltschaft als oberste Strafverfolgungsbehörde des grössten schweizerischen Kantons muss sich so organisieren, dass intern klar ist, wer mit einem Passwort Register konsultieren und Medienanfragen beantworten darf. Man kann doch den Journalisten nicht für eine unzulängliche Organisation verantwortlich machen, die den Fragesteller dem Risiko aussetzt, dass er auf eine schlecht instruierte Person stösst, die möglicherweise nicht auskunftsberechtigt ist, aber trotzdem informiert.

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

Verbotene «Ganzbemalung» eines städtischen Autobusses

Bundesgerichtsentscheid vom 23. April 2001 (2P.173/2000)

Die Meinungsfreiheit schützt den Einzelnen u.a. vor unzulässiger Zensur durch den Staat, gibt ihm aber keinen allgemeinen Anspruch, für die Verbreitung seiner Meinung vorhandene Medien beliebig in Anspruch nehmen zu können. Das versteht sich von selbst bei privaten Medien, muss aber grundsätzlich auch für Kommunikationsmittel gelten, die direkt oder indirekt in der Hand des Gemeinwesens sind.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Frühling 1998 wandte sich P. an die Allgemeine Plakatgesellschaft Luzern (APG) mit der Absicht, die Aussenfläche eines Busses zwecks Werbung für den Tierschutz zu mieten, wobei er den folgenden Text anzubringen gedachte: «Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen - warum sehen wir sie nie?» Die städtischen Verkehrsbetriebe erklärten sich bereit, den fraglichen Text auf Hängeplakaten im Innern des Busses zu akzeptieren. Einen solchermassen beschrifteten «Ganzwerbebus» lehnte sie hingegen ab, da er auffallend und provozierend sei und von grossen Teilen der Bevölkerung als anstössig oder beleidigend empfunden werden könnte.

Sowohl der Stadtrat als auch das Baudepartement des Kantons Luzern lehnten die daraufhin von P. eingereichten Verwaltungsbeschwerden ab, sofern sie darauf eintraten. Mit Urteil vom 14. August 2000 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern die von P. gegen den Entscheid des Baudepartements erhobene kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer bringt vor, indem die kantonalen Behörden die Anbringung des unterbreiteten Werbetextes als «Ganzbemalung» abgelehnt hätten, übten sie eine unzulässige «politische Zensur» aus und verstiessen gegen die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK bzw. Art. 18 in Verbindung mit Art. 10 EMRK) sowie gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK).

a) Der Beschwerdeführer beanstandet die Zulässigkeit der ausgeübten «Zensur», d.h. die mit dem angefochtenen Entscheid aufgrund einer materiellen Beurteilung geschützte Sachanordnung. Diese kann ihrerseits nur dann (indirekt) Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde bilden, wenn es sich um einen hoheitlichen Akt handelt (vgl. BGE 126 I 250 E. 1a S. 251 f. mit Hinweisen).

Das Rechtsverhältnis zwischen der Allgemeinen Plakatgesellschaft (APG) und den einzelnen privaten Kontrahenten untersteht, wie das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen hat, dem Privatrecht (vgl. das den Aushang von Plakaten in Personenzügen betreffende unveröffentlichte Urteil vom 7. Oktober 1999 i.S. Ver-

ein gegen Tierfabriken gegen die SBB, E. 3b). Wenn die Plakatgesellschaft den Abschluss eines Vertrages mit einem interessierten Privaten ablehnt, liegt darin grundsätzlich kein hoheitlicher Akt, gegen den nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges staatsrechtliche Beschwerde geführt werden könnte (BGE 126 I 250 E. 2c S. 254). Im vorliegenden Fall beruht das Nichtzustandekommen des vom Beschwerdeführer angebotenen Vertrages mit der Plakatgesellschaft indessen auf einem Entscheid der Städtischen Verkehrsbetriebe, welche sich in der der Plakatgesellschaft erteilten Konzession (Nachtrag vom 15. April 1997 zum Vertrag vom 22. November 1991) bezüglich der Verwendung von Aussenflächen von Bussen für Werbezwecke ein Genehmigungs- bzw. «Vetorecht» (Art. 22 des Nachtrags) ausbedungen und gestützt hierauf die vorliegend streitige Bus-Werbung abgelehnt haben. Diese dem Beschwerdeführer als interessiertem Vertragspartner der Plakatgesellschaft direkt eröffnete Mitteilung könnte an sich auch Inhalt einer förmlichen Verfügung bilden, durch welche das beteiligte Gemeinwesen von der ihm in der Konzession vorbehaltenen Aufsichtsbefugnis in hoheitlicher Form Gebrauch macht, indem es den Abschluss eines mit der Plakatgesellschaft angestrebten Werbevertrages autoritativ untersagt. Auch wenn das Verwaltungsgericht dem Beschluss des Stadtrates vom 11. August 1999, welcher die Haltung der Verkehrsbetriebe in der Folge bestätigte, den Charakter einer Verfügung an sich abgesprochen hat, hat es mit Rücksicht auf Art. 13 EMRK die materielle Rechtmässigkeit jenes Beschlusses dennoch geprüft. Ob der erwähnte Beschluss des Stadtrates im Sinne von Art. 84 OG einen hoheitlichen Akt oder einen sonstigen, in spezifischer Weise in Grundrechte eingreifenden Realakt des Gemeinwesens darstellt, welcher trotz fehlendem Verfügungscharakter (ausnahmsweise) Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde bilden kann (vgl. BGE 126 I 250 E. 2d S. 254 f.), braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da die Beschwerde so oder so nicht durchzudringen vermag.

b) Die durch Art. 16 BV und Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit schützt den Einzelnen u.a. vor unzulässiger Zensur durch den Staat, gibt ihm aber keinen allgemeinen Anspruch, für die Verbreitung seiner Meinung vorhandene Medien beliebig in Anspruch nehmen zu können. Das versteht sich von selbst bei privaten Medien, muss aber grundsätzlich auch für Kommunikationsmittel gelten, die direkt oder indirekt in der Hand des Gemeinwe-

sens sind (vgl. betreffend «Recht auf Antenne» BGE 123 II 402 E. 5a S. 414; 119 Ib 241 E. 4 S. 249; 125 II 624 E. 3a S. 626). Besondere Grundsätze gelten für politische Radio und Fernsehsendungen bzw. für die Verbreitung von Propaganda durch konzessionierte Medien im Vorfeld von Abstimmungen und Wahlen, wo das Gebot der Chancengleichheit sowie der Neutralität des Staates zu wahren ist (BGE 125 II 497 E. 3 S. 502 ff.; 119 Ib 250 E. 3 S. 252 f.). Die vorliegend streitige Werbung mag zwar auch eine gewisse politische Zielrichtung haben, sie steht aber nicht mit einer laufenden Abstimmungskampagne im Zusammenhang, weshalb die erwähnten besonderen Grundsätze hier nicht zum Zuge kommen.

Hinsichtlich der Benützung öffentlicher Sachen, ist zunächst nach der Art der in Frage stehenden öffentlichen Sache zu differenzieren. Wer zur Ausübung eines Gewerbes öffentlichen Grund (Strassen, Plätze), also die der Benützung durch die Allgemeinheit gewidmeten sog. öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch beansprucht, kann sich auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV bzw. Art. 31 aBV) berufen; es besteht dabei ein «bedingter Anspruch» auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs (BGE 126 I 133 E. 4d S. 139 f.; 121 I 279 E. 2a S. 282; 119 Ia 445 E. 1a/bb und 2a S. 447 bzw. 449; 108 Ia 135 E. 3 S. 136 f.; zurückgehend auf die Praxisänderung in BGE 101 Ia 473 E. 5 S. 479 ff.). Ebenso hat die Bewilligungsbehörde beim Entscheid über die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zur Ausübung ideeller (insbesondere Meinungsäusserungsfreiheit) und politischer Grundrechte dem besonderen Gehalt dieser Grundrechte Rechnung zu tragen (BGE 124 I 267 E. 3a S. 268 f.; 108 Ia 41 E. 2a S. 43 f.; 107 Ia 64 E. 2a S. 65 f., 226 E. 4b/bb S. 230; 105 Ia 91 E. 3 S. 94; 100 Ia 392 E. 5 S. 401 ff.; 97 I 893 E. 6 S. 898 ff.; 96 I 586 E. 6 S. 592 f.), und sie darf ihre Kompetenz namentlich nicht für eine politische Zensur missbrauchen (BGE 109 Ia 208 E. 5 S. 211 f.; 105 Ia 15 E. 4 S. 21 f. sowie BGE 124 I 267 E. 3b S. 269, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend geht es indessen nicht um die Benützung öffentlichen Grundes, sondern um die Verwendung von Fahrzeugen eines öffentlichen Betriebes als bewegliche Werbeflächen. Einrichtungen des öffentlichen Verkehrs dienen dem Gemeinwesen unmittelbar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, weshalb sie zum Verwaltungsvermögen (sog. öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch) zu zählen sind (TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: ZBl 93/1992 S. 146 f.). Beim Verwaltungsvermögen gilt im Unterschied zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch der Grundsatz, dass der ordentliche (bestimmungsgemässen) Nutzung gegenüber einer ausserordentlichen Nutzung durch Private, sofern sich eine solche überhaupt mit der Zweckbestimmung der Sache vereinbaren lässt, Priorität einzuräumen ist (vgl. JAAG, a.a.O., S. 164). Zwar wird - wie das Verwaltungsgericht richtig erkennt - vorliegend der bestimmungsgemässe Gebrauch der Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe durch die Anbringung einer «Ganzbemalung» nicht beeinträchtigt. Daraus kann indessen nicht der Schluss gezogen werden, es bestehe vergleichbar zur Be-

nützung öffentlichen Grundes ein direkter grundrechtlicher Anspruch auf eine solche Inanspruchnahme, besitzt doch das Gemeinwesen für Kommunikationsmöglichkeiten dieser Art, anders als bei Einrichtungen, die nur auf Strassen oder öffentlichen Plätzen sinnvoll möglich sind, kein faktisches Monopol. Es können auch geeignete private Fahrzeuge als Werbeflächen bzw. andere Werbemittel überhaupt benützt werden. Auch ist die Anbringung einer «Ganzbemalung» nicht direkt vergleichbar mit der Benützung von ebenfalls im Verwaltungsvermögen stehenden Gemeindesälen, auf welche das Bundesgericht die Rechtsprechung über die Benützung öffentlichen Grundes für analog anwendbar erklärt hat (Urteil vom 18. Februar 1991 i.S. Unité jurassienne Tavannes, in: ZBl 93/1992 S. 40, E. 3, sowie unveröffentlichtes Urteil vom 19. März 1980 i.S. Unité jurassienne Péry-La Heutte, E. 3), stehen doch solche Räumlichkeiten bereits aufgrund ihrer Zweckbestimmung für die Durchführung öffentlicher Veranstaltungen offen; im Übrigen hat das Bundesgericht auch in den genannten Urteilen betont, beim Bewilligungsentscheid gelte es insbesondere zu berücksichtigen, ob es sich bei den kommunalen Räumlichkeiten um die einzigen zur Durchführung einer Versammlung geeigneten Lokale handle oder ob für derartige Veranstaltungen nicht auch Säle in Hotels oder Restaurants zur Verfügung ständen. Nach dem Gesagten muss daher vorliegend ein direkter grundrechtlicher Zulassungsanspruch entfallen.

c) Der Zugang zu einer institutionalisierten öffentlichen Kommunikationsmöglichkeit, wie sie die Zurverfügungstellung der Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe Luzern als Werbeträger darstellt, darf allerdings auch dann, wenn das Gemeinwesen für diese Werbemethode kein Monopol besitzt, sondern in Konkurrenz zu anderen vergleichbaren Einrichtungen steht, keinen diskriminierenden Schranken unterworfen werden. Die Grundrechte der Bürger müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handelt; «privatautonome Willkür», wie sie die Privaten besitzen, steht dem Staat nicht zu (vgl. vor allen anderen: PETER SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk [Hrsg.], Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, S. 72 f.; ferner: YVO HANGARTNER, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 143). Dies gilt zunächst in jenen Bereichen, in denen der Staat selbst in Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlich handelt (vgl. BGE 109 Ib 146 E. 4 S. 155). So hat das Bundesgericht etwa im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme öffentlicher Sachen ausgeführt, eine Gemeinde habe den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Willkürverbot auch dann zu beachten, wenn sie bei der Vermietung von Bootsliègeplätzen als Subjekt des Privatrechts auftrete (unveröffentlichtes Urteil vom 3. April 1992 i.S. F., E. 3c). Die Delegation öffentlicher Aufgaben oder von Verwaltungsbefugnissen an einen Privaten hebt diese verfassungsrechtliche Pflicht grundsätzlich nicht auf (BGE 103 Ia 544 E. 5c S. 551; Urteil vom 10. Juli 1986

in ZBl 88/1987 S. 205 ff., E. 3c/bb; Saladin, a.a.O., Ziff. 4 b, S. 74; TOBIAS JAAG, in: derselbe [Hrsg.], De zentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 43 f.), was sich neuerdings auch aus Art. 35 Abs. 2 BV ergibt (BBl 1997 I 193; vgl. auch YVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 2000 S. 515 ff., insbesondere S. 517 f.). Das Gemeinwesen muss durch entsprechende Gestaltung der Konzession und durch vorbehaltene Interventionsmöglichkeiten dafür sorgen, dass auch der private Konzessionär, soweit es um die Benützung öffentlicher Sachen geht, den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Willkürverbot im gebotenen Masse beachtet. Soweit eine öffentliche Sache, wie hier, kommerziell genutzt wird, kollidiert das Gleichbehandlungsgebot allerdings mit dem Bedürfnis nach unternehmerischer Freiheit. Je mehr ein Interessent auf die Benützung der (direkt oder indirekt) vom Gemeinwesen betriebenen Einrichtung angewiesen ist, desto höhere Anforderungen sind an die sachliche Begründetheit von potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken zu stellen. Je eher dagegen die privaten Interessenten auf andere Anbieter (bzw. auf andere geeignete Werbemöglichkeiten) ausweichen können, desto mehr Freiheit muss dem öffentlichen Unternehmen bei der Wahl seiner Vertragspartner oder der zu erbringenden Leistungen zustehen.

d) Im vorliegenden Fall wären die Verkehrsbetriebe bereit gewesen, einem Vertrag des Beschwerdeführers mit der Plakatgesellschaft über die Anbringung von Hängeplakaten mit der streitigen Inschrift im Innern der Busse zuzustimmen. Hingegen lehnten sie es ab, den betreffenden Text als «Ganzbemalung» eines Busses zuzulas-

sen. Hierin liegt, entgegen der Meinung des Beschwerdeführers, keine politische Zensur. Der Entscheid der städtischen Behörde beruht vielmehr auf dem zulässigen Anliegen, die Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe nicht in besonders auffälliger Weise mit einem Text in Verbindung zu bringen, der von einem Teil des Publikums als Beleidigung empfunden werden könnte, indem er die Zahl der Einwohner des Kantons Luzern mit der Zahl der dort gehaltenen Schweine vergleicht. Eine solche provokative Wirkung mag dem Ziel dieses Werbespruches entsprechen. Der Beschwerdeführer muss aber in Kauf nehmen, dass die Verkehrsbetriebe aus den von ihnen geltend gemachten vertretbaren Gründen die «Ganzbemalung» eines Busses mit einer solchen Werbung ablehnen. Dass vergleichbare andere Werbetexte zugelassen worden seien, wird nicht behauptet. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwieweit die Auffassung der kantonalen Behörden, der fragliche Text sei provokativ formuliert, willkürlich sein soll. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts verletzt damit die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV bzw. Art. 10 EMRK) nicht. Ebenso hält er vor Art. 14 EMRK stand, wonach der Genuss der in der Konvention anerkannten Freiheitsrechte ohne Diskriminierung zu gewährleisten ist, wurde dem Beschwerdeführer die angebehrte «Ganzbemalung» nach dem Gesagten doch nicht aufgrund seiner politischen oder sonstigen Anschauungen verwehrt. Schliesslich liegt auch kein Verstoß gegen Art. 18 EMRK vor, wonach die nach der Konvention zulässigen Einschränkungen der Rechte und Freiheiten nur zu den vorgesehenen Zwecken erfolgen dürfen. Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich, soweit auf sie einzutreten ist, als unbegründet. (...) ■

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

.....

Widerrechtliches Herstellen und Verbreiten elektronischer Pressespiegel

Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern (I. Zivilkammer) vom 21. Mai 2001 (1-0299/1/00)

Das Erstellen elektronischer Pressespiegel und das Liefern dieser Daten an Dritte stellen eine Herstellung und Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Werkexemplaren dar, ohne dass diese Tätigkeit als erlaubter Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 URG betrachtet werden könnte. Gleiches gilt auch hinsichtlich des Erfassens mit Scannern und Abspeicherns von mehr als 90% des Inhalts von Printprodukten, soweit dies bezüglich täglich erscheinender Printprodukte am Erscheinungstag bzw. hinsichtlich nicht täglich erscheinender Printprodukte bis und mit dem Tag vor dem Erscheinen der nächsten Ausgabe erfolgt.

Aus den Erwägungen:

5. (...) Die Beklagte [erfasst] die auf Papier gedruckten Werkexemplare mit einem Scanner (...) und [speichert sie] in der digitalisierten Form in drei Datenbanken (...). Dort stehen ihr die Werke im Wesentlichen an sich während beliebig langer Zeit, mithin bis zu einem von ihr bestimmten Zeitpunkt, zur Verfügung, auf zwei Datenbanken sogar in Form von dem Original qualitativ min-

destens ebenbürtigen Kopien. Mit Hilfe der dritten Datenbank kann die Beklagte zumindest die einzelnen Presseartikel noch als reinen Text und damit die für deren Werkerschaft wesentlichen Teile jederzeit wieder hervorholen, um sie auf einem Bildschirm oder auf einem Ausdruck sichtbar zu machen oder als sogenannte Referenztexte in digitalisierter Form den betreffenden Kunden zu liefern. (...) Im vorliegenden Fall bietet die Beklagte Werkexempla-

re an und verbreitet sie im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG, indem sie die auf den obenerwähnten Datenbanken gespeicherten Daten an Kunden liefert, sei dies per Post (auf Diskette oder nach Ausdruck auf Papier), Fax, E-Mail oder Mobiltelefon z.B. auf Handhelds der Marke Palm, auch wenn es sich bloss um Referenztexte als Beilage zu einem Analysebericht handelt. (...)

Dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b URG erfüllt sind, steht insbesondere auch nicht etwa der Erschöpfungsgrundsatz gemäss Art. 12 Abs. 1 URG entgegen. Zwar werden die klägerischen Printprodukte von der Beklagten rechtmässig erworben. Dadurch ist aber das Verbreitungsrecht nur gerade hinsichtlich dieser von ihr erworbenen, papierenen Werkexemplare erschöpft, weshalb die Beklagte nur über diese nach Belieben verfügen, sie insbesondere auch zerstören oder weitergeben darf (REHBINDER, a.a.O., S. 135, § 14, Rz. 122: «Hat der Urheber Werkexemplare (das Original oder Vervielfältigungsstücke) veräussert oder deren Veräusserung durch Dritte zugestimmt, so dürfen die betreffenden Werkexemplare weiter veräussert oder sonstwie ... verbreitet werden»). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist aber nicht die Verwendung dieser Werkexemplare, sondern deren Vervielfältigung, mithin die Herstellung neuer Werkexemplare, und die Veräusserung dieser neuen Werkexemplare durch die Beklagte.

6. Nachdem nun ausgeführt worden ist, dass die betreffende Tätigkeit der Beklagten von den urheberrechtlichen Exklusivrechten gemäss Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und b URG erfasst wird, bleibt noch zu prüfen, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Berechtigung hält, mithin eine Verwendung der Werke zum Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 URG vorliegt oder nicht. Die erste Voraussetzung dazu, dass die Werke nämlich vorher bereits veröffentlicht wurden, ist im vorliegenden Fall offenkundig und unbestritten erfüllt. Umstritten ist die Frage, ob und inwieweit Eigengebrauch vorliegt. Evident ist dabei, dass Art. 19 Abs. 1 lit. b URG nicht anwendbar ist, weil es sich nicht um eine Werkverwendung einer Lehrperson für den Unterricht in der Klasse handelt. Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG gilt als Eigengebrauch jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde. Nach einhelliger Meinung kann sich darauf eine Aktiengesellschaft wie die Beklagte nicht berufen, weil der Wortlaut dieser Bestimmung unmissverständlich auf die Verwendung durch Menschen hinweist und sonst die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG sinnlos wäre (CHERPILLOD, a.a.O., S. 242; CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 50; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., S. 120, N. 8 zu Art. 19; REHBINDER, a.a.O., S. 154, § 17, Rz. 142). (...)

Die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 URG [ist] insoweit ausgeschlossen, als die Beklagte die betreffenden Presseartikel mit einem Scanner erfasst und in einer Datenbank speichert, ohne dass dafür in diesem Zeitpunkt in jedem Fall bereits eine Bestellung eines Kunden vorliegt (CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 110). Da die Kunden der Beklagten ja nur Stichworte und Themen angeben, zu welchen diese

ihnen Presseartikel bzw. Analysen liefern soll, beschränkt sich die Tätigkeit der Beklagten nicht auf eine praktisch rein technische Funktion und das bloss Anschaffen der klägerischen Printprodukte; vielmehr muss sie zuerst in diesen nach den betreffenden Stichworten bzw. Themen suchen und so die einzelnen Artikel auswählen. Daher ist sie nicht mehr Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG, weil der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung bloss denjenigen entgegenkommen wollte, die sich kein eigenes Kopiergerät leisten können. Einzig BARRELET/EGLOFF vertreten in Note 17 zu Art. 19 URG die Meinung, der Kunde könne die Selektion der zu vervielfältigenden Werke den Dritten überlassen. Dem widersprechen andere Autoren; so GASSER S. 108, wonach kein Fall von Art 19 Abs. 2 URG vorliege, wenn zB eine Bibliothek für den Kunden recherchiere, also inhaltlich mitbestimme, was kopiert werde. So würde zum Beispiel auch ein moderner Informationsdienst einer Bank, welcher einem ihrer Kunden entgeltliche Wirtschaftsinformationen zur Verfügung stellt, die aus Erhebungen zu bestimmten, vom Kunden angegebenen Sachfragen gewonnen wurden, nicht unter Art. 19 Abs. 2 URG fallen. Eine restriktive Auslegung rechtfertigt sich einerseits, weil es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, und andererseits auch mit Blick auf die oben erwähnten Staatsverträge, gemäss welchen die normale Auswertung eines Werks nicht beeinträchtigt werden darf und die berechtigten Interessen des Urhebers bzw. der Urheberin nicht unzumutbar verletzt werden dürfen (CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 108 und 110 f.; vgl. auch JENS KAESSNER, AJP 10/99, S. 1279, und die Nr. 12 und 21 der von der Klägerschaft eingereichten Quellenauszüge, mithin das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 25.2.99 und SCHRICKER, [deutsches] Urheberrecht, Kommentar, 2. A., München 1999, S. 843, Rz. 16 zu § 53, gemäss welchem die Organisationshoheit über Gegenstand und Umfang der Vervielfältigung beim Besteller verbleiben muss).

Vor allem für juristische Personen und Handelsgesellschaften gedacht ist im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG das Recht zum betriebsinternen Gebrauch von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG. Gemäss dieser Bestimmung ist allerdings nicht jede Werkverwendung, sondern ausschliesslich das Vervielfältigen von Werksexemplaren zulässig. Soweit die Tätigkeit der Beklagten - wie oben ausgeführt wurde - als Verbreiten von Werksexemplaren im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG zu betrachten ist, ist die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG somit ausgeschlossen. Dies betrifft den Media Clipping-Service vollumfänglich und die Lieferung von Referenztexten im Rahmen der Analysetätigkeit. Aber selbst wenn dieses Verhalten der Beklagten nicht als Verbreiten, sondern als Vervielfältigen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG zu betrachten wäre, läge kein erlaubter Eigengebrauch gemäss dieser Bestimmung vor, weil nicht die Information oder Dokumentation der Beklagten, sondern diejenige ihrer Kunden, mithin also von betriebsexternen Personen, bezweckt wird. Auch in diesem Zusammenhang ist die Beklagte nicht etwa als Dritte im Sinne von Art. 19 Abs.

2 URG, mithin als blosse Kopiergehilfin ihrer Kunden, zu betrachten. Es gilt auch hier, was bereits oben hinsichtlich dieser Bestimmung ausgeführt wurde.

Demgegenüber gilt das Erstellen eines unternehmensinternen Archivs aus Presseartikeln nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG als von Gesetzes wegen zulässiger Eigengebrauch, solange es sich nicht um ein Internetarchiv handelt, welches für betriebsexterne Personen zugänglich ist, sei es direkt über eine Suchmaske des Archivbetreibers, sei es über eine Anfrage an die Archivverwaltung. Dies wäre insbesondere mit Art. 9 Abs. 2 RBÜ nicht mehr zu vereinbaren (JENS KAESSNER, a.a.O., S. 1276). Eine solche direkte oder indirekte Zugänglichkeit liegt im vorliegenden Fall hinsichtlich der ausschliesslich für die Analysetätigkeit benützten Datenbank der Beklagten - abgesehen von den oben erwähnten Referenztexten - nicht vor. Deshalb ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt mit den in der Klagebegründung erwähnten Stellen aus der deutschen Lehre und Rechtsprechung (SCHRICKER, a.a.O., S. 844, und die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 16.1.97, Nr. 12-14 der von der Klägerschaft eingereichten Quellenauszüge) nicht vergleichbar; vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Analysetätigkeit mit Hilfe der betreffenden Datenbank Reporte verfasst und dem Kunden liefert, welche als eigene geistige Schöpfungen zu betrachten sind und ohne weiteres auch ohne Referenztexte an die Kunden geliefert werden können. Diesfalls werden keine Presseartikel von der Beklagten im Wesentlichen bloss kopiert und an ihre Kunden weitergeleitet. Dass die Arbeit der Medienbeobachtung und -auswertung heute mit Hilfe moderner Technologien, insbesondere durch digitales Erfassen mit einem Scanner sowie Archivieren in digitalisierter Form, rationeller erledigt wird, soll der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nicht entgegen stehen. Dabei darf aus urheberrechtlicher Sicht auch keine Rolle spielen, ob die Beklagte ihr Produkt (Medienbeobachtung, -auswertung, -analyse und -kritik) von sich aus erstellt und der Öffentlichkeit anbietet oder ob sie es im Auftrag eines konkreten Kunden, beispielsweise einer Partei oder einer Organisation, herstellt.

Soweit die Beklagte demnach Analysen als eigenes Produkt auf der Grundlage der Medienberichterstattung erstellt, ohne Referenztexte beizufügen, was angesichts des Beweisergebnisses immer noch als wesentlicher Teil der Geschäftstätigkeit der Beklagten erscheint, vervielfältigt sie den Inhalt der klägerischen Printprodukte ausschliesslich zum Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG. Die Verwendung dient ihr als Quelle zur Herstellung eines neuen Produkts.

7. Eine Einschränkung ergibt sich dabei allerdings noch auf Grund von Art. 19 Abs. 3 lit. a und b URG, weil sich die Tätigkeit der Beklagten offenkundig nicht auf den privaten Kreis beschränkt. Gemäss dieser Bestimmung ist die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare - ausserhalb des privaten Kreises - nicht zulässig, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 URG

an sich erfüllt wären. Der Gesetzgeber wollte damit - in Konkretisierung von Art. 9 Abs. 2 RBÜ - sicherstellen, dass der Urheber bzw. die Urheberin nicht in seinem bzw. ihrem eigentlichen Geschäftsfeld durch die Verbreitung von Kopien durch Dritte konkurrenziert werden kann. Dies würde nämlich die normale Auswertung seines bzw. ihres Werks tangieren und eine schwerwiegende Bresche in die kommerzielle Werknutzung schlagen, die dem Urheber bzw. der Urheberin vorbehalten bleiben muss. Klar ist die Rechtslage, wenn aus den im Handel erhältlichen Werkexemplaren nur auszugsweise, beispielsweise ein Artikel aus einer wissenschaftlichen Zeitschrift, eine Kurzgeschichte aus einem Sammelband oder ein Musikstück aus einer Langspielplatte, kopiert wird (so die Botschaft des Bundesrats zur URG-Revision vom 19. Juni 1989, Ziff. 212.51, S. 65). Kopien sind dann nicht mehr zulässig, wenn sie auf Grund ihres Umfangs, ihres Inhalts und ihrer Qualität den Kauf bzw. die Miete des im Handel angebotenen Werkexemplars als entbehrlich erscheinen lassen (CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 112 oben).

Entgegen der in der Klagebegründung vertretenen Auffassung ist mit dem in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG verwendeten Begriff «Werkexemplar» die Zeitung bzw. Zeitschrift gemeint, nicht der einzelne Presseartikel. Die Vorschrift will nämlich verhindern, dass nur ein Werkexemplar gekauft und dann in Kopie an viele verteilt wird. Die Presseartikel sind aber in der Regel nicht einzeln zu kaufen, also nicht im Handel erhältlich. Dies gilt auch dann, wenn sie bereits vollständig in das Internetarchiv einer Zeitung (oder Zeitschrift) aufgenommen wurden. Durch Kopieren würde der Archivbetreiber zwar einen wirtschaftlichen Verlust erleiden, auch wenn die Presseartikel kostenlos aus dem Internetarchiv kopiert werden können; dieses wird durch die Werbung auf den Internetseiten finanziert, deren Preise sich vor allem auch nach der Anzahl der Seitenaufrufe bestimmen und mit der auch die Klägerinnen erhebliche Einnahmen erzielen. Im Handel erhältlich sind Werkexemplare, wenn sie bei den üblichen Vertriebsstellen erworben werden können. Solche Internetarchive gehören aber jedenfalls heute noch nicht dazu, zumal ein Internetzugang noch längst keine Selbstverständlichkeit ist (JENS KAESSNER, a.a.O., S. 1276). Beispielsweise handelt es sich auch nicht um im Handel erhältliche Werkexemplare, wenn eine Radio- oder Fernsehstation Kopien ihrer Sendungen auf Anfrage zur Verfügung stellt. Werden die entsprechenden Sendungen aber über gewöhnliche Schallplatten- oder Videoläden vertrieben, so sind sie im Handel erhältlich. Vergriffene Werkexemplare, deren Neuauflage nicht geplant ist, sind im Handel nicht mehr erhältlich und dürfen zum Eigengebrauch vervielfältigt werden (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., S. 126 f., N. 24 zu Art. 19). Der Kauf eines Werkexemplars kann vom Eigengebrauchsberechtigten nur verlangt werden, wenn es auf dem Markt vorhanden ist. Art. 19 Abs. 3 lit. a URG schränkt folglich die Eigengebrauchsrechte nur dann ein, wenn die Originale im Handel erhältlich sind. In diesem Fall nämlich ist die private Herstellung von Vervielfältigungen nicht mit dem Interesse der Allgemeinheit nach

möglichst weitreichendem Zugang zu urheberrechtlich geschütztem Stoff zu rechtfertigen. Ist die Erhältlichkeit hingegen nicht gegeben, kann im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 und 2 URG - unter Vorbehalt von Art. 19 Abs. 3 lit. b - d und Abs. 4 URG - frei vervielfältigt werden (CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 122).

Demnach kann solange nicht von im Handel erhältlichen Werkexemplaren im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG gesprochen werden, als sie nicht einem erheblichen Teil der Bevölkerung im Handel frei zugänglich sind. Einzelne Presseartikel werden meist nur auf elektronischem Weg zugestellt und könne daher nur von Leuten im Handel bezogen werden, die über die erforderlichen elektronischen Geräte verfügen, zumindest aber über eine E-Mail-Adresse. Im vorliegenden Fall kommt daher die Anwendung von Art. 19 Abs. 3 URG nur hinsichtlich der Zeitungen und Zeitschriften als Sammelwerke in Frage. Diese sind zudem nicht immer im Handel erhältlich. Täglich erscheinende Printprodukte können regelmässig nur am Erscheinungstag und andere nur bis zum Erscheinen der nächsten Ausgabe an den üblichen Verkaufsstellen bezogen werden.

Erlaubnispflichtig ist ferner die unternehmensinterne Nutzung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c URG auf Grund von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nur beim Einscannen ganzer Zeitungen (und Zeitschriften), nicht aber schon beim Einscannen einzelner Artikel. Die Zulässigkeitsgrenze ist dann erreicht, wenn der redaktionelle Teil einer Zeitung (oder Zeitschrift) so weitgehend kopiert wird, dass für den Durchschnittsnutzer, der die Kopie besitzt, das Original nicht von Interesse ist (JENS KAESSNER, a.a.O., S. 1277). Von einer umfangmässig weitgehend vollständigen Vervielfältigung kann mindestens dann gesprochen werden, wenn 90% des im Handel erhältlichen Originals kopiert worden ist, wobei nicht zum eigentlichen redaktionellen Gehalt gehörende Teile wie Inhaltsverzeichnisse, Register oder Werbung nicht in diese Rechnung einzubeziehen sind. In inhaltlicher Hinsicht liegt die Grenze dort, wo die wesentlichen Gedanken des Originals, wie sie sich aus dem Umschlag oder der Inhaltsübersicht bzw. den im Inhaltsverzeichnis hervorgehobenen Stellen ergeben, auf den Kopien enthalten sind (prägende Hauptbeiträge). Eine weitgehend vollständige Vervielfältigung kann insofern auch schon vorliegen, wenn deutlich weniger als die erwähnten 90% des Werks kopiert worden sind. Zur Qualität der Kopie zählt einerseits die sinnliche Wahrnehmbarkeit, wie Leserlichkeit, Bild- oder Tonqualität, andererseits aber auch die Form des Werkträgers. Nach der Beurteilung dieser drei Kriterien ist in einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalles zu entscheiden, ob diese Kopien nun von der Anschaffung im Handel erhältlicher Exemplare abhalten. Dabei erscheint der Gesichtspunkt des Umfangs als der wichtigste (CHRISTOPH GASSER, a.a.O., S. 120 f.).

Im vorliegenden Fall verlangen die Klägerinnen unter dem Gesichtspunkt von Art. 19 Abs. 3 URG demgegenüber ein Verbot des Erfassens und Vervielfältigens ihrer Printprodukte auch bloss «im Umfang einer oder mehre-

rer Rubriken». Nach dem oben Ausgeführten dürfte diese Umschreibung das Erfordernis des weitgehend vollständigen Kopierens nicht erfüllen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass eine Zeitung wie zum Beispiel der «Bund» zahlreiche Rubriken enthält: Ausland, Feuilleton, Computer, Leserbriefe/Roman, Schweiz, Wirtschaft, Management, Börsen und Märkte, Bern, Stadt Bern, Region Bern, Biel/Seeland, Thun/Kanton Bern, TV& Radio, Boulevard de Berne, Sport, Wohin man geht, Wetter und Letzte. Deshalb kann beim Kopieren einer einzigen Rubrik nicht von einem weitgehend vollständigen Vervielfältigen dieser Zeitung die Rede sein; auch mehrere Rubriken erfüllen das Erfordernis noch nicht. Zwar kann auf Grund des Beweisverfahrens diesbezüglich nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte bisher mehr als nur einzelne Seiten oder gar ganze Rubriken einer Zeitung oder Zeitschrift vollständig mit dem Scanner erfasste. Dies gilt um so mehr, als die Klägerinnen dafür die Beweislast und die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Dennoch erscheint es ohne weiteres als naheliegend, dass der Beklagten mit zunehmender Geschäftstätigkeit im Analysebereich das Erfassen praktisch ganzer Zeitungen oder Zeitschriften einmal in naher Zukunft als zweckmässiger erscheinen wird, zumal dies dank des technischen Fortschritts immer einfacher und kostengünstiger werden dürfte. Unter diesen Umständen sind die Verwendungen der Beklagten zu Analyse Zwecken insoweit zu verbieten, als sie dazu praktisch ganze Zeitungen und Zeitschriften, mithin im Umfang von mehr als 90%, mit dem Scanner erfasst, wobei nicht zum eigentlichen redaktionellen Gehalt gehörende Teile wie Inhaltsverzeichnisse, Register oder Werbung nicht in diese Rechnung einzubeziehen sind. Das Verbot gilt allerdings nur für den Erscheinungstag von täglich erscheinenden Printprodukten der Klägerinnen bzw. für den Zeitraum bis zum Erscheinen der nächsten Ausgabe der anderen Printprodukte. Zu verbieten ist der Beklagten ausserdem auf Grund von Art. 19 Abs. 3 lit. b URG, Werke der bildenden Kunst, insbesondere Zeichnungen, Grafiken und Karikaturen, ganz oder teilweise zu kopieren (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., S. 127, N. 25 zu Art. 19). (...)

9. (...) Der Media Clipping-Service der Beklagten [erfüllt] die Voraussetzungen von Art. 5 lit. c UWG, weshalb er auch als lauterkeitsrechtlich unzulässige Verwertung einer fremden Leistung zu betrachten und gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG zu verbieten wäre. Sowohl die Zeitung bzw. Zeitschrift als Ganzes als auch der einzelne journalistische Beitrag, welcher materialisiert (niedergeschrieben, gedruckt oder auf einem Datenträger festgehalten) ist, fallen unter den Begriff des Arbeitsergebnisses im Sinne von Art. 5 lit. c UWG. Offenkundig ist auch die Marktreife, mithin das Vorliegen in einer wirtschaftlich gebrauchsfertigen, verwertbaren Form, hinsichtlich der Zeitungen und Zeitschriften. Aber auch die einzelnen Presseartikel sind zwar - wie oben ausgeführt wurde - nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 URG im Handel, d.h. an den üblichen Verkaufsstellen, erhältlich. Sie sind aber handelbar; für sie besteht ein Markt, was ja gerade das

Media Clipping-Service-Angebot der Beklagten zeigt. Ferner stellt das Erfassen mit einem Scanner ein technisches Reproduktionsverfahren dar; das anschliessende Abspeichern und Clipping verändert die klägerischen Arbeitsergebnisse nicht wesentlich. Diese Dienstleistung der Beklagten verursacht dieser zwar einen gewissen Aufwand, zumal mehrere Angestellte täglich in den klägerischen Printprodukten die betreffenden Presseartikel suchen und markieren müssen. Dieser Aufwand steht jedoch in einem klaren Missverhältnis zu demjenigen der Journalisten und Journalistinnen, welche die Presseartikel verfasst haben, und dem verlegerischen Aufwand der Klägerinnen. Dass es sich beim Media Clipping-Service um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, ist offenkundig. Nicht nachvollziehbar ist die von der Beklagten vertretene Auffassung, zwischen deren Media Clipping-Service und dem klägerischen Angebot bestehe keine Ähnlichkeit und diesbezüglich seien die Parteien auch nicht in einer Konkurrenzsituation. So geht aus den Aussagen der klägerischen Vertreter anlässlich des Parteiverhörs vom 5. März 2001 klar hervor, dass die Klägerinnen auch Nachforschungen im Rahmen eines Recherchierdienstes anbieten, ihre Daten aus den elektronischen Archiven an Unternehmen wie Reuters veräussern und durch die Veröffentlichung auf ihren Homepages erhebliche Werbeeinnahmen erzielen. ■

ANMERKUNGEN:

Das hier dokumentierte Urteil ist als selbständiger Zwischenentscheid im Sinne von Art. 196 ZPO BE ausgestaltet, da die zuständige Instruktionsrichterin das Verfahren auf die Fragen der Aktivlegitimation und der Berechtigung der geltend gemachten Unterlassungsansprüche beschränkt hatte. Inzwischen hat der beklagte Medienbeobachtungsdienst allerdings verlauten lassen, dass er das Urteil anerkenne und seine Tätigkeit einstelle. Somit wird das Verfahren zu keinen weiteren Entscheiden in der Sache selbst mehr führen. Bis auf weiteres ist daher von einem massgeblichen Präjudiz in folgenden Punkten auszugehen:

1. Das Gericht bestätigt die in der Lehre vorherrschende Auffassung, wonach das Uploading und das Downloading wie auch die zahlreichen vorübergehenden Kopiervorgänge im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung als Vervielfältigung

zu betrachten sind. Eine Beschränkung des Vervielfältigungsrechts auf Vorgänge, die eine eigenständige, wirtschaftliche Bedeutung haben, sei dem Gesetzestext in keiner Weise zu entnehmen. Deshalb sei grundsätzlich auch jede bloss flüchtige Vervielfältigung eines Werkes vom Exklusivrecht des Urhebers bzw. der Urheberin erfasst.

2. Das Gericht vertritt weiter die Auffassung, dass eine Herstellung von Werkexemplaren zum Eigengebrauch durch Dritte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG nur vorliege, wenn ein konkreter Auftrag eines Kunden oder einer Kundin für das Kopieren vorliege. Es gehe hier nur um eine rein technische Hilfsfunktion für diejenigen, «die sich kein eigenes Kopiergerät leisten können». Diese sehr restriktive Interpretation entspricht ohne Zweifel der herrschenden Lehre; mit den berechtigten praktischen Bedürfnissen des Alltags von Bibliotheken und Medienbeobachtungsdiensten ist sie allerdings unvereinbar.

3. Schliesslich präzisiert das Gericht die Grenze dessen, was im Sinne von Art. 19 Abs. 3 Bst. a URG eine «weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare» sei. Es kommt zum Ergebnis, dass einzelne Presseartikel selbst dann nicht im Handel erhältlich seien, wenn sie über Internet aus einem Archiv abrufbar seien. Ebenso seien zurückliegende Ausgaben einer Zeitung oder Zeitschrift nicht im Handel erhältlich, da sie an den üblichen Vertriebsstellen nicht mehr erworben werden könnten. Als weitgehend vollständige Vervielfältigung bezeichnet das Gericht das Kopieren von mehr als 90 % des Inhalts eines Presseprodukts. Aus diesen Elementen ergibt sich dann folgerichtig für das Gericht, dass die Tätigkeit der Beklagten nur insoweit unzulässig sei, als sie den Inhalt von Printprodukten vollständig oder im Umfang von mehr als 90% am Erscheinungstag bzw. vor dem Erscheinen der nächsten Ausgabe mittels Scanner erfasse, in Datenbanken einspeise oder auf andere Weise vervielfältige. Alle unter dieser Schwelle verbleibenden Nutzungen wären somit noch als zulässiger Eigengebrauch tolerierbar. Man darf vermuten, dass die klagenden Zeitungsverlage dieser Umschreibung keinesfalls zugestimmt hätten.

Eine Bemerkung drängt sich auf zur Frage der Aktivlegitimation, welche das Gericht an den Anfang seiner (hier nicht abgedruckten) Erwägungen stellt. Diese Frage lässt sich richtigerweise erst aufgrund der materiellen Festlegungen zu Art. 19 URG entscheiden. Soweit die Tätigkeit des beklagten Mediendienstes in den Bereich des erlaubten Eigengebrauchs gefallen wäre, spielte es nämlich keinerlei Rolle, ob und wem die Journalistinnen und Journalisten ihre Rechte abgetreten bzw. nicht abgetreten haben. Aktivlegitimiert für die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs wäre allemal nur die Verwertungsgesellschaft ProLitteris (BGE 124 III 492 ff.) gewesen. Ein direkter Unterlassungsanspruch der Autorinnen und Autoren bzw. ihrer Verlage konnte daher nur insoweit bestehen, als der Bereich des - allenfalls auch vergütungspflichtigen - Eigengebrauchs im Sinne von Art. 19 URG verlassen wurde.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

.....

Verbotene Schleichwerbung

Entscheid des Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 16.5.2001 (519.1-100a)

Die Darstellung von Produkten (Product Placement) ist nach der heute geltenden schweizerischen Werbeordnung zulässig, sofern diese in den natürlichen Handlungsablauf der Sendung, d.h. in deren Dramaturgie, eingebunden sind. Wirkt aber die Darstellung unnötig aufgesetzt oder gar aufdringlich, dann liegt unzulässige Schleichwerbung vor.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Vorfeld der Mister Schweiz 2000-Wahl sendete die Fernsehstation X eine Reportage über die zwölf Kandidaten für den Mister-Titel. Die Sendung wurde an mehreren Tagen wiederholt ausgestrahlt, letztmals un-

mittelbar vor der Show. In verschiedenen Sequenzen sind Wasserbälle und Sonnenschutzprodukte einer bestimmten Marke zu sehen.

In seinem Aufsichtsentscheid kam das BAKOM zum Schluss, dass es sich dabei um unzulässige Schleichwer-

bung handelte. Der Entscheid des BAKOM wurde von der Beschwerdeführerin an das UVEK weitergezogen.

Aus den Erwägungen:

Nach Massgabe des Art. 18 Abs. 1 Satz 1 RTVG muss die Werbung vom übrigen Programm deutlich getrennt und als solche erkennbar sein. Gem. Art. 15 Abs. 1 lit. f der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (RTVV; SR 784.401) sind ist die sog. unterschwellige Werbung (E. a hienach), nach Abs. 2 derselben Bestimmung die sog. Schleichwerbung (E. b hienach) verboten.

a. Unterschwellige Werbung i.S.d. Art. 15 Abs. 1 lit. f RTVV liegt vor, wenn schwach sicht- od. hörbare Werbemitteilungen verbreitet werden, die vom Publikum nicht als eigentliche Werbung wahrgenommen werden. Derartige Werbung verstösst sowohl gegen den Grundsatz der Kenntlichmachung der Werbung als solche nach dem Gebot des Art. 18 Abs. 1 Satz 1 RTVG als auch gegen das Gebot der Trennung zwischen Werbung einerseits und Programm andererseits (DUMERMUTH, op.cit, RN. 288, unter Hinweis auf die Lehre der sog. subliminalen Werbung).

b. Schleichwerbung nach Art. 15 Abs. 2 RTVV liegt namentlich vor im Falle der gegen Entgelt vorgenommenen Warendarstellung werbenden Charakters ausserhalb der eigentlichen Werbung. Eine Legaldefinition der Schleichwerbung findet sich in Art. 1 lit. c der EU-Fernsehrichtlinie (Nachweis bei DUMERMUTH, in: Heinrich Koller/Georg Müller/ René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band «Informations- und Kommunikationsrecht», Unterband «Rundfunkrecht», Basel 1996, RN. 289). Danach ist als schleichende Werbung zu taxieren «die Erwähnung oder Darstellung von Waren, Dienstleistungen, Namen, Marke oder Tätigkeiten eines Herstellers von Waren oder eines Erbringers von Dienstleistungen in Programmen, wenn sie vom Fernsehveranstalter absichtlich zu Werbezwecken vorgesehen ist und die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlichen Zweckes der Erwähnung oder Darstellung irreführen kann. Eine Erwähnung oder Darstellung gilt insbesondere dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt». Die ratio des Verbotes der Schleichwerbung liegt einerseits darin begründet, dass vermieden werden soll, dass der Veranstalter von Fernsehprogrammen seine (Programm-) Unabhängigkeit verliert; andererseits soll der Zuschauer vor manipulativen Effekten geschützt werden.

«Im Rahmen ihrer Veranstaltertätigkeit können Radio und Fernsehen allerdings oft nicht umhin, Firmen- und Produktnamen zu erwähnen, was zuweilen von einem werbenden Effekt begleitet werden kann. Allerdings fällt nicht jeder Werbeeffekt unter das Verbot der Schleichwerbung. Ein Verstoß liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Werbewirkung gegenüber dem Informationsgehalt oder dem Unterhaltungswert in den Vordergrund tritt. Ein Hinweis auf ein bestimmtes Produkt wird erst dann zur Schleichwerbung, wenn damit ein Selbstzweck verfolgt wird, der weder einem Informationsbedürfnis dient, noch sonstwie eine erklärbare Einbettung in einer Sen-

dung findet» (DUMERMUTH, op.cit, RN. 290, als Zusammenfassung der Rechtsprechung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen in VPB 1984, Nr. 73, S. 469 ff; VPB 1985, Nr. 13, S. 66 ff.; VPB 1986, Nr. 81, S. 492; VPB 1988, Nr. 12, S. 58; VPB 1991, Nr. 35, S. 312).

2. Im Zusammenhang der unterschweligen (E. 1.a. hievov) und der Schleichwerbung (E. 1.b hievov) stellt sich die Frage, wo das sog. Product Placement rechtlich einzuordnen sei. Unter diesem Begriff wird die werbewirksame Plazierung von mehr oder weniger bekannten Markenprodukten als Requisiten in den Handlungsablauf einer Sendung verstanden (Nachweise der Lehre bei DUMERMUTH, op.cit., RN 291). In den Sponsoring-Richtlinien der Vorinstanz wird Product Placement wie folgt definiert: «Bestimmte Waren (oder Dienstleistungen), welche dem Produzenten von einem Dritten zur Verfügung gestellt worden sind, werden sicht- oder hörbar in eine Sendung eingebaut» (S. 2 der «Sponsoring-Richtlinien BAKOM» vom Juni 1999, nicht amtl. publ., zu beziehen direkt bei der Vorinstanz).

Product Placement bewegt sich in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis von zulässigem Sponsoring einerseits und unzulässiger, d.h. unterschwelliger oder schleichender, Werbung andererseits: Während Art. 18 Abs. 1 Satz 1 RTVG die «deutliche» Trennung von Werbung und Programm gebietet, ist Sponsoring nach Art. 19 RTVG grds. zulässig. In Abs. 3 dieser Bestimmung findet sich folgende Vorschrift: «In solchen [z.B. mittels Product Placement gesponserten] Sendungen darf nicht zum Abschluss von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen der Sponsoren oder von Dritten angeregt werden; insbesondere dürfen keine gezielten Aussagen werbenden Charakters über diese Waren oder Dienstleistungen gemacht werden.»

Sponsoring seinerseits kann definiert werden, als «Finanzierung oder Kofinanzierung einer Sendung durch einen Dritten, wobei als Gegenleistung dessen Namen im Rahmen der Programmausstrahlung in irgend einer Weise direkt oder indirekt erwähnt wird. Im Unterschied zur direkten Werbung, in deren Mittelpunkt eine klare kommerzielle Botschaft steht, ist das Sendungspatronat - oder Sponsoring - eine besonderen Regeln unterworfenen Finanzierungsart. Während in den USA Sponsoring schon seit langem für alle Arten von Sendungen stark verbreitet und praktisch uneingeschränkt möglich ist, herrschte in der Schweiz bis anhin Zurückhaltung. In Deutschland und in Italien ist das Sendungspatronat für private Rundfunkveranstalter, in Österreich für den öffentlichen Rundfunk schon seit längerem zulässig. Mit dem Inkrafttreten des RTVG wird Sponsoring auch hierzulande ganz erheblich an Bedeutung gewinnen» (LEO SCHÜRMAN/PETER NOBEL, Medienrecht, 2. Aufl., Bern 1993S., S. 348 f.).

Sofern im Rahmen eines Product Placement die Plazierung eines Produktes (Ware oder Dienstleistung) in die Darmaturgie, d.h. den «natürlichen Handlungsablauf» der Sendung, eingebettet ist, handelt es sich beim Product Placement um einen blossen Nebeneffekt im Gesamtzu-

sammenhang der Sendung. Diesfalls ist die Produktplatzierung als zulässig zu betrachten. Tritt jedoch die Werbewirkung des platzierten Produktes in den Vordergrund, folgt die Platzierung m.a.W. nicht mehr dem «natürlichen Handlungsablauf des Dargestellten», so liegt beim Product Placement eine Form der unterschwelligen resp. der schleichenden Werbung nach Massgabe des Art. 18 Abs. 1 Satz 1 RTVG vor.

Die Sponsoring-Richtlinien der Vorinstanz führen dazu in deren Ziff. 3, unter dem Titel «Product Placement», folgendes aus: «Product Placement unterliegt den Sponsoringbestimmungen, sofern die Förderung von Name, Marke, Dienstleistung oder Erscheinungsbild des Stifters beabsichtigt wird.

Product Placement ist eine weitere Form der indirekten Finanzierung. Wer Produkte für die Verwendung in einer Sendung gratis oder vergünstigt zur Verfügung stellt, verfolgt gewöhnlich einen Förderungszweck, weshalb Product Placement üblicherweise als Sponsoring zu betrachten ist. (Wenn der Stifter nicht bloss ein Produkt zur Verfügung stellt, sondern darüber hinaus noch Geld oder eine geldwerte Leistung erbringt, dann liegt gleichzeitig auch eine direkte Finanzierung vor [...]).

Selbstverständlich kann Product Placement nur dann als Sponsoring gelten, wenn die Art und Weise der Platzierung in der Sendung die Grenzen des Zulässigen einhält. Erlaubt ist Product Placement, wenn die Ware oder Dienstleistung und die Art ihrer Präsentation dem dramaturgischen Ablauf der Sendung entsprechen und keine unnötigen Erwähnungen, Hervorhebungen etc. vorgenommen werden. Andernfalls ist Product Placement als Schleichwerbung (gemäss Art. 15 Abs. 2 RTVV) zu betrachten und deshalb nicht zulässig. Schleichwerbung liegt auch vor, wenn in der Sendung werbende Hinweise auf die platzierte Ware oder Dienstleistung gemacht wer-

den» (Ziff. 3, S. 4 der «Sponsoring-Richtlinien BAKOM» vom Juni 1999; vgl. zum Ganzen auch: MARC FURRER, Der Unterscheid zwischen Sponsoring und Werbung in Radio und Fernsehen in: *medialex* 3/98, S. 179 ff., [...]).

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Grenze zwischen Product Placement als Form des zulässigen Sponsorings einerseits (E. 2 hievor) und des Placements als Form unzulässiger unterschwelliger oder Schleichwerbung andererseits (E. 1 hievor) in der Art und Weise der Einbettung des Produktes in den natürlichen, dramaturgischen Ablauf der Sendung liegt:

- Fügt sich das in der Sendung (Reportage, Spielfilm, Show etc.) gezeigte oder sonst-wie erwähnte Produkt nahtlos in den Handlungsablauf ein, findet m.a.W. aus der Sicht der Dramaturgie keine unnötige oder als «unnatürlich» empfundene (optische oder akustische) Hervorhebung des Produktes statt, so ist dies in der Tendenz als zulässiges Product Placement zu betrachten.

- Fällt demgegenüber das gezeigte Produkt aus dem natürlichen Handlungsablauf und dient die Produktpräsentation gleichsam der Selbstdarstellung des Produktes, handelt es sich m.a.W. aus der Optik der Dramaturgie um ein unnötiges und «unnatürliches» Hervorheben, so ist dies tendenziell als unzulässige Werbewirkung (unterschwellige oder Schleichwerbung) zu taxieren.

Bereits an dieser Stelle sei festgehalten, dass es sich bei diesem Definitionsversuch lediglich um eine sehr allgemeine gehaltene Umschreibung derjenigen Kriterien handeln kann, welche die bloss tendenzielle Zu- oder Unzulässigkeit des Product Placements anzugeben vermögen. Die Schwierigkeit der Beurteilung einer konkreten Sendung liegt in eben dieser Allgemeinheit begründet und besteht darin, die unpräzisen Kriterien in Ausübung pflichtgemässen Ermessens auf den zu beurteilenden Lebenssachverhalt hin anzuwenden. (...) ■

Keine verbotene Werbung mit Kirschstengeli

Entscheid des Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 26. März 2001 (519.1/82)

Die Darstellung von Kirsch in der Werbung für Kirschstengeli ist grundsätzlich dann nicht als werbend und damit gegen das Alkoholwerbeverbot verstossend anzusehen, wenn die Werbewirkung vom Werbetreibenden nicht gewünscht ist, mithin also nicht zweckgerichtet erfolgt.

Aus den Erwägungen:

3.1 Im Entscheid des EVED vom 13. März 1979 wurde fest gehalten, dass Kirschstengeli u.a. deswegen kein alkoholisches Getränk darstellen, weil «sie denkbar ungeeignet sind, das Bedürfnis nach Alkohol zu befriedigen». Aus diesem Entscheid ist die grundsätzliche Zulässigkeit der Werbung für Kirschstengeli und vergleichbare alkohohaltige Erzeugnisse abzuleiten. In der damals ausgestrahlten Kirschstengeli-Werbung wurde die Zutat Kirsch allerdings nicht dargestellt, was gerade im vorliegenden Verfahren Anlass zur Beanstandung gegeben hat. Art. 18 Abs.

5 untersagt es den Veranstaltern, sich über politische und religiöse Werbung sowie Werbung für alkoholische Getränke, Tabak und Heilmittel zu finanzieren. Das Verbot betreffend Alkohol ist gesundheitspolitisch motiviert (BBl 1987 III 735). Art. 15 Abs. 1 lit. b wiederholt das Verbot für alkoholische Getränke ohne Präzisierung, wohingegen Werbung in der (...) Legaldefinition des Art. 11 RTVV in einen rechtlichen Begriff gefasst wird, der sich in verschiedene Elemente gliedert.

3.2. Zunächst muss fest gehalten werden, dass der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gefolgt wird, so-

weit sie angibt, der Grundsatz der Beurteilung einer Sendung in ihrem Gesamteindruck lasse sich mutatis mutandis auf den vorliegenden Fall anwenden, womit die Praxis der Aufspaltung eines Werbespots in verschiedene Teile unvertretbar würde. Es ist unersichtlich, warum in einer grundsätzlich zulässigen Sendung (Werbespot für Schokolade) nicht einzelne Äusserungen beanstandet werden dürfen, wenn diese untersagt sind. Soweit für die Feststellung der Unzulässigkeit die Einbettung der Sequenz in einen bestimmten Zusammenhang jedoch von Belang ist, bleibt es fraglich, ob die Sequenz ausschliesslich isoliert betrachtet werden darf. Für die Feststellung des Vorliegens einer öffentlichen Äusserung im Sinne des Art. 11 RTVV ist eine Einzelbetrachtung hingegen unumgänglich. Die umstrittene Sequenz beschlägt zwar nur rund zwei Sekunden des Werbespots. Da aber in casu mutmasslich unzulässige Werbung in Frage steht, reichen die in dieser Dauer wiedergegebenen Darstellungen des Kirschglases und die Aussage «mer nimmt echte Schwiizer Kirsch» aus, um das Tatbestandselement der öffentlichen Äusserung in diesem konkreten Zusammenhang als gegeben zu erachten.

3.3 Es ist kaum abzustreiten, dass das Adjektiv «echt» und die Herkunftsangabe «Schweiz» gemeinsam mit dem gefällig inszenierten Kirschglas im Zusammenhang mit einem Nahrungsmittel positive Assoziationen hervorrufen sollen. In der angefochtenen Verfügung wird diese Darstellung als einprägsam und verführerisch eingestuft. Im Zuschauer werde die Lust geweckt, das gezeigte Glas in die Hand zu nehmen und auszutrinken, oder eben bei Gelegenheit echten Schweizer Kirsch zu kaufen. Dadurch werde einerseits der Abschluss von Rechtsgeschäften gefördert und andererseits das Produkt echter Schweizer Kirsch unterstützt. Mit diesen Folgerungen misst das BAKOM indessen einer zwei Sekunden kurzen öffentlichen Äusserung gleiche Wirkungen zu wie einem Werbespot, der ausschliesslich für eine bestimmte Kirschmarke werben und erfahrungsgemäss deutlich länger dauern würde. Werbung ist per definitionem manipulativ (BGE 123 II 402 E. 3b), d.h. das Publikum rechnet im Werbeblock damit, einseitig informiert zu werden und schenkt der Werbung weniger Glauben als einer im restlichen Programm ausgestrahlten Sendung (CHRISTOPH B. GRABER,

Zur Vermischung von Werbung und Programm in Radio und Fernsehen, *medialex* 1998, 36, 38). Abgesehen von den genannten Mitteln wird in der beanstandeten Sequenz auf die Darstellung einer Flasche oder einer konkreten Marke verzichtet, was die Identifikation mit den im Handel erhältlichen Kirscherzeugnissen erschwert. Der umstrittenen Aussage «mer nimmt echte Schwiizer Kirsch» folgt überdies unmittelbar die Aussage «umhüllt ihn mit feinschter Lindt-Schoggi», wodurch das Augenmerk wieder auf das Schokoladeprodukt gelenkt wird. Vor diesem Hintergrund muss bezweifelt werden, dass die beanstandete Sequenz geeignet ist, eine gezielte werbende Wirkung für den Kirschhandel zu entfalten. Die abschliessende Beantwortung dieser Frage kann indessen offen gelassen werden, da die ins Feld geführten Wirkungen der Sequenz nur dann rechtserheblich im Sinne des Art. 11 RTVV sind, wenn sie vom Werbetreibenden gewünscht sind, mithin also zweckgerichtet erfolgt.

3.4. Die Werbetreibende ist ein Unternehmen der Schokoladebranche. Im Gegensatz zu den Fällen der Werbung für alkoholfreies Bier, bei denen mögliche (erwünschte) Werbeeffekte für Alkoholgetränke zu beurteilen waren, kann hier eine allfällige Förderung des Verkaufs oder weitere Werbewirkung zugunsten der Schweizer Kirschhersteller nicht im Interesse der Werbetreibenden liegen. Wäre dem so, läge offensichtlich eine Umgehung des Werbeverbots für Alkohol vor, die bereits im erwähnten Entscheid des EVED nicht toleriert worden wäre. Das Interesse von Lindt, vom Vertrauen des Publikums in «echten Schweizer Kirsch» als Zutat der Kirschstengeli und dessen guten Image zu profitieren, muss von der Wirkung unterschieden werden, die sich das Unternehmen von dieser Aussage erwünscht: gesteigerter Absatz ihres Konfektes. Dass die beanstandete Darstellung gleichzeitig darauf abzielen könnte, wiederum das Image des «echten Schweizer Kirsch» zu steigern, ist von untergeordneter Bedeutung, und nach dem bereits Gesagten ist zudem zu bezweifeln, dass die Aussage hiezu überhaupt geeignet wäre. Die Darstellung von Kirsch in der Werbung für Kirschstengeli ist nach alledem nicht als werbend im Sinne des Art. 11 RTVV einzustufen und verletzt das Werbeverbot nach Art. 18 Abs. 5 RTVG, bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. b nicht. ■

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

D'AUTRE PART

.....
UND AUSSERDEM

**Jugement de valeur et
liberté d'expression**

Arrêt de La Cour européenne des droits
de l'homme du 25 juillet 2001 (affaire
Perna c. Italie; requête n° 48898/99)

Perna, journaliste, publia dans le quotidien italien un
article sur un magistrat, M. G. Caselli, «Caselli, la houppe
blanche de la justice». L'article contenait tout d'abord une

critique, visant le militantisme politique de M. Caselli,
ensuite des allégations de faits à l'encontre de M. Caselli.
Suite à une plainte en diffamation, le tribunal déclara les
accusés coupables du délit de diffamation aggravée. Le re-
quérant interjeta appel et la cour débouta le requérant. La
Cour de cassation confirma l'arrêt.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle
qu'il y a lieu de distinguer faits et jugements de valeur. Si la
matérialité des premiers peut se prouver, les seconds ne se

prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. La critique adressée au plaignant s'appuyait sur une base factuelle non controversée. S'il est vrai que les magistrats doivent être protégés contre des attaques dénuées de tout fondement, compte tenu en particulier de ce que leur devoir de réserve leur interdit de réagir, la presse représente néanmoins l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée.

En militant dans un parti politique, quelle qu'en soit l'orientation, un magistrat met en péril l'image d'impartialité et d'indépendance que la justice se doit toujours et invariablement de donner. Face au militantisme politique actif d'un magistrat, une protection inconditionnelle de celui-ci contre des attaques de la presse ne se justifie guère par la nécessité de protéger la confiance des citoyens dont le pouvoir judiciaire a besoin. Par un tel comportement, un magistrat s'expose inévitablement aux critiques de la presse, pour laquelle l'indépendance et l'impartialité de la magistrature peuvent à bon droit constituer un souci majeur d'intérêt général.

Quant aux termes employés par le requérant, il y a lieu de rappeler que la liberté journalistique comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération; il faut rappeler que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression.

La Cour considère en revanche que les affirmations factuelles du requérant s'analysent de toute évidence par l'attribution de faits précis au plaignant. Elles ne sauraient donc bénéficier de la protection de l'article 10 que si elles s'appuient sur une base factuelle, d'autant plus si l'on considère la gravité de pareilles accusations. Or l'article en cause n'évoquait aucun élément et ne citait aucune source d'informations de nature à corroborer ces allégations. En outre, au cours du procès, le requérant n'a produit aucun élément de preuve précis à l'appui de ces mêmes affirmations de fait. La Cour conclut que la condamnation ne paraît pas justifiée pour ce qui concerne l'opinion critique qui, tout en étant formulée d'une manière forte et provocante, s'appuyait néanmoins sur une base factuelle solide. ■

les requérants d'asile en question. Libéré de toute poursuite par le préteur de la juridiction de Mendrisio-Sud, A. a été condamné par le Tribunal d'appel du canton du Tessin à une amende de 250 francs pour entrée illégale en Suisse.

Saisi d'un recours en cassation, le Tribunal fédéral constate que le comportement du journaliste réunit incontestablement les faits constitutifs de l'art. 23 al. 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers. A. peut-il invoquer l'exception non écrite de la sauvegarde d'intérêts légitimes, qui constitue une justification en plus de celles prévues aux art. 32 à 34 du code pénal? Le Tribunal fédéral rappelle que cette exception «doit être interprétée de manière restrictive, avec des exigences particulièrement sévères pour ce qui concerne l'appréciation de la subsidiarité et de la proportionnalité. Ces éléments constitutifs sont réunis uniquement lorsque l'acte illicite représente non seulement un moyen nécessaire et adapté pour défendre des intérêts légitimes d'importance nettement supérieure au bien protégé par la norme transgressée, mais aussi lorsqu'il est la seule voie possible (ATF 120 IV 208, cons. 3a; 117 IV 170, cons. 3b (...); 113 IV 4, cons. 3; (...))» (trad.). Selon le Tribunal fédéral, la Cour cantonale a admis à juste titre que le droit du public à l'information prévalait sur le seul intérêt des autorités administratives à contrôler l'entrée sur territoire national d'un citoyen étranger, la thématique abordée étant d'intérêt général. La Cour cantonale a également concédé avec raison que le moyen choisi par le journaliste, soit de se joindre aux clandestins pour entrer en Suisse, était adapté au but poursuivi. Mais, souligne le Tribunal fédéral, la Cour cantonale a également, avec tout autant de raison, conclu qu'un tel moyen n'était pas le seul à disposition, ni le seul adéquat pour informer les lecteurs. «En fait, pour autant qu'ils aient été nombreux et univoques, les témoignages directs des témoins, interrogés sur leur mésaventure une fois renvoyés en Italie, auraient parfaitement pu satisfaire le prétendu besoin d'information» (trad.).

L'objection du recourant selon lequel il ne lui aurait pas été possible, sans informations recueillies de première main, d'informer le public notamment sur l'entrée en contact des réfugiés avec les passeurs en Italie et l'accompagnement des premiers vers la frontière, la recherche des trous dans le grillage et l'accueil des clandestins par les douaniers suisses? «De tels arguments manquent d'éléments concrets pour rendre vraisemblable que l'article de journal n'aurait pas pu être réalisé autrement. Certes, le contenu de l'article incriminé aurait été sensiblement différent et la récolte des informations déterminantes aurait été plus laborieuse; toutefois, comme la Cour cantonale l'a souligné, le but protégé n'est pas l'effet journalistique, mais l'information objective du public. Le contact direct avec les réfugiés, considéré comme déterminant par le préteur (...), n'était pas indispensable, dans ces conditions. Une autre possibilité s'offrait à A, possibilité à laquelle il aurait pu recourir, ou au moins tenter de recourir, sans enfreindre la loi» (trad.).

Selon le Tribunal fédéral, le recourant invoque en vain la liberté de la presse (art. 17 Cst. et 10 CEDH). «L'interprétation des normes et des principes pénaux doit être, dans la mesure du possible, conforme au droit constitutionnel et

Enquêter oui, mais sans transgresser la loi

Arrêt du Tribunal fédéral du 16 mai 2001 (6P.152/2000 – 6S. 694/2000; publication prévue)

Le 26 janvier 1999, seize étrangers ont été arrêtés à la frontière près de Chiasso, alors qu'ils tentaient de pénétrer illégalement en Suisse. Parmi eux figurait le journaliste A., ressortissant italien qui, quelques jours plus tard, a publié dans son journal le récit de son aventure avec

conventionnel (...). La presse a manifestement le devoir d'informer sur des sujets d'intérêt général; à ce devoir correspond le droit du public d'être informé. Toutefois, ce devoir fondamental ne dispense pas le journaliste en tant que tel de l'obligation de se conformer aux limites imposées par l'ordre juridique en vigueur, en particulier aux normes pénales du droit commun (...). Le devoir des médias d'enquêter pour assumer pleinement leur fonction de «chien de garde» ne justifie pas à lui seul la commission d'un quelconque acte illicite. Cette éventualité ne peut apparaître que comme l'ultima ratio, le seul moyen possible pour obtenir des informations «réellement de première importance» pour le public et impossible à diffuser autrement (DENIS BARRELET, Le journalisme d'investigation devant la loi pénale, RPS, 1990, p. 331). Ces conditions, comme cela a déjà été dit (...), ne sont pas remplies en l'occurrence, vu également le contenu des informations litigieuses qui, d'emblée, - même si on admet qu'à l'époque des faits, le contexte dans lequel ils s'inscrivaient suscitait l'intérêt, et non seulement la curiosité du public - n'apparaissent pas d'une importance primordiale. Elles décrivent essentiellement la tragédie humaine des compagnons de voyage du recourant sur un ton évoquant le scandale» (trad.).

Quant au peu de gravité de l'infraction, le Tribunal fédéral ne la nie pas. Mais il estime que le juge en a tenu compte en fixant le montant de l'amende. ■

ANMERKUNGEN:

Auch die Schweiz hat nun ihr «Wallraff-Fällchen». Und das Bundesgericht zeigt einmal mehr wenig Verständnis für journalistische Belange.

Ein italienischer Journalist liess sich zum Zwecke der Recherche unter dem Namen eines Kosovo-Albaners zusammen mit wahren Flüchtlingen durch ein Loch im Zaun an der Südgrenze der Schweiz in unser Land einschleusen, um aus erster Hand über die damaligen Flüchtlingsprobleme in diesem Gebiet zu berichten. Er war in der Folge in einer Flüchtlingsunterkunft und wurde wieder nach Italien ausgewiesen. Anschliessend rapportierte er über seine Feststellungen in einem Zeitungsartikel. Durch die illegale Überschreitung der Grenze verletzte er Art. 23 Abs. 1 ANAG.

Vor erster Instanz erfolgte ein Freispruch, weil der zuständige Richter offenbar annahm, ohne eine solche verdeckte Recherche hätte ein Journalist nicht authentisch über das Geschehen berichten können.

Angesprochen ist der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, der in Rechtsprechung und Lehre zwar anerkannt, dessen Anwendungsbereich und Grenzen jedoch wenig erforscht sind. Es geht nicht wie bei anderen Rechtfertigungsgründen darum, schutzwürdige Rechtsgüter aus irgendwelchen Gefahren zu erretten, sondern um die Sicherung allgemeiner Freiheitsrechte und die Verwirklichung sozial erwünschter oder gebilligter Zustände (STRATENWERTH, AT I, § 10 N 61).

Das Bundesgericht stützt sich vor allem in jüngerer Zeit auf eine Floskel, die drei Hürden enthält. Die Tat muss erstens ein zur Erreichung des berechtigten Zieles notwendiges und angemessenes Mittel sein, zweitens diesbezüglich den einzig möglichen Weg darstellen und drittens offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht (BGE 120 IV 213). Damit werden die Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrundes weitgehend denen des rechtfertigenden Notstandes angeglichen (STRATENWERTH, AT I, § 10 N 62).

Auch wenn man dies akzeptiert, wäre der vorliegende Fall ein dankbares Objekt gewesen, um die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Dies zunächst unter Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen.

Im vorliegenden Fall war der Gesetzesverstoss geringfügig, weil es dem Journalisten ja nicht darum ging, durch den formell illegalen Grenzübertritt jene Interessen zu beeinträchtigen, welche durch das ANAG geschützt werden. Das belegt auch der verhängte Bussenbetrag von lediglich Fr. 250.-.

Im Zentrum des Entscheids stand jedoch die Frage, wie man mit dem erwähnten Kriterium der Subsidiarität umgeht. Dabei müsste doch auch die journalistische Qualität eines Beitrags in Betracht gezogen werden, je nach dem, ob konventionell recherchiert oder ob objektiv ein geringfügiger Gesetzesverstoss begangen wird. Auch das Verfassungsrecht (Medienfreiheit) müsste ein stärkeres Gewicht erhalten. Denn einerseits werden die Grundrechte durch gesetzliche Schranken (namentlich des Strafrechts) eingeschränkt, andererseits besteht in dem Sinn eine Wechselwirkung, als Gesetze grundrechtskonform auszulegen sind und insofern ihrerseits durch die Grundrechte begrenzt werden (vgl. G. ROSE, Grenzen der journalistischen Recherche im Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Frankfurt a.M. u.a. 2001, S. 38 f.).

Aus dieser Sicht hätte stärker beachtet werden müssen, dass in einer Konstellation, wie sie im vorliegenden Fall gegeben war, die Schilderung eines vom Journalisten aktiv miterlebten Geschehens sehr viel aussagekräftiger ist als ein Bericht über Befragungen betroffener Ausländer, die Partei sind und gute Gründe haben können, sich nicht zu exponieren oder aus Verärgerung vielleicht übertreiben, abgesehen davon, dass sie bereits aus sprachlichen Gründen gegenüber einem der italienischen Sprache mächtigen Beobachter vieles nicht mitbekommen haben dürften.

Kürzlich strahlte das Schweizer Fernsehen einen Beitrag von Spiegel-TV aus, der schildert, wie Tierschutzaktivisten in Deutschland nachts in Geflügelfarmen eindringen und dort die misslichen, vermutlich die Tierhaltungsvorschriften verletzenden Zustände optisch festhielten. Diese mit Bildern und filmischen Aufnahmen untermauerte Dokumentation war ausserordentlich eindrücklich. Hätte sich dies in der Schweiz zugetragen, wären die Tierschützer wohl als Folge des Eindringens in diese Stallungen wegen Hausfriedensbruchs verurteilt worden, wenn man das Kriterium des «einzig gangbaren Weges, um ein höherwertiges Ziel zu erreichen» in der rigiden Art, wie es das Bundesgericht gehandhabt hat, auf diesen Fall überträgt. Denn man hätte ja auch z.B. Angestellte der Farmen befragen können, auch wenn diese wahrscheinlich in einen Interessenkonflikt geraten wären, oder ehemalige Angestellte, auch wenn diese möglicherweise Ressentiments gegenüber dem früheren Arbeitgeber haben.

Treffend brachte es der NZZ-Korrespondent beim Bundesgericht auf den Punkt: «Es ist schlicht naiv, zu glauben, auf dem als Alternative vorgeschlagenen Weg der Befragung wären auch nur annähernd gleichwertige Informationen zu beschaffen gewesen. ... Wer im damaligen Zeitpunkt *verlässliche* Informationen über das Geschehen an der Schweizer Südgrenze beschaffen wollte, musste wohl verdeckt recherchieren, sich mit falschen Papieren einem Schlepper anvertrauen und damit zwangsläufig formal gegen das Schweizerische Ausländergesetz verstossen.»

PROF. FRANZ RIKLIN, FREIBURG

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

.....
**Unzulässige Unterbrecher-
werbung während der
Nachrichten-Sendung**

Entscheid des Eidg. Departements für
Umwelt, Verkehr, Energie und
Kommunikation (UVEK) vom 16.5.2001
(519.1-100)

Die Nachrichten des Fernsehsenders X bestehen aus
zwei Blöcken, «X- aktuell» und «X- Info». Sowohl «X- ak-
tuell» als auch «X-Info» werden vom selben Moderator
resp. der selben Moderatorin präsentiert. Das Studio-De-

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

kor ist identisch. Am Schluss des ersten Blockes, d.h. von «X-aktuell», erfolgt ein Hinweis auf einen Beitrag in «X-Info». Zwischen diesen Blöcken wird Werbung ausgestrahlt.

Nach Auffassung des UVEK handelt es sich dabei nicht um zwei selbständige Sendungen, sondern um eine einzige, in sich geschlossene Nachrichtensendung, welche nach geltendem Recht nicht durch Werbung unterbrochen werden darf. Unter formalen Aspekten begründete dies das UVEK dahingehend, dass der Zuschauer bei beiden Blöcken aufgrund der Abfolge der Sequenzen und der Präsentation den Eindruck eines durch Werbung (kurz) unterbrochenen, davon abgesehen jedoch in sich geschlossenen Programmes erhalte. «Es mag sogar den speziellen Charme und Stil eines Lokalfernsehens sein, wenn dieselbe Person im selben Dekor durch die ganze Sendeschleife führt (Wohnzimmercharakter des Lokal- resp. Regionalfernsehens). Solche Stilfragen stehen jedoch weder im vorliegenden Verfahren zur Diskussion, noch unterstützen sie aufgrund der Kommunikationsgrundrechte überhaupt der Programmaufsicht durch die Vorinstanz. Trotzdem tragen derartige Stilfragen zum Gesamteindruck der Sendeschleife bei und umso wichtiger wird, dass der Moderator - u.U. auch nur mit einem minimalen Hinweis - klarstellt, dass innerhalb der Sendeschleife eine neue, in sich abgeschlossene Sequenz beginnt. Geschieht dies hingegen nicht, so entsteht zwangsläufig auf den Zuschauenden der Eindruck, er befinde sich nach wie vor in derselben Sende-Sequenz, die zwar durch Werbung kurz unterbrochen wird, in sich aber geschlossen ist.

Bezüglich der inhaltlichen Aspekte erkannte das UVEK, dass «X-Aktuell» und «X-Info» nicht deutlich oder auch bloss erkennbar konzeptionell getrennt waren. Damit gehören die beiden Blöcke auch inhaltlich zusammen. «Wie dargetan, erhält im vorliegenden Zusammenhang der Zuschauende sowohl unter formellem wie auch unter inhaltlichem Gesichtspunkt den Eindruck, dass «X-aktuell» und «X-Info» eine einzige News-Sendung ist, die zwar in zwei durch Werbung unterbrochene Blöcke mit unterschiedlichen Titeln aufgeteilt ist, in sich jedoch eine formell und inhaltlich, d.h. thematisch geschlossene Sendung ist.» ■

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

ihre Produkte wurden während der Nachrichtensendung gezeigt. Das UVEK erkannte, dass dies ein klarer Fall von «Product Placement» sei und dass in dieser Sponsoringform die Leistung der Sponsoren in Naturalien erbracht werde. «Das Product Placement seinerseits ist als Sonderform des Sponsorings nach den Bestimmungen der Art. 19 RTVG und 16 RTVV zu betrachten. Nach Art. 19 Abs. 4 RTVG dürfen Nachrichtensendungen wie die Tagesschau und Magazine sowie Sendungen und Sendereihen, die mit der Ausübung politischer Rechte in Bund, Kantonen und Gemeinden zusammenhängen, nicht gesponsert werden. (...) Im vorliegenden Zusammenhang wurde die News-Sendung gesponsert. Dabei handelt es sich i.S.d. Art. 19 Abs. 4 RTVG um eine Nachrichtensendung, ähnlich einer Tagesschau, wenn auch - gemäss des regionalen Charakters des Programmes - mit starkem regionalem oder gar lokalem Bezug. Letzteres ändert jedoch am Nachrichtencharakter der Sendung nichts Grundsätzliches: Auch die regionale oder gar lokale politische Meinungsbildung hängt nach Massgabe des Art. 19 Abs. 4 RTVG mit der Ausübung politischer Rechte zusammen und ist vom Verbot des Sponsorings erfasst.» ■

Unzulässige Ausstattungshinweise und Sponsoring einer News-Sendung

Entscheid des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 16.5.2001 (519.1-100)

Eine Nachrichtensendung einer Lokalfernsehstation erwähnte in ihrem Abspann verschiedene Firmen als Ausstatter (Modegeschäfte, Optiker, Coiffeure) und

.....
**Beschränkte Verbreitung
von Lokalradiopro-
grammen über Satellit**

Bundesratsentscheid vom 3. Juli 2001

Der Bundesrat hat Beschwerden von zwei Lokalradios abgewiesen, die ihre Programme unverschlüsselt über den Satellit Hotbird3 verbreiten wollten. Die Vorinstanz (UVEK) stimmte den Gesuchen zwar grundsätzlich zu, verband dies aber mit der Auflage, die Signale in verschlüsselter Form zu übertragen, weil sie sonst in ganz Mitteleuropa und damit auch in der ganzen Schweiz frei empfangbar gewesen wären. Dies hätte einen klaren Verstoss gegen die den beiden Lokalradios erteilten Konzessionen dargestellt. Konzessionen sind entsprechend der UKW-Sendernetzplanung auf ein genau umschriebenes Gebiet beschränkt.

«Für den Bundesrat steht ausser Zweifel, dass das UVEK, dessen Zuständigkeit sich auf die Konzessionierung lokaler und regionaler Radio- und Fernsehprogramme beschränkt und welches daher eine nationale oder gar internationale Verbreitung überhaupt nicht bewilligen könnte, im Sinne der Grundprinzipien des RTVG entschieden hat. Es ist nicht über das hinaus gegangen, was erforderlich war, um den Zweck der Normen von Artikel 21 ff. RTVG betreffend die lokalen und regionalen Radioprogramme zu erfüllen. Die angefochtene Verfügung erscheint daher ohne Weiteres als verhältnismässig, und sie ist auch unter möglicher Schonung der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin erfolgt. Dass die Kosten für eine Verschlüsselung zur Zeit noch so hoch sind, dass sie die Satellitenverbreitung von lokalen oder regionalen Radioprogrammen im Einzelfall faktisch verunmöglichen können, vermag vorliegend die

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

Verhältnismässigkeit der Verpflichtung zur Verschlüsselung der Programme nicht in Frage zu stellen. Damit, dass er die lokalen und regionalen Radio- und Fernsehprogramme einschränkend geregelt hat (s. Art. 21 ff. RTVG), machte der Gesetzgeber klar, dass er das Interesse der Zuhörer, Programme aus anderen Regionen über die vom RTVG gesetzten Grenzen hinaus empfangen zu können, als weniger hoch eingestuft hat, als das 3-Ebenen-Modell, welches eben darauf fusst, dass lokale und regionale Radio- und Fernsehprogramme nur ein geographisch eingeschränktes Empfangsgebiet aufweisen dürfen. Da der angefochtene Entscheid dieser vom Gesetzgeber vorgegebenen Interessenabwägung entspricht, erübrigt sich eine weitere Interessenabwägung.» ■

Gesponserte Zeitangabe mit Werbecharakter

Entscheid des Eidg. Departement sfür
Umwelt, Verkehr, Energie und Kom-
munikation (UVEK) vom 26. März 2001
(519.1/82)

In gesponserten Sendungen sind nur Aussagen des Sponsors ohne werbenden Charakter zulässig. Die Aussage «mit E. der Zeit voraus» einer Kreditkartenunternehmung im Rahmen des Zeitsponsoring vor der Tagesschau stellt einen Werbeslogan dar. Zu diesen Schlüssen gelangte das UVEK im Rahmen der Überprüfung eines Aufsichtsentscheides des BAKOM.

Nach Art. 16 Abs. 1 RTVV gilt als Sponsoring «die Beteiligung einer natürlichen oder juristischen Person, die an der Veranstaltung von Radio- oder Fernsehprogrammen oder an der Produktion audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, an der direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung, um den Namen, die Marke oder das Erscheinungsbild der Person zu fördern. Werbung enthält dem gegenüber als Tatbestandselemente eine öffentliche Äusserung zur Förderung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Waren oder Dienstleistungen, zur Unterstützung einer Sache oder Idee oder zur Erzielung einer anderen vom Werbetreibenden gewünschten Wirkung. Sponsoring dient dem langfristigen Imagegewinn des Sponsors, während Werbung insbesondere auf den kurzfristigen Abschluss von konkreten Rechtsgeschäften ausgerichtet ist. Diese unterschiedlichen Strategien dienen der Unterscheidung der beiden Finanzierungsformen (BGE 126 II 7 E.5, ROLF H. WEBER, Rechtliche Grundlagen für Werbung und Sponsoring, SMI 1993, 213, 224).

«In seiner Vernehmlassung hebt das BAKOM hervor, dass der gesprochene Slogan «Mit E. der Zeit voraus» den Hauptanlass zum Verfahren gegeben hat. Für die Qualifizierung dieser Aussage als werbend bleibt entgegen der Praxis der Beschwerdeführerin unbeachtlich, dass sie zum ursprünglichen Inhalt der «Tagesschau-Uhr», der Zeitangabe, ein Wortspiel darstellt. Auch wenn mit der

Beschwerdeführerin dafür gehalten werden muss, dass die Aussage mit jedem beliebigen, zeitgemässen Produkt kombiniert werden kann, beabsichtigt die Aussage «der Zeit voraus» - insbesondere vor dem Hintergrund der wiedergegebenen Bildsequenz - eine gezielte positive Konnotation mit dem Produktnutzen der E.: Der Inhaber einer Kreditkarte geniesst einen Vorteil gegenüber herkömmlichen Zahlungsmethoden. Von einer zulässigen positiven Assoziation zur Sponsorin kann demnach hier nicht die Rede sein, womit die gesprochene Aussage «Mit E. der Zeit voraus» zu Recht als unzulässiger Werbeslogan gemäss dem Verbot der gezielten Aussagen werbenden Charakters in gesponserten Sendungen qualifiziert worden ist.

Die im beanstandeten Billboard wiedergegebene Bildsequenz ist eine Kamerafahrt durch ein Kaufhaus, die Teile des Warenangebots und Kundinnen beim Einkaufen zeigt. Die Sequenz schliesst jeweils mit dem abgebildeten Kreditkartenlogo an der Kasse, das je nach Gesamtdauer der Zeitangabe wiederholt zu sehen ist. Die Bilder sind mit Filter weich gezeichnet und vermitteln einen suggestiven, wenn auch unaufdringlichen Gesamteindruck. Dennoch kann mit dem BAKOM festgehalten werden, dass die Sequenz die spezifische Einsatzmöglichkeit des Kreditproduktes «E.» als bargeldloses Zahlungsmittel im täglichen Einkauf anschaulich darstellt. Gerade das festgestellte Hervorheben eines konkreten Nutzens der Kreditkarte beim Einkauf überschreitet den Rahmen «Informativen» und ist insbesondere zur Erleichterung der Identifikation mit der Sponsorin nicht erforderlich. Demnach ist die von der Firma X. gesponserte Zeitangabe insgesamt als werbend einzustufen und somit zu Recht als unzulässig beanstandet worden.» ■

L'avis des tribunaux

.....
Die Gerichte entscheiden

.....
Unzulässige Set-top-Box

Bundesratsentscheid vom 5. Juni 2001

Nur nicht-proprietäre Zugangssysteme von Set-Top-Boxen entsprechen dem Gebot der Angebots- und Meinungsvielfalt im schweizerischen Medienwesen und dem Integrationsauftrag. Sie lassen letztlich auch den Wettbewerb zwischen verschiedenen Pay-TV-Anbietern transparenter werden, was durchaus auch im Interesse der Fernsehkonsumenten ist. Zu diesen Schlüssen kommt der Bundesrat, der auf Beschwerde gegen den UVEK-Entscheid vom 9. 11. 1999 (*medialex* 2000, S. 239 ff.) hin zu prüfen hatte, ob die Teleclub-d-Box beziehungsweise das bei der d-Box eingesetzte integrierte Conditional Access-System mit Simulcrypt wie vom UVEK angenommen ein proprietäres System darstellt, welches die Angebots- und Meinungsvielfalt gefährdet und den Integrationsauftrag des Fernsehens in Frage stellt.

Der Teleclub ist der erste Bewerber für ein digitales Fernsehen in der Schweiz. Im Konzessionsverfahren war die Übertragung der Fernsehsignale per Satellit an sich nicht strittig. Zu Diskussionen Anlass gab allein der Einsatz der von der Kirch-Gruppe verwendeten sogenannten

d-Box als Set-Top-Box, das heisst als Gerät zur Umwandlung des digitalen Signals des Satelliten in ein analoges Signal für den Fernseher. Das UVEK erachtete die d-Box, die den Teleclub-Abonnenten gratis abgegeben wird, als ein geschlossenes System, das im Pay-TV-Bereich nur den Empfang jener Programme zulässt, welche, wie die Teleclub-Programme, den gleichen Verschlüsselungscode der Kirch-Gruppe verwenden. Wenn dies nicht der Fall ist, müssen die Fernsehkonsumenten eine zusätzliche Set-Top-Box erwerben.

Die Rechte am Verschlüsselungscode der Kirch-Gruppe liegen bei der Firma Betaresearch, einer 100%igen Tochter der Kirch-Gruppe, die ihrerseits zu 40% am Teleclub beteiligt ist. Mit Blick darauf verlangte das UVEK, dass der Teleclub die d-Box durch eine Set-Top-Box mit einer offenen Schnittstelle (Common Interface) ersetze. Dies lehnte der Teleclub auf Betreiben der Kirch-Gruppe hin ab und erhob Beschwerde beim Bundesrat.

Der Bundesrat gelangt in seinem Entscheid zum Schluss, dass die vom UVEK verfügte Auflage einer offenen Schnittstelle zu Recht erfolgt ist. Der Einsatz der d-Box gefährdet die Angebots- und Meinungsvielfalt und den Integrationsauftrag des Fernsehens. Angesichts der starken Position ausländischer Fernsehprogramme und der unterschiedlichen Systeme, insbesondere in Frankreich und Deutschland, haben sich in der Schweiz entlang den Sprachgrenzen Fernsehregionen mit eigenen Systemen gebildet. Würde die d-Box zugelassen, so könnten Teleclub-Abonnenten anderssprachige Programme nur empfangen, wenn ein Drittveranstalter einen Lizenzvertrag mit Betaresearch abschliesst, was nur ausnahmsweise der Fall sein dürfte. Die Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt sowie des Integrationsauftrags des Fernsehens wird noch dadurch verstärkt, dass die Kirch-Gruppe im Pay-TV-Bereich, namentlich in der Vermarktung der Spielfilme, eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. «Der Wettbewerb ist im hier zu beurteilenden Bereich allerdings zum vorneher ein nicht völlig frei, da die von allen Seiten unbestrittenen DVB-Normen wesentliche Leitplanken vorgeben. Auch besteht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein legitimes Interesse der Anbieter, ihre Systeme gegen solche Missbräuche durch Hacker und Trittbrettfahrer bestmöglich zu schützen. Der Bundesrat schliesst sich indes dem Urteil seiner Fachbehörde an, wonach die DVB-Standards hinsichtlich der Common Interfaces einen genügenden Schutz gegen entsprechende Störungen bieten und insoweit kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Systemen mit Common Interface und geschlossenen Systemen wie der d-Box besteht. Da auch die d-Box keinen umfassenden Schutz bietet, erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sie aus Gründen der Datensicherheit auf die d-Box angewiesen sei, als Schutzbehauptung».

Die Regeln des Wettbewerbs schützen die Angebots- und Meinungsvielfalt und den Integrationsauftrag des

Fernsehens nicht genügend. Davon geht auch das Europäische Parlament aus, das in einem Richtlinienentwurf zum Schutz der Medienvielfalt im Digitalfernsehen die Verpflichtung der Programmanbieter zu offenen Schnittstellen vorschlägt. ■

**Verbotene Werbung für
«alkoholfreies» Bier**

Urteil des Berner Gerichtspräsidenten
16 vom 22. Juni 2001 (S 00 2459)

Der Berner Einzelrichter in Strafsachen verurteilte die SRG wegen Verstosses gegen das rundfunkrechtliche Alkoholverbot. Das Urteil entspricht im Wesentlichen dem Entscheid der Vorinstanz (BAKOM; vgl. *medialex* 1/00, S. 48). Die SRG muss die Hälfte der Einnahmen aus dem Werbespot, d.h. ca. 274'000 Franken an den Staat abliefern.

Die zweite Senderkette des Schweizer Fernsehens DRS (SF2) übertrug einen Grossteil der Spiele der letzten Fussball-Weltmeisterschaften in Frankreich in speziellen Sendegefässen. Im Rahmen der Werbeblöcke strahlte SF2 regelmässig einen Werbespot des Unternehmens «Feldschlösschen» aus. Dieser zeigte zwei Fussballmannschaften, die nach dem Ende eines Spiels die Kabine aufsuchen. Die Spieler der Siegermannschaft scharen sich zusammen mit einem Spieler der Verlierer um eine Kiste Bier. Die Spieler feiern ihren Sieg mit Bier. Am Schluss des Werbespots wird durch eine Einblendung auf die Marke «Schlossgold» (ein alkoholfreies Bier der Firma Feldschlösschen) hingewiesen. «Der vorliegende Werbespot lässt sich in zwei unter dem Gesichtspunkt des Alkoholwerbverbots unproblematische Sequenzen und in eine problematische Sequenz teilen. Unproblematisch sind Sekunden 1 bis 12, in welchen die Spieler in die Kabine stürmen und ein gegnerischer Spieler das Leibchen mit einem Spieler der Siegermannschaft tauscht, da dieser Einstieg ohnehin indifferent ist und auch assoziativ nicht auf eine Bierwerbung geschlossen werden kann. Ebenso sind die Sekunden 29 bis 32 grundsätzlich unproblematisch, in welchen das Feldschlösschen-Logo und unmittelbar darunter in kleinerer Schrift der Produktname «Schlossgold» sowie in grosser Schrift der Slogan «das Leben macht durstig» und zu guter Letzt noch der Hinweis «alkoholfrei» eingeblendet wird, da zumindest denjenigen Zuschauern, die Schlossgold als alkoholfreies Bier kennen, wissen, dass es um Werbung für alkoholfreies Bier geht. Rechtswidrig sind demgegenüber die Sekunden 12 bis 28, in welchen Bierflaschen verteilt bzw. Bier in Gläser eingeschenkt wird, ein mit Bier gefülltes Feldschlösschen-Glas im Grossformat erscheint und sichtbar ist, wie die Spieler anstossen. Zudem erscheinen im Hintergrund der Kühlschrank und Harassen mit Feldschlösschen-Logo.» ■

Die Schweiz braucht Piraten

Christian Stärkle

Lic. iur., Präsident Privatrado Suisse, Ersigen

Keineswegs ist es so, wie Denis Barrelet im Editorial von medialex 2/01 schreibt, dass die Unternehmer, welche sich in das Abenteuer Privatfernsehen wagten, wussten, auf was sie sich einliessen. Der Staat bzw. von ihm kontrollierte Unternehmen wie die SRG, Swisscom, Publica Data, Publisuisse etc. haben die Rahmenbedingungen konstant geändert. Unternehmen in der Schweiz müssen sich darauf verlassen können, dass der Staat nicht in den Markt eingreift. Und wenn er dies tut, muss er dies mit einer entsprechenden Übergangsfrist tun. Dem war und ist im Medienbereich nicht so.

Es erstaunt doch sehr, wie Denis Barrelet nun aufgrund der Vorlage des neuen RTVG und der damit verbundenen Forderungen der drei TV-Veranstalter (Wanner, Stäheli und Schawinski) die TV-Realität in sein eigenes, wohl SRG-schützendes, Schema rücken will. Es entspricht der Tatsache, dass die drei Fernsehveranstalter die dannzumaligen Risiken kannten. Es entspricht aber nicht der Tatsache, dass die drei Fernsehveranstalter die künftigen Risiken kannten. Sowohl der Staat wie auch die SRG (öffentlich-rechtlicher Rundfunk und damit im unmittelbaren Einflussbereichs des Staates) haben die Rahmenbedingungen und damit auch die Risiken für die privaten Veranstalter bewusst permanent verändert.

Was 1983 zu Beginn der Privatradiolandschaft noch galt, ist offenbar heute obsolet geworden: «**der Staat mischt sich nicht in den Markt ein**». Er tut dies permanent, so dass jene, welche das Projekt Fernsehen in Angriff nahmen, sich nicht auf einen freien unverzerrten Markt verlassen können. Folgende Spielregeln wurden mit direkter oder indirekter Beteiligung des Staates vorgenommen:

1. Die Werbefenster (RTL, Sat 1, etc.) wurden eingeführt;
2. SF 2 und SF Info entstanden;
3. 2. Programme in der Welschschweiz und im Tessin entstanden;
4. die Forschung durch die Publica Data, welche eine 100%-Tochter der SRG ist, wurde massiv teurer;
5. die Publisuisse, die Vermarktungsfirma von Werbespots der SRG führte am Markt neue Werbetoools (TC 2000 und Mediaoptimizer) ein, bei denen sie einigermaßen mit Erfolg versuchte, die Privaten nicht zu berücksichtigen. Danach legte sie die Preise zum Mitmachen so fest, dass sie durch die Privaten nahezu unerschwinglich sind;
6. die Swisscom erhöhte im Zusammenhang mit der Privatisierung die Preise für die Verbreitung um ein Mehrfaches, da sie das Geld dafür aus den Gebühren nicht

mehr erhält. Der Gebührenanteil zur Verbreitung der Programme landete vollumfänglich bei der SRG.

Aus dieser Aufstellung ist ersichtlich, dass der Staat die Rahmenbedingungen des Marktes permanent verändert hat. Bei einer derartigen Konstellation und einem derartigen Verhalten von öffentlich-rechtlichen Unternehmen **muss von einer Marktbeeinflussung durch den Staat gesprochen werden**. Auch wenn dies offenbar weder der Lehre noch der Politik passen will. Ob die SRG im internationalen Vergleich im Überfluss lebt oder nicht, hat hiermit nichts zu tun. **Sicher ist nur, dass in keinem Land der Welt der öffentlich-rechtliche Rundfunk sechs Fernsehkanäle betreibt**. Insofern spielt die SRG wohl nie in der zweiten Liga.

Gerade die privaten TV-Stationen haben unter schlechten und sich ständig veränderten Bedingungen den Tatbeitrag erbracht, dass sie Fernsehen machen können und dass das Fernsehpublikum die neue Fernsehlandschaft will. Die Fernsehunternehmer sind in Sachen Erhaltung der Medienvielfalt in die Vorleistung gegangen. **Dafür die Unternehmer mit ständig veränderten Marktbedingungen strafen zu wollen, ist einfach falsch**. Was den viel gerühmten und arg strapazierten Begriff «Service public» anbelangt, sei Bundesrat Leuenberger zitiert, der festhielt, dass die Privaten und Lokalen sehr viel zum Service public beitragen.

Wenn der Staat die Rahmenbedingungen des Marktes dauernd verändert, so hat er auch für einen adäquaten Ausgleich zu sorgen. Dieser heisst: **Neuverteilung der Gebühren**. Gesetze sind nicht statisch. Auch sie unterliegen gesellschaftlichen Veränderungen. Offenbar will aber weder Lehre noch Staat dies einsehen. Da bleibt nur die Alternative in Piratenmanier auf sich aufmerksam zu machen. Die Schweiz scheint offenbar aus der Pizzo Groppe-zeit um Radio 24 nicht lernen zu wollen. ■

UBI statt Beirat?

Kurt Nüssli

Dr. phil., Leiter Geschäftsstelle SRG idée suisse Deutschschweiz, Zürich

Gebühren verlangen nach Rechenschaft. Muss dafür aber eine staatliche Instanz wie ein Beirat geschaffen oder, wie Pierre Rieder in *medialex* 2/01 meint, die Unabhängige Beschwerdeinstanz eingesetzt werden? Wir zweifeln daran. Die Gebühren kommen nicht vom Staat. Jeder und jede zahlt sie. Und jeder und jede kann Mitglied der Trägerschaft der SRG SSR idée suisse werden. Deshalb glauben wir, dass die Überprüfung der Programmleistungen des Service public in der Trägerschaft der SRG SSR – bei ihren Publikumsräten – ganz gut aufgehoben ist.

Ziele der RTVG-Revision sind ein leistungsfähiger Service public in Radio und Fernsehen und mehr Freiheiten für andere Veranstalter. Auf Seiten des Service public soll eine starke SRG SSR idée suisse einen umfassenden gesetzlichen Programmauftrag erfüllen und dafür – neben kommerziellen Einnahmen – den Hauptteil der Gebühren erhalten. Wer über Gebühren verfügt, muss Rechenschaft ablegen. Eine offene Frage ist, wie dies geschehen soll.

Der RTVG-Entwurf setzt auf einen vom Bundesrat gewählten Beirat von 9-11 (Miliz-) Personen, welcher überprüfen soll, ob die SRG SSR ihren Programmauftrag erfüllt. Mit Pierre Rieder zweifeln auch wir an dieser Lösung. Auch uns scheint fraglich, ob ein derartiges zentrales, gouvernemental bestelltes Organ die Gesellschaft gegenüber der SRG SSR angemessen repräsentieren kann.

Pierre Rieder empfiehlt stattdessen die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) als Instanz für die Überprüfung der Service public-Leistungen der SRG SSR. Ist dieses quasi richterliche Gremium dafür aber auch geeignet? Es wird bis jetzt nur auf Beschwerde hin aktiv. Es beurteilt eng umrissene Einzelsendungen oder Sendefolgen und nicht ganze Sendegefässe, ganze Programme oder die gesamte Programmpalette. Und vor allem achtet es – in seinem erkenntnisleitenden Interesse an justiziablen Tatbeständen und angesichts eines Rechtswegs, der zum Bundesgericht führt – viel mehr auf Verletzungen schützenswerter Rechtsgüter als auf den positiven Beitrag einer Sendung zur Erfüllung erwünschter Leistungen. Eine Rückkoppelung des Service public in Radio und Fernsehen an die Bedürfnisse der Gesellschaft können wir uns von einem so ausgerichteten Gremium nur schwer vorstellen.

Die Beiratsidee und die Variante UBI beruhen beide auf der Vorstellung, der Dialog zwischen Gesellschaft und Service public müsse von Staates wegen veranstaltet werden. Sie übersehen, dass diese Funktion schon heute ohne Zutun des Staates wahrgenommen wird. Publikumsforschung, professionelle Selbstkontrolle, Medienkritik, Ombudsstellen, autonome Qualitätssicherungsinstitutionen, universitäre Forschung, etc. geben dem Programm-

schaffen im Service public auf vielfältige informelle Weise gesellschaftlich Halt und Orientierung.

Auch in institutionalisierter Form findet der Dialog schon statt. In der SRG SSR gibt es nicht weniger als fünf Publikumsräte, die sprachregional und für SRI die Funktion der gesellschaftlichen Programmbegleitung wahrnehmen. In diesen engagieren sich gegen 100 gewählte Vertreterinnen und Vertreter des Publikums. Sie führen in Milizarbeit aufgrund persönlicher Programmebeobachtung den Dialog mit den Verantwortlichen. Hinzu kommen die Programmkommissionen der Mitgliedsgesellschaften, die den institutionalisierten Dialog über die Programme der SRG SSR abrunden. Was hier an Meinungen zusammenkommt, spiegelt die Ansprüche der Gesellschaft an den Service public besser als ein einziges zentralistisches Organ des Bundes von neun bis elf ‚eminent persons‘ oder eine juristisch zu arbeiten gewohnte Aufsichtsinstanz wie die UBI.

Die Publikumsräte sind zwar Teil der SRG SSR-Struktur, als Gremien der Trägerschaft aber in jeder Beziehung sowohl vom Management als auch vom Staat unabhängig. Die Wahl der Mitglieder ist breit abgestützt. In der deutschen Schweiz wird mehr als die Hälfte von den Basisorganisationen gewählt – zumeist in Generalversammlungen, die übrigen von Trägerschaftsgremien auf Stufe Sprachregion. Damit ist die gesellschaftliche Abstützung und Verankerung dieser Leute breiter und von (partei-) politischen Überlegungen weniger beeinflusst als bei einem allein vom Bundesrat gewählten Beirat oder bei der UBI.

Unser Fazit: Auf einen vom Staat eingesetzten und gewählten Beirat, der die Umsetzung des Service public-Auftrags durch die SRG SSR kontrollieren soll, oder auf eine entsprechende Aufgabenstellung an die UBI ist zu verzichten. Die Publikumsräte der SRG SSR, die als Teil der breit abgestützten, föderalistisch aufgebauten, für alle Gebührenzahlerinnen und Gebührenzahler offenen Trägerschaft vom Management und vom Staat gleichermaßen unabhängig sind, können die notwendige gesellschaftliche Begleitung und Einbindung des Service public letztlich besser wahrnehmen. ■

Adapter le droit suisse aux besoins du commerce électronique

Thème de la rencontre du Forum Suisse pour le Droit de la Communication, du 22 mai à Berne: les propositions de révision du code des obligations (CO) et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, réunies dans le projet de loi fédérale sur le commerce électronique, mis en consultation le 17 janvier 2001, avec le projet de loi sur la signature électronique (qui avait aussi fait l'objet d'une manifestation du SF le 2 mai à Zurich).

Le débat, mené par le professeur. R. H. Hilty, réunissait J. Beglinger, ABB, M. Berger, EPFZ, A. Brunner, juge cantonal, Zurich, G. Bühler, avocat, le professeur M. Lehmann, Munich, P. Neuenschwander, SWICO, le professeur I. Schwenzer, Bâle, Ch. Stocker, UBS, R. Waldacher, Migros.

Partie générale du CO: pour les professeurs Schwenzer et Lehmann, le projet va dans le bon sens, mais il n'est pas encore assez eurocompatible. Dans le débat, une grande attention est portée à l'art. 7 du projet: l'envoi de tarifs, notamment par voie électronique, ne constitue pas une offre de contracter, à l'inverse du fait de proposer un bien ou un service avec indication de prix. Pour P. Neuenschwander, cela n'est pas conforme à la pratique; pour M. Lehmann, le surfeur n'est pas animé par la même volonté de contracter que lorsqu'il se rend dans un magasin. La principale divergence avec le droit communautaire réside dans l'absence de contrôle des conditions générales, ce qui est critiqué.

Partie spéciale du CO: Selon l'art. 197 al. 3 du projet, le vendeur répond aussi des qualités que le producteur a attribuées au produit dans des déclarations publiques, à moins qu'il ne démontre qu'il ne connaissait pas ces affirmations ou les a rectifiées. I. Schwenzer critique l'absence de recours, à l'inverse de ce qui est prévu par le droit communautaire. Pour M. Berger, cette disposition restera lettre morte au vu des moyens donnés au vendeur pour s'en sortir. Pour A. Brunner, la disposition n'est pas une nouveauté en droit suisse. L'art. 210 du projet, qui étend l'action en garantie pour les défauts d'un à deux ans, fait lui aussi l'objet de critiques, en relation surtout avec l'art. 199 du projet, qui n'autorise pas de réduire le délai pour les ventes à un acheteur pour son usage personnel et familial. Cela est en contradiction avec la pratique pour les ventes d'occasion, par exemple, selon G. Bühler. Mais, fait remarquer le professeur Schwenzer, dans les pays anglo-saxons, les délais sont encore plus longs.

Contrats à distance: les nouvelles normes (art. 40 a-h) sont intégrées à celles portant sur les contrats par démarchage. Définis comme des contrats conclus sans que les

parties aient été physiquement en présence et où le fournisseur agit dans le cadre d'un système de communication utilisant une ou plusieurs techniques de communication à distance, les cas où l'utilisation d'un moyen de communication à distance est occasionnelle sont exclus. Les participants à la table ronde le regrettent, le besoin de protection du consommateur restant le même. Tout aussi regrettable, la violation de l'obligation d'informer de l'art. 40d du projet qui reste sans sanction, sauf que le délai de révocation dans un délai de 7 jours ne commence pas à courir. Selon le projet, le délai de révocation commence à courir dès que l'acquéreur a proposé ou accepté le contrat (et non, comme en droit communautaire, à l'exécution du contrat); mais cela s'explique par le souci de protection contre des conclusions hâtives de contrats. Les avis sont partagés sur l'art. 40g du projet, par lequel, en cas de révocation, il y a remboursement des prestations reçues et obligation, pour l'acquéreur qui a fait usage de la chose, de payer un loyer. Le catalogue des cas où la révocation est exclue, selon l'art. 40f du projet, est trop étroit pour certains. Enfin, la question générale est posée: ces contrats doivent-ils être assimilés au démarchage? Argument contre: dans l'e-commerce, l'initiative reste au surfeur. Argument pour: la facilité et la rapidité des transactions pouvant mener à des décisions irréfléchies. L'inobservation des devoirs particuliers d'information en e-commerce est traitée sous l'angle du droit de la concurrence déloyale; c'est aussi une différence d'avec le droit communautaire, mais qui peut se justifier, selon M. Berger, mais les informations requises ne sont pas les mêmes que celles du CO (art. 40d al. 1^{er} lit. a du projet).

Faut-il renvoyer ce projet à l'expéditeur? Tous se réjouissent que des mesures soient prises pour renforcer la protection des consommateurs; pour les critiques de détail, la suite des travaux montrera si elles seront prises en compte. Une commission d'experts? Cette voie aurait permis d'examiner si, en lieu et place de modifications ponctuelles, une révision générale aurait dû être entreprise, abordant aussi la responsabilité du fournisseur et les questions de droit international privé, puisque l'e-commerce est avant tout sans frontière. ■

Denis Barrelet/Willi Egloff: Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

Stämpfli Verlag, 2. überarbeitete Auflage,
Bern 2000, 363 Seiten

Ein Standardwerk wie der Urheberrechtskommentar von Denis Barrelet und Willi Egloff bedarf eigentlich keiner Vorstellung; er hat sich in der Praxis längst etabliert und gehört zur Handbibliothek eines jeden, welcher mit urheberrechtlichen Fragen befasst ist.

Im Hinblick auf die 2. Auflage haben sich die Autoren der Aufgabe gestellt, Lehre und Rechtsprechung aufzuarbeiten, soweit sie ihnen Ende März 2000 zugänglich war. Trotz der Fülle des zu verarbeitenden Materials verliert das Werk jedoch nie den Charakter eines Handkommentars, welcher den raschen Einstieg in ein urheberrechtliches Problem ermöglicht. Dank dieser redaktionellen Disziplin ist das Werk tatsächlich nicht nur für Juristen sondern auch für interessierte Laien geeignet.

Die rasante Entwicklung des Urheberrechts wird weitergehen, insbesondere auch im Bereich der Online-Nutzungen. So finden sich erste Entscheide, welche andeuten, dass das Internet z.B. den Eigengebrauchstatbestand (Art. 19 URG) aus den Angeln hebt. Ein Vorentwurf für eine relativ umfassende Revision liegt bereits vor; auch wenn dessen Diskussion sehr kontrovers verläuft, steht der Anpassungsbedarf fest. Es bleibt daher zu wünschen, dass Denis Barrelet und Willi Egloff ihr Werk auch zukünftig nachtragen werden, im Interesse der Juristen, der Kulturschaffenden sowie der Urheberrechtsnutzer.

PROF. DR. EUGEN MARBACH, BERN

Roundtable on Electronic Commerce and Private International Law en septembre 1999 à laquelle participaient plus de 100 experts représentant tous les secteurs concernés par le commerce électronique. Des recommandations ont été publiées suite à cette conférence et sont annexées à cette contribution. L'auteur expose ensuite la problématique du choix du for, de même que celle du droit applicable aussi bien dans les opérations entre opérateurs commerciaux («*business-to-business transactions*») que dans celles destinées aux consommateurs privés («*business-to-consumer transactions*»). Cette contribution est complétée par une bibliographie et une liste de références de sites Internet qui pourront se révéler fort utiles pour le praticien.

Sous le titre «*Le droit des marques et Internet*», Nathalie Tissot présente les problèmes liés à Internet relevant exclusivement du droit des marques. Dans un premier temps, elle se penche sur les origines du problème, soit notamment qu'il n'y a, à l'heure actuelle, pas de lien entre le système d'enregistrement des marques et celui d'attribution des noms de domaine, que le principe de la spécialité est inconnu dans le monde des noms de domaines puisqu'il est toujours régi par le principe «*premier arrivé, premier servi*» et que les organismes chargés de l'attribution des noms de domaine n'ont pas de pratique unique. L'auteur se penche ensuite sur le rapport final que l'OMPI a rendu le 30 juin 1999 concernant le processus de consultation sur les noms de domaine de l'Internet. Il en résulte les recommandations suivantes: meilleur contrôle à l'enregistrement, introduction d'une procédure administrative obligatoire et supranationale contre l'enregistrement abusif de noms de domaine, amélioration de la protection des marques renommées et notoires. Finalement est traitée la question de la protection des signes distinctifs avec de nombreux exemples jurisprudentiels: y a-t-il ou non risque de confusion? Y a-t-il violation du droit des marques par l'utilisation de noms de domaine sur Internet?

.....

**Kaufmann-Kohler/Tissot/Ober-
son/Jaccard: Aspects juridiques du
commerce électronique**

Sous la direction de Vincent Jeanneret.
(Publications du Centre d'études juridiques
européennes), Editions Schulthess, Zurich
2001, 162 pages

L'Association genevoise du Droit des Affaires a récemment consacré un séminaire aux aspects juridiques du commerce électronique. Au vu du vif succès rencontré par cette journée, il lui est paru utile de rassembler dans un ouvrage les contributions des différents intervenants.

Dans la première contribution, Gabrielle Kaufmann-Kohler traite de manière détaillée les questions délicates de for compétent et du droit applicable en cas de litige sous le titre «*Choice of court and choice of law clauses in electronic contracts*». Elle présente, tout d'abord, une vue d'ensemble des différentes clauses que l'on peut trouver sur des sites commerciaux avec de nombreuses références web. Les différents problèmes découlant du caractère international des contrats électroniques ont été posés à la Geneva

Xavier Oberson se penche ensuite sur «*les problèmes fiscaux posés par le développement du commerce électronique*», sujet peu traité à ce jour par la doctrine. Alors que le commerce se faisait traditionnellement par la voie traditionnelle du transfert physique des biens et des services, le commerce électronique aujourd'hui se joue des frontières et ne se soucie guère du principe de territorialité qui a prévalu jusqu'alors en matière fiscale. L'auteur présente ainsi, de manière générale, l'impact du commerce électronique sur le système fiscal, notamment en ce qui concerne la compétence territoriale de la Suisse d'imposer les entreprises (impôt sur le bénéfice, TVA). Il fait la constatation que les notions traditionnelles de résidence, de source, ou de localisation des prestations sont mises à mal par cette nouvelle forme de commerce. Il apparaît que diverses solutions ont déjà été avancées qui vont de la mise en oeuvre de taxes spécifiques sur le commerce électronique à la modification des règles de répartition internationale du droit d'imposer les bénéfices du commerce électronique. Xavier Oberson estime toutefois qu'il est plus probable que la solution passe par une mise à jour du système fiscal existant. Dans la dernière contribution, Michel Jaccard, traite de la «*Forme, preuve et signature élec-*

tronique». Il présente tout d'abord les différents types d'exigences de forme en droit suisse qui ne semblent pas outre mesure problématiques pour l'efficacité juridique du commerce électronique en Suisse puisqu'elles ne touchent pas la majorité des contrats qui pourraient s'y former. Dès lors, la preuve de telles transactions doit être faite selon le principe général de la libre appréciation des preuves qui prévaut partout en Suisse, c'est pourquoi les techniques d'authentification apparaissent aujourd'hui comme indispensables. L'auteur se penche ensuite de manière détaillée sur la technique d'authentification qui a actuellement la faveur des acteurs commerciaux, l'infrastructure à clé publique, et qui, partant, fait l'objet de plusieurs projets de réglementation tant au niveau national qu'international. Il examine également les différentes relations juridiques au sein d'une infrastructure à clé publique, soit la transaction commerciale de base, la relation entre le titulaire d'un certificat et l'autorité de certification, ainsi que la relation entre celui qui se fie à un certificat électronique et l'autorité de certification. Enfin, il commente article par article l'ordonnance du Conseil fédéral du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (OSCert), avant tout destinée à réglementer le cadre de l'infrastructure à clé publique en Suisse sur le

plan technique et qui n'est qu'une première pierre d'un futur ensemble cohérent de textes juridiques.

PIERRE VUILLE, AVOCAT, GENÈVE

Livres & revues

.....
Bücher & Zeitschriften

.....
**Annette Schneider: Verträge über
Internet-Access**

Verlag Ch. Beck, München 2001,
333 Seiten.

Standard-Verträge über Internet-Nutzung, inkl. Webhosting und e-Mail-Dienst beherrschen das Massengeschäft mit nicht-kommerziellen Endnutzern. Die vorliegende Dissertation beschreibt die Grundlagen für eine rechtliche Bewertung der häufigsten Internet-Leistungen und behandelt die häufigsten Fehlerquellen. Das Buch beinhaltet eine verständliche Erklärung des technisch-funktionalen Hintergrundes und der ISP-Zusammenarbeit. Es analysiert die gängigen Vertragsformulierungen und Interessenlagen und typisiert Vertragsleistungen. Ausserdem geht der Band auf die rechtliche Behandlung von typischen Fehlerquellen ein und bietet im Anhang eine Sammlung marktüblicher AGB. ■