

## Zurück zu MEDIA

### Ein Thema der neuen bilateralen Verhandlungen mit der Europäischen Union

Marc Wehrlin

Fürsprecher, Leiter der Sektion Film, Bundesamt für Kultur, Bern

In der europäischen Filmkulturpolitik war die Schweiz ursprünglich ganz vorne dabei: Christian Zeender, der damalige Leiter der Sektion Film im Bundesamt für Kultur, war ein Mitinitiant des Herstellungsfonds *Eurimages* des Europarates. Und obwohl er von den MEDIA-Programmen der Europäischen Kommission weniger überzeugt war, machte die Schweiz ganz früh bei *efdo*, dem ersten Verleihförderungsprogramm der EU mit.

Die Schweiz war sogar das erste Nicht-EU-Land, das Vollmitglied der MEDIA-Programme wurde. Aber wenige Monate später kam der 6. Dezember 1992 und in den ersten Januartagen des Folgejahres war die Herrlichkeit vorbei: Die Schweiz wurde hochkant rausgeworfen und mehrere Jahre war es nicht einmal möglich, normale aussenpolitische Beziehungen mit den Verantwortlichen der audiovisuellen Kultur- und Wirtschaftspolitik in Brüssel zu pflegen.

#### Was fördert MEDIA?

Auf den 1. Januar 2001 traten MEDIA Plus und MEDIA Fortbildung in Kraft, ein zweites Mal mit erhöhtem Budget: Das wiederum auf fünf Jahre ausgelegte Förderungsprogramm investiert neu 400 Mio. Euro in die Entwicklung von europäischen Filmprojekten und den Verleih und Vertrieb von europäischen Werken im audiovisuellen Sektor. Weitere 50 Mio. Euro stehen für die Weiterbildung der Filmschaffenden und des audiovisuellen Sektors, namentlich in den Bereichen neue Technologien und *business* Kenntnisse zur Verfügung. MEDIA unterstützt weiter europäische Filmfestivals.

#### Beiderseits Nachteile beim Absichtsstehen

Spielfilme entstehen in europäischer Koproduktion. Die wichtigen Partnerländer des Schweizer audiovisuellen Sektors sowie des Schweizer Filmschaffens sind Mitglieder der EU. Da die MEDIA-Gelder bei einer Koproduktion mit der Schweiz wegfallen, werden Koproduktionen zwischen der Schweiz und EU-Mitgliedstaaten wesentlich erschwert. Mit den Ersatzmassnahmen, die das Bundesamt für Kultur mit einem gesonderten Kredit durchführt, kann der Ausfall teilweise auf der schweizerischen Seite, nicht aber bei den Koproduktionspartnern aufgefangen werden, für die somit koproduzieren mit einem Schweizer Partner weniger attraktiv und umständlicher ist. Was die Aus- und Weiterbildung bei europäischen Instituten betrifft, haben wir zwar im Rahmen der verbesserten Beziehungen mit den MEDIA-Verantwortlichen erreicht, dass die Schweizer Filmschaffenden wieder teilnehmen dürfen, aber zu schlechteren Bedingungen.

Aus diesen Gründen ist das Interesse der Filmbranche und des audiovisuellen Sektors an einem Wiederbeitritt zu MEDIA evident. Das Schweizerische Filmschaffen soll in Europa wieder mehr Beachtung finden und konkurrenzfähiger sein. Dieses Ziel verfolgt der Bundesrat mit der Dynamisierung der Filmkulturpolitik und des audiovisuellen Sektors, wie sie in der Totalrevision des Filmgesetzes (Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur) dem Budget 2002 und den Finanzplänen 2003/2005 Niederschlag gefunden haben.

**Résumé:** *La Suisse était le premier pays n'appartenant pas à l'Union européenne qui prit pleinement part aux différents programmes MEDIA de celle-ci. A vrai dire, pour quelques mois seulement. Après la votation de 1992 sur l'EEE, la Suisse a été expulsée des programmes européens d'encouragement de la production cinématographique. Les Suisses étaient dès lors exclus des programmes d'encouragement aux projets, à la distribution et à la formation. Le 1<sup>er</sup> janvier 2001, après MEDIA I et MEDIA II, MEDIA plus est entré en action, doté une fois encore de moyens supplémentaires. Il est probable que la Suisse puisse maintenant prendre part à MEDIA plus par une association. Dans les déclarations finales des accords bilatéraux, les deux parties ont manifesté leur intérêt à un rapid retour de la Suisse. Les négociations sont en préparation depuis le printemps. Ce n'est pas l'objet de celles-ci qui pose des difficultés, mais plutôt l'environnement.*

**Zusammenfassung:** Die Schweiz war das erste Nicht-EU-Land, das voll an den Media-Programmen der Europäischen Union teilnehmen konnte. Allerdings nur für wenige Monate: Nach der EWR-Abstimmung 1992 wurde die Schweiz im hohen Bogen aus den Filmförderungsprogrammen der EU rauskatapultiert. Die Schweizer/innen waren von der Förderung von Projektentwicklung, Distribution und Ausbildung ausgeschlossen. Auf MEDIA I folgte das aufgestockte MEDIA II. Seit 1. Januar läuft MEDIA plus, wiederum mit erhöhten Mitteln. Jetzt besteht Aussicht, dass die Schweiz bei MEDIA plus in Form einer Assoziation mitmachen kann. In der Schlusserklärung der bilateralen Verhandlungen erklären EU und die Schweiz übereinstimmend ihr Interesse an einem raschen Wiedereintritt der Schweiz. Seit Frühjahr werden die Verhandlungen vorbereitet. Schwierigkeiten bietet nicht so sehr der Verhandlungsgegenstand selber, denn das Umfeld. Dossiers wie der Zollbetrug oder die Zinsbesteuerung oder die laufenden WTO-Verhandlungen im Dienstleistungssektor haben ihre Auswirkungen.

Die Mitgliedstaaten der EU sind an einem vollwertigen Koproduktionspartner Schweiz ebenfalls interessiert, da die Produzenten der jeweiligen Länder durch das Abseitsstehen der Schweiz wie oben dargelegt ebenfalls behindert sind. Dies gilt besonders für die Länder, mit denen uns eine gemeinsame Sprache verbindet und die deshalb ein besonderes Interesse an Koproduktionen mit der Schweiz haben: Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und Österreich.

Durch das Abseitsstehen der Schweiz sind auch die europäischen Filme benachteiligt, die nicht mit der Schweiz koproduziert werden. MEDIA unterstützt mit Verleihhilfe die europäischen Filme und die audiovisuelle Produktion, die nicht die Nationalität des Landes haben, für das MEDIA-Unterstützung verlangt wird. Durch den Wiederbeitritt der Schweiz zu MEDIA würde somit in unserem Land der Verleih von europäischen, nicht-schweizerischen Filmen besser gefördert.

### Beiderseits Wiedereintritt gewünscht

Die Europäische Kommission und die Schweiz planen einen Wiedereintritt der Schweiz MEDIA plus. In einer gemeinsamen Erklärung zum ersten bilateralen Paket haben die EU und die Schweiz erklärt, sie wollten die Beteiligung an den audiovisuellen Programmen rasch nachverhandeln. Der Punkt gehört wie die Statistik, die Bildung, die Umwelt etc. zu den sieben sog. «left overs» der ersten Runde, die das erste Paket gleichsam abrunden sollen. Damit sollte eigentlich ein rasches Verhandlungsergebnis möglich sein, zumal die Beschlüsse des Europäischen Rates zu den MEDIA Programmen die Möglichkeit der Beteiligung der Länder, die wie die Schweiz die Konvention des Europarates «Fernsehen ohne Grenzen» unterschrieben haben, ausdrücklich vorsieht und die Bedingungen klar nennt: Das Rundfunkrecht muss dem Standard der EU-Richtlinie «Fernsehen ohne Grenzen» entsprechen. Hauptsächlichster Verhandlungspunkt dürfte der finanzielle Beitrag der Schweiz sein.

Da aber das Prinzip gilt, dass Schweizer Gesuche solange gefördert werden, als das Schweizer Geld minus Verwaltungskosten reicht, haben wir kein Interesse daran, einen zu geringen Beitrag zu zahlen. Richtlinie dürfte der Beitrag sein, den die Schweiz an das Kapital von Eurimages zahlt. Dort ist die Schweiz mit knapp fünf Prozent beteiligt. Somit würde der Schweizer Beitrag an MEDIA um die fünf Prozent des Budgets kreisen. Schliesslich ist die Komitologie zu regeln, d.h. die Mitsprache- oder Mitwirkungsrechte im Beobachterstatus, den die Assoziation bringen würde.

### Störfaktoren

Ganz einfach ist es trotzdem nicht. Der Bundesrat hat getreu der gemeinsamen Erklärung das Verhandlungsmandat formell erteilt. Dieser Schritt steht aus Brüssel noch aus. Die Schweiz hat in einer Eingabe ausführlich dargelegt, dass das Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) eurokompatibel ist. Die EU-Kommissarin für Kultur, Bildung und Medien, Viviane Reding, hat bei einem Besuch bei Bundespräsident Leuenberger und Bundesrätin Dreifuss zweifach erklärt, dass die Interessenlage beidseitig gleich sei und die Überprüfung des Schweizer Fernsehrechts keine Probleme stellen sollte, obwohl das RTVG formell die Quotenregelung der EU – die auch unter den Mitgliedstaaten umstritten ist – nicht kennt, aber auf anderem Wege zum selben Ergebnis kommt. Die Fernsehprogramme der SRG SSR idée suisse erfüllen den vorgeschriebenen Anteil europäischer Sendungen.

Beim erwähnten Besuch wurde auch die Frage geklärt, ob das geltende Rundfunkrecht oder das künftige als Referenz gelten solle. Man einigte sich auf das geltende Recht. Der Ausgang der Revision des RTVG ist noch zu ungewiss. Es wird damals der künftigen Richtlinie «Fernsehen ohne Grenzen» zu genügen haben, mit deren Überarbeitung Kommissarin Reding im nächsten Jahr beginnt. Dabei liess sie ausdrücklich offen, ob die ab 2004 gültige EU-Richtlinie noch Quoten europäischer Werke vorschreiben werde.

Auch wenn das Schweizerische Rundfunkrecht dem *acquis communautaire* entspricht, schützt uns natürlich nichts

davor, wenn die Kommission auf Zeit spielen will und formalistisch tun will. Dieser Versuchung könnte sie aus folgenden Gründen erliegen:

Verhandlungsgegenstand der zweiten Runde sind nicht nur die «left overs», sondern drei weitere Gebiete. Die EU drängt auf eine rasche Regelung der Bekämpfung des Zollbetrugs und will, dass sich die Schweiz in Sachen Besteuerung der Zinserträge der bevorstehenden EU-Harmonisierung anschliesst. Die Schweiz hat das Thema Beitritt zum Schengener-Dublin-Abkommen auf den Verhandlungstisch gebracht. Zwar sind die zehn Punkte nicht so eng zu einem alles sich gegenseitig bedingenden Paket geschnürt wie der erste Verhandlungskorb, aber namentlich die Schweiz hat darauf gedrängt, dass nicht nur einzelne Punkte aus den «leftovers» herausgegriffen und die Punkte, die die EU – die wohl auch in dieser Runde der stärkere Part ist - besonders interessieren, favorisiert verhandelt werden. Das Ganze ist ein Balanceakt.

Einzelne Dossiers bergen einige Knacknüsse. Zwar will die Schweiz beim Zollbetrug vorwärts machen, aber über das Wie herrschen unterschiedliche Auffassungen. Dass die Zinsbesteuerung politisch heikel ist, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Und was Schengen betrifft, moniert die Kommission, sie lese aus den Schweizer Medien namentlich von den Kantonen kritische Töne, die den schweizerischen Willen zu einem Schengener-Mitmachen in Frage stellen.

Letztlich lässt sich nicht verkennen, dass, auch wenn die Schweiz immer von einer Gleichberechtigung der zehn Verhandlungspunkte spricht, in der Wirtschaft, der Bundesverwaltung und in der Politik, wenn es darauf ankommt, die verarbeiteten Agrarprodukte oder Steuerfragen ein grösseres Gewicht haben als das Wohlergehen des Schweizer Films. Economie suisse hat

denn auch bezeichnenderweise bei der Konsultation vor Verabschiedung der Verhandlungsmandate durch den Bundesrat lakonisch mitgeteilt, für sie sei der MEDIA-Beitritt wenig prioritär. Film ist kein wahrgenommener Wirtschaftsfaktor und die Filmbranche nicht Mitglied bei «Economie suisse»...

Letzter externer Störfaktor sind die laufenden Liberalisierungsverhandlungen im Dienstleistungssektor bei der WTO. Die Schweiz hat ein Diskussionspapier unterbreitet, das anregt zu prüfen, ob nicht innerhalb des GATS Schutzregeln für die audiovisuelle Kulturpolitik – Stichworte: kulturelle Vielfalt, *service public* – definiert werden könnten. Dieses Papier hat die EU-Kommission verstimmt, obwohl die Haltung der EU zu den Verhandlungen gar noch nicht definiert ist und bisher auch von EU-Seite verkündet wurde, kein Bereich der Dienstleistungen sei *a priori* von den Liberalisierungsverhandlungen ausgeschlossen. Die Kommission behauptet unentwegt, mit der Einladung zum Dialog habe die Schweiz den Grundsatz der kulturellen Vielfalt preisgegeben, obwohl im Schweizer Papier ausdrücklich das Gegenteil postuliert wird. Auch die Schweiz hat kein Interesse an einer WTO-Liberalisierung des audiovisuellen Sektors. Der taktische Ansatz ist anders: Wir glauben nicht, dass sich die Audiovision auf längere Frist aus der WTO ausklammern lässt. Sie ist es an und für sich auch nicht, da es die viel beschworene «exception culturelle» in der Uruguay-Runde eben nicht gegeben hat. Will man die europäische Kulturpolitik beibehalten und entwickeln, wird man Schutzklauseln entwickeln müssen, die auch für die WTO Geltung haben. Bloss Erklärungen der UNESCO zur kulturellen Vielfalt bilden auf die Dauer ein ungenügendes Bollwerk.

Fazit: Eine einfache Verhandlungssache wird kompliziert, wenn sie in ein entsprechendes Umfeld gerät. Vor Jahresende sollte die formelle Aufnahme der Verhandlungen geschehen. Über den Abschluss des an und für sich einfachen Dossiers lässt sich heute nichts Verbindliches aussagen. ■

# Pornographie dure et représentations de la violence: deux nouvelles incriminations

Ursula Cassani et Stéphane Werly

Professeure de droit pénal / assistant à l'Université de Genève

**Zusammenfassung:** Die neuen, vom Parlament beschlossenen Artikel 135 und 197 StGB sind nicht über alle Kritik erhaben. Man kann sich fragen, ob es wirklich notwendig war, den Besitz von harter Pornographie oder Gewaltdarstellungen unter Strafe zu stellen, wenn zur Herstellung der Bilder keine Gewalt angewendet worden ist (z.B. gespielte Gewaltdarstellungen durch erwachsene Schauspieler). Auch der Einbezug des Internets ist problematisch. Sicherlich wird man nicht den Internetbenützer bestrafen, der zufälligerweise auf eine illegale Seite gestossen ist. Damit man von einem strafbaren Besitz sprechen kann, bedarf es eines aktiven Herunterladens auf den eigenen Computer. Einige Programme speichern Temporärdateien auf die Festplatte - ein Umstand, der nicht allen Benutzern bekannt ist. Dies zeigt das Unbefriedigende an der Unterscheidung.

Le 5 octobre 2001, les Chambres fédérales ont adopté une révision du code pénal suisse instaurant la punissabilité de la possession de pornographie dure et de représentations illicites de la violence (FF 2001, 5483 s.), comblant par là un interstice dans la répression qui constituait une lacune intolérable aux yeux des uns, un espace de liberté indispensable aux yeux des autres.

On se souviendra que l'idée de créer une base légale permettant de punir le détenteur de certaines formes de pornographie dure remonte à une initiative von Felten (BOCN 1996, 909 ss.), puis à une motion Béguin (BOCE 1997, 149 s.). En mai 2000, le Conseil fédéral soumit aux Chambres un projet de révision complétant les deux infractions sœurs que constituent la pornographie dure et la représentation illicite de la violence d'un nouvel alinéa visant celui «qui aura acquis, obtenu d'une autre manière ou possédé» les objets ou représentations incriminés (art. 197 ch. 3<sup>bis</sup> et 135 al. 1<sup>bis</sup> CP; FF 2000, 2769 ss.). Au terme de débats très succincts et moyennant quelques modifications sur lesquelles nous reviendrons, ce projet a été adopté à l'unanimité par le Conseil national et avec une seule opposition au Conseil des Etats.

Le but poursuivi par la répression de la possession consiste, selon le message du Conseil fédéral, à lutter contre la propagation de certains produits illicites en agissant sur la demande. Il est, toutefois, permis de se demander si les nouvelles incriminations sont adéquates au regard de ce but, tant sous l'angle de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression que sous celui de leur aptitude à

saisir de manière égale tous les comportements qui méritent de l'être.

## Quelles représentations?

La question la plus controversée, tout au long de la procédure d'élaboration de la norme, fut celle du contenu des illustrations dont la détention devait être interdite. Le texte proposé par Mme von Felten se limitait à la pornographie mettant en scène des enfants. M. Béguin, quant à lui, entendait aller beaucoup plus loin, en soumettant toutes les formes de pornographie dure au même régime: le consommateur de pédopornographie était ainsi mis sur un pied d'égalité avec celui d'illustrations d'actes d'ordre sexuel avec des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence. L'avant-projet du Conseil fédéral reprit cette perspective large, à laquelle il ajouta encore les représentations d'actes de violence à caractère non sexuel réprimées par l'art. 135 CP. Jugé excessif par une partie des milieux consultés, le texte fut ensuite redimensionné, de sorte que le projet soumis aux Chambres ne visait plus que les représentations de la pédophilie et de la violence, à caractère sexuel ou non (art. 197 ch. 3 ou 135 CP). Enfin, les parlementaires amendèrent encore une fois ce catalogue, en y incluant les actes d'ordre sexuel avec des animaux (BOCE 2000, 912).

Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer les raisons pour lesquelles nous estimons que les intérêts en jeu justifient que le consommateur de pornographie enfantine voie sa liberté d'expression limitée par une norme qui tienne compte de sa responsabilité fondamentale dans l'existence d'un marché qui ne peut être satisfait

qu'au prix de l'exploitation sexuelle des plus faibles (U. CASSANI, *medialex* 1/98, p 27 ss). Cette justification ne vaut, à strictement parler, que pour les illustrations mettant en scène des actes réellement commis sur les enfants, en particulier les photographies, films et vidéos. Cependant, nous concédons que les possibilités technologiques actuelles peuvent rendre la distinction entre les images reproduisant un acte effectivement commis sur un enfant et les images de synthèse malaisée pour le consommateur lui-même et pour la justice pénale qui aura à juger son comportement, de sorte que les difficultés de preuves qui résulteraient d'un texte légal ne visant que les premières justifient qu'on inclue également les secondes. Ne méritent pas le même traitement, en revanche, des œuvres pour lesquelles le risque qu'un enfant ait été exploité dans le processus de fabrication paraît très faible ou inexistant, telles que les écrits ou les bandes dessinées.

Quant à la pornographie violente, par exemple l'illustration d'un viol ou de pratiques sado-masochistes, elle est en règle très générale et à l'instar de la pornographie douce, produite grâce à des acteurs adultes et consentants qui miment des scènes fictives; il en va de même pour les représentations de la violence visées à l'art. 135 CP. Les amateurs de ce genre de matériel ont peut-être des phantasmes déviants; rien ne permet pour autant de dire qu'ils favorisent, par leur comportement, des atteintes contre l'intégrité sexuelle ou corporelle d'autrui. Le même constat peut être fait concernant les illustrations de la bestialité, dont la simple possession aurait dû rester impunie, comme c'est, fort heureusement, le cas des représentations d'actes sexuels comprenant des excréments. En instaurant également la responsabilité pénale du détenteur de pornographie violente et zoophile, le texte légal finalement adopté se révèle disproportionné.

### Quels actes constitutifs?

L'autre enjeu fondamental du processus législatif était la définition de l'acte constitutif de l'infraction. D'après ce qui vient d'être exposé sur le seul but de la norme qui nous paraît légitime, soit la reconnaissance de la responsabilité du con-

sommateur dans l'existence d'un marché portant gravement atteinte aux intérêts des enfants mis à contribution dans le processus de fabrication, il aurait été logique de se référer à un comportement qui favorise le marché.

Dès le début, une orientation différente a été choisie: on s'est attaché à la possession du matériel incriminé, soit à une notion qui suppose l'existence d'un objet corporel, sur lequel l'auteur exerce une maîtrise physique et intellectuelle. Or, il est apparu rapidement que cette définition était trop restrictive au regard des possibilités qu'offre la communication électronique. D'où la formulation proposée par le Conseil fédéral, se référant à l'acquisition ou à l'obtention des représentations, à laquelle les Chambres fédérales ajoutèrent encore les mots «*par voie électronique*» (BOCN 6 juin 2001; BOCE 17 octobre 2001).

D'après le message du Conseil fédéral, la simple consommation ne doit pas être réprimée, «car la consommation en elle-même n'entraîne ni ne maintient la maîtrise effective de l'objet; il n'y a donc pas possession» (FF 2000, 2804). Les parlementaires semblent avoir partagé cette optique, puisque l'un d'entre eux a même affirmé, de manière sans doute excessivement optimiste, que la distinction entre la possession et la consommation ne posait pas de difficultés particulières (BOCE 2000, 907).

Ce raisonnement axé sur la seule idée de la possession physique, même largement comprise, est peu pertinent. Contribue au marché illicite et mérite donc une sanction pénale, celui qui se procure l'accès à un message en fournissant une contre-prestation favorisant le marché, par exemple en payant une place dans un local où est projeté un film, mais non celui qui ne fait que regarder, à titre purement gratuit, une cassette que lui passe un ami au domicile de celui-ci.

Curieusement, la notion de maîtrise effective qualifiable de possession (FF 2000, 2800 et 2804) reste centrale aux yeux du Conseil fédéral en cas d'obtention par voie électronique. Ainsi, celui

**Résumé:** *Les nouveaux articles 135 et 197 du code pénal votés par les Chambres ne sont pas au-dessus de toute critique. On peut se demander s'il était nécessaire de punir la possession de pornographie dure ou de représentations de violence lorsqu'elle porte sur des images dont le tournage, en soi, n'avait rien de punissable (par exemple des actes de violence joués par des acteurs adultes). L'inclusion d'Internet pose aussi des problèmes. Certes, on ne punira pas le simple surfeur qui tombe sur des images illicites. Pour qu'il y ait possession, et donc punissabilité, il faut une maîtrise effective, donc un chargement sur l'ordinateur. Il se trouve que certains programmes prévoient des sauvegardes temporaires sur le disque dur, ce que l'utilisateur peut savoir ou ignorer. La distinction n'est dès lors pas satisfaisante.*

qui télécharge des représentations pornographiques sur ses propres supports de données (disque dur, disquette ou autre moyen de sauvegarde) ou qui les imprime, serait donc punissable, mais non celui qui ne fait que contempler les images proposées par un fournisseur, même si c'est contre paiement. Cette distinction, fondée sur la seule possession, est d'autant plus douteuse que selon le programme utilisé, l'ordinateur peut procéder de manière automatique à une sauvegarde temporaire des données dans un «*cache folder*» sur le disque dur (FF 2000, 2804 ; BOCE 2000,

912), ce que l'utilisateur peut savoir ou ignorer. En tout état de cause, c'est à juste titre qu'il a été souligné, tout au long des travaux préparatoires, que le «*surfer*» qui tombe fortuitement sur un message illicite doit rester non punissable, puisqu'il ne se procure pas intentionnellement l'accès à un message.

Demeure posée, bien entendu, la question de la manière dont la justice pénale surveillera et disciplinera le monde de l'Internet, qui reste largement soustrait à son emprise. ■

# Jugendschutz beim Rundfunk

*Pierre Rieder*

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

Eines der meist diskutierten Themen im Zusammenhang mit dem Rundfunk ist dessen Einfluss auf Kinder und Jugendliche. Im Vordergrund steht dabei das Medium «Fernsehen», das bei diesem Publikumssegment eine hohe Attraktivität genießt. Aus programmrechtlicher Sicht gilt es zu prüfen, ob und allenfalls wie die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen gegen eine mögliche negative Beeinflussung durch elektronische Medien geschützt werden kann.

Der Entwurf zu einem neuen Radio- und Fernsehgesetz (E-RTVG) vom Dezember 2000 sieht in den Programmbestimmungen erstmals eine eigentliche Jugendschutzvorschrift vor. Danach haben Veranstalter «durch geeignete Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass Kinder und Jugendliche nicht mit Sendungen konfrontiert werden, welche ihre körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung gefährden» (Art. 4 E-RTVG). In den Werbe- und Sponsoringbestimmungen des E-RTVG ist vorgesehen, dass Sendungen für Kinder nicht durch Werbung unterbrochen und nicht gesponsert werden dürfen.

## Geltende rechtliche Grundlagen

Die Programmbestimmungen des geltenden Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) und die Ausführungsvorschriften beinhalten keine explizite Bestimmungen zum Schutz der Jugendlichen. Die mit der Programmaufsicht betraute Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) hat in ihrer Praxis eine solche aus dem kulturellen Mandat an Radio und Fernsehen (Art. 3 RTVG) und insbesondere der Bestimmung über die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit (Art. 6 Abs. 1 RTVG) abgeleitet. Demnach sind Sendungen insbesondere dann unzulässig, wenn sie rassistisch sind, zu Gewalttätigkeiten oder zur Verletzung der Menschenwürde

auffordern, grausame bzw. gewaltverherrlichende oder –verharmlosende Darstellungen zeigen, pornographisch sind oder auf andere Weise (z.B. Sprache) Kinder oder Jugendliche sittlich schwer gefährden können. Eine besondere Bedeutung hat die UBI im Zusammenhang mit dem Jugendschutz seit jeher der Ausstrahlungszeit beigemessen.

Das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen untersagt in Artikel 7 Ziffer 2 die Verbreitung von Sendungen, die geeignet erscheinen, die körperliche, geistig-seelische oder sittliche Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen zu beeinträchtigen, wenn anzunehmen ist, dass diese die Ausstrahlung aufgrund der Sendezeit sehen können. Diese Bestimmung des Europaratübereinkommens findet grundsätzlich auch auf Sendungen schweizerischer Fernsehveranstalter Anwendung, soweit diesen ein grenzüberschreitender Charakter zukommt. Inhaltlich geht sie aber nicht weiter als die erwähnte RTVG-Bestimmung über die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit.

Art. 18 Abs. 5 RTVG räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, zum Schutz der Jugend zusätzliche Werbeverbote zu erlassen. Von dieser Möglichkeit hat er aber bisher nicht Gebrauch gemacht. Unzulässig ist laut Art. 15 Abs. 1 lit. e der Radio- und Fernsehverordnung Werbung, welche sich die Leichtgläubigkeit der Kinder oder die mangelnde Erfahrung zunutze macht.

## Aus der Praxis der UBI

Die Praxis der UBI zum Jugendschutz erscheint relativ spärlich, hat in den letzten Jahren aber kontinuierlich zugenommen. Bisher stellte die Instanz in einem Fall eine Verletzung fest. Es ging dabei um einen Dokumentarfilm, der eine auf sadistischen Praktiken spezialisierte Prosti-

**Résumé:** *Le projet de la nouvelle loi sur la radio et la télévision rédigé par le DETEC prévoit pour la première fois une disposition de protection de la jeunesse, selon laquelle les diffuseurs doivent «prendre les dispositions adéquates pour que les enfants et les adolescents ne soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral et social». Dans la perspective des mutations technologiques à venir, il convient de saluer cette formulation large. De plus, elle permet de combler une lacune importante de la législation sur la radiodiffusion. Hormis cette disposition relative aux programmes, il s'agit également de faire figurer dans les prescriptions sur la publicité et le parrainage des restrictions adéquates et facilement applicables en matière de protection de la jeunesse.*

**Zusammenfassung:** Der Departementsentwurf für ein neues Radio- und Fernsehgesetz sieht erstmals einen expliziten Jugendschutzartikel in den Programmbestimmungen vor. Danach haben Veranstalter «durch geeignete Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass Kinder und Jugendliche nicht mit Sendungen konfrontiert werden, welche ihre körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung gefährden». Die offene Formulierung ist im Hinblick auf die sich anbahnenden technologischen Veränderungen zu begrüßen. Gleichzeitig würde durch einen solchen Artikel eine wichtige Lücke in der schweizerischen Rundfunkgesetzgebung geschlossen. Parallel zu dieser Programmbestimmung gilt es auch bei den Werbe- und Sponsoringvorschriften adäquate und in der Praxis leicht durchsetzbare Beschränkungen zum Jugendschutz zu statuieren.

tuierte porträtierte. Die UBI befand, dass der Sendetermin der Erstaussstrahlung (21.30 Uhr) mit dem Jugendschutz nicht vereinbar war, obwohl in der Vorschau und mit einer Einblendung explizit darauf hingewiesen wurde, dass der Film für Jugendliche unter 16 Jahren nicht geeignet sei. In der Sendung wurden wiederholt sadomasochistische Praktiken gezeigt und in den Gesprächen mit der Prostituierten wurden überdies noch drastischere und gewalttätigere Praktiken verbalisiert (vgl. *medialex* 1999, S. 179 ff.).

Die am Nachmittag ausgestrahlte Wiederholung eines Informationsmagazins, welche einen längeren Beitrag über die Prostitution entlang der Autobahn beinhaltete, erachtete die UBI hingegen mit dem Jugendschutz als vereinbar. Es seien nur Bilder ausgestrahlt worden, welche für eine sachgerechte Berichterstattung notwendig waren. Überdies spiele die Ausstrahlungszeit vor allem für Unterhaltungssendungen, nicht aber für eigentliche Informationssendungen eine zentrale Rolle. Auch ein um die Mittagszeit ausgestrahlter Zeichentrickfilm mit einigen Gewaltdarstellungen hat den programmrechtlichen Jugendschutz nicht verletzt. Ausschlaggebend war neben der Form und der besonderen Ästhetik des Trickfilms die Handlung, welche eine Phantasiewelt beschrieb. Die Wirkung einer Sendung auf Kinder und Jugendliche darf nicht gleichgesetzt werden mit derjenigen auf Erwachsene. Dem gilt es bei der programmrechtlichen Beurteilung im Zusammenhang mit dem Jugendschutz besonders Rechnung zu tragen (vgl. *medialex* 2001, S. 113). Der Auftritt einer Moderatorin in einer Jugendsendung mit dem Aufdruck «Motherfucker» auf ihrem Shirt stellt laut eines kürzlichen UBI-Entscheids ebenfalls keine Programmrechtsverletzung dar. Einem Grossteil des Zielpublikums, den Jugendlichen, dürfte vor allem aufgrund aktueller Musikstücke bekannt gewesen sein, dass der beanstandete Aufdruck nicht wörtlich zu nehmen sei (Entscheid vom 24.8.2001; VPB-Publikation vorgesehen).

### Rechtsvergleich

Art. 22 der EU-Fernsehrichtlinie schreibt den Mitgliedstaaten vor, dass sie zum

Schutz der Jugendlichen vor schädigenden Ausstrahlungen geeignete Massnahmen zu treffen haben. Die nationalen Gesetzgebungen sehen zu diesem Zweck Zeitzonen vor, in welchen nur Sendungen für bestimmte Altersgruppen oder für die ganze Familie ausgestrahlt werden dürfen («watershed»). Die inhaltliche Umschreibung und die Zeitgrenzen sind im Sinne der länderspezifischen Bedürfnisse unterschiedlich ausgestaltet.

Einige Länder (z.B. Frankreich) kennen zusätzlich die Klassifizierung von Sendungen. Ein Bild oder ein Zeichen am Bildrand (in der Slowakei beispielsweise Smilies und eine Zahl) macht erkennbar, für welche Altersgruppen sich eine Sendung eignet. In der Regel diktiert die nationale Gesetzgebung, nach welchen Kriterien Sendungen zu klassifizieren sind. Die konkrete Umsetzung erfolgt hingegen durch die Veranstalter. Klassifizierungen führen vorab zu einer Transparenz über die Geeignetheit von Sendungen für bestimmte Altersgruppen. Zukunftsweisend könnte das holländische Selbstregulierungssystem «Kijkwijzer» sein, das Sendungen für Fernsehen, Video, DVD und Computerspiele einheitlich klassifiziert.

Hinsichtlich der Werbebestimmungen weist die Tendenz innerhalb der EU in Richtung Deregulierung hin (z.B. Unterbrecherwerbung, maximale Werbezeiten). Eine Ausnahme bildet Werbung vor, nach und während Kinder- und Jugendprogrammen. Studien haben gezeigt, dass das jüngste Publikumssegment nicht zwischen den Werbeblöcken und dem eigentlichen Programm unterscheiden kann. Von generellen Werbeverböten im Zusammenhang mit Kinderprogrammen wird aber auf EU-Ebene zurzeit abgesehen, weil solche wegen den wegfallenden Geldmitteln negative Auswirkungen auf die Qualität haben könnten. Die Werbebestimmungen sollen aber in Zukunft zumindest gewährleisten, dass während den fraglichen Tageszeiten nur kindergerechte Werbespots ausgestrahlt werden.

### Schlussfolgerungen

Die geltende schweizerische Rundfunkgesetzgebung trägt der Bedeutung des Themas Jugendschutz nicht genügend Rechnung. Dies und der Umstand, dass die UBI

nur auf Beschwerde hin tätig werden kann, dürfte für die vergleichsweise geringe Rechtspraxis verantwortlich sein. Der im E-RTVG vorgesehene Jugendschutzartikel könnte die bestehenden Lücken füllen. Gleichzeitig würde er dem Gesetzgeber und der Praxis durch die offene Formulierung ermöglichen, den Jugendschutz der rasanten technischen Entwicklung anzupassen, die auch das Verhalten des jungen Publikums beeinflussen dürfte. Die Bestimmung lässt Raum für ein Klassifizierungssystem oder für ande-

re technische Massnahmen wie beispielsweise eine Codierung von Sendungen (z.B. «violence chip» in den USA). Zu begrüssen ist überdies, dass im vorgeschlagenen Artikel der Zeitpunkt von Ausstrahlungen nicht das allein entscheidende Kriterium für den Jugendschutz darstellt. Die Beschränkungen der Werbung und des Sponsorings im Zusammenhang mit Kindersendungen im E-RTVG erscheinen sachgerecht und die klaren Regelungen dürften Probleme in der Anwendung weitgehend ausschliessen. ■

# Deutsche Kabelnetze verkauft: kommt eine Reregulierung des Marktes?

Paul Leo Giani

Rechtsanwalt, Staatssekretär a.D., Ginsheim

**Résumé:** Depuis début septembre de cette année, tous les réseaux câblés à large bande des télécoms allemands ont été vendus à des investisseurs américains et anglais. Liberty Media de John Malone dispose ainsi de 10 millions de connexions. Ce monopole régional provoque les plus grandes craintes des chaînes de télévision, qu'elles soient privées ou publiques. Elles craignent d'être écartées en faveur d'autres services comme la téléphonie ou Internet et voient également un danger de concurrence, puisque John Malone dispose également d'une large offre de programmes qu'il veut mettre en ligne. La pression sur la politique augmente pour que celle-ci n'accepte pas cette situation sans réagir. Si jusqu'ici, on réclamait une déréglementation plus importante, c'est une nouvelle réglementation protégeant les chaînes de télévision qui est maintenant désirée. A côté du droit des cartels, on met de nouveau l'accent sur un droit des médias spécifique, y compris de la part de ceux qui le critiquaient jadis. On ne peut prédire si, quand et dans quelle mesure la politique va céder à ces pressions.

Noch vor wenigen Jahren konnte man von führenden Medienpolitikern wie von Managern privater Unternehmen hören, die wichtigste Aufgabe der Medienpolitik sei die **Deregulierung**. Das deutsche Medienrecht sei so kompliziert, dass es Investoren abschrecke und die Marktentwicklung behindere.

Plötzlich hört man völlig andere Töne. «Rundfunkfreiheit hat Vorrang vor dem Netzeigentum» äussert sich etwa Urs Rohner, Vorstandsvorsitzender von PRO 7Sat 1 Media. Wolfgang Clement, Ministerpräsident von Nordrhein-Westfalen, «warnt» die Kabelnetzbetreiber, sich über medienrechtliche Rahmenbedingungen hinwegzusetzen und setzt hinzu: «Hier wird ein höherer Regulierungsbedarf notwendig sein». Und der Vorsitzende der Rundfunkkommission der Ministerpräsidenten, der Rheinland-Pfälzer Kurt Beck, schreibt die anderen Ministerpräsidenten mit konkreten Vorschlägen für zusätzliche Regulierungen an. Kommt es also in Deutschland zu einer – mindestens partiellen – **Reregulierung**?

## Was war geschehen?

Am 5. September dieses Jahres kam der Durchbruch beim Verkauf der Kabelnetze der Telekom: alle bisher noch nicht verkauften sechs Regionen – mit über 10 Millionen Kabelanschlüssen – wurden an den Amerikaner John Malone, Liberty Media verkauft. Damit waren sämtliche Kabelnetze der Deutschen Telekom in die Hände amerikanischer und britischer Investoren übergegangen.

Private wie öffentlich-rechtliche Fernsehanbieter reagierten besorgt. Sie fürchten, dass Wettbewerbschancen verzerrt werden, das Fernsehen insgesamt zurückgedrängt wird und keine diskrimi-

nierungsfreien Zugangsmöglichkeiten erhalten blieben. In früher nicht gekannter Einigkeit machten sie Druck auf die Politik.

Die Sorgen der deutschen Veranstalter haben vor allem zwei Gründe:

- 1) Die Käufer der Kabelnetze stehen unter grossen Refinanzierungsdruck. Die Investitionen für Kauf und Ausbau (Kapazität, Digitalisierung, Rückkanalfähigkeit) sind enorm hoch; sie belaufen sich – ohne irgendwelche Programminvestitionen und Vermarktungskosten – auf mehr als DM 1.500,- je Haushalt. Diese Kosten lassen sich mit Kabelfernsehen nicht refinanzieren. Das geht nur mit Telekommunikationsdiensten wie Telefonie, schnellem Internetzugang u.ä. Daraus resultiert die – naheliegende – Sorge, dass der gesamte Fernsehbereich bei den Übertragungskapazitäten zugunsten von einträglicheren Tele- und Mediendiensten zurückgedrängt wird.
- 2) John Malone hat Zugriff auf eine Vielzahl eigener Programmressourcen, die erklärermassen auch einsetzen will. Damit würde ein Grundsatz durchbrochen, der bisher nahezu eisern galt, nämlich die Trennung von Carriern und Content-Providern. Wenn derjenige, der den Zugriff auf das Kabel hat, gleichzeitig seine eigenen Produkte vermarktet, liegt die Befürchtung nahe, dass ein fairer Wettbewerb bedroht ist.

Mit bemerkenswerter Deutlichkeit hat die deutsche Medienaufsicht reagiert. Die Direktoren-konferenz der Landesmedienanstalten (DLM), die aus allen, in Deutschland föderal organisierten Medienaufsichten besteht, hat mit grossem Nachdruck darauf hingewiesen, dass «Liberty durch den Kauf von 10 Millionen Kabelanschlüssen eine Marktposition

eingerräumt bekommt, die derzeit in keinem Land mit einer vergleichbaren medialen Infrastruktur möglich wäre.» Die DLM betont zudem ausdrücklich, dass «es in Deutschland neben dem Kartellrecht ein eigenständiges Medienrecht gibt, das dafür zu sorgen hat, dass die «vorherrschende Meinungsmacht» verhindert und Vielfalt gefördert wird.»

### Was sind Ansatzpunkte für eine stärkere Regulierung?

Schon nach derzeit geltendem Recht - §§ 52 und 53 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) – unterliegt die Kabeleinspeisung von herangeführten Programmen festen Regeln. Für das analoge Kabel wird von der Medienaufsicht festgelegt, welche Programme von den Netzbetreibern einzuspeisen sind. Für den Digitalen Bereich war diese Regel aufgeweicht worden. Ausser sogenannten «must carry» Programmen gilt für die Netzbetreiber im zukunftssträchtigen digitalisierten Bereich ein viel grösserer eigener Entscheidungsrahmen.

Es gibt Anzeichen, dass dieser möglicherweise aufgrund der neuen Situation wieder ein Stück zurückgenommen wird.

Der Vorsitzende der Rundfunkkommission der Ministerpräsidenten, Kurt Beck, hat seinen Kollegen vor allem drei Regelungsbereiche vorgeschlagen:

- Die Sicherung der Must-Carry-Rules und der Rundfunkeinspeisung gegenüber jedem Betreiber digitalisierter Breitbandkabelnetze mit Monopolstellung;
- Gewährleistung, dass mindestens die Hälfte angebotener Fernsehprogramme oder Inhalte von solchen Anbietern kommen muss, die nicht dem Kabelnetzbetreiber zuzurechnen sind;
- Gewährleistung, dass gegen den Willen von Anbietern deren Fernsehprogramme nicht zu Paketen geschnürt oder mit Zusatzentgelten versehen werden dürfen.

Der Verband der privaten Fernsehanbieter (VPRT) diskutiert Regelungen, die den Betreiber verpflichten sollen, jedenfalls alle bisherigen Programme auch weiterhin einzuspeisen.

Diese Regelungsvorschläge sind sämtlich noch in der Diskussion. Keiner von ihnen ist auch nur intern beschlossen. Dennoch zeigen sie deutlich die Tendenz auf, das Regulierungsraster gegenüber dem derzeitigen Recht nicht abzuschwächen, zu «deregulieren», sondern im Gegenteil wieder fester anzuziehen. Interessant ist dabei, dass ausdrücklich das Kartellrecht allein nicht als ausreichend angesehen wird, sondern die eigenständige Bedeutung des Medienrechts unterstrichen wird. Das ist bemerkenswert. Denn es gab in den vergangenen Jahren beachtliche Stimmen, die ein eigenständiges, «zusätzliches» Medienrecht als entbehrlich ansahen und alles über das Kartellrecht regeln wollten. Solche Versuche wird man auf absehbare Zeit zu den Akten legen können.

Es ist schwierig – jedenfalls für die deutsche Medienpolitik – eine Prognose über Zeitspannen der Beschlussfassung und Umsetzung zu machen. Das Einstimmigkeitsprinzip bei Staatsverträgen macht die Entwicklung immer wieder unberechenbar. Kürzlich las man, dass Liberty seine Deutschland-Zentrale in München ansiedeln wird. Ob das dazu führen kann, dass schärfere Regelungen am bayerischen Veto scheitern? Man wird sehen; denn: auch Leo Kirch hat seinen Sitz nahe München. Gerade Kirch hat aber in den letzten Monaten nachhaltig und nachdrücklich vor zuviel Macht von Liberty gewarnt.

Es ist auch noch offen, wie schnell Liberty, Callahan und Klesch ihre Ausbaupläne realisieren. Denn auch da gibt es Hindernisse – z.B. sind in Deutschland die Betreiber der sogenannten Netzebene 3 – also bis zum Hauseingang – überwiegend andere als die Betreiber der Netzebene 4 – vom Hauseingang in die einzelne Wohnung. Hier Interessen zu koordinieren und gegebenenfalls auszuverhandeln, kostet mit Sicherheit Zeit.

Insofern gibt es nach dem Verkauf der Netze der Telekom ein Bündel von ungeklärten Fragen, rechtlicher, strategischer, wirtschaftlicher Art, was im Markt zu einem beachtlichen Mass an Unsicherheit über die Entwicklung der nächsten Jahre führt. ■

**Zusammenfassung:**  
*Seit Anfang September 2001 sind alle Breitbandkabelnetze der Deutschen Telekom an amerikanische und britische Investoren verkauft. Die grössten Regionen an Liberty Media von John Malone, der damit über mehr als 10 Millionen Kabelanschlüsse verfügt. Diese regionalen Monopole lösen grosse Sorgen bei privaten wie öffentlich-rechtlichen Fernsehanbietern aus. Sie fürchten, zugunsten anderer lukrativer Dienste wie Telefonie oder Internet zurückgedrängt zu werden und sehen ausserdem eine Gefahr für den Wettbewerb, da John Malone auch über grosse eigene Programmressourcen verfügt, die er einsetzen will. Der Druck auf die Politik steigt, diese Entwicklung nicht tatenlos hinzunehmen. Der bisherige Ruf nach immer weiterer Deregulierung kippt um in die Forderung nach neuen Regulierungen zum Schutz der Fernsehanbieter. Neben dem Kartellrecht wird neuerdings wieder auch von früheren Kritikern das eigenständige Medienrecht unterstrichen. Ob, wann und wieweit die Politik diesem Druck nachgibt, ist derzeit nicht vorauszusagen.*

# France: l'adaptation du droit des médias à l'Internet

Emmanuel Derieux

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris

**Zusammenfassung:** *Das Internet ist ein Medium unter anderen. Die Prinzipien und die Regeln des Medienrechts sind auch auf das Internet anwendbar. Bei der Anwendung allerdings kann es zu Schwierigkeiten kommen und Anpassungen notwendig machen. Der Kassationshof hat bezüglich der Verantwortlichkeit für Nachrichten mit illegalem Inhalt einer Rechtsprechung Einhalt geboten, welche aus diesen Verstößen ein fortgesetztes Delikt - je nach erneuter Zugänglichkeit der Nachricht - machen wollte. Wie für die Presse beginnt die Verfolgungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der ersten Feststellung zu laufen. Der Entwurf des Gesetzes zur Informationsgesellschaft nimmt keine Rücksicht auf Zugangs- oder Hostanbieter. Es sollten jedoch nur diejenigen strafrechtlich verfolgt werden, die effektiv vom illegalen Charakter einer Webseite Kenntnis hatten und nicht sofort deren Sperrung oder Abschaltung vornahmen.*

Le développement de l'Internet a suscité, en France, des interrogations quant au droit applicable. D'aucuns ont prétendu que l'Internet serait un domaine de non-droit. D'autres ont affirmé que l'application du droit à l'Internet ne posait aucun problème. S'agissant de l'usage de l'Internet qui fait de lui un média, le droit des médias est, dans ses principes et ses grandes lignes, susceptible de régir ce support nouveau. Cela implique cependant, en pratique, quelques adaptations. Certaines peuvent être assurées par le juge. D'autres nécessitent l'intervention du législateur. Si des difficultés ou causes d'insatisfaction subsistent, elles sont moins créées que seulement révélées par l'Internet.

## Entreprises de l'Internet

Lorsque l'exploitation d'un site Internet est le fait d'une entreprise spécialement constituée à cet effet, se pose la question de son statut. La loi du 1<sup>er</sup> août 1986 définit la «publication de presse» comme «tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers». Une telle définition pourrait convenir à certains sites Internet.

Considérant de tels sites comme des services de communication audiovisuelle, la loi du 30 septembre 1986 soumettait leur exploitation à une «déclaration préalable». Cette exigence n'ayant pas été respectée, elle fut abandonnée par la loi sur 1<sup>er</sup> août 2000 qui, par certaines de ses dispositions, considère expressément les «services de communication en ligne autres que de correspondance privée».

Le projet de loi sur la société de l'information (<http://www.legifrance.gouv.fr/>

[http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite\\_legislative/prepa/pl\\_pli.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/prepa/pl_pli.htm)) entend «par communication en ligne toute mise à disposition du public ou d'une catégorie de public de signes, de signaux, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée et sont transmis sur demande individuelle par un procédé de télécommunications». En raison donc de ces questions de définition, une assez grande incertitude subsiste quant au statut des entreprises applicable aux sites Internet.

## Professionnels de l'Internet

De l'appartenance des sites Internet à l'une des catégories d'entreprises de communication dépend le statut des professionnels et notamment des journalistes. Faudra-t-il encore, pour cela, une disposition spécifique, ou les textes en vigueur sont-ils applicables? L'article L. 7612 du Code du travail prend en compte, dans la définition du journaliste, le fait qu'il exerce «sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse». Confirmant ou consacrant une jurisprudence déjà établie, la loi du 29 juillet 1982 a posé que «les journalistes exerçant leur profession dans une ou plusieurs entreprises de communication audiovisuelle ont la qualité de journalistes au même titre que leurs confrères de la presse écrite.» Sur les 30 000 cartes d'identité de journaliste professionnel délivrées, environ 200 l'ont été à des personnes dont l'Internet est le seul lieu d'exercice.

## Responsabilité de l'Internet

Les principes fondamentaux de liberté et de responsabilité s'appliquent à l'Internet. Encore faut-il en assurer la mise en œuvre. Ainsi, le délai de prescription

commence à courir dès la date de la publication. La question, en droit français, est d'une particulière importance s'agissant des infractions définies dans la loi du 29 juillet 1881, prescrite trois mois à compter de la publication.

Il était généralement admis que la prescription commençait à courir dès le premier jour de la publication et que peu importait le temps pendant lequel le message restait disponible. Tenant compte de la possible ignorance d'une mise en cause et de la difficulté qu'on peut éprouver à déterminer la date de la mise en ligne, certaines juridictions ont voulu faire de tels délits, non pas des délits «instantanés», commis au premier jour de la publication, mais des délits «continus» ou «successifs» qui se poursuivent tant que le message est accessible (voir par exemple l'arrêt du Tribunal de grande instance de Paris du 6 décembre 2000, Lang c. Meysan, Legipresse, n° 178.III.10 ; pour des décisions en faveur du caractère «instantané»: Legipresse n° 176. III. 182; 180.III.58).

Rien ne justifie que l'on traite l'Internet différemment des autres médias. Si un changement du régime de prescription s'impose, il doit être général et passer par une réforme législative. Dans un arrêt du 16 octobre 2001 (ch.crim., G. Tranchant), la Cour de cassation a statué en faveur de la conception du délit «instantané», mettant ainsi fin au débat.

La détermination des personnes responsables des messages accessibles sur l'Internet a également été la cause de divergences d'appréciation. Devant la difficulté d'identifier les auteurs des messages ou éditeurs des sites litigieux, la tentation a été d'en faire assumer la responsabilité par les fournisseurs d'accès ou d'hébergement. En réaction, la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 a posé le principe de l'irresponsabilité de ces personnes, intermédiaires techniques, sauf «si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès» au contenu litigieux.

Le projet de loi sur la société de l'information vise à supprimer le principe de l'irresponsabilité ou d'une responsabilité pénale exceptionnelle des intermédiaires techniques, Il cherche également à intro-

duire l'autre cas de mise en jeu de la responsabilité de ces personnes lorsque, «ayant effectivement connaissance» du «caractère manifestement illicite» d'un site, «elles n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible.»

Quelles que soient les solutions retenues, se pose également la question de l'application, à l'Internet, du régime de responsabilité «en cascade», des articles 42 de la loi du 29 juillet 1881, pour la presse écrite, et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, pour la communication audiovisuelle. Selon la qualification retenue pour l'Internet, l'une ou l'autre des précédentes solutions s'impose, ou la nécessité de faire application du régime du droit commun ou de déterminer un régime spécifique.

### Droits intellectuels de l'Internet

Mode de communication publique, l'Internet, comme tout autre support, met en jeu les droits intellectuels sur les contenus ainsi rendus accessibles. Les premières illustrations jurisprudentielles ont concerné la diffusion de textes de chansons. Est aujourd'hui en cause la mise en ligne de musiques et de leurs interprétations. Dès lors qu'il s'agit de rendre des créations accessibles au public, les droits de propriété intellectuelle s'appliquent. L'Internet ne nécessite aucune disposition particulière.

Une autre des applications des principes essentiels du droit d'auteur à l'Internet concerne la mise en ligne des contributions des journalistes. Cela fut l'occasion de rappeler un certain nombre de règles, relatives à la détermination des titulaires de droits et à l'étendue des droits cédés, qui n'auraient jamais dû être oubliées (voir par exemple l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 9 décembre 1999, SA Groupe Progrès c. Syndicat national des journalistes, Legipresse n° 168.III.7).

De façon plus spécifique, la question de la protection des noms de domaine a été soulevée. Les tribunaux ont dégagé le principe de l'attribution du droit au premier utilisateur, sous réserve cependant du respect de droits intellectuels préexistants, en matière de droit des marques notamment. ■

**Résumé:** *L'Internet est un média parmi d'autres. Les principes et les règles du droit des médias s'appliquent à lui. Mais cela peut cependant soulever quelques difficultés d'application et nécessiter des adaptations. Concernant la responsabilité pour des messages délictueux, La Cour de cassation a mis le holà à une jurisprudence qui voulait faire de ces infractions des délits «continus», qui se poursuivent tant que le message est accessible; comme pour la presse, le délai de prescription de trois mois commence à courir à partir de la première mise à disposition. Le projet de loi sur la société de l'information n'entend pas ménager les fournisseurs d'accès ou d'hébergement. Ceux-ci devraient pouvoir être poursuivis s'ils ont effectivement eu connaissance du caractère manifestement illicite d'un site et qu'ils n'ont pas agi promptement pour en rendre l'accès impossible.*

# Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht

Thomas Geiser

Professor für Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen

## I. Problemstellung

### 1. Überwachung im Arbeitsverhältnis

Mit dem Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen<sup>1</sup>. Es obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber, die Arbeit zu organisieren. Gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgt diese Organisation insbesondere durch Weisungen. Diese hat der Arbeitnehmer grundsätzlich zu befolgen<sup>2</sup>.

Neben der Lohnzahlungspflicht trifft den Arbeitgeber die Fürsorgepflicht<sup>3</sup>. Nach dieser hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen<sup>4</sup>. Auf Grund dieser Pflicht müssen die betrieblichen Abläufe so organisiert sein, dass dem Arbeitnehmer aus seiner Tätigkeit im Betrieb kein Schaden entsteht. Aus der Fürsorgepflicht ergeben sich einerseits Schutzpflichten<sup>5</sup>. Andererseits gebietet sie dem Arbeitgeber seine Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer schonend auszuüben. Das von der Fürsorgepflicht geschützte Rechtsgut umfasst die physische und psychische Unversehrtheit sowie das leibliche und geistig Wohlbefinden des Arbeitnehmers<sup>6</sup>. Darunter fällt auch der Schutz der Privatsphäre. Der Fürsorgepflicht kommt der Arbeitgeber durch die adäquate Organisation des Unternehmens und der betrieblichen Abläufe nach. Er arbeitet auch in diesem Rahmen mit Weisungen.

Überdies trifft die Arbeitgeberin eine Vielzahl von Pflichten gegenüber Dritten. Sie muss ihre Verträge mit den Geschäftspartnern und Partnerinnen einhalten. Namentlich wenn es sich um einen Produktionsbetrieb handelt, gehen vom Unternehmen aber auch Gefahren für Dritte und die Öffentlichkeit aus. Eine Vielzahl von Rechtsnormen gebieten zum Schutze der Arbeitnehmenden und Dritter eine den Umständen angemessene und zweckmässige Organisation des Betriebes. Auch hier wird mit Weisungen an die einzelnen Arbeitnehmenden gearbeitet.

Weisungen alleine genügen aber nicht. Die Arbeitgeberin kommt ihren Verpflichtungen nicht nach, wenn sie nicht die Einhaltung dieser Weisungen im Rahmen des Gebotenen überprüft. Sie hat deshalb die Arbeitnehmenden im entsprechenden Rahmen zu beaufsichtigen und zu überwachen. Die Kontrolle ist deshalb nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht der Arbeitgeberin.

### 2. Internetbenutzung im Arbeitsverhältnis

Die Kommunikationsmittel haben in den letzten zehn Jahren wohl eine der entscheidendsten Entwicklungen erlebt. Von zentraler Bedeutung ist dabei der Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung und die mit dem World Wide Web entstandene weltweite Vernetzung. Die Benutzung des Internets ist aus der modernen Arbeitsorganisation nicht mehr wegzudenken. Dabei sind für die tägliche Arbeit namentlich zwei Bereiche von zentraler Bedeutung, das E-Mail als individuelle und die Webseiten als kollektive Kommunikation.

Ein wesentlicher Teil der Kommunikation findet heute mit sogenannten E-Mails über das Internet statt. Es werden damit Infor-

**Résumé:** Internet n'est pas seulement un instrument de travail, mais également un support de communication de la vie sociale. Il devrait donc être possible d'utiliser les infrastructures existantes sur le lieu de travail à titre privé. Cependant, l'employeur a un intérêt légitime à maintenir cet usage privé dans des limites raisonnables. C'est entre autre pour ces raisons que l'employeur peut avoir un intérêt légitime à exercer une surveillance de l'utilisation d'Internet faite par ses employés. Toutefois, celle-ci porte atteinte aux droits de la personnalité des employés. Elle n'est licite que lorsqu'elle peut s'appuyer sur des intérêts prépondérants. Dans la pesée entre les intérêts de l'employeur à exercer une surveillance et ceux des employés à la protection de leur personnalité, les deux principes tirés de la surveillance des communications téléphoniques sur le lieu de travail peuvent être utilisés.

1 Art. 319 Abs. 1 OR; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR Bd. VII/1, III, Basel 1994, S. 2.

2 Art. 321d OR.

3 Art. 328 ff. OR.

4 Art. 328 Abs. 1 OR.

5 Art. 328 Abs. 2 OR.

6 ADRIAN STAHELIN, Zürcher Kommentar, 1984/1996, N. 15 zu Art. 328 OR.

**Zusammenfassung:**  
*Heute ist der Internet nicht nur ein gängiges Arbeitsinstrument, welches aus dem Berufsleben nicht mehr wegedacht werden kann. Er stellt vielmehr auch teil eines sozialüblichen Kommunikationsverhaltens im privaten Bereich dar. Von daher muss es grundsätzlich auch möglich sein, am Arbeitsplatz den für die dienstliche Kommunikation vorhandenen Netzanschluss privat zu nutzen. Allerdings hat der Arbeitgeber berechnigte Interessen, diesen privaten Gebrauch in einem vertretbaren Rahmen zu halten. Aus diesem – aber auch aus anderen Gründen – kann der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an einer Überwachung der Internetnutzung seiner Angestellten vom Arbeitsplatz aus haben. Eine Überwachung greift aber in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers ein. Sie ist deshalb nur zulässig, wenn sie sich auf überwiegende Interessen stützen kann. Bei der Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Überwachung einerseits und jenen des Arbeitnehmers an einer Wahrung seiner Persönlichkeit können die Grundsätze weiter helfen, welche im Zusammenhang mit der Überwachung des Telefonverkehrs am Arbeitsplatz entwickelt worden sind.*

mationen persönlich ausgetauscht, wie dies mit einem Telefon oder der Briefpost möglich ist. Der einzelne Arbeitnehmer versendet Informationen an bestimmte Personen und erhält von diesen Antworten und Anfragen. Hier geht es um eine persönliche Information, welche grundsätzlich nur den unmittelbar betroffenen Personen zugänglich ist.

Das Internet dient aber auch der **allgemeinen Informationsbeschaffung**. Es ermöglicht einen unmittelbaren und schnellen Zugang zu einer Fülle öffentlicher Informationen. Es kann sich um Informationen privater Anbieter oder staatlicher Stellen handeln. Die Informationen können nur kurz konsultiert oder auf den eigenen Server bzw. Computer heruntergeladen und gegebenenfalls ausgedruckt werden.

Der zu einem modernen Arbeitsplatz gehörende Computer und gegebenenfalls der dahinter stehende Server können aber auch zu **weiteren Zwecken genutzt** werden. Der Arbeitnehmer kann privates Material auf seinem dienstlichen Computer ablegen oder gar von diesem aus eigene Homepages aufbauen und eigene Geschäfte betreiben. Ausgehend vom Terminal am eigenen Arbeitsplatz kann ein Mitarbeiter sich in Bereiche des zentralen Netzwerkes des Unternehmens einschalten, in denen er nichts zu suchen hat. Er kann Daten ausspionieren oder verändern. Dadurch können dem Arbeitgeber oder auch anderen Arbeitnehmern erhebliche Schäden entstehen.

Eine Besonderheit des Netzwerkes ist es, dass die Benutzung Spuren hinterlässt, welche es grundsätzlich erlauben, jeden Vorgang nachzuvollziehen und damit auch jede Benutzung des Netzes zu überwachen. Die **totale Kontrolle** ist somit technisch **ohne weiteres möglich**. Mit Blick auf das aufgezeigte Gefahrenpotential ist eine gewisse Kontrolle ohne jeden Zweifel auch notwendig. Wie aufzuzeigen sein wird, trägt der Arbeitgeber sowohl gegenüber den eigenen Mitarbeitern wie auch gegenüber Dritten eine hohe Verantwortung für die Datensicherheit. Ohne Überwachung kann er diese Sicherheit nicht garantieren. Andererseits besteht aber auch das legiti-

me Bedürfnis des einzelnen Arbeitnehmers selbst an seinem Arbeitsplatz auf Schutz seiner Privatsphäre. Eine dauernde, lückenlose Überwachung verletzt die Persönlichkeit<sup>7</sup>.

### 3. Neue Fragestellung?

Bei der Frage, ob und in welchem Umfang eine Überwachung der Internetnutzung des einzelnen Arbeitnehmers zulässig ist, handelt es sich allerdings **nicht um ein grundsätzlich neues Rechtsproblem**. Vielmehr ist die Fragestellung von den traditionellen Kommunikationsmitteln her bekannt. Mit Bezug auf den Brief- und den Telefonverkehr wie auch die persönlichen Gespräche am Arbeitsplatz stellen sich die genau gleichen Fragen. Unterschiede ergeben sich nur bezüglich des Gefahrenpotentials und der technischen Möglichkeiten der Überwachung.

## II. Arbeitsrechtliche Grundlagen

### 1. Anwendbares Recht

Eine Besonderheit des Internets besteht in der Internationalität der Verbindungen. Damit stellt sich im Zusammenhang mit der Benutzung des Internets immer die **international privatrechtliche Frage** nach dem anwendbaren Recht.

Im vorliegenden Zusammenhang kommt diesem Umstand allerdings nur eine beschränkte Bedeutung zu. Wohl kann die **Haftung des Arbeitgebers** gegenüber Dritten sich mit Blick auf die Internationalität des Internets nach ausländischem Recht richten. Zum einen kann ein dem ausländischen Recht unterstehendes Rechtsverhältnis vorbestehen<sup>8</sup>. Zum andern kann ausländisches Recht anwendbar sein, weil der Schaden im Ausland eingetreten ist und damit zu rechnen war<sup>9</sup>. Zudem bestehen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes noch weitere Anknüpfungsmöglichkeiten<sup>10</sup>. Schliesslich ergeben sich aus der weiten Zuständigkeit, welche das Lugano Übereinkommen für Streitigkeiten aus unerlaubter Hand-

7 Vgl. Art. 26 ArGV3.

8 Art. 133 Abs. 3 IPRG.

9 Art. 133 Abs. 2 IPRG.

10 Art. 139 IPRG.

lung vorsieht<sup>11</sup>, weitere Möglichkeiten zur Anwendung ausländischen Rechts, weil Entscheidungen ausländischer Gerichte, welche nach ausländischem Recht entschieden haben, unter den im genannten Abkommen aufgestellten Voraussetzungen auch in der Schweiz vollstreckt werden müssen.

Bezüglich der Zulässigkeit der Überwachung kommt es demgegenüber grundsätzlich darauf an, **welchem Recht das Arbeitsverhältnis untersteht**. Zentrale Anknüpfung für den Arbeitsvertrag ist das Recht jenes Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet<sup>12</sup>. Bezüglich der öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften ist demgegenüber in der Regel massgebend, in welchem Land die konkrete Arbeit im einzelnen ausgeführt wird. Das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht braucht nicht mit jenem Übereinzustimmen, welches den öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutz beherrscht. Mit Blick auf Art. 342 Abs. 2 OR, nach welchem sich aus öffentlichrechtlichen Bestimmungen auch vertragliche Ansprüche ergeben, können dadurch Friktionen entstehen. Soweit ausländisches Arbeitsvertragsrecht zur Anwendung gelangt, ist stets im Einzelnen zu prüfen, ob eine bestimmte Norm des öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzes nicht dennoch als *loi d'application immédiate* anwendbar ist<sup>13</sup>.

Die neuen Kommunikationsmittel haben es ermöglicht, Arbeitsplätze sehr viel ortsunabhängiger auszugestalten als bis anhin. Soweit es sich um Telearbeit handelt kann diese von einem beliebigen Ort auf der Welt aus verrichtet werden, sofern dieser Ort an die weltweite Kommunikation angeschlossen ist. Überdies kann sich der Server, mit dem gearbeitet wird, in einem anderen Land befinden, als der Terminal, an dem gearbeitet wird. Für die Anknüpfung im Arbeitsrecht ist aber der Ort massgebend, an dem die Arbeit verrichtet wird. Es kommt deshalb nicht auf den Standort des Servers an, sondern den Ort, an dem sich der Terminal und damit der Arbeitnehmer befindet<sup>14</sup>. Im weiteren gehe ich davon aus, dass dieser massgebende Ort in der Schweiz ist, so dass **ausschliesslich schweizerisches Recht** dargestellt wird.

## 2. Grundlagen im schweizerischen Recht

### A. Arbeitsrechtliche Grundlagen

Ausgangspunkt bildet **Art. 328 OR**, der die Arbeitgeberin verpflichtet, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen<sup>15</sup>. Im Zusammenhang mit dem Erlass des Datenschutzgesetzes ist diese allgemeine Bestimmung durch **Art. 328b OR** ergänzt worden, welcher die Datenbearbeitung durch die Arbeitgeberin auf jene persönlichen Daten des Arbeitnehmers einschränkt<sup>16</sup>, welche die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im übrigen wird das Datenschutzgesetz als anwendbar erklärt, was sich allerdings von selber versteht.

Unter dem von der Schutznorm erfassten Bearbeiten, ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekantgeben, Archivieren oder Vernichten der Daten<sup>17</sup>. **Zum Sammeln** von Daten gehört regelmässig auch **das Überwachen**, wenn damit bestimmte Vorgänge aufgezeichnet werden, welche als Verhalten eindeutig einer Person zuzuordnen sind. Nicht entscheidend ist, ob die gespeicherten Daten überhaupt von jemandem wahrgenommen, namentlich abgefragt werden. Das Sammeln und Speichern an sich stellt bereits eine relevante Datenbearbeitung dar.

Damit die Aufzeichnung von Handlungen eines Arbeitnehmers im Internet zulässig ist, muss sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein oder die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen. Das Gesetz schränkt somit die

11 Art. 5 Ziff. 3 LugÜ.

12 Art. 121 Abs. 1 IPRG.

13 Art. 18 IPRG; THOMAS GEISER, Neue Arbeitsformen zwischen Legalität und Illegalität, in: Murer (Hrsg.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996, Rz. 2.12.

14 THOMAS GEISER, Neue Arbeitsformen, Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, AJP 1995, S. 557 ff. Rz. 4.17. f.

15 Fürsorgepflicht, vgl. vorn Rz. 1.2.

16 Vgl. JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N. II zu Art. 328b OR.

17 Art. 3 Bst. e DSG.

zulässigen Zwecke ein. Reine Neugierde oder ein wie auch immer geartetes politisches oder moralisches Kontrollbedürfnis der Arbeitgeberin genügt nicht. Was für die Eignung am Arbeitsplatz oder die Durchführung des Arbeitsverhältnisses als erforderlich angesehen werden kann, lässt sich grundsätzlich nur durch eine Interessenabwägung im Einzelfall bestimmen<sup>18</sup>. Die Bearbeitung muss **verhältnismässig** sein<sup>19</sup>. Überdies dürfen die Daten nur für jene Zwecke weiterverwendet werden, für die sie erhoben worden sind<sup>20</sup>. Aus irgendwelchen technischen Gründen erhobene Daten dürfen somit nicht im nachhinein zur Überwachung des Verhaltens ausgewertet werden.

Überdies hat die Datenbearbeitung nach **Treu und Glauben** zu erfolgen<sup>21</sup>. Entsprechend ist eine verdeckte Überwachung grundsätzlich unzulässig. Ausnahmen sind nur möglich, wenn der Zweck nicht anders erreicht werden kann. Zu denken ist namentlich an eine Untersuchung, um ein Delikt in einem Betrieb aufzuklären, wenn ein offenes Vorgehen den Fahndungserfolg von vornherein in Frage stellen würde.

Eine weitere Einschränkung erfährt das Recht auf Überwachung durch **Art. 26 ArGV3**. Nach dieser Verordnungsbestimmung sind Verhaltensüberwachungen grundsätzlich unzulässig<sup>22</sup>. Das allgemeine Verhalten als solches kann mit Blick auf diesen Entscheid des Verordnungsgebers auch nicht als relevante Eigenschaft für die Eignung oder die Durchführung des Arbeitsvertrages anerkannt werden. Kontrolliert werden dürfen immer nur bestimmte Vorgänge und Eigenschaften. Die totale Überwachung ist ausgeschlos-

sen<sup>23</sup>. Dem Arbeitnehmer muss in jedem Fall eine vor Überwachung geschützte Privatsphäre am Arbeitsplatz verbleiben. Ansonsten beeinträchtigt das Kontrollsystem die psychische Gesundheit und Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers<sup>24</sup>.

## B. Haftpflichtrechtliche Grundlagen

Eine Kontrolle ist zwingend notwendig. Innerhalb eines Betriebes werden regelmässig **heikle Personendaten** bearbeitet. Diese befinden sich häufig auf dem betriebseigenen Server. Aus der Fürsorgepflicht<sup>25</sup> ergibt sich, dass die Arbeitgeberin Unbefugten den Zugriff auf diese Daten verwehren muss. Zu den Unbefugten gehören aber auch Mitarbeitende. Eine Überwachung, wer auf diese heiklen Daten zugreift, ist deshalb unumgänglich.

Gegenüber Dritten kann die Arbeitgeberin für Fehlverhalten ihrer eigenen Arbeitnehmer haften. Führende Angestellte können gleichzeitig **Organ der Arbeitgeberin** sein. Diesfalls ergibt sich eine Haftung der Arbeitgeberin für das Verhalten der Arbeitnehmer aus Art. 55 ZGB. Soweit es sich nicht um rechtsgeschäftliches Handeln sondern um das übrige Verhalten handelt, tritt eine Haftung der juristischen Person unabhängig von der Regelung des Vertretungsverhältnisses im Handelsregister ein<sup>26</sup>. Kommt dem Arbeitnehmer keine Organstellung zu, kann eine Haftung gegenüber Dritten bei einer vertraglichen Beziehung aus **Art. 101 OR**<sup>27</sup> oder beim Fehlen einer Vertragsbeziehung aus **Art. 55 OR** folgen<sup>28</sup>. Nach der letztgenannten Bestimmung befreit sich der Arbeitgeber von der Haftung unter anderem mit dem Nachweis, dass er den fehlbaren Arbeitnehmer ausreichend beaufsichtigt hat. Welches Mass an Beaufsichtigung haftpflichtrechtlich erforderlich ist, hängt von der Art der Tätigkeit und den Eigenschaften der Hilfsperson ab<sup>29</sup>. Das Mass der Sorgfalt bei der Beaufsichtigung bemisst sich grundsätzlich nach dem objektiv Nötigen<sup>30</sup>. Bei grösseren Betrieben genügt es nicht, dass die Arbeitgeberin selber bzw. deren Organe die ihnen zumutbaren Handlungen vorgenommen haben. Vielmehr tritt die Haftung auch ein, wenn die mit der unmittelbaren Beaufsichtigung betrauten Angestellten ihren Aufgaben nicht nachge-

18 BRÜHWILER, (FN 16), N. 1 zu Art. 328b OR.

19 Art. 4 Abs. 1 DSG.

20 Art. 4 Abs. 2 DSG.

21 So ausdrücklich Art. 4 Abs. 1 DSG.

22 Art. 26 Abs. 1 ArGV 3.

23 MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1985, N. 15 zu Art. 328 OR.

24 Vgl. Art. 26 Abs. 2 ArGV3.

25 Art. 328 OR.

26 HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 1993, N. 53 zu Art. 54/55 ZGB.

27 Haftung für Hilfspersonen.

28 Geschäftsherrenhaftung.

29 ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 1998, N. 70 zu Art. 55 OR.

30 BREHM, (FN 29), N. 46 zu Art. 55 OR.

kommen sind<sup>31</sup>. Daraus ergibt sich eine Haftung für unsorgfältige Organisation<sup>32</sup>. Schon aus haftpflichtrechtlichen Gründen obliegt es somit der Arbeitgeberin eine gewisse Beaufsichtigung des Internetverkehrs vorzunehmen.

Aus haftpflichtrechtlicher Sicht müsste die Kontrolle der Internetbenutzung eine möglichst weitgehende sein. Der Persönlichkeitsschutz des überwachten einzelnen Arbeitnehmers beschränkt aber die Zulässigkeit der Überwachung. Die Beaufsichtigung der Internetbenutzung im Arbeitsrecht liegt im **Spannungsfeld** dieser beiden Rechtsgebiete. Es liegt auf der Hand, dass vom **Haftpflichtrecht** her nicht verlangt werden kann, was das **Arbeitsvertragsrecht** verbietet. Es ist somit sowohl bei der haftpflichtrechtlichen wie auch bei der arbeitsrechtlichen Fragestellung jeweils auf das andere Rechtsgebiet zu schielen. Dabei darf allerdings das Argument, eine bestimmte Überwachung sei arbeitsrechtlich nicht zulässig, nicht leichthin als Entlastung im Haftpflichtstreit angenommen werden. Es ist vielmehr immer zu prüfen, ob nicht eine zulässige Kontrolle bei einer anderen technischen Organisation der Abläufe möglich gewesen wäre und den Schaden verhindert hätte.

### III. Die Beaufsichtigung im Einzelnen

#### 1. Vergleich mit der Kontrolle des Telefonverkehrs

##### A. Grundsätze der Kontrolle

E-Mails gehören heute sowohl im privaten wie auch im beruflichen Bereich zur üblichen Kommunikation. Wie ein Arbeitnehmer private Telefone erledigen können muss<sup>33</sup>, kann ihm auch **nicht verwehrt werden, das E-Mail privat zu nutzen**. Fraglich ist nur, ob er das geschäftliche E-Mail dafür einsetzen darf, ob dies während der Arbeitszeit geschehen kann und in welchem Ausmass dies zulässig ist.

Ein vollständiges Verbot, private Telefone vom Arbeitsplatz aus zu führen, ist unverhältnismässig und verletzt damit die Persönlichkeit des Arbeitnehmers<sup>34</sup>. In einem gewissen Ausmass darf der Arbeitnehmer

private Dinge am Arbeitsplatz erledigen und dafür auch Arbeitszeit verwenden<sup>35</sup>. Behördenkontakte usw. sind zum Teil nur während den Arbeitszeiten möglich. Das Gesetz verpflichtet den Arbeitgeber dafür dem Arbeitnehmer **Freizeit zu gewähren**<sup>36</sup>. Die telefonische Erledigung ist für den Arbeitgeber sehr viel schonender, als der persönliche Behördegang des Arbeitnehmers. Unabhängig davon darf dem Arbeitnehmer aber auch nicht zugemutet werden, alle entsprechenden Erledigungen persönlich vorzunehmen, statt das Telefon am Arbeitsplatz zu verwenden. Der telefonische Behördenkontakt gehört zum sozialen Verhalten. Aus dem Anspruch auf Sozialkontakte ergibt sich zudem, dass auch private telefonische Kontakte ausserhalb von Behördengängen usw. in der Arbeitszeit in gewissem Umfang möglich sein müssen.

Fraglich ist demgegenüber, **welchen Umfang** solche Gespräche annehmen dürfen. Grundsätzlich muss im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden<sup>37</sup>. Das Gesetz verweist im Zusammenhang mit der Freizeit auf das «übliche»<sup>38</sup>. Damit sind Branchenübungen zu beachten. Eine Konkretisierung kann durch einen Gesamtarbeitsvertrag oder durch einen Einzelarbeitsvertrag erfolgen. Wegen des relativ zwingenden Charakters der Norm kann sich aber der Arbeitnehmer in jedem Fall auf eine für ihn günstigere Übung berufen<sup>39</sup>. Dabei sind auf Seiten der Arbeitgeberin drei Kriterien bedeutend. Zum einen wird mit privaten Telefongesprächen Arbeitszeit zweckentfremdet. Zum andern laufen durch diese Gespräche Kosten auf und schliesslich wird dadurch auch eine Telefonleitung blockiert, was die geschäftliche Kommunikation erheblich stören kann<sup>40</sup>.

31 BREHM, (FN 29), N. 52 ff. zu Art. 55 OR.

32 Vgl. BREHM, (FN 29), N. 77 ff. zu Art. 55 OR.

33 REHBINDER, (FN 23), N. 43 zu Art. 321d OR.

34 REHBINDER, (FN 23), N. 43 zu Art. 321d OR.

35 Art. 329 Abs. 3 OR.

36 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 1992, N. 6 zu Art. 329 OR; STAEHELIN, (FN 6), N. 15 zu Art. 329 OR;

37 STREIFF/VON KAENEL, (FN 36), N. 8 zu Art. 329 OR.

38 Art. 329 Abs. 3 OR.

39 STREIFF/VON KAENEL, (FN 36), N. 8 zu Art. 329 OR; REHBINDER, (FN 23), N. 19 zu Art. 329 OR.

40 REHBINDER, (FN 23), N. 3 zu Art. 321a OR.

Wie aufgezeigt, sind nicht alle privaten Gespräche vom Arbeitsplatz aus unzulässig. Andererseits können diese aber auch ein Mass erreichen, welches sich der Arbeitgeber nicht gefallen lassen muss. Entsprechend stellt sich die **Frage nach der Zulässigkeit** der Überwachung. Dabei ist zwischen der Kontrolle, mit wem und wie lange telefoniert wurde und einer Überwachung des Gesprächsinhalts zu unterscheiden. Letzteres ist wesentlich problematischer als ersteres. Den Arbeitnehmenden muss die Möglichkeit geboten werden, unkontrolliert telefonieren zu können, wenn dafür eine private Notwendigkeit besteht. Dafür kann auch ein Telefonautomat zur Verfügung gestellt werden. Erstaunlicherweise finden sich sehr wenig Entscheidungen zu diesen Fragestellungen.

#### B. Unterschiede zum E-Mail-Verkehr

Eine Rechtsprechung zur Kontrolle der Telefongespräche wäre auch nicht ohne weiteres auf den E-Mail-Verkehr zu übertragen. Sie könnte nur als Ausgangspunkt und Analogie für entsprechende Überlegungen verwendet werden. Der E-Mail-Verkehr **unterscheidet sich in einigen Punkten wesentlich vom Telefonverkehr**.

Für den Arbeitnehmer ist das Bedürfnis, **während der Arbeitszeit** via E-Mail mit anderen Personen zu verkehren, wesentlich geringer als beim Telefon, weil der elektronische Verkehr nicht zeitgebunden ist. Grundsätzlich kann auch mit einer Behörde nachts verkehrt werden, weil der Adressat nicht zeitgleich die Botschaft empfangen muss. Aus persönlichen Gründen kann sich aber ein Bedürfnis für einen bestimmten Zeitpunkt ergeben.

E-Mails sind demgegenüber wesentlich **preisgünstiger** als ein Telefongespräch. Überdies wird dadurch die Leitung nicht blockiert. Insofern spielen die Kostenfragen für den Arbeitgeber eine kleinere Rolle. Soweit die gespeicherten E-Mails Speicherplatz beanspruchen, handelt es sich

nicht um eine Frage der privaten Kommunikation sondern der Disziplin bei der Organisation der eigenen Computerumgebung des einzelnen Arbeitnehmers. E-Mails können sofort nach Kenntnisnahme durch den Adressaten gelöscht werden.

Bedeutend ist schliesslich, dass jeder E-Mail-Verkehr notgedrungen Weise **Spuren hinterlässt** und der Inhalt solange verfügbar ist, wie der Empfänger und der Sender die E-Mail nicht gelöscht haben. Im Gegensatz zum Telefon ist somit auch noch nachträglich eine Inhaltskontrolle möglich. Die Aufzeichnung der Kommunikation liegt in der Natur der Sache.

#### 1. Kontrolle des E-Mail-Verkehrs

Wie sich zeigen wird, sind gewisse Kontrollen notwendig und auch nicht zu vermeiden. Diese sind in jedem Fall **den Mitarbeitenden zu kommunizieren**<sup>41</sup>. Namentlich müssen diese wissen, wer Zugriff zu welchen Informationen hat und ob und gegebenenfalls wie lange diese aufbewahrt werden.

#### A. Eingehende E-Mails

Der einzelne Arbeitnehmer kann gar nicht verhindern, dass er einzelne private E-Mails erhält. Sobald eine Adresse bekannt ist, kann diese auch für private Zwecke verwendet werden. Von daher ist eine **systematische Kontrolle aller eingehenden E-Mails nicht zulässig**. Allerdings lässt sich aus technischen Gründen nicht vermeiden, dass der Eingang einschliesslich des Absenders registriert wird. Organisatorisch ist aber sicher zu stellen, dass nur der Adressat Zugriff auf seine E-Mails hat. Besteht aus betrieblichen Gründen ein Bedürfnis, den E-Mail-Verkehr mehreren Personen zugänglich zu machen, so muss durch Weisungen sichergestellt werden, dass als «persönlich» gekennzeichnete Mails nicht von anderen Personen gelesen werden. Wohl kann heute auch verlangt werden, dass die Einhaltung der entsprechenden Weisungen durch technische Mittel abgesichert wird.

Von betrieblichen Besonderheiten abgesehen, erscheint eine **allgemeine perso-**

41 Art. 4 Abs. 2 DSGVO; URS MAURER, in: Maurer/Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N. 9 zu Art. 4 DSGVO.

**nenbezogene Kontrolle** der eingehenden E-Mails als **nicht verhältnismässig**<sup>42</sup>. Es lässt sich dafür weder mit Blick auf die Prüfung der Eignung noch die Durchführung des Arbeitsvertrages eine Notwendigkeit ausfindig machen<sup>43</sup>. Im Einzelfall kann sich eine Kontrolle allerdings rechtfertigen, wenn konkrete Verdachtsmomente für einen Missbrauch des E-Mails bestehen, und nur eine Überwachung der eingehenden E-Mails Straftatbestände aufdecken oder Straftaten gegenüber Mitarbeitenden, der Arbeitgeberin oder Dritten verhindern kann. Demgegenüber genügt das Bedürfnis die Leistung eines Arbeitnehmers zu überprüfen nicht, da es sich um einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers handelt<sup>44</sup>.

## B. Ausgehende E-Mails

Ähnliches wie bei den eingehenden E-Mails gilt auch für die ausgehenden E-Mails. Eine **Inhaltskontrolle** rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails. Wie es in einem Unternehmen sinnvoll sein kann, dass Kopien der gesamten ausgehenden geschäftlichen Post bei Vorgesetzten oder der Direktion zirkulieren, kann es auch Sinn machen, dass diese auf die entsprechenden E-Mails Zugriff haben. Nicht erfasst werden dürfen dabei aber private E-Mails. Eine technische Trennung ist von daher zwingend notwendig. Ein gänzlich Verbot privater E-Mails erscheint in jedem Fall unverhältnismässig, weil es zumindest möglich sein muss, auf private E-Mails, die eingegangen sind, antworten zu können.

Das gleiche gilt bezüglich einer **blossen Adresskontrolle**. Auch diese kann sich nur auf die geschäftlichen E-Mails beziehen und darf nicht auch die privaten erfassen. Demgegenüber ist es nicht ausgeschlossen, bloss die Zahl und den Umfang der abgeschickten E-Mails, einschliesslich der privaten zu kontrollieren.

Das hindert allerdings nicht, dass aus technischen Gründen, die ausgehenden E-Mails jedenfalls bis zum Zeitpunkt, in dem sie vom Absender gelöscht werden, auf dem **Server registriert** bleiben. Es muss nur sichergestellt sein, dass – begründete Ausnahmen im Einzelfall vorbe-

halten – niemand anderer als der Absender Zugriff zu diesen Daten hat.

Eine weitergehende Kontrolle kann sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass die Arbeitgeberin die **Weisung erteilt** bzw. vertraglich vereinbart, dass keinerlei private E-Mails versandt werden. Wohl erlaubt Art. 328b OR die Bearbeitung von Personendaten, soweit dies für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist. Die Argumentation, eine so weitgehende Überwachung sei notwendig, um die Einhaltung der vertraglichen Vereinbarung zu überwachen, scheidet daran, dass eine so weitgehende Einschränkung der Benutzung gar nicht zulässig ist, weil sie die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verletzt.

## 2. Kontrolle des Besuchs von Webseiten

Aus dem datenschutzrechtlichen Grundsatz, dass die Bearbeitung nur nach Treu und Glauben erfolgen darf<sup>45</sup>, folgt auch hier die Verpflichtung der Arbeitgeberin **jede Überwachung im Voraus bekannt zu geben**<sup>46</sup>. Eine Datenbearbeitung muss für die betroffenen Personen transparent sein<sup>47</sup>.

Ein **schutzwürdiges Bedürfnis zur Kontrolle, welche Webseiten** am Arbeitsplatz aus privaten Gründen konsultiert werden, **hat der Arbeitgeber nicht**. Das Arbeitsverhältnis rechtfertigt keine Gesinnungsschnüffelei. Die Kosten, welche durch die Nutzung unentgeltlicher Webseiten entstehen sind unbedeutend. Der Arbeitgeber kann höchstens ein Interesse daran haben, festzustellen, in welchem zeitlichen Umfang am Arbeitsplatz privat Webseiten konsultiert werden. Dafür genügt es aber, die dafür eingesetzte Zeit festzuhalten.

42 Art. 4 Abs. 2 DSG.

43 Art. 328b OR.

44 Vgl. Art. 26 ArGV3.

45 Art. 4 Abs. 2 DSG.

46 Ausnahmen sind in begründeten Einzelfällen möglich, wenn es um die Aufdeckung oder Verhinderung von Straftaten geht.

47 URS MAURER, (FN 41), N. 9 zu Art. 4 DSG.

Daraus ergeben sich folgende Grundsätze:

- Die Arbeitgeberin darf den **privaten Besuch von Webseiten** nicht vollständig verbieten. Sie darf ihn höchstens zeitlich einschränken.
- **Welche Webseiten** privat besucht werden, darf nicht kontrolliert werden. Ebenso besteht kein Grund für eine Kontrolle der Dauer des Besuchs der einzelnen Webseite. Für die Arbeitgeberin ist nur von Interesse, wie viel Zeit insgesamt für den privaten Besuch aufgewendet worden ist. Welche Webseiten geschäftlich besucht worden sind, darf demgegenüber kontrolliert werden, falls dafür ein betriebliches Bedürfnis ausgemacht werden kann.
- Soweit es sich beim privaten Besuch um **entgeltliche Dienste** handelt, darf die Arbeitgeberin selbstverständlich die Kosten beim Arbeitnehmer einfordern, falls dies nicht ohnehin direkt geschieht. Soweit Daten für diese Weiterverarbeitung erhoben werden müssen, ist auch die Datenerhebung zulässig.

Die Arbeitgeberin hat ein Interesse daran, den eigenen **Server vor Viren zu schützen**. Von daher kann sie auch das Herunterladen von Programmen und Daten aus dem Netz sowohl für den dienstlichen wie auch den privaten Gebrauch beschränken. Die damit verbundene Einschränkung der privaten Nutzung erscheint als zumutbar und damit als verhältnismässig. Es liegt auf der Hand, dass mit dem Argument des Schutzes vor Viren es sich allerdings nicht rechtfertigen lässt, für den privaten und den geschäftlichen Bereich unterschiedliche Regeln bezüglich des Herunterladens von Programmen und Daten aufzustellen.

Damit eine differenzierte Kontrolle nach den dargestellten Grundsätzen möglich ist, braucht es gewisse **technische Einrichtungen**. Diese sind unter Umständen mit einem Aufwand für die Arbeitgeberin verbunden. Dieser Mehraufwand kann die mit einer stärkeren Kontrolle verbundene Persönlichkeitsverletzung nicht rechtfertigen. Scheut die Arbeitgeberin diese Investitionen, so muss sie auf die

Kontrolle auch in dem Umfang verzichten, in dem sie zulässig ist.

### 3. Weitere Verwendungen des Netzes

Das Netz kann selbstverständlich für weitere Zwecke benutzt werden. So ist es beispielsweise möglich, eine **eigene Homepage bzw. Webseite zu kreieren**. Dass solches auf oder mit dem Server des Arbeitgebers geschieht, ist diesem nicht zuzumuten. Der Arbeitgeber kann dies grundsätzlich durch Weisungen verbieten, ohne die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu verletzen.

Von grosser praktischer Bedeutung ist die **Login-Kontrolle** durch die Arbeitgeberin. Sie erlaubt es, die Benutzung des betriebs-eigenen Computers in zeitlicher Hinsicht zu überprüfen. Eine solche Kontrolle hat allerdings keinen direkten Zusammenhang mit dem Internet sondern betrifft das Netz des Betriebes. Vom Umfang der Kontrolle her, ist sie nicht unbedenklich. Sie ist aber für die Datensicherheit unumgänglich, wenn sich die Arbeitgeberin auf einfache Weise vor Hackern sichern will und gegebenenfalls auch im Nachhinein eine Kontrolle möglich sein soll, wenn festgestellt wird, dass Daten nach aussen gedrungen sind.

Auch eine **technische Aufzeichnung der intern abgefragten Daten** rechtfertigt sich mit Blick auf den Datenschutz. Nur so ist es möglich sicher zu stellen, dass heikle Personendaten innerhalb des Unternehmens nicht von unberechtigten Personen konsultiert werden. Allerdings kann diese Überwachung so erfolgen, dass die Arbeitgeberin bzw. die Vorgesetzten nicht Kenntnis davon erhalten, wer auf welche Daten zugegriffen haben. Von den verantwortlichen Personen braucht nur wahrgenommen zu werden, ob ungerechtfertigte Zugriffe erfolgt sind oder nicht. Erst wenn festgestellt wird, dass auch Personen ohne Zugriffsberechtigung schützenswerte Personendaten konsultiert haben, rechtfertigt es sich, die Fehlbaren zu ermitteln.

### IV. Schlussbemerkung

Die Kommunikationsmittel ändern fortlaufend. Damit ändert nicht nur die betriebliche Praxis sondern auch das gesell-

schaftlich adäquate Kommunikationsverhalten. Arbeitnehmende müssen heutzutage die Möglichkeit haben, am Arbeitsplatz in einem gesellschaftlich üblichen Ausmass auch **private Kontakte pflegen** zu können. Solche Kontakte müssen auch mit den neuen Kommunikationsmitteln möglich sein. Von daher kann die private Internetnutzung am Arbeitsplatz nicht vollständig untersagt werden.

Sowohl auf Grund der arbeitsrechtlichen wie auch der datenschutzrechtlichen Bestimmungen und des Persönlichkeits-schutzes ist eine **Überwachung** des Arbeitnehmers eine Persönlichkeitsverletzung, welche der Rechtfertigung bedarf. Der Arbeitgeber darf deshalb eine Überwachung nur vornehmen, soweit er dafür überwiegende Interessen geltend machen kann. Es ist somit regelmässig zu untersuchen, ob tatsächlich eine betriebliche Notwendigkeit für die Überwachung besteht.

Weil es sich bei einer Überwachung grundsätzlich um eine Persönlichkeitsverletzung handelt, hat sie, auch in den Fällen, in denen ein überwiegendes Interesse besteht, für die überwachte Person **möglichst schonend** zu erfolgen. Daraus ergibt sich insbesondere, dass verdeckte Überwachungen grundsätzlich unzulässig sind.

Die Überwachung der Internetnutzung wirkt **keine grundsätzlich neuen Rechtsfragen** auf. Sie ist nach den gleichen Kriterien zu beurteilen, wie die Kontrolle des Telefonverkehrs am Arbeitsplatz. Es bestehen aber im Vergleich zum Telefon gewisse technische Unterschiede, welche sich auch auf die Wertung der Interessen und die Möglichkeit einer möglichst schonenden Beaufsichtigung auswirken. ■

# L'édition en ligne

Nathalie Tissot

Avocate, professeur de propriété intellectuelle à l'Université de Neuchâtel et chargée de cours à l'EPFL, La Chaux-de-Fonds

**Zusammenfassung:**  
Neben verschiedenen urheberrechtlichen Problemen begleiten die Online-Verbreitung geschriebener Werke, von Musikstücken oder audiovisuellen Werken auch neue ökonomische Modelle. Wie in der Musikbranche besteht ein möglicher Ansatz in der Kontrolle der gesamten Verwertungskette, von der Produktion bis zur Verbreitung, auch über Internet. Damit alle diese Nutzungsarten richtig erfasst werden können, drängen sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten auf: Die Anpassung des Lizenzsystems traditioneller Werke an die bereits existierenden Systeme Online-Verbreitung und –Benutzung von Software oder die Ausdehnung des Geltungsbereiches der kollektiven Verwertung.

## I. Introduction

C'est essentiellement sous l'angle du droit d'auteur, ainsi que des nouvelles stratégies commerciales qui lui sont liées, que l'édition en ligne mérite qu'on s'y arrête.

Cette notion recouvre un contexte correspondant à deux types d'activités.

1. La création/réalisation d'un site Web. Cette opération comporte tous les problèmes spécifiques liés à l'élaboration d'une œuvre multimédia<sup>1</sup>. La réalisation de pareilles œuvres multimédia pose en outre la question de savoir qui sera titulaire des droits les concernant, notamment si elles ont été réalisées par des auteurs/créateurs salariés, avec des solutions cas échéant différentes suivant que seront concernés leur aspect logiciel ou les autres types de créations qu'elles englobent (texte, musique, image).
2. L'offre en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Ce deuxième aspect de l'édition en ligne concerne la mise à disposition, sur le réseau, d'œuvres

1 Avec des solutions et un traitement différents selon que cette dernière constitue, dans tous les éléments graphiques, textuels, sonores ou filmatographiques qu'elle regroupe, une création entièrement nouvelle ou au contraire une œuvre dérivée impliquant l'obtention préalable des droits, respectivement des autorisations, nécessaires pour son élaboration, en application des art. 3 al. 4 et 11 LDA; dans la mesure en tout cas où l'on n'admet pas que la liberté de citation de l'art. 25 LDA puisse trouver application dans le domaine des œuvres plastiques et photographiques. De WERRA J., Liberté de l'art et droit d'auteur, *medialex* 2001, p. 143 ss, plaide lui pour une extension de l'exception de citation, eu égard notamment à une interprétation qui prenne en compte le principe de la liberté de l'art, en particulier en relation avec des collages artistiques par ex., ou «d'autres œuvres des beaux arts faisant visuellement référence à certaines créations préexistantes» (p. 148).

dont des exemplaires parviennent sous forme dématérialisée à l'ordinateur de l'utilisateur final. Cette souplesse dans l'utilisation qui intervient à la demande du consommateur et où ce dernier le souhaite, change complètement les habitudes en matière d'édition, de publication et de distribution des œuvres, qu'elles soient musicales, visuelles, littéraires ou cinématographiques. En effet, grâce aux systèmes de compression actuels, il est possible de transmettre rapidement et dans de très bonnes conditions des fichiers sons (phénomène MP3), mais aussi des images, y compris des séquences vidéos (format Jpeg).

## II. Rappel des caractéristiques relatives aux réseaux informatiques

### 1. L'édition en ligne

C'est la flexibilité du «publishing-on-demand»<sup>2</sup> qui paraît caractéristique, plutôt que le fait que les œuvres soient numérisées, l'édition d'œuvres digitalisées fixées sur des supports matériels (CD-Rom, disquettes, etc.) ne différant d'avec la problématique de l'édition traditionnelle de livres ou autres disques et films que par la manière dont ces œuvres sont utilisées par leurs destinataires<sup>3</sup>. Il apparaît au demeurant que dans leur essence même, si ce n'est par leur ampleur, les problèmes posés par l'édition électronique ne sont

2 KATZENBERGER P., Elektronisches Publizieren und Urheber- und Wettbewerbsrecht, Internet- und Multimediarecht, Lehmann M. (éd.), Cyberlaw, Stuttgart 1997, p. 222.

3 Ce dernier doit, pour consulter l'œuvre, passer par un ordinateur qui suscitera la réalisation d'un nouvel exemplaire de l'œuvre pour son affichage à l'écran, à la différence du lecteur CD qui lui joue l'œuvre sans la dupliquer. Le destinataire de l'œuvre peut aussi en faire autre chose qu'une simple lecture/consultation, par ex. en la modifiant, etc.

pas toujours nouveaux. La doctrine<sup>4</sup> évoque ainsi la réunion de manuscrits traditionnels dont l'existence est indiquée au public par de la documentation ou des médias spécialisés et qui, **à chaque demande, sont copiés et envoyés** à celui qui en a passé commande. Il s'agit là d'une sorte de forme non électronique de «publishing-on-demand» ou «printing-on-demand»<sup>5</sup>, qui diffère des publications traditionnelles en ce que des exemplaires additionnels d'une œuvre auparavant non disponibles, sont réalisés pour l'utilisateur final et conformément à sa demande<sup>6</sup>. C'est aussi une réalité pour certains journaux prestigieux qui se trouvent à disposition sur un site Internet et peuvent être imprimés par les clients en direct et in situ grâce à la connexion Internet avec ce site et l'imprimante laser de l'hôtel ou de certains des aéroports qu'ils fréquentent<sup>7</sup>. On se trouve ainsi en présence d'une sorte de publication sans stock qui est une des caractéristiques de l'édition en ligne comme de tout le e-commerce d'ailleurs.

C'est au fond l'ampleur du phénomène et la performance, en terme d'espace et de

temps, du système de distribution qui font de l'édition en ligne un nouveau défi pour le droit d'auteur. Le rôle d'intermédiaire des maisons d'édition semble dépassé à deux titres au moins.

D'abord en raison du fait que les auteurs peuvent désormais, et à moindre coût, distribuer seuls leur création via les réseaux. Ensuite, parce que les utilisateurs ont «de moins en moins besoin de leurs services, grâce à la technique du partage des fichiers»<sup>8</sup>.

Nous sommes ainsi en train d'assister à «une rupture des marchés traditionnels de vente de copies de programmes, d'œuvres musicales, d'œuvres d'art, de livres et de films»<sup>9</sup>. C'est aussi vrai pour les périodiques, qu'il s'agisse de nos quotidiens, avec d'éventuels problèmes de violation de droits d'auteur lors de la mise à disposition en ligne d'articles rédactionnels, mais aussi avec de possibles violations de l'art. 5 litt. c LCD, lorsque la reprise porte sur des nouvelles à l'état brut, ou de revues scientifiques ou juridiques par exemple.

## 2. Le droit d'auteur

«Grâce à Internet, les exploitants de sites Web, qu'ils soient fournisseurs de contenu ou d'hébergement, utilisent des œuvres protégées de différentes façons: ils les reproduisent dans une base de données centrale accessible au public (serveur); ils les proposent aux internautes; ils les transmettent en ligne, du serveur à l'ordinateur de l'utilisateur, et enfin, ils permettent parfois aux internautes de les reproduire sur le disque dur de leur ordinateur»<sup>10</sup>.

8 De WERRA J., Droit d'auteur et Internet: une question de «business models»? , *medialex* 2001, p. 10, qui relève que les pertes des grands labels de musique et des maisons d'édition sont estimées à 3,1 et 1,5 milliards de US\$ en 2005, ce qui devrait les amener à développer de nouveaux modèles économiques pour subsister.

9 OOMPI, Etude sur les questions relatives au commerce électronique et à la propriété intellectuelle, Genève mai 2000, <http://ecommerce.wipo.int>, p. 9.

10 SALVADE V., Gestion collective des droits sur le réseau, Colloque du LES, Licensing Executives Society, Les contrats dans l'informatique et sur Internet, Genève 9 avril 2001, p. 4; voir aussi pour plus de détails BÜHLER L., Schweizerisches und Internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999, p. 156-195.

**Résumé:** Outre qu'elle pose différents problèmes au regard du droit d'auteur, la généralisation de la diffusion en ligne d'œuvres écrites, musicales ou audiovisuelles s'accompagne de l'apparition de nouveaux modèles économiques. Ainsi, dans le domaine de la musique, une des approches possibles vise à contrôler toute la chaîne de distribution, de la production à la diffusion, jusqu'à et y compris Internet. De manière générale, les mesures susceptibles de ramener ces utilisations dans le droit chemin paraissent essentielles: adaptation du système des licences contractuelles en matière d'œuvres traditionnelles, aux pratiques déjà existantes concernant la diffusion/utilisation en ligne de logiciels; généralisation du rôle de la gestion collective des droits.

4 KATZENBERGER P. (n.2), p. 221.

5 KATZENBERGER P. (n. 2), p. 221, la Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE no L167 du 22 juin 2001, p. 10-19, préconise d'ailleurs, cons. 15, de ne pas traiter différemment la mise à disposition à la demande des autres actes de mise à disposition.

6 KATZENBERGER P. (n. 2), p. 221.

7 Le Temps du 16 mars 2001 relève ainsi avoir choisi de s'associer avec l'entreprise Newspaperdirect, exploitant du site [www.newspaperdirect.com](http://www.newspaperdirect.com), «avec pour effet que la dernière édition en date du journal est disponible dans un peu plus de 80 hôtels à travers la planète, ainsi que dans une dizaine d'entreprises et de commerces, ou encore de manière individuelle, avec livraison à domicile, à Vancouver, Toronto, Washington, Moscou, Saint-Petersbourg, Bristol, et Bath, via une inscription sur le site de la société» (PRADERVAND D., Le Temps, 16 mars 2001, p. 46). L'article indique que l'intérêt pour Le Temps est triple. Cela répond d'abord à une question d'image. Cela augmente ensuite la disponibilité du journal permettant de l'offrir là où des exemplaires physiques ne pourraient jamais être commercialisés pour des questions de coût et de délai de livraison. C'est enfin «un pari sur l'avenir: mettre à disposition un produit sous forme immatérielle et qui ne devient réel qu'à la demande».

Tous ces actes relèvent soit du droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre (droit de reproduction, art. 10 al. 2 litt. a LDA), soit du droit de communication publique (art. 10 al. 2 litt. c LDA), parfois aussi du droit de distribution (art. 10 al. 2 litt. b LDA), et en tout cas du droit général d'utilisation de l'art. 10 al. 1 LDA.

On peut retenir, pour résumer, que la mise à disposition sur Internet d'un contenu protégé entre dans la sphère de puissance de l'auteur et nécessite une autorisation préalable de sa part; quant aux différents droits partiels mis en œuvre, tout dépend du type d'offre effectuée et de son organisation<sup>11</sup>.

Si le matériel appelé est immédiatement enregistré de manière durable sur la machine de l'utilisateur, cas échéant sans même que ce dernier n'ait à accomplir aucun acte particulier pour provoquer une telle fixation permanente, on sera en présence d'un cas d'application directe de l'art. 10 al. 2 litt. b LDA. Si les données appelées ne sont fixées que provisoirement sur la machine de l'utilisateur, puis effacées directement après usage, alors c'est le droit de communication publique de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA qui l'emportera. Et si on est en présence d'une simple perception de l'œuvre par l'utilisateur, celle-ci ne relèvera pas du droit d'utilisation général revenant à l'auteur en vertu de l'art. 10 al. 1 LDA, mais impliquera que celui qui offre l'information «consommée» soit lui au bénéfice du droit de communication publique<sup>12</sup>.

### III. Implications commerciales de l'édition en ligne

La généralisation de la diffusion en ligne d'œuvres musicales et/ou audiovisuelles

s'accompagne de l'apparition de nouvelles stratégies ou de nouveaux modèles économiques<sup>13</sup>.

#### 1. Le cas de la musique

Une première approche pourrait être qualifiée de tentative de résoudre «le problème de l'intérieur» en contrôlant toute la chaîne de distribution, de la production à la diffusion jusqu'à et y compris Internet. C'est ce qu'illustre le rachat et la fusion début 2000 d'AOL-Time Warner/EMI<sup>14</sup>. Ce premier pôle s'est étoffé, au printemps 2001, d'une collaboration supplémentaire avec Bertelsmann et Real Networks; presque immédiatement suivie, le 5 avril 2001, de l'annonce de la création d'un autre service de musique en ligne par abonnement dans le cadre du bloc Vivendi Universal, Sony et Yahoo!, avec pour but de proposer des morceaux de musique tirés du répertoire des éditeurs Sony Music et Vivendi Universal Music, aux Etats-Unis dès cet été et en Europe dès la fin de l'année. Les abonnés à ce juke-box baptisé Duet pourront compiler des listes de chansons tirées de ces répertoires et les échanger avec d'autres utilisateurs du système, alors que les clients de MusicNet auront eux le choix entre des titres édités par AOL-Time Warner, Bertelsmann et EMI<sup>15</sup>.

Une des autres solutions choisie par les détenteurs de droits (notamment les maisons d'édition musicales) consiste à proposer un système de licence rétroactive au pirate qui devient ainsi «distributeur officiel» des œuvres concernées<sup>16</sup>. Cette solution présente aussi l'avantage de régler du même coup la question d'une éventuelle violation des droits voisins du droit d'auteur lorsqu'un phonogramme disponible sur le marché est repris pour être mis à disposition sur le Net, dans la mesure où le donneur de licence est généralement aussi investi des droits voisins sur les phonogrammes qu'il produit et édite dans le monde traditionnel. Deux exemples concrets permettent d'illustrer ce qui vient d'être évoqué: celui de Napster, et celui de Compuserve.

#### A. Napster

Ce système d'échange gratuit de fichiers musicaux MP3 sur le Net concerne, pour

11 BÜHLER L. (n. 10), p. 197.

12 BÜHLER L. (n. 10), p. 198.

13 De WERRA J. (n. 8), p. 10.

14 VUILLE P., La musique sur Internet, une histoire sans fin, *medialex* 2000, p. 3.

15 *Le Temps* du 26 avril 2001, p. 29; *Le Temps* du 10 avril 2001, p. 32, précisait qu'Universal Music Group avait signé l'accord définitif pour l'acquisition, pour un montant de près de 23 millions de US\$, de la société de musique en ligne sur abonnement EMusic.com Inc. *Le Temps* du 21 mai 2001, p. 46, annonçait encore que le groupe Vivendi Universal était sur le point d'acheter le site de musiques en ligne MP3.com pour un montant de 372 millions de US\$.

16 Voir dans ce sens, De WERRA J. (n. 8), p. 10-11.

tous les morceaux qui ne sont pas directement tirés des catalogues des éditeurs avec lesquels le site a passé un accord, des fichiers de plus ou moins bonne qualité parce que les œuvres concernées sont directement converties en MP3 et hébergées sur leur ordinateur par les usagers qui ne les téléchargent même pas sur le serveur de Napster.com. Le logiciel développé par Napster (un navigateur disponible gratuitement sur le Net, destiné à retrouver n'importe quel morceau ou les œuvres de n'importe quel artiste sur quelque serveur que ce soit, si ce serveur fait partie du cercle des utilisateurs du système) permet en fait de transformer n'importe quelle machine connectée au réseau en un serveur de fichiers musicaux accessible à tous. S'il ne lit pas le contenu des fichiers, dont il vérifie uniquement qu'ils soient bien codés en MP3, le logiciel développé par Napster augmente la facilité de localisation et de télédownload de fichiers, et offre la possibilité de se monter facilement et gratuitement une discothèque légitime et virtuelle.

Si les actes de conversion en fichiers MP3 et leur chargement pour leur mise à disposition de tiers sur des serveurs, constituent clairement des cas de violation des droits de reproduction de l'œuvre, de communication publique, et de distribution et aussi des droits voisins du droit d'auteur, il sera parfois difficile d'identifier l'auteur de ces atteintes. Surtout si les fichiers sont hébergés sur des serveurs situés dans une école et comptant nécessairement plusieurs utilisateurs, ou si les auteurs de ces actes sont domiciliés sur le territoire d'Etats dans lesquels il sera difficile de faire exécuter un jugement qui aurait été obtenu chez nous. Celui qui appelle ces œuvres à distance ou les répertorie ne sait pas forcément que les autorisations préalables n'ont pas été obtenues ou que les droits correspondants n'ont pas été payés par l'exploitant du serveur, et ne commet donc pas nécessairement une violation intentionnelle du droit d'auteur<sup>17</sup>. Celui qui se limite à télécharger ces œuvres pourra en plus essayer d'exciper du droit d'utilisation à titre privé, s'il les écoute dans un cercle restreint de parents et d'amis. Encore que l'exception d'utilisation à titre privé de l'art. 19 al. 1 litt. a LDA ne puisse valablement être soulevée que pour autant que les actes concernés se limitent strictement à un

cercle de personnes étroitement liées, puisqu'il y va généralement de la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché (art. 19 al. 3 litt. a LDA), en tout cas si la reprise ne se limite pas à l'une ou l'autre des chansons d'un album commercialisé, mais est plus substantielle<sup>18</sup>. La conversion en fichiers MP3 et leur stockage sur le serveur de l'auteur de ce nouvel enregistrement ne sauraient bénéficier de l'exception d'utilisation à des fins privées que si l'appel de ces fichiers était lui aussi limité à un cercle des personnes étroitement liées (art. 19 al. 3 litt. d LDA).

Il est difficile sur ce point de suivre l'argumentation de MyMP3.com<sup>19</sup>, selon laquelle le chargement sur son site de plus de 45000 CD musicaux était seulement destiné à libérer le consommateur de toute contrainte technique concernant la manière d'écouter les CD qu'il avait acquis ; et qu'une nouvelle manière d'utiliser à titre privé l'album qu'on possède physiquement chez soi serait de l'écouter aussi par le biais d'une connexion Internet, par exemple lorsqu'on est en voyage et qu'on n'a pas emporté l'album et son lecteur CD. A moins que véritablement le système de protection du site mis en place par MP3.com, avec une entrée réservée aux seuls titulaires d'un mot de passe et une possibilité d'écoute limitée aux titres dont l'utilisateur aura démontré qu'il en est bien possesseur, soit très fiable et em-

17 Voir dans le même sens, WEBER R. H/BISCHOF J., Napster, Die Musikindustrie und der Musikvertrieb, sic ! 2001, p. 152 ss.

18 On pourrait en tout cas être tenté de le déduire du cons. 7 de l'arrêt rendu le 21 mai 2001 par la 1<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne, *medialex* 2001, p. 166 ss, qui admet la reprise numérique de certains des articles d'un quotidien, au motif que les articles en eux-mêmes ne sont pas disponibles sur le marché et qu'il serait nécessaire que le 90% du journal soit scanné pour que la reproduction porte sur l'essentiel du quotidien en tant qu'œuvre collective. Dans son examen de l'arrêt précité, GUBLER B., *Elektronische Pressespiegel: Grenzen des Eigenbrauchs*, *medialex* 2001, p. 91 ss, relève, p. 96, que l'avant-projet de révision de la loi sur le droit d'auteur, auquel il n'a pour le moment plus été donné suite au vu des résultats de la première consultation des milieux intéressés pendant l'été-automne 2000, prévoyait de limiter expressément le droit de réaliser des reproductions numériques d'une œuvre au cercle strictement privé des parents et amis, tout en le soumettant à rémunération. Cela reviendrait à priver de portée l'art. 19 al. 3 LDA dans le monde de la reproduction numérique, mais cette solution serait pleinement conforme à celle préconisée par la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (n. 5), cons. 38, art. 5 § 2 litt. a, ainsi que par l'art. 10 WCT.

19 Voir VUILLE P. (n. 14), p. 3-4.

pêche tout accès illégal à la base de données puis un téléchargement gratuit.

La situation de MyMP3.com avait ceci de moins enviable, par rapport à celle de Napster, que la base de données centrale du site MP3.com comportait une copie des fichiers musicaux mis à disposition des utilisateurs pour téléchargement, et que son opérateur risquait ainsi d'être recherché comme auteur principal d'une violation des droits de reproduction, de communication publique et cas échéant de distribution, alors que Napster pourrait tout au plus être recherché pour complicité de violation des droits d'auteurs<sup>20</sup>.

L'arrangement conclu par Napster avec Bertelsmann à fin octobre 2000 est la parfaite illustration de la volonté des grands éditeurs musicaux de contrôler toute la chaîne, de la fabrication à la distribution, y compris Internet. Le cœur de cet accord porte sur le développement d'une plate-forme payante accessible grâce à un système d'abonnement débouchant sur la mise en place d'un système d'échange sécurisé de fichiers musicaux<sup>21</sup>. La contre-partie est l'octroi par Bertelsmann à Napster du droit d'utilisation de l'entier de son catalogue musical permettant ainsi au site d'offrir et d'utiliser les œuvres des artistes concernés en toute licéité. Les 4,95 US\$ évoqués par mois et par utilisateur devaient rapidement déboucher sur des sommes intéressantes, si on sait que Napster comptait, en octobre 2000, entre 30 et 38 millions d'utilisateurs et plus de 60 millions en printemps 2001<sup>22</sup>. Même si tous ne s'abonnent pas, une bonne partie devrait être tentée de le faire étant donné la bien meilleure qualité des fichiers ainsi offerts<sup>23</sup>.

Le problème est encore différent avec les programmes P2P (Peer-to-Peer) comme FreeNet ou Gnutella qui sont des applications informatiques de distribution de fichiers permettant à leurs utilisateurs «d'échanger des fichiers en dépit de l'inexistence d'une base de données centrale répertoriant les fichiers disponibles». L'univers des «services» Gnutella ou FreeNet est ainsi totalement décentralisé, à l'image du Web lui-même et de la communauté des Internaute. «Il n'est dans ce cas plus possible de mettre un terme aux innombrables échanges de fichiers (...) en recourant aux tribunaux, faute d'existence de défendeur localisable (...). Il n'y a dès lors pratiquement plus de moyens de contrôler le contenu circulant sur Internet»<sup>24</sup>.

Cela marque peut-être d'ailleurs déjà le caractère dépassé du changement pourtant fondamental de stratégie commerciale adoptée par Bertelsmann dans l'affaire Napster...

## B. Compuserve

Pour radicale qu'elle puisse paraître, cette adaptation des pratiques commerciales est elle-même le résultat d'une «longue» évolution initiée aux USA il y a plus de cinq ans. Parmi les premiers pas individualisables dans le sens de cette solution, on peut relever une affaire Compuserve intervenue également en relation avec des problèmes de contrefaçon de musique et de violation des droits d'auteur sur Internet. Compuserve avait installé, sans aucune autorisation, sur une de ses pages Web, plus de 500 compositions musicales mises à disposition des internautes dans le cadre d'un de ses forums dédiés à la musique. Les fichiers MIDI concernés pouvaient être téléchargés par les abonnés à Compuserve. Le 29 octobre 1993, plus de 140 éditeurs d'œuvres musicales ont ouvert action en violation des droits de reproduction et de diffusion des œuvres devant la «Southern District Court of New York». La procédure était menée par la maison de disques Frank Music Corporation représentant les autres éditeurs et réclamant un montant global de 69 millions de US\$. La Cour a admis le principe de la responsabilité de Compuserve pour ce service en ligne offert à ses abonnés, même si le forum n'était pas géré par Compuserve, mais par

20 Voir dans le même sens, WEBER R. H/BISCHOF J. (n. 17), p. 155, qui évoquent aussi une violation éventuelle de l'art. 2 LCD.

21 De WERRA J. (n. 8), p. 10.

22 *Le Temps* du 2 novembre 2000 et du 6 mars 2001.

23 Au printemps 2001, le deal semblait toutefois encore à la peine vu les difficultés techniques rencontrées par Napster pour la création d'une plate-forme vraiment sécurisée, voir *Le Temps* du 6 mars 2001 et du 6 juin 2001 qui évoque un accord complémentaire entre Napster, AOL-Time Warner et EMI pour autant que le service payant de Napster offre des garanties suffisantes quant à la protection des œuvres concernées.

24 De WERRA J. (n. 8), p. 11 et WEBER R. H/BISCHOF J. (n. 17), p. 156.

les utilisateurs eux-mêmes. Pour la Cour, CompuServe avait ainsi facilité et participé à une distribution illégale d'œuvres protégées. Cela a amené les parties à transiger le 25 octobre 1995. La transaction, ratifiée par la Cour, comportait un volet réparation du dommage (paiement de 168'000 US\$ dont 94'500 à titre de dépens) et un autre contrat de licence «mettant en place un système de «licences automatiques» portant sur la totalité des œuvres contrôlées par les plaignants (y compris celles non contrefaites) et permettant aux abonnés de CompuServe de les utiliser licitement»<sup>25</sup>. Chaque responsable de forum se voyait attribuer un numéro personnel et confidentiel attestant de son identité et de celle de son forum et lui permettant de choisir parmi une liste d'œuvres objets de la licence celles qu'il souhaitait utiliser. Cette identification permettait de dresser chaque trimestre une facture des droits dus pour les œuvres utilisées avec un relevé des téléchargements effectués. L'arrangement prévoyait en plus la révocation des licences si le paiement n'était pas effectué dans les 30 jours suivant la mise en demeure, et une responsabilité subsidiaire de CompuServe pour son règlement.

D'autres sites bénéficient d'une licence conclue avec les sociétés de gestion collective des droits et peuvent ainsi offrir à leurs abonnés de télécharger des titres en format MP3 complètement légalement. En Suisse par exemple, Suisa a passé un accord avec le site [madeinmusic.com](http://madeinmusic.com)<sup>26</sup> qui se caractérise comme un «site légal de production, de promotion et de distribution de musique 100% online», fait référence au contrat de licence passé avec Suisa pour la quasi totalité du répertoire mondial de musique et indique que le montant des droits d'auteurs versés par titre s'élève à SFr. 0,225<sup>27</sup>. Les différents auteurs sont ainsi invités à mettre à disposition leurs œuvres sur la plate-forme gérée par [madeinmusic.com](http://madeinmusic.com) et savent à quelles conditions elles seront exploitées.

## 2. La presse écrite

### A. Les périodiques et les quotidiens

Les tribunaux de tout pays sont de plus en plus souvent saisis de litiges portant sur la mise en disposition en ligne de textes pro-

tégés par le droit d'auteur, de versions informatisées de nos quotidiens ou de revues de presse électroniques<sup>28</sup>. Cela pose la question des droits d'auteur des journalistes qui fournissent des articles de fond ou des agences de presse qui mettent à disposition des informations, sans avoir préalablement consenti à une publication en ligne du journal concerné. En Suisse, l'acuité du problème a amené ProLitteris à adopter un tarif spécial dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000 pour l'utilisation de textes sur Internet ou dans des produits multimédia hors ligne, sous forme écrite ou acoustique<sup>29</sup>. A côté des systèmes de licences évoqués plus haut, l'accroissement et la généralisation de la gestion collective des droits est une des solutions envisageables pour pallier aux atteintes aux droits d'auteur que provoque sinon nécessairement l'essor d'Internet.

Concernant les revues de presse électroniques, une jurisprudence de l'Oberlandesgericht de Hambourg<sup>30</sup> a précisé, le 6 avril 2000, que la reprise d'articles de journaux dans le cadre de telles revues mises à disposition au sein d'une entreprise pour informer les employés nécessitait l'accord préalable des auteurs des articles concernés. L'arrêt de la 1<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne<sup>31</sup> confirme que la constitution d'une revue de presse électronique nécessite l'obtention des autorisations préalables des auteurs dont les droits de reproduction et de communication publique sont touchés, sauf si l'utilisation de la base de données numérique intervient à titre purement interne au sein d'une entreprise, via son intranet, et bénéficie alors de l'exception de l'art. 19 al. 1 litt. c LDA. Encore

25 <http://www.legalisnet/legalnet>, commentaire de la décision de la United States Southern District Court of New York du 25 octobre 1995.

26 [www.madeinmusic.com](http://www.madeinmusic.com).

27 L'accord passé avec Suisa au printemps 2001 applique, pour la fixation des redevances, les principes tarifaires recommandés par le BMI, soit 12% du prix du téléchargement, mais au minimum 7,5 centimes par minutes de téléchargement.

28 Voir pour la Suisse, l'arrêt de la 1<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne du 21 mai 2001 (n. 18).

29 *medialex*, 1999, p. 207.

30 Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 6. April 2000 – 3U 211/99, ZUM 2000, p. 960-965.

31 Cf. (n. 18).

faut-il, pour que cette exception s'applique, que les œuvres scannées et stockées sur le serveur interne n'aient pas été disponibles sur le marché. La Cour admet que pareille utilisation puisse cas échéant tomber aussi sous le coup de l'art. 5 litt. c LCD, les articles de journaux, s'ils ne constituent pas en eux-mêmes des œuvres disponibles en tant que telles sur le marché, ne représentant pas moins un résultat de travail prêt à être commercialisé, repris par des moyens techniques et exploités sans dépense correspondante par l'auteur de la base de données litigieuse<sup>32</sup>.

Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication et l'augmentation des possibilités qualitatives et quantitatives d'utilisation des œuvres qui lui est liée ont amené tant les tribunaux que les législateurs à opter pour une interprétation encore plus restrictive que par le passé des exceptions au droit d'auteur, dans le souci de ne pas priver la garantie constitutionnelle de la propriété de toute portée en matière de propriété intellectuelle<sup>33</sup> dans ce nouvel environnement. Cet effet est diamétralement opposé à ce qu'on pourrait attendre d'une interprétation prospective du droit et de ses exceptions, qui devrait plutôt amener à une adaptation de celles-ci aux nouvelles technologies et aux nouveaux modes d'utilisation qu'elles entraînent.

A propos de la reprise et de la diffusion d'articles de journaux en ligne, la jurisprudence enseigne aussi que l'employeur doit avoir acquis contractuellement les droits correspondants. En France, par exemple, cela est confirmé par deux décisions au moins concernant la diffusion d'articles sur Minitel et/ou Internet par le journal lui-même, une fois la société de gestion du Figaro<sup>34</sup>, l'autre fois la SA Groupe Progrès<sup>35</sup>. Les Tribunaux ont admis

l'existence de droits d'auteur des journalistes et rappelé le principe de la cessibilité limitée de ces droits aux seuls types d'utilisation pour lesquels elle avait été stipulée expressément.

En Suisse, la reprise sur Internet d'articles rédactionnels impliquerait soit une cession expresse pour le Web, soit l'existence d'une cession globale en faveur du journal (dans le cadre d'un contrat de travail par exemple), dont la portée devrait être précisée en application de la théorie de la finalité, mais dont il ne paraîtrait pas exubérant d'admettre à l'heure actuelle qu'elle puisse concerner également une utilisation en ligne ! Une cession ou une autorisation tacite pourrait aussi être admise en l'absence de réaction du titulaire original des droits à l'égard de ce type d'utilisation.

Ce qui vient d'être exposé pour les quotidiens peut bien entendu être transposé aux périodiques scientifiques, puisque le droit d'auteur porte aussi sur les œuvres à contenu scientifique ou technique (art. 1 al. 1 litt. d LDA), dont il ne protège alors pas le contenu, mais le mode d'expression uniquement.

## B. Les dictionnaires et les livres

La 1<sup>e</sup> Chambre de la Cour d'appel de Lyon<sup>36</sup> a condamné, le 22 juin 2000, à 6 millions de francs français de dommages et intérêts les responsables de serveurs Minitel qui reproduisaient et mettaient à disposition du public le «Dictionnaire permanent Conventions Collectives» édité par la SA Editions Législatives. La Cour a considéré que ce dictionnaire n'était pas une simple compilation de conventions collectives, mais qu'il s'agissait d'un recueil ou d'un autre type d'œuvre collective protégé par le droit d'auteur, dont l'originalité résultait du travail de synthèse et de résumé, du choix du plan, du découpage et de la réécriture de différents textes regroupés. Le Tribunal a admis la contrefaçon, dont il a rappelé qu'elle s'apprécie en fonction des ressemblances non nécessaires. Il a considéré qu'il y avait en l'espèce en plus reprise du résultat du travail d'un tiers, débouchant sur un comportement parasitaire et déloyal.

32 (n. 18), cons. 9.

33 Cf. arrêts précités (n. 30) et (n. 18).

34 <http://www.legalis.net/jnet>, décision du 14 avril 1999 de la 1<sup>e</sup> Chambre de la 1<sup>e</sup> section du Tribunal de Grande Instance de Paris.

35 <http://www.legalis.net/jnet>, jugement de la 1<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de Grande Instance de Lyon du 21 juillet 1999.

36 <http://www.legalis.net/jnet>, arrêt rendu dans la cause Consorts E., SA, Le Serveur Administratif/Sàrl. Editions législatives, SA Jet On Line, SA.

Les livres sont aussi concernés par des reprises ou des utilisations sur Internet. Ainsi, dans une ordonnance de référé du 5 mai 1997 déjà, le Tribunal de Grande Instance de Paris<sup>37</sup> a rappelé que la mise à disposition de l'œuvre de Raymond Queneau «Cent mille milliards de poèmes» sur un site Internet d'accès libre hébergé par un serveur de l'Université de Paris VIII constituait une reproduction nécessitant l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants-droit. Le Tribunal a considéré en outre que l'exception d'utilisation à titre privé ne pouvait être retenue en l'espèce, les pages Web en question étant de libre accès et permettant aux visiteurs du site de télécharger et copier leur contenu. La Cour n'a pas non plus retenu l'exception de «courte citation» parce que les poèmes repris sur ces pages n'étaient pas destinés à «être incorporé(s) à une autre œuvre à laquelle, il(s) apporterai(en)t un élément pédagogique, scientifique ou d'information».

Les livres font aussi l'objet de nouveaux modes de publication électronique (de même que l'on voit fleurir actuellement les librairies électroniques)<sup>38</sup>, par exemple s'ils ne sont plus destinés qu'à paraître sous forme de livres électroniques (e-Books), le paiement préalable du prix du livre pouvant être une condition d'accès au site<sup>39</sup>. Une autre tentative a été faite, mais avec un certain insuccès, de publier un livre sur Internet, chapitre par chapitre, «Les lecteurs étant invités à acquitter un faible montant (1 ou 2 US\$) selon la taille du chapitre, sans toutefois que le paiement ne soit érigé en condition d'accès au chapitre concerné»<sup>40</sup>. La publication a cependant cessé après le 6<sup>ème</sup> chapitre, l'auteur ayant dû constater que le public ne jouait pas le jeu et que la barre de l'acquiescement de la redevance due par un 75% au moins du lectorat ayant téléchargé le chapitre précédent n'était pas atteinte<sup>41</sup>.

### 3. Autres types de créations

Outre les logiciels dont un des modes de distribution «naturel» est Internet et pour lesquels on bénéficie d'une longue pratique en la matière, d'autres réalisations moins traditionnelles ont donné lieu à de la jurisprudence concernant leur utilisation

sur les réseaux informatiques. On peut ainsi mentionner à titre d'exemple la mise à disposition sur un site Internet de photographies de modèles de collections de mode, ainsi que d'un clip vidéo téléchargeable gratuitement et présentant des extraits des défilés de mode de Christian Dior<sup>42</sup>.

## IV. Conclusions

Comme déjà évoqué, les mesures susceptibles de ramener ces utilisations dans la licéité paraissent essentiellement de deux ordres: l'adaptation du système des licences contractuelles en matière d'œuvres «traditionnelles» aux pratiques déjà existantes concernant la diffusion/utilisation en ligne de logiciels; la généralisation du rôle de la gestion collective des droits.

### 1. Les licences contractuelles

Les logiciels sont, parmi les «produits» protégés par le droit d'auteur, ceux qui ont le plus vite été concernés par une utilisation dans le cadre des réseaux informatiques, ou d'institutions comportant un grand nombre d'utilisateurs, et assimilables par là à un site Web.

#### A. Licence de site

On pourrait imaginer que la diffusion en ligne de périodiques scientifiques par la bibliothèque d'une université par exemple soit licite si une licence de site<sup>43</sup> a été négociée par l'université avec le titulaire des droits d'auteur et que l'accès à ce périodique en ligne est limité aux membres de la communauté universitaire concer-

37 <http://www.legalis.net/jnet>.

38 Par exemple celle de l'OMPI: <http://www.wipo.int/ebookshop>.

39 De WERRA J. (n. 8), p. 11.

40 De WERRA J. (n. 8), p. 11.

41 De WERRA J. (n. 8), p. 11.

42 <http://www.legalis.net/jnet>, ordonnance de référé du 21 février 1999 du Tribunal de Grande Instance de Paris admettant une violation du droit d'auteur et arrêt du 13 octobre 1999 de la 14<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'appel de Paris le confirmant sur recours.

43 C'est ce que la bibliothèque centrale de l'EPFL a annoncé avoir négocié, le 10 avril 2001, pour plus de 70 périodiques de Kluwer Academic Publisher, ainsi que pour la version électronique de «nature», cf. Flash/epfl, 10 avril 2001.

née. La licence devrait ainsi comporter l'autorisation de mettre le périodique à dispersion, sur tout le site, moyennant paiement d'une redevance globale qui pourrait être basée sur une estimation du nombre de consultations de la publication par les utilisateurs autorisés au bénéfice d'un mot de passe, et faisant partie de l'entité administrative bénéficiaire de la licence.

### B. Les licences flottantes

Si les droits ainsi négociés devaient s'avérer trop lourds, le système pourrait être complété à l'image des licences flottantes qui doublent souvent les licences de sites pour les gros logiciels d'applications spécifiques, en limitant le nombre possibles d'utilisations simultanées au sein du réseau. Un programme additionnel gérant les licences introduirait donc des limites à la consultation/téléchargement des périodiques concernés au sein même du réseau des utilisateurs autorisés.

### C. Logiciels libres

Concernant l'édition/publication purement électronique, il conviendrait de s'inspirer des modes de diffusion des logiciels dits en libre copie.

a. Si les œuvres en question sont destinées à être retravaillées ou modifiées par leurs utilisateurs, on pourrait les faire figurer dans des bases de données spécifiant que leur contenu est libre de droits,<sup>44</sup> et cela les rapprocherait des logiciels dits du domaine public spontanément mis à disposition de tous par leurs auteurs pour être utilisés, développés, modifiés et diffusés gratuitement par des tiers<sup>45</sup>.

b. Si l'auteur ne renonce pas à son droit à l'intégrité de l'œuvre, mais qu'il cherche seulement une diffusion et une

lisibilité maximales via le Net, on serait en présence d'un système proche de celui des «freewares» dont la finalité est souvent purement marchande et vise à promouvoir dans le public la commercialisation d'un autre produit dont la sortie est imminente.

c. Lorsque l'utilisation proposée l'est moyennant paiement, on devrait distinguer suivant que celui-ci est le préalable nécessaire à l'accès à l'ensemble de l'œuvre ou seulement la condition d'une prolongation de l'usage déjà consenti. Dans le premier cas, la situation serait proche de celle des «cripplewares» dont la pleine fonctionnalité est soumise à un enregistrement préalable des utilisateurs, puis à un paiement au terme d'une certaine durée d'utilisation. Le second cas pourrait être assimilé au système des «sharewares» qui permet aux consommateurs d'essayer, pendant une période donnée, un produit présentant déjà la majeure partie des caractéristiques du produit final qui lui est onéreux. Au terme de la période d'essai, l'utilisateur doit soit payer l'auteur, soit effacer le programme. Le point faible du système est l'absence de contrôle et de sanction du non respect de ces obligations, les utilisateurs ne s'étant ni identifiés, ni enregistrés avant d'avoir accès aux «sharewares».

## 2. Rôle des sociétés de gestion

Traditionnellement, qui dit société de gestion collective des droits, pense licence légale... Toutefois, ces sociétés n'interviennent pas seulement pour la perception des droits à rémunération associés au système des licences légales, mais aussi dans le cadre de leurs activités contractuelles en faveur de leurs membres. Une de leurs tâches essentielles «a donc été de réviser les contrats qui les liaient aux auteurs et aux éditeurs, de sorte qu'ils englobent clairement les nouveaux droits et les nouvelles utilisations»<sup>46</sup>. Suisa a ainsi obtenu de ses affiliés, la cession conventionnelle à titre fiduciaire du droit d'«introduire les œuvres dans des bases de données, des systèmes de documentation ou des mémoires du même genre et de rendre accessibles (interrogeables) les œuvres ainsi mémorisées, par exemple au moyen de services on line (art. 10 al. 2 litt. a, b et c LDA)»<sup>47</sup>.

44 Voir dans ce sens, et en relation avec les impératifs de l'enseignement à distance, MORAN L., Enseignement à distance, droit d'auteur et communication dans la société de l'information, Bulletin du droit d'auteur, 1999, p. 27.

45 Voir par exemple les conditions GNU, General Public License, pratiquées par LINUX; voir aussi [www.opensource.org](http://www.opensource.org) ou [www.gnu.org](http://www.gnu.org).

46 SALVADE V. (n. 10), p. 4.

47 SALVADE V. (n. 10), p. 4.

Les sociétés de gestion placent de grands espoirs dans les dispositifs techniques de protection, systèmes de verrouillage bloquant l'accès non autorisé à des œuvres mises à disposition sur les réseaux ou systèmes de tatouage électronique permettant de suivre les œuvres et leurs utilisations sur les réseaux<sup>48</sup>. L'insertion de tels filigranes numériques dans les œuvres communiquées au public sur Internet permettra d'en suivre l'exploitation électronique et de savoir précisément quelle œuvre aura été écoutée ou copiée, dans quels pays et combien de fois, ce qui sera de la plus grande utilité pour la répartition ensuite des redevances entre les différents affiliés des sociétés de gestion<sup>49</sup>. Les sociétés de gestion les plus importantes et les plus importantes entreprises de technologie, de communication et de production se sont ainsi regroupées en association (la SDMI, Secure Digital Music Initiative) dans le but «de créer des normes de sécurité ouvertes et interopérables pour la diffusion légale de musique en ligne»<sup>50</sup>.

La généralisation de ces dispositifs techniques de protection et l'introduction d'une protection juridique les concernant<sup>51</sup>, avec des sanctions pénales à l'encontre de ceux qui, intentionnellement et sans droit, neutraliseraient ou rendraient inutilisables pareilles mesures de protection, ou fabriqueraient ou commercialiseraient des dispositifs conçus pour cela, pose la question de l'extension de l'objet du droit d'auteur. «Celui-ci n'est plus seulement formé d'œuvres littéraires ou artistiques, mais également de dispositifs techniques (...) Les relations entre ces normes relatives aux mesures de verrouillage et les exceptions traditionnelles au droit d'auteur sont problématiques»<sup>52</sup>. L'avant-projet de révision de la LDA pré-

cise ainsi qu'il n'est pas autorisé de «neutraliser un dispositif anti-copie pour réaliser une copie numérique destinée à un usage privé»<sup>53</sup>. Cela débouche sur un «amenuisement» de l'exception d'utilisation à titre privé qui, dans le monde numérique, «n'est pas considérée comme instaurant une liberté d'accès à l'œuvre en faveur des internautes»<sup>54</sup>.

Cela est sans doute paradoxal à un moment où l'essor des réseaux informatiques devrait déboucher aussi sur une extension de l'enseignement à distance par exemple. Lequel nécessite justement une extension du système des licences légales et des exceptions au droit d'auteur en matière d'enseignement et de recherche<sup>55</sup>. ■

48 Voir pour des précisions sur le MI3P, un numéro identifiant unique qui, incorporé à chaque enregistrement musical, y associera de façon permanente des informations sur les territoires où l'œuvre peut être diffusée ou exploitée, les licences de reproduction ou d'exécution publique la concernant, l'émetteur de la licence, les termes et conditions de celle-ci, etc., Confédération Internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, CISAC News, avril 2001, p. 27.

49 SALVADE V. (n. 10), p. 9.

50 SALVADE V. (n. 10), p. 9, et Confédération Internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, CISAC News, juillet 2001, p. 25-27, qui évoque le Code international normalisé des œuvres musicales ISWC équivalant de l'ISBN pour les livres et de l'ISSN pour les publications en séries.

51 Art. 11 et 12 WCT, art. 70a et 70b de l'avant-projet de révision de la LDA, art. 6 de la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (n. 5).

52 SALVADE V. (n. 10), p. 8.

53 SALVADE V. (n. 10), p. 9.

54 SALVADE V. (n. 10), p. 9, voir aussi (n. 18).

55 Voir dans ce sens, MORAN L. (n. 44), p. 27, voir toutefois art. 5 § 2 litt. c et 3 litt. a, ainsi que les cons. 37 à 42 et 44 de la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (n. 5).

# Das Öffentlichkeitsprinzip in der Wirtschaft

Peter Nobel

Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen,  
Rechtsanwalt in Zürich

**Résumé:** *L'économie a été longtemps moins intéressée à l'information soignée du public qu'au positionnement du «Brand». Il a fallu attendre la révision du droit des sociétés anonymes de 1991 pour qu'une évolution vers une information améliorée du public se déclenche. Les entreprises internationales cotées en bourses de l'«investor communities» sont tenues depuis longtemps déjà à un devoir de publicité plus étendu. Comme conséquence, des standards internationaux (IAIA, US-GAAP) ont été introduits. Les entreprises ne font plus seulement de l'information lors de résultats exceptionnels (publicité ad hoc), mais aussi sur la sauvegarde de leur responsabilité sociale. Le marché des capitaux exige que les personnes qui occupent des positions de confiance (insider) n'utilisent pas leurs connaissances privilégiées au détriment des autres acteurs économiques. Les journalistes en particulier doivent être conscients de leur responsabilité.*

## I. Einleitung

Während langer Zeit war die Wirtschaft weniger auf akkurate Information der Öffentlichkeit erpicht, als vielmehr an der Positionierung des «Brand» mit Marketingmethoden interessiert. Mit Hilfe von unvergesslichen Slogans «vom Duft der grossen weiten Welt» und Hochglanzprospekten mit bescheidenem Informationsgehalt war man bestrebt, einen hohen Bekanntheitsgrad zu erreichen und vom «no logo» wegzukommen.

Führt man sich die rund 25-jährige Reformgeschichte des Aktienrechts, in welcher die Unternehmenspublizität (oder eben die «stillen» Reserven) eine grosse Rolle spielte, vor Augen, wird ersichtlich, wie lange die Umstellungsphase hin zu einer besseren Information der Öffentlichkeit gedauert hat.

Anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991<sup>1</sup> wurde mit Art. 663e OR aber die Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung eingeführt<sup>2</sup> und in der Folge wurde bei Konzernrechnungen zunehmend «echten» Werten zum Durchbruch verholfen; hier spielte nämlich das steuerrechtliche Konzept des «Massgeblichkeitsprinzips» keine Rolle, da der Konzern kein Steuersubjekt ist, sondern nur

die Einzelgesellschaft. Das Massgeblichkeitsprinzips verlangt, dass die kaufmännische Bilanz grundsätzlich eben auch massgebend ist für die Besteuerung; dies verhindert natürlich alle Aufwertungen, da auf diese Weise sonst Gewinne anfallen würden. Es zeichnet sich ab, dass das nun geplante Rechnungslegungsgesetz mit diesem Unding aufräumen wird<sup>3</sup>.

Heute hat sich die Bewusstseinslage aber auch sonst geändert und zwar vor allem bei den kotierten Gesellschaften im Bereich des öffentlichen Kapitalmarktes. Hier setzt sich zunehmend der alte Gedanke des amerikanischen Richters Brandeis durch: «Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants (...)»<sup>4</sup>.

Zwar fuhr die Schweiz auch im Bereich der Rechnungslegung zunächst noch einen Sonderzug und schuf die sog. Fachempfehlungen für Rechnungslegung (FER), die zu einem Standard führten, den man als «True and FER-Annäherung» an die True and Fair-Grundsätze internationaler Rechnungslegungsnormen bezeichnen kann. Was die Investoren jedoch heute interessiert, ist der wirkliche Zustand der Gesellschaft. Ziel ist daher die empfangenorientierte Rechnungslegung.

1 «Revidiertes Aktienrecht» gemäss BG vom 4. Oktober 1991 (AS 1992, S. 733; in Kraft 1. Juli 1992/1. Juli 1993).

2 Der Anwendungsbereich der Regeln zur Konzernrechnung wird in Absatz 1 von Art. 663e OR festgelegt: «Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung).» Vgl. zum Ganzen auch FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 51 N 190 ff.

3 Vgl. Expertenkommission «Rechnungslegungsrecht», Revision des Rechnungslegungsrechtes, Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998 zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes. Diese Unterlagen finden sich im pdf-Format auch im Internet unter [www.ofj.admin.ch/themen/rrg/intro-d.htm](http://www.ofj.admin.ch/themen/rrg/intro-d.htm).

4 JUSTICE LOUIS D. BRANDEIS, Other people's money: and how the bankers use it, New York 1914, S. 92.

gung, welche nach moderner Auffassung die wirtschaftliche Lage der rechnungslegungspflichtigen Organisation derart darstellt, dass sich Dritte darüber ein zuverlässiges Urteil bilden können<sup>5</sup>.

## II. Bedeutung internationaler Rechnungslegungsstandards

Die Unternehmen müssen sich heute um Kapital bewerben. Erstklassige Betriebe erhalten günstigeres Kapital, was einen Wettbewerbsvorteil darstellt. Hinzu kommt, dass man sich um Kapital auch an verschiedenen Orten bewerben will und dies nicht nur durch sog. «Road Shows» zur Akquisition von neuen Investoren, sondern auch durch Kotierung in verschiedenen Ländern an verschiedenen Börsen. Von den schweizerischen SMI-Unternehmen<sup>6</sup> sind 12 auch noch an einer weiteren Börse kotiert, sechs davon an der LSE<sup>7</sup> in London und neun an der NYSE<sup>8</sup> in New York. Hinzu kommt ferner, dass der ganze Handel mit schweizerischen Blue Chips heute über die Londoner Börse virt-x, also unter englischem Recht, abgewickelt wird<sup>9</sup>. Die «investor community» verlangt heute aber auch zuverlässige Angaben in Prospekten und Jahresrechnungen, ferner ad hoc-Publikationen bei wichtigen Ereignissen. Als Folge davon halten Internationale Rechnungslegungs-Regelwerke Einzug, nämlich die IAS (International Accounting Standards) sowie die US-GAAP (Generally Accepted Accounting Principles)<sup>10</sup>. Die im schweizerischen Börsengesetz aus dem Jahre 1995 (Art. 8 Abs. 3 BEHG) in Aufgabe heimischen Erfindungsgeistes eingeführte Vorschrift, dass die Kotierungsvoraussetzungen internationalen Standards zu genügen hätten, führte dazu, dass die Börse heute auch die Rechnungslegung nach IAS und US-GAAP sowie nach EU-Recht anerkennt. Die EU-Rechnungslegungsstandards werden jedoch nur anerkannt, sofern es sich bei der

rechnungslegungspflichtigen Organisation um eine in der EU ansässige Gesellschaft (Heimatrecht) handelt. Mit dem EU-Recht hat es nämlich seine Bewandnis; im Rahmen der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts wurden bereits 1978 bzw. 1983 Richtlinien zur Rechnungslegung erlassen (4. und 7. Richtlinie)<sup>11</sup>, die damals an sich fortschrittlich waren, weil sie stille Reserven nicht zulassen wollten. In der Zwischenzeit sind sie aber längst veraltet und auch die EU will gestützt auf die Empfehlung der IOSCO (International Organisation of Securities Commissions) zur Rechnungslegung nach IAS übergehen<sup>12</sup>.

Mithin verschwinden im Rechnungslegungsrecht die Länderspezialitäten zusehends. Statt dessen stehen sich zwei erstaunlicherweise von privater Seite und nicht von staatlichen Komitees erarbeitete Normwerke zur Rechnungslegung gegenüber, eben IAS und US-GAAP<sup>13</sup>.

## III. Informationspflichten der Emittenten

Zu der Pflicht zur periodischen Publizität (Regelpublizität) gesellt sich diejenige, welche ihre Wurzeln in Sonderereignissen, wie Kapitalerhöhungen oder Börseneinführung hat. Hier werden – der Begriff scheint geradewegs dem Werbejargon zu entstammen – Prospekte vorgeschrieben. Diese sollen dem Investoren ein fundiertes Urteil ermöglichen. Das Obligationenrecht äussert sich hierzu in Art. 652a (öf-

**Zusammenfassung:** Die Wirtschaft war lange Zeit weniger an einer akkuraten Information der Öffentlichkeit als vielmehr an der Positionierung des «Brand» interessiert. Erst die Aktienrechtsrevision 1991 führte zu einer Entwicklung hin zu einer verbesserten Information der Öffentlichkeit. Die international tätigen börsenkotierten Unternehmen werden von der «investor community» jedoch bereits seit längerem zu einer weitergehenden Publizität verpflichtet. Als Folge davon halten internationale Rechnungslegungswerke (IAIS, US-GAAP) Einzug. Unternehmen berichten heutzutage nicht nur über ausserordentliche Ereignisse (ad hoc-Publizität), sondern auch über die Wahrnehmung ihrer sozialen Verantwortung. Der Kapitalmarkt verlangt, dass Personen in Vertrauensstellungen (Insider) ihr besseres Wissen nicht zum Schaden der übrigen Handelsteilnehmer verwenden. Insbesondere Journalisten müssen sich ihrer verantwortungsvollen Stellung bewusst sein.

5 Vgl. Expertenbericht RRG (Fn. 2), S. 63.

6 SMI = Swiss Market Index.

7 LSE = London Stock Exchange.

8 NYSE = New York Stock Exchange.

9 Vgl. dazu NOBEL PETER, Das Finanzmarktauf-sichtsrecht Mitte 2000 bis Mitte 2001, SZW 2001 239 ff., insbes. 240.

10 BERTSCHINGER PETER, IAS versus US GAAP – Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Tendenzen, ST 2001 775 ff.

11 Vierte Richtlinie 78/660/EWG (Jahresabschlussrichtlinie) vom 25. Juli 1978, ABl. Nr. L 222, 14.8.1978, S. 11 bzw. Siebte Richtlinie 83/349/EWG (Konsolidierungsrichtlinie) vom 13. Juni 1983, ABl. Nr. 193, 18.7.1983, S. 1.

12 Vgl. Art. 1 des Vorschlages für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsgrundsätze vom 20. Dezember 2000, der folgendermassen lautet: «Diese Verordnung legt die Vorschriften für die Annahme und die Anwendung internationaler Rechnungslegungsgrundsätze in der Gemeinschaft fest, um damit die Funktionsweise des Binnenmarktes zu verbessern und das reibungslose und effiziente Funktionieren des EU-Kapitalmarktes zu gewährleisten.» (Das Dokument ist im Internet auffindbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market](http://europa.eu.int/comm/internal_market)).

13 Vgl. dazu BERTSCHINGER PETER, IAS versus US GAAP – Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Tendenzen, ST 2001, S. 775 ff.

fentliche Aktienzeichnung) und 1156 (Anlehensobligationen) nur dürftig.

Um so reichhaltiger sind die Prospekt-Vorschriften zur Börsenzulassung im Kotierungsreglement der Schweizer Börse (SWX). Bezüglich Umfang der Informationspflicht gilt dabei, was oben gesagt wurde (True and Fair View). Daneben braucht es aber noch viele weitere Angaben über den Emittenten (non financial information). Auch hier zeichnet sich eine internationale Harmonisierung ab. Die IOSCO hat dazu ebenfalls Grundsätze veröffentlicht<sup>14</sup>, die nun auch in einer neuen EU-Prospekt-Richtlinie ihren Niederschlag finden werden<sup>15</sup>. Die Schweiz wird sich ebenfalls mit dem Thema «non financial information» auseinandersetzen müssen.

Neben den Prospekten steht heute aber diejenige Informationspflicht im Vordergrund, die man ad hoc-Publizität nennt. Die Unternehmen sind auch unter schweizerischem Recht verpflichtet, entsprechend dem Kotierungsreglement (Art. 72), preisrelevante Informationen, die sich aus ihrer Tätigkeit und den Plänen ergeben, dem Markte unverzüglich mitzuteilen<sup>16</sup>:

**Art. 72 Kotierungsreglement Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen (Ad hoc-Publizität)**

*Der Emittent informiert den Markt über kursrelevante Tatsachen, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten und nicht öffentlich bekannt sind. Als kursrelevant gelten neue Tatsachen, die wegen ihrer beträchtlichen Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsgang des Emittenten geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen.*

*Der Emittent informiert, sobald er von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis hat. Er kann jedoch die Bekanntgabe einer kursrelevanten Information hinausschieben, wenn*

- 1. die neue Tatsache auf einem Plan oder Entschluss des Emittenten beruht und*
- 2. deren Verbreitung geeignet ist, die berechtigten Interessen des Emittenten zu beeinträchtigen.*

*In diesem Fall muss der Emittent die umfassende Vertraulichkeit dieser Tatsache gewährleisten. Die Bekanntmachung ist so vorzunehmen, dass die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer möglichst gewährleistet bleibt.*

*Der Emittent übermittelt der SWX seine geplante Mitteilung an den Markt spätestens neunzig Minuten vor Beginn des Handels oder der Bekanntgabe im Sinne von Abs. 1. Diese verwendet die Mitteilung ausschliesslich zum Zwecke der Marktüberwachung. Sie hält den ihr zugegangenen Wortlaut nach der Bekanntgabe zur Einsicht interessierter Personen offen.*

*Die Zulassungsstelle regelt administrative Einzelheiten wie die Form der Mitteilung in einem Rundschreiben.*

Der Kapitalmarkt will nicht warten und mit sozusagen «falschen Preisen» operieren. Dies ist ein Trend, der sich zusehends durchsetzt und jetzt - unter dem neuen SEC-Vorsitzenden Harvey Pitt - sogar zur Reform des amerikanischen Rechnungslegungsrechtes führen wird.

Die ad hoc-Publizität ist wohl auch die beste Massnahme zur Verhinderung von Insidermissbräuchen. Ist eine kursrelevante Tatsache «draussen» so gibt es keine Insider mehr. Für Insider gilt die strikte Devise: *Disclose or abstain*.

Die Börsen verlangen zunehmend weitergehende Transparenz, nicht nur über die Zusammensetzung des Aktionariats und die beherrschenden Gruppen, sondern auch im Bereich der Aktien und Optionen und bei Kadmern und Organen (Direktoren, Verwaltungsräten). Ein Anspruch der Investoren auch auf die Veröffentlichung der Entschädigungen des Verwaltungsrates und der obersten Geschäftsleitung ist selbst in der Schweiz als notwendig er-

14 IOSCO, International Disclosure Standards for Cross-Border Offerings and Initial Listings by Foreign Issuers, September 1998 (im Internet auffindbar unter [www.iosco.org/iosco.html](http://www.iosco.org/iosco.html)).

15 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist vom 30. Mai 2001, KOM(2001) 280 endgültig. (Das Dokument ist im Internet auffindbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market](http://europa.eu.int/comm/internal_market)).

16 Vgl. dazu die Erläuterungen zur Bekanntgabe bei kursrelevanten Tatsachen gemäss Art. 72 des revidierten Kotierungsreglements (ad hoc-Publizität) vom 24. 01. 1996 der Schweizerischen Zulassungsstelle.

kannt worden. Die SWX ist deshalb daran, eine Richtlinie für zusätzliche Offenlegungspflichten für kotierte Gesellschaften zu erarbeiten, die im Jahre 2002 in Kraft gesetzt werden soll<sup>17</sup>.

#### IV. Shareholder Value und soziale Verantwortung

In der wissenschaftlichen Diskussion im Bereich des Gesellschaftsrechtes der letzten Jahre stand die Auseinandersetzung zwischen Shareholder- und Stakeholder-Denken im Vordergrund. Bei dieser Auseinandersetzung ging es dabei weniger um juristische, als vielmehr um politisch-ökonomische Aspekte. Im Verlauf der Diskussion hat sich herausgestellt, dass eine einseitige Shareholder-Orientierung nicht zu einem einigermaßen nachhaltigen Erfolg führen kann, wenn die Interessen der weiteren am Unternehmen Beteiligten (v.a. der Arbeitnehmer) missachtet werden. Durfte Milton Friedman im Jahre 1970 in der New York Times (13. September) noch mit gutem Gewissen die Ansicht vertreten, dass «The social responsibility of business is to increase its profits», so wird heutzutage auch in den USA die soziale Verantwortung weiter gefasst und nicht nur von den Globalisierungsgegnern eingefordert.

Unternehmen berichten heutzutage auch über die Wahrnehmung ihrer sozialen Verantwortung und legen sogar Sozialbilanzen vor. Dies erlaubt der Öffentlichkeit eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Verhalten der Unternehmen (und ihren «externalities»).

#### V. Insidergeschäfte und Marktmissbrauch

Der Marktbezug der Kapitalbeschaffung und die Pflege des Kapitalmarkts verlangen auch, dass Leute in Vertrauensstellung (Insider) ihr besseres Wissen nicht zum Schaden der übrigen Handelsteilnehmer verwenden. Unter Anlegern wird die Ausnutzung von Insiderwissen mit dem Tatbestand des Diebstahls gleichgesetzt. So werden Insidergeschäfte auch strafrechtlich sanktioniert (Art. 161 StGB):

**Art. 161 Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen (Insidernorm)**

*1. Wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, der Revisionsstelle oder als Beauftragter einer Aktiengesellschaft oder sie beherrschenden oder von ihr abhängigen Gesellschaft, als Mitglied einer Behörde oder als Beamter oder als Hilfsperson einer der vorgenannten Personen,*

*sich oder einem andern einen Vermögensvorteil verschafft, indem er die Kenntnis einer vertraulichen Tatsache, deren Bekanntwerden den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien, anderen Wertpapieren oder entsprechenden Bucheffekten der Gesellschaft oder von Optionen auf solche in voraussehbarer Weise erheblich beeinflussen wird, ausnützt oder diese Tatsache einem Dritten zur Kenntnis bringt,*

*wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.*

*2. Wer eine solche Tatsache von einer in Ziffer 1 genannten Personen unmittelbar oder mittelbar mitgeteilt erhält und sich oder einem andern durch Ausnützen dieser Mitteilung einen Vermögensvorteil verschafft.*

Die Insiderstrafnorm hat zwar nicht zu vielen Verurteilungen geführt, ist aber ohne Zweifel von gewaltiger präventiver Wirkung. Bei der «Finanzgemeinde», aber auch bei den Verwaltungsräten der grossen Gesellschaften ist ein deutlicher Bewusstseinswandel erkennbar.

Mit dem Börsengesetz ist auch in der Schweiz die sog. Marktmanipulation verboten worden (Art. 161<sup>bis</sup> StGB). Dazu gehören Handlungen wie das Verbreiten falscher Informationen oder Kaufen und Verkaufen auf gleiche Rechnung (wash sales). Zur Zeit steht dieses Traktandum weit oben auf der Liste der EU-Finanzmarktgesetzgebung; vorgesehen ist der Erlass einer neuen Richtlinie Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch). Der Richtlinienvorschlag geht unter britischem Einfluss wesentlich weiter als das bisherige schweizerische Recht und will den sog. «market abuse» auf breiter Ebene und nicht nur strafrechtlich, sondern auch verwaltungsrechtlich erfassen. In der Schweiz erhielt man hiervon im brisanten Fall Biber lediglich einen Vorgeschmack. Die Eidgenössische Bankenkommission und Bundesgericht haben festgehalten, es sei mit dem Prinzip der Gewähr für einwandfreie

<sup>17</sup> SWX, Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance, Vernehmlassungsentwurf vom 26. September 2001 (Die Unterlagen sind erhältlich bei der SWX Swiss Exchange, cg-vernehmlassungen@swx.com oder unter [www.economie-suisse.ch](http://www.economie-suisse.ch)).

Geschäftsführung nicht vereinbar und als Treuwidrigkeit zu qualifizieren, wenn eine Bank Aktien verkauft, obwohl sie sich bewusst ist, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und denjenigen Kreisen besteht, welche tatsächlich die Aktien kaufen:<sup>18</sup>

*«(...) Wohl musste auch ein sorgfältiger Anleger aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen damit rechnen, dass das Engagement in Biber-Aktien mit einem Totalverlust enden könnte, doch waren die Grundlagen für die Risikobeurteilung im Verwaltungsrat (...) besser als in der Öffentlichkeit. Der Verwaltungsrat verfügte über Informationen, die nicht allgemein bekannt, aber für die Risikobeurteilung der Aktien wesentlich waren (...). Insbesondere musste realistischere Weise damit gerechnet werden, dass im Falle eines Verkaufs das Eigenkapital nicht gedeckt werden konnte, während in der Öffentlichkeit der Eindruck erweckt worden war, dass zwar die Reserven aufgebraucht seien, das Grundkapital aber noch über eine genügende Deckung verfügte. (...)»*

Der Fall Biber führte denn auch zur Verurteilung eines Handelsverantwortlichen des ehemaligen Bankvereins wegen Insidervergehens (das Urteil ist jedoch wegen eines hängigen Rechtsmittels noch nicht rechtskräftig).

Im oben erwähnten Richtlinienentwurf der EU über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) wird ein erweiterter Katalog der verbotenen Tätigkeiten vorgeschlagen. So finden sich im Anhang, Abschnitt B des Richtlinienentwurfes u.a. folgende zur Veranschaulichung dienende Beispiele für Methoden der Marktmanipulation:<sup>19</sup>

- Geschäftliche Handlungen, die den -falschen- Eindruck einer Aktivität erwecken sollen wie
  - Geschäfte, mit denen kein wirklicher Wechsel des Eigentums an dem Fi-

nanzinstrument verbunden ist («Wash sales»);

- Aktivitäten einer oder mehrerer, in Absprache handelnder Personen mit dem Ziel, den Kurs eines Finanzinstruments künstlich hochzutreiben und anschliessend die eigenen Finanzinstrumente in grossen Mengen abzustossen («Pumping and dumping»).
- Geschäftliche Handlungen, die eine Verknappung beabsichtigen
- Zeitspezifische geschäftliche Handlungen wie Kauf oder Verkauf von Finanzierungsinstrumenten bei Börsenschluss, um die Schlussnotierung des Finanzinstruments zu beeinflussen und damit diejenigen Marktteilnehmer irrezuführen, die aufgrund des Schlusskurses handeln («Marking the close»)
- Informationsbezogene Handlungen wie
  - Kauf eines Finanzinstruments auf eigene Rechnung, bevor man es anderen empfiehlt, und anschliessender Verkauf mit Gewinn bei steigendem Kurs infolge Empfehlung («Skalping»)
  - Verbreitung falscher Gerüchte, um andere zum Kauf oder Verkauf infolge der Empfehlung bewegen;
  - Verschweigen wesentlicher Tatsachen oder wesentlicher Interessen.

Auch der Handel der Unternehmen mit eigenen Aktien wird in zunehmendem Masse Probleme schaffen, da die sog. «Stabilisation Programs» zusehends verpönt sind. In der Schweiz wurden die öffentlichen Aktienrückkaufprogramme grundsätzlich dem Übernahmerecht unterstellt. Der Rückkauf eigener Aktien zur «Kurspflege» wurde bislang toleriert; ob dies auch in Zukunft möglich sein wird, ist jedoch fraglich.

## VI. Wirtschaftsjournalismus und Öffentlichkeitsprinzip

Nun hat Markt auch etwas Demokratisches an sich (allerdings nicht nur), denn jeder Teilnehmer verfügt grundsätzlich über die gleichen Informationen. So ist die Gleichbehandlung der Anleger eine erste Zielsetzung des schweizerischen Börsengesetzes. Daraus ergaben sich auch zahlreiche Implikationen für die Medienschaffenden, die traditionell als Vertreter

<sup>18</sup> Entscheid der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 2. Februar 2000 i.S. Credit Suisse Group und Credit Suisse First Bosten, Erw. 6. h, publ. in EBK Bulletin 40/2000, S. 37 ff.

<sup>19</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), 30. 05.2001 KOM(2001) 281, S. 26 f.

der vierten Gewalt so etwas wie ausserhalb des Wirtschaftsgeschehens standen. Die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie u.a. die Gerichtsentscheide zur «Mediterranis»-Karikatur, durch welche sich ein bekannter Reiseveranstalter in seiner Persönlichkeit verletzt fühlte (BGE 95 II 48), zum Bernina-Nähmaschinen Fall (BGE 117 IV 193) und zum Fall Contra-Schmerz (BGE 124 II 72) holten die Medienschaaffenden auf den Boden der wirtschaftlichen Wirklichkeit zurück.

Diese Entwicklung geht nun im Bereich des Finanzmarktgeschehens erheblich weiter. Man hat nämlich erkannt, dass Journalisten Wirtschaftsinformationen durchaus zum eigenen Nutzen zu verwenden wissen. Es ist immer wieder von Fällen die Rede, in welchen Finanzjournalisten Aktien vorkauften und diese dann in Kursprognosen ins Blaue hinaufjubilten, ohne dabei jedoch tatsächlich über Tatsachen getäuscht zu haben (Front-running). Dieses sog. Frontrunning ist nach Art. 161<sup>bis</sup> (Kursmanipulation) StGB nicht strafbar, da es nicht Sinn und Zweck einer Strafnorm sein könne, vor Prognosen zu schützen, die einem durchschnittlich kritischen Leser als subjektiv, nicht auf den Fakten beruhend und daher als spekulativ erkennbar sind.

Die deutsche Insidergesetzgebung bemühte sich, den Journalisten einen Insiderfreiraum zu verschaffen und hielt klar fest, dass die Aufbereitung öffentlicher Informationen keine Insidertatbestand schaffe, selbst wenn die Kurswirkung erheblich sein könne.<sup>20</sup>

Im Jahre 2000 verfügte die amerikanische Securities and Exchange Commission (SEC), dass alle Informationen allen Investoren gleichzeitig zur Verfügung stehen müssen (Regulation Fair Disclosure, FD). Die SEC hat jedoch in der FD-Regulation Journalisten vom Regelungsbereich ausgenommen und auf diese Weise offenbar ihrer Funktion als vierte Gewalt Rechnung getragen:

*«Some commenters also suggested that it would be anti-competitive and unfair to exempt rating agencies and/or the news media from the regulation's coverage. According to these commenters, reporters are competitors of*

*analysts. We believe that there is a significant difference between analysts and news reporters, and therefore disagree with this comment. Reporters gather information for the purpose of reporting the news and informing the public; generally, their reports are widely disseminated. Similarly, ratings agencies make their ratings reports public when completed. Analysts, by contrast, gather and report information to be used for securities trading; their reports are typically available to a limited, usually paying, audience.»<sup>21</sup>*

Im Bereich der Kursmanipulation können sich auch Abgrenzungsfragen stellen, und hier ist Journalisten, die um die Wirkung ihrer Artikel oder Beiträge wissen, dringend abzuraten, mit entsprechenden Wertpapieren zu handeln. Bereits 1987 ist in den USA ein Journalist für das Ausnutzen der Wirkungen seiner Kolumne «*Heard on the Street*» wegen «*securities fraud*» verurteilt worden (791 F.2d 1024, 484 U.S. 19).

In Zukunft wird die Frage der Strafbarkeit des Verhaltens von Journalisten vermehrt im Mittelpunkt stehen. Medienschaaffende müssen sich bewusst sein, dass ihre Arbeit von der kritischen Öffentlichkeit beobachtet wird und dass nur der «*genuin*» journalistischen Arbeit besonderer Schutz zukommt. Die EU hat bereits für die neue Richtlinie über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, den folgenden Passus zum Schutz der journalistischen Berufsausübung vorgeschlagen:

«Die Mitgliedstaaten können beschliessen, spezielle Vorschriften einzuführen, um Personen zu schützen, die im normalen Lauf der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit für journalistische Zwecke handeln. (...)»<sup>22</sup>.

Cave canem. ■

20 Vgl. dazu PETER NOBEL, Gedanken zum Wirtschaftsjournalismus, in Georges Bindschedler/Peter Ziegler (Hrsg.), Medien, Verleger und Unternehmertum, Festschrift für Charles von Grafenried zum 75. Geburtstag, Bern 2000, S. 69.

21 SEC, Final Rule: Selective Disclosure and Insider Trading, Supplementary information, Ziff. VII, 3. Absatz (publiziert unter [www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm](http://www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm)).

22 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), 30. 05.2001 KOM(2001) 281, Art. 5 Abs. 3.

## Vorsorgliche Massnahmen bei Mobilterminierung abgelehnt

Bundesgerichtsentscheid vom 24. Juli 2001 (2A.206/2001)

*Es besteht keine Dringlichkeit, dass die Swisscom den Tarif für die Übernahme ausländischer Mobiltelefongespräche von der Konkurrentin TDC Switzerland (vormals diAx) vorläufig, d.h. bis zum Abschluss des Hauptverfahrens, senken muss. Eine vorläufige Senkung des Tarifs hätte Marktverschiebungen zu Lasten der Swisscom zur Folge, welche praktisch nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten. Die Öffentlichkeit ist nicht betroffen, weil die fraglichen Dienstleistungen weiterhin erbracht werden.*

### Aus den Erwägungen:

3.- a) Mit dem angefochtenen Massnahmeentscheid [der Eidg. Kommunikationskommission] wird die Beschwerdeführerin [Swisscom] im Wesentlichen verpflichtet, gegenüber der Beschwerdegegnerin [TDC Switzerland, vormals diAx] einen günstigeren Tarif für die Übernahme und Terminierung von international generierten Telefongesprächen im eigenen Mobilfunknetz anzuwenden; der Preis ist um 15 Rappen pro Minute billiger als der bisher vertraglich gültige. Dadurch erleidet die Beschwerdeführerin eine erhebliche finanzielle Einbusse, welche einen wirtschaftlichen und damit grundsätzlich massgeblichen Nachteil darstellt. Nun ist aber nicht ersichtlich, dass ein solcher Nachteil nicht wieder gutzumachen wäre. Im direkten Verhältnis zwischen den beiden Parteien erscheint ein allfälliger finanzieller Ausgleich im Sinne einer Rückabwicklung ohne weiteres möglich, bliebe der Massnahmeentscheid bestehen und würde die Beschwerdeführerin in der Hauptsache letztlich obsiegen (vgl. BGE 125 II 613 E. 4). Die entsprechende Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin und damit die Einbringlichkeit allfälliger Rückerstattungsansprüche (vgl. BGE 125 II 613 E. 4b) können derzeit nicht ernsthaft zur Diskussion stehen; was die Beschwerdeführerin insofern, namentlich im Zusammenhang mit der Forderung nach Festlegung einer Sicherheitsleistung, vorbringt, ist durch keine konkreten Anhaltspunkte belegt und überzeugt nicht.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der angefochtene Massnahmeentscheid führe wegen der sich daraus ergebenden Differenz von national und international generierten Anrufen zu einem erhöhten Anreiz auf Seiten der Beschwerdegegnerin, nationale Anrufe auf günstige ausländische Netze und erst von dort auf das Netz der Beschwerdeführerin umzuleiten. Statt direkte Verbindungen herzustellen, würde damit das Telefonnetz im nahen Ausland beansprucht, was zu Überlastungen und erhöhter Störungsanfälligkeit führe; im Übrigen käme die Beschwerdegegnerin dadurch zu ungerechtfertigten Profiten zulasten der Öffentlichkeit - an welche die erzielten Verbilligungen nur eingeschränkt weiter gegeben würden - sowie zulasten der Beschwerdeführerin selbst, die im entsprechenden Marktbereich benachteiligt wäre.

aa) Das von der Beschwerdeführerin angerufene Ver-

halten wird als «Tromboning» oder «Refiling» bezeichnet und scheint im Fernmeldemarkt nicht unüblich zu sein. Die verschiedenen Anbieter versuchen dabei, von den günstigsten Netzen bzw. billigsten geltenden Tarifen zu profitieren, indem sie ihre Anrufe dort, gegebenenfalls auch über ausländische Netze, durchleiten, wo sie die geringsten Kosten zu tragen haben. Es handelt sich um ein marktwirtschaftlich nachvollziehbares Verhalten, das aber in technischer Hinsicht nicht völlig unproblematisch erscheint, wobei es in erster Linie freilich auch wieder an den Fernmeldediensteanbietern selber liegt, für die am Markt erforderliche technische Qualität zu sorgen. Ein gewisses öffentliches Interesse, hier regulatorisch zur Gewährleistung gewisser minimaler Qualitätsparameter einzugreifen, lässt sich allerdings nicht von vornherein ausschliessen.

Nun hat aber die Vorinstanz den verfügten Tarif ausdrücklich auf «international generierte Gespräche» beschränkt und dazu ergänzend ausgeführt: «Only calls that are originated outside of Switzerland are charged at International originating tariffs.» Da die Beschwerdegegnerin verpflichtet ist, die Herkunft der Gespräche (durch Mitliefern der so genannten «Calling Line Identification») aufzuzeigen und es der Beschwerdeführerin damit technisch möglich ist, die Herkunft der Anrufe festzustellen, hat diese auch die Möglichkeit, über die Anwendbarkeit des vorsorglich neu verfügten internationalen Tarifs oder diejenige des weiter bestehenden nationalen zu entscheiden. Stellt sie dabei fest, dass es sich um einen inländischen Anruf handelt, der über das Ausland umgeleitet worden ist, muss sie den im Massnahmeentscheid verfügten Tarif nicht anwenden. Damit entfällt im vorliegenden Zusammenhang für die Beschwerdegegnerin ein «Refiling»-Anreiz, und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin dadurch einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden sollte.

bb) Von Amtes wegen einzugehen ist in diesem Zusammenhang auf einen weiteren Gesichtspunkt. Gemäss Art. 37 VwVG eröffnen die Bundesbehörden Verfügungen in einer Amtssprache des Bundes; das Fernmeldegesetz enthält keine davon abweichende Regelung. Die englische Sprache zählt nicht zu den Amtssprachen des Bundes (vgl. Art. 70 Abs. 1 BV). Das schliesst zwar die Verwendung einzelner Fachausdrücke in englischer Sprache (wie etwa die Begriffe «Refiling» oder «Calling Line Identification») nicht aus, verbietet es aber, ganze Anordnungen in engli-

scher Sprache zu verfassen, die genauso gut in einer Amtssprache ergehen könnten. So lässt sich gerade die nicht unbedeutende Beschränkung der Anwendbarkeit des Tarifs auf ausserhalb der Schweiz generierte Anrufe im Dispositiv des angefochtenen Entscheids ohne weiteres in eine Amtssprache fassen. Daran ändert nichts, dass es in einem internationalisierten Sachbereich wie etwa der Telekommunikation unter den Marktteilnehmern allenfalls weitgehend üblich ist, die englische Sprache zu verwenden.

Im vorliegenden Fall ist freilich die Verständlichkeit der angefochtenen Verfügung für alle Verfahrensbeteiligten nicht in Frage gestellt, weshalb es sich nicht rechtfertigt, diesen aus sprachlichen Gründen zur Verbesserung zurückzuweisen, was im Übrigen auch von keiner Seite verlangt wird. Die Vorinstanz wird aber angehalten, sich für ihre Verfügungen künftig an Art. 37 VwVG zu halten bzw. eine Amtssprache des Bundes zu verwenden.

c) Der im Massnahmeentscheid verfügte Tarif ermöglicht der Beschwerdegegnerin einen erweiterten Zugang zum Markt der Terminierung internationaler Anrufe. Sie erhält durch die damit verbundene erhöhte Konkurrenzfähigkeit die Gelegenheit, sich selbst stärker als Partnerin für die Entgegennahme und Terminierung internationaler Telefongespräche im eigenen Mobilfunknetz anzubieten und damit in diesem Bereich zur Beschwerdeführerin vermehrt in direkte Konkurrenz zu treten und dieser entsprechende Marktanteile wegzunehmen. Insofern erleidet die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Massnahmeverfügung einen wettbewerbswirtschaftlichen Nachteil, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, weil sie riskiert, bereits heute, d.h. bevor der Entscheid in der Sache ergeht, in Konkurrenz zur Beschwerdegegnerin Aufträge nicht mehr zu erhalten und damit in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung behindert zu werden (vgl. BGE 125 II 613 E. 6b S. 623). Es ist nicht ersichtlich, wie sich dieser Nachteil bei einem aus Sicht der Beschwerdeführerin positiven Ausgang des Hauptverfahrens ohne weiteres ausgleichen liesse. Jedenfalls aus diesem Zusammenhang ergibt sich daher die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

4.- Art. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG sowie Art. 44 FDV enthalten zwar eine gesetzliche Ordnung der vorsorglichen Massnahmen im Interkonnectionsverfahren, sie regeln indessen die Voraussetzungen für einstweilige Vorkehren nicht ausdrücklich.

Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen, wie sie hier zur Diskussion stehen, wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137, mit Literaturhinweisen).

Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu

treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegengesetzten Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137 f., mit Literaturhinweisen; 125 II 613 E. 7a S. 623; 119 V 503 E. 3 S. 506). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Dabei kann die Hauptsachenprognose insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen ja erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138).

5.- a) Das Interesse der Beschwerdegegnerin an der von ihr verlangten vorsorglichen Massnahme ist gleich gelagert wie dasjenige der Beschwerdeführerin an der Verhinderung derselben. Es geht zunächst um die Erzielung eines günstigeren Tarifs in der unmittelbaren Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Unternehmungen. Dabei ist der insofern fragliche Nachteil aber auch für die Beschwerdegegnerin reversibel, soweit ein nachträglicher finanzieller Ausgleich in Frage kommt. Bei der Beschwerdeführerin steht die Zahlungsfähigkeit zurzeit ebenfalls nicht ernsthaft zur Diskussion (vgl. BGE 125 II 613 E. 4b S. 622). Offen ist insofern freilich, wieweit die Rechtslage bis zum Entscheid in der Sache nicht bereits durch das vertragliche Übergangsrecht der Parteien geregelt ist. Insofern könnte die Beschwerdegegnerin einen gewissen irreversiblen Nachteil erleiden, welchen sie immerhin indirekt durch Vertragsabschluss in Kauf genommen hat. Eindeutiger verhält es sich erneut mit dem Gesichtspunkt der wettbewerbswirtschaftlichen Entfaltung im Geschäft mit Drittunternehmungen. Darin liegt ein gewichtiges Interesse der Beschwerdegegnerin, baldmöglichst über günstigere Preisbedingungen zu verfügen. Gleichermassen wie der angefochtene Entscheid für die Beschwerdeführerin ergibt sich daher aus einem allfälligen Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil für die Beschwerdegegnerin.

b) Die Interessen beider Parteien erscheinen gleichwertig. Fraglich ist indessen die Dringlichkeit der getroffenen Massnahme.

Die Dringlichkeit vorsorglicher Massnahmen ergibt sich zunächst nicht aus der Dauer des bisherigen Verfahrens, wie die Beschwerdegegnerin unter anderem geltend macht. Dauert ein Verfahren zu lange, sind die entsprechenden Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung zu ergreifen; namentlich steht grundsätzlich die Möglichkeit der Rechtsverzögerungsbeschwerde offen (vgl. Art. 97 Abs. 2 OG). Die Dringlichkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen hat vielmehr auf der konkreten Sach- und Interessenlage zu beruhen.

Offensichtlich nicht dringlich ist der Finanzausgleich zwischen den Parteien selbst, kann dieser doch ohne weiteres auch im Nachhinein erfolgen. Was die - im Vordergrund stehenden - Geschäfte mit Drittunternehmungen betrifft, erscheint die Ausgangslage komplexer. Die Beschwerdegegnerin wird der bis zum Entscheid in der Sache unsicheren Rechtslage bei ihren Vertragsverhältnissen mit anderen Fernmeldeanbietern so oder so Rechnung tragen müssen. Hält sie sich zurück, vertragliche Beziehungen einzugehen, die auf der Grundlage des provisorisch verfügbaren Tarifs beruhen und damit erhebliche risikobehaftet sind, benötigt sie im Ergebnis gar keine vorsorglichen Massnahmen, in welchem Fall die Dringlichkeit derselben ohnehin zu verneinen ist. Schliesst sie demgegenüber Verträge mit Drittunternehmungen ab, die den Tarif des Massnahmeentscheides zur Grundlage haben, handelt es sich bei den nachträglichen vertraglichen Folgen im Falle eines für die Beschwerdegegnerin negativen Ausgangs in der Hauptsache zwar um ihr eigenes Problem; gleichzeitig ist aber nicht ersichtlich, wie sich allenfalls die Marktverschiebungen, die sich in der Zwischenzeit - namentlich zulasten der Beschwerdeführerin - einstellen könnten, praktisch wieder rückgängig machen liessen. Da es dabei auch um öffentliche Interessen geht, spricht dies für die Beibehaltung der bestehenden Sachlage bis zum Entscheid in der Sache.

Auch die Interessen des Publikums legen keine andere Beurteilung nahe. Die Beschwerdeführerin hat sich zu den fraglichen Dienstleistungen vertraglich verpflichtet, und es gibt zwischen den Parteien auch einen vertraglich vereinbarten Tarif. Die Beschwerdeführerin bietet die Übernahme und Terminierung der Telefongespräche der Beschwerdegegnerin weiterhin an. Strittig ist im Wesentlichen einzig der anzuwendende Tarif. Die Öffentlichkeit ist demnach nicht in dem Sinne benachteiligt, dass die fraglichen Dienstleistungen bisher oder zurzeit nicht erbracht würden. Allenfalls erscheint der Preisdruck weniger gross, als er für einen wirksamen Wettbewerb sein sollte; dies kann jedoch bis zum Entscheid in der Sache in Kauf genommen werden.

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin kann sodann auch die Hauptsachenprognose nicht als eindeutig gelten. Immerhin unterscheidet sich der vorliegende Fall insoweit von den in BGE 127 II 132 und 125 II 613 beurteilten Fällen, als dort überhaupt strittig und fraglich war, ob es sich um einen Interkonnektionssachverhalt im Sinne von Art. 11 FMG handelte. Das kann vorliegend wohl nicht ernsthaft in Frage stehen. Aus diesem Grund kommt auch der Gefahr von Folgebegehren weiterer Marktteilnehmer und der Möglichkeit einer entsprechenden Kettenreaktion im Unterschied zu den beiden genannten Präzedenzfällen (vgl. BGE 127 II 132 E. 4e S. 141; 125 II 613 E. 7b S. 624) keine Bedeutung zu, zumal es in der Schweiz bekanntlich lediglich drei Unternehmungen gibt, die für die Mobilfunktelefonie konzessioniert sind (vgl. BGE 125 II 293). Sodann gibt es eine unangefochten gebliebene vorsorgliche Massnahme der Vorinstanz, die zwischen den gleichen Partnern wie im vorliegenden

Fall denselben Tarif im umgekehrten Verhältnis zu einem deutlich günstigeren Preis zugunsten der Beschwerdeführerin regelt. Daraus lässt sich schliessen, dass die Stellung der Beschwerdegegnerin in der Sache nicht von vornherein aussichtslos erscheint.

Dennoch ist weder eindeutig, dass die formellen Voraussetzungen der behördlich verfügten Interkonnektion erfüllt sind, noch ist - selbst unter Berücksichtigung eines gewissen Beurteilungsspielraums der Vorinstanz in diesem Punkt - ohne weiteres ersichtlich, in welchem Rahmen der fragliche Tarif bundesrechtlich zulässig erschiene. Die Preisdifferenzen, die je nach dem bestehen, welche Partei Leistungserbringer oder -empfänger ist, erscheinen zwar erstaunlich; auch der Unterschied zum Tarif, der offenbar - auf rein vertraglicher Grundlage - für den dritten schweizerischen Mobilfunkkonzessionären gegenüber der Beschwerdeführerin gilt, fällt auf. Die Kriterien für die Preisgestaltung sind aber komplex, und es gibt bisher offenbar keine klaren Richtlinien oder Vorgaben, die zu einer einfach nachvollziehbaren Tarifordnung führen könnten.

d) Wie dies bereits im in BGE 127 II 613 beurteilten Fall zutraf, hat sich die Kommunikationskommission erneut über weite Teile ihres Massnahmeentscheides, auch unter anderem Titel als demjenigen der Hauptsachenprognose, mit der eigentlichen Hauptfrage befasst. Die Vorinstanz verkennt damit noch immer die Funktion vorsorglicher Massnahmen, bei denen es nicht darum geht, den Hauptentscheid vorwegzunehmen, sondern lediglich bei Bedarf gewisse Wirkungen für die Dauer des Verfahrens bis zum Entscheid in der Sache zu sichern. So ist die Vorinstanz zum Beispiel auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin um rückwirkende Anwendbarkeit des Tarifs nicht etwa darum nicht eingetreten, weil die Rückwirkung nichts mit der Sicherung des Entscheids in der Sache während des Verfahrens zu tun hat; vielmehr hat sie ihren Entscheid damit begründet, die Übergangsphase sei vertraglich zwischen den Parteien geregelt, was die Zuständigkeit der Kommunikationskommission ausschliesse. Damit nimmt die Vorinstanz in diesem Punkt unnötigerweise den Hauptentscheid vorweg. Dieses Vorgehen ist bezeichnend für die ganze Massnahmeverfügung, welche inhaltlich dem Entscheid in der Sache wiederum sehr nahe kommt. Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch aufgrund einer vorläufigen summarischen Prüfung bestenfalls eine gewisse Tendenz, nicht aber ein eindeutiges und unzweifelhaftes Ergebnis.

e) Ist die rechtliche Ausgangslage zurzeit noch mit Unklarheiten verbunden, kann ein entsprechend begründetes öffentliches Interesse nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Angesichts der vergleichbaren Interessenlage der Parteien rechtfertigt es sich daher im vorliegenden Zusammenhang nicht, vor Klärung der sich stellenden Rechtsfragen die bisherige Situation vorsorglich zu ändern und damit auf dem fraglichen Markt möglicherweise Folgen auszulösen, die sich kaum mehr rückgängig machen liessen (vgl. BGE 127 II 132 E. 4d und e S. 141). Sodann ist die Interkonnektion an sich auf-

grund der bestehenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien für die Dauer des Verfahrens sichergestellt (vgl. den Wortlaut von Art. 44 FDV); der Streit dreht sich einzig um die Tarifgestaltung. Unter diesen Umständen überwiegen die Interessen der Beschwerdegegnerin an der Anordnung einstweiliger Vorkehren die entgegenstehenden Interessen auf Seiten der Beschwerdeführerin nicht. Der sofortige provisorische Vollzug der beantragten Massnahmen vor vollständiger Prüfung der Rechtslage erweist sich damit nicht als notwendig und dringlich. Im Hinblick auf die Dauer, während welcher das Interkonnectionsgesuch der Beschwerdegegnerin nunmehr bereits hängig ist, drängt sich immerhin die Empfehlung an die Vorinstanz auf, das Verfahren in der Sache voranzutreiben.

6.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist begründet und gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid muss ersatzlos aufgehoben werden. ■

#### Anmerkungen:

Fraglich ist zunächst, ob im konkreten Fall tatsächlich ein nicht wiedergutzumachender Nachteil gegeben ist. Der status quo ist ja dieserart, dass Swisscom selbst gegenüber diAx in den Genuss eines günstigeren Tarifes gelangt und damit auch als die günstigere Anbieterin auftreten kann. Mit der vorsorglichen Preisfestsetzung wäre erreicht worden, dass auch für diAx gegenüber Swisscom ein günstigerer Tarif zur Anwendung gelangen könnte und die Spiesse insoweit gleich lang geworden wären. Ergibt nunmehr der Hauptsacheentscheid, dass der bis anhin anwendbare und nicht der vorsorglich verfügte Tarif richtig ist, wäre diAx gezwungen, die Preise ihrerseits wieder anzuheben, was - gemäss marktwirtschaftlichen Prinzipien - unweigerlich einen Wechsel der Drittunternehmen zu Swisscom zur Folge hätte. Damit ist der wettbewerbswirtschaftliche Nachteil jedoch kein nicht wiedergutzumachender.

In materieller Hinsicht führten die mangelnde Dringlichkeit und die nicht eindeutige Hauptsachenprognose zur Gutheissung

der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Was die Dringlichkeit angeht, so mag es im Ergebnis zutreffen, dass eine solche im Hinblick auf das öffentliche Interesse nicht ohne weiteres gegeben ist, weil die Übernahme und Terminierung der Telefongespräche gesichert sind. Nicht überzeugend hingegen sind die wiederholten Ausführungen des Bundesgerichts betreffend des nicht mehr rückgängig zu machenden Wettbewerbsnachteils. Werden provisorisch die falschen Preise festgesetzt, wird sich - falls sich in der Hauptsache teurere Preise ergeben - eine Rückverschiebung zugunsten der Swisscom ergeben. Insoweit konnten die Interessen von Swisscom auch nicht derart ins Gewicht fallen. Immerhin führte jedoch - soweit ersichtlich - umgekehrt diAx ebenfalls keine Dringlichkeit ins Feld.

Was weiter die Hauptsachenprognose betrifft, ist zunächst unklar, was mit den formellen Voraussetzungen der behördlich verfügten Interkonnection gemeint ist. Immerhin ist unstreitig, dass es sich um eine Interkonnectionsstreitigkeit handelt, selbst wenn formelle Fragen noch nicht geklärt sind. Zutreffend ist hingegen, dass die Kriterien der Preisgestaltung wohl zu komplex sind, als dass sich eine eindeutige Prognose stellen liesse, wie wohl die Preisunterschiede im Vergleich sowohl zum für die Swisscom geltenden Tarif wie auch zum für den dritten Mobilfunkteilnehmer geltenden Tarif beträchtlich sind. Dieser Aspekt hätte jedoch ebenfalls bei der Interessenabwägung gewichtet werden müssen. Im Ergebnis wäre im vorliegenden Fall jedenfalls eine differenziertere Feststellung, Gewichtung und Gegenüberstellung der wettbewerbswirtschaftlichen Interessen der beiden Prozessparteien wünschenswert gewesen. Fraglich ist zwar, ob das Bundesgericht bei einer vertiefteren Betrachtungsweise überhaupt auf die Beschwerde eingetreten wäre, weil damit auch der nicht wiedergutzumachende Nachteil, wie er vom Bundesgericht festgestellt wurde, nicht hätte bejaht werden dürfen. Doch hätte man diesen ohne weiteres damit begründen können, dass die Swisscom zumindest für die Dauer des Verfahrens wirtschaftliche Einbussen in Kauf zu nehmen gehabt hätte, hätte die vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens weiterbestanden. Damit - dies sei nebenbei ebenfalls bemerkt, ist einmal mehr die Fragwürdigkeit dieser Eintretensvoraussetzung bei Rechtsmitteln gegen vorsorgliche Massnahmen vor Augen geführt, vor allem wenn diejenige Streitpartei, die sich für den status quo einsetzt, diesen Nachteil nachweisen muss. Dieses Problem ist indessen de lege ferenda anzugehen.

PD DR. IUR. ISABELLE HÄNER, RECHTSANWÄLTIN ZÜRICH

L'avis des tribunaux

.....  
Die Gerichte entscheiden

.....  
**«www.frick.ch» gehört der Gemeinde Frick**

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 30. August 2001  
(OR.2001.0001)

*Ein rein finanzielles Interesse, etwa einen Domainnamen zu behalten, um diesen später einem Dritten zur Verfügung stellen zu können, steht in keinem Zusammenhang mit dem Recht auf Benutzung des eigenen Namens und dem damit verbundenen Namensschutz.*

*Für die richtige Gewichtung der Interessen einer Gemeinde an der Verwendung des Domainnamens «Gemeinde.ch» ist entscheidend, ob nicht auch andere Domainnamen zum gewünschten Erfolg verhelfen.*

**Aus den Erwägungen:**

2. Die Beklagte bestreitet ihre Passivlegitimation. Sie macht geltend, sie sei nicht Inhaberin des Domainnamens «frick.ch». Sie habe lediglich im Auftrag und auf Rechnung ihres Geschäftsführers die Registrierung vorgenommen.

a) Ein Fall der indirekten Stellvertretung liegt vor, wenn der Vertreter ein Geschäft im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Vertretenen abschliesst (ROLF WATTER, Basler Kommentar, 2. A., Basel 1996, N 29 zu Art. 32). Der

Vertretene wird nur dann aus diesem Geschäft unmittelbar berechtigt, wenn der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag abschliesse (Art. 32 Abs. 2 OR). Liegt keine dieser Konstellationen vor, so bedarf es dafür der Abtretung der Forderung (Abs. 3).

b) Ausweislich der Akten liess die Beklagte den streitgegenständlichen Domainnamen bei der SWITCH auf ihren Namen registrieren und gilt als Inhaberin. Sie

gedenkt nicht, diesen Domainnamen für sich selbst zu gebrauchen. Vorgesehen ist dessen Verwendung durch Benno Frick. Auch werden die aus der Registrierung erwachsenen Gebühren von ihm bezahlt. Es steht somit fest, dass die Beklagte im eigenen Namen und auf Rechnung von Benno Frick gehandelt hat, somit als seine indirekte Stellvertreterin. Die Registrierungsmodalitäten erfolgen via Internet, daher ohne persönlichen Kontakt und nur durch Ausfüllen von Standardanfragen. Das Vertretungsverhältnis war somit für die SWITCH nicht erkennbar. Weiter kann davon ausgegangen werden, dass der SWITCH nicht gleichgültig war, ob sie mit der Beklagten oder Benno Frick den Vertrag abschliesst, brauchte sie doch für die Kontaktaufnahme eine E-Mail-Adresse, über welche Benno Frick nicht verfügte. Daraus ergibt sich, dass Benno Frick die Rechte aus der Registrierung des Domainnamens «frick.ch» nicht unmittelbar mit deren Vornahme durch seine Stellvertreterin (Beklagte) erworben hat.

c) Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Beklagte alle Rechte aus der Registrierung des Domainnamens «frick.ch» innehat und somit passivlegitimiert ist.

3. a) Aus der Registrierung eines Domainnamens erwachsen seinem Inhaber keinerlei Schutzrechte. Sie bewirkt lediglich die Unmöglichkeit einer erneuten Registrierung des gleichen Domainnamens durch einen Dritten (OGer BL in SJZ 97 [2001] Nr. 12 S. 281). Schutzrechte können sich aus dem Marken-, Firmen- und Namensrecht ergeben. Ist keines dieser Schutzrechte tangiert, so ist allein auf das Wettbewerbsrecht abzustellen.

b) Der Namensschutz im Sinne von Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 53 ZGB steht auch öffentlichrechtlichen Körperschaften zu (BGE 72 II 145 Erw. 1). Die Klägerin ist somit berechtigt, sich gestützt auf die genannten Bestimmungen gegen Namensanmassungen zu wehren. Der Anspruch auf Unterlassung der Namensführung setzt den Nachweis der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen voraus. Es genügt dabei, «dass eine nicht geringe Gefahr besteht, ein Namensträger werde durch eine bestimmte Verwendung seines Namens oftmals in Gedankenverbindung zu Sachen oder Personen gebracht, zu denen er weder eine Beziehung hat noch haben will» (BGE 102 II 305).

c) Der geschützte Name gemäss Art. 29 ZGB umfasst neben dem gesetzlichen Namen natürlicher Personen auch solche juristischer Personen des ZGB und OR (HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, Rz 533). Da die Bezeichnung «frick» kennzeichnender Hauptbestandteil der beklagten Firma sowie ihres Namens ist, fliesst die Berechtigung der Beklagten, einen Teil ihres Namens als Domainnamen zu verwenden, aus ihrem persönlichen Namensrecht (UELI BURI, Die Verwechselbarkeit von Internetdomainnames, Bern 2000, ASR Heft 633, S. 120; JANN SIX, Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domainnamen im Internet, Diss. Zürich 2000, N 55). Demzufolge tangiert jede Verwendung des Domainnamens «frick.ch» durch einen Dritten die aus ihrem Namensrecht

fließenden Schutzrechte. In BGE 125 III 93 Erw. 3b hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Verwendung eines kennzeichnenden Firmenbestandteils als Domainname auch unter den firmenrechtlichen Schutzbereich fällt (a.M. BURI, der den Domainnamen nicht als Identitätszeichen eines bestimmten Rechtssubjektes sieht, sondern als Kennzeichen einer bestimmten Website, welche dem Inhaber der damit identischen oder ähnlichen Firma zugeordnet werden kann [BURI, a.a.O., S. 68]). Die Frage inwiefern einem Domainnamen neben der Adressierungsfunktion auch eine Kennzeichenfunktion zuzuerkennen ist, kann aber im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da die Berechtigung der Beklagten, den Domainnamen «frick.ch» zu verwenden, sich bereits aus ihrem Namensrecht ergibt.

d) aa) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass im vorliegenden Fall die persönlichen Namensrechte beider Parteien miteinander kollidieren. Eine solche Kollision von Namensrechten ist durch Abwägen der gegenseitigen Interessen zu lösen, mit dem Ziel, eine möglichst gerechte Lösung zu erreichen (BGE 125 III 93 Erw. 3c, 116 II 619 Erw. 5d).

bb) Der Gemeindename Frick ist zugleich ein gebräuchlicher Geschlechtsname. Insofern handelt es sich nicht, wie von der Klägerin behauptet, um einen freihaltebedürftigen geografischen Namen. Die Klägerin beabsichtigt, unter dem Streitgegenständlichen Domainnamen ihren Einwohnern und sonstigen Besuchern ihrer Website, amtliche und allgemeine Informationen sowie ihre Dienstleistungen zugänglich zu machen (E-Government). Es ist ihr überdies ein Anliegen, ihr Sauriermuseum weltweit zu präsentieren und zu vermarkten. Sie vertritt somit die Interessen des Gemeinwesens, mithin mittelbar öffentliche Interessen. Für die richtige Gewichtung der klägerischen Interessen an der Verwendung des Domainnamens «frick.ch» ist entscheidend, ob nicht auch andere Domainnamen der Klägerin zum gewünschten Erfolg verhelfen. Vorwegzunehmen ist, dass ein Internetbenutzer unter dem Domainnamen «frick.ch» die amtliche Seite des Gemeinwesens erwartet. Entsprechend wird er diese Seite als erste aufsuchen, wenn er Informationen über diese Gemeinde sucht. Indessen sind neben «frick.ch» auch noch andere Domainnamen, wie beispielsweise «frick ag.ch» oder «frickadmin.ch» geeignet, diesem Zweck zu dienen. Speziell auf das Sauriermuseum ausgerichtet wäre beispielsweise der Domainname «sauriermuseum frick.ch» zweckmässig. Weiter sollte die Bedeutung der (nicht Streitgegenständlichen) Metatags nicht unterschätzt werden. Jeder Internetbenutzer, der die gewünschte Website nicht auf Anhieb findet, wird keine Zeit mit weiteren Versuchen verlieren, sondern wird umgehend die Dienste einer Suchmaschine in Anspruch nehmen. Diese gibt nach Eingabe des Stichwortes «frick», allein oder in Verbindung mit «E-Government», «sauriermuseum» oder «gemeinde», die Website der Klägerin ohne weiteres an. Der interessierte Internetbenutzer wird somit auf jeden Fall die Website der Klägerin finden. Durch die Verwendung eines anderen Domainnamens würde somit die Inanspruchnahme des klägerischen

# L'avis des tribunaux

## Die Gerichte entscheiden

Internetangebotes nicht vereitelt. Die Suche wäre jedoch mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden, welcher nicht versierte Internetbenutzer abschrecken könnte.

**cc)** Die Beklagte registrierte den Domainnamen «frick.ch» nicht für den eigenen Gebrauch, sondern für Benno Frick. Er ist wohl Geschäftsführer der Beklagten, tritt aber im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Domainnamen als zahlender Kunde auf. Die Beklagte ist somit nicht selber an der Benutzung des Domainnamens interessiert. Das Interesse der Beklagten erschöpft sich darin, den Domainnamen zu behalten, um diesen Benno Frick zur Verfügung stellen zu können. Mit ande-

ren Worten, die Beklagte möchte in der Lage sein, den mit Benno Frick geschlossenen Vertrag richtig zu erfüllen. Dieses rein finanzielle Interesse steht in keinem Zusammenhang mit dem persönlichen Recht auf Benutzung des eigenen Namens und dem damit verbundenen Namensschutz. Demzufolge ist es als schwächer einzustufen.

**dd)** Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Interesse der Klägerin an der alleinigen Führung des Domainnamens «frick.ch», obschon es auch unter Verwendung anderer Domainnamen verfolgt werden könnte, gegenüber dem schwächeren, rein ökonomischen Interesse der Beklagten überwiegt. Die Klage ist somit gutzuheissen. ■

## Rechtmässige Qualifikation als «Wilderer»

Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juli 2001 (5C.166/2000)

*Auf eine Feststellungsklage ist einzutreten, sofern der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustandes dartut, ohne dass es dabei auf die Schwere der Verletzung ankommt.*

*Zwischen Personen, die aufgrund ihrer gelebten Öffentlichkeit sich nur in engeren Grenzen auf den Schutz ihrer Persönlichkeit berufen können, und Personen, die grundsätzlich immer ihre Privatsphäre geltend machen können, mit Ausnahme der anlässlich eines bestimmten Ereignisses über sie erfolgten Berichterstattung, gibt es Abstufungen. Solchen Abstufungen ist mit einer die Umstände des Einzelfalles würdigenden Abwägung gerecht zu werden, indem zu fragen ist, ob an der Berichterstattung über die betroffene, relativ prominente Person ein schutzwürdiges Informationsinteresse besteht, das deren Anspruch auf Privatsphäre überwiegt.*

### Zusammenfassung:

Die Jean Frey AG ist Verlegerin der wöchentlich erscheinenden Zeitung «Die Weltwoche». Im Juli 1993 teilte der damalige Redaktor Stefan Barmettler Ludwig A. Minelli mit, er werde ein Portrait über ihn verfassen. Dagegen verwahrte sich Ludwig A. Minelli ausdrücklich und untersagte es, über seine Person einen Bericht zu veröffentlichen. Dessenungeachtet erschien in der Ausgabe vom 19. August 1993 ein ganzseitiger Artikel über ihn, dessen Haupttitel lautete: «Wenn der alte Wilderer zum Jagdaufseher wird»; der Untertitel enthielt die Passage: «Ein Portrait des streitbaren Juristen, Journalisten und Denner-Beraters Ludwig Amadeus Minelli». Der Text war zusätzlich mit einer ab dem Fernsehschirm aufgenommenen Fotografie von Ludwig A. Minelli bebildert, die ihn anlässlich der Teilnahme an der Diskussionssendung «Zischtigsclub» des Schweizer Fernsehens vom 29. Mai 1990 zeigt. In der Rubrik «Intern» derselben Ausgabe wurden zudem Auszüge aus dem Telefax zitiert, in dem Ludwig A. Minelli sich die Veröffentlichung eines Portraits über ihn verboten hatte.

Minelli klagte in der Folge gegen die «Weltwoche» wegen besonders schwerer Persönlichkeitsverletzung, blieb jedoch vor allen kantonalen Instanzen wie nun auch vor dem Bundesgericht ohne Erfolg. Nach Ansicht des Klägers war insbesondere die Bezeichnung «Wilderer» rechtswidrig und damit persönlichkeitsverletzend. «Der im vorliegenden Zusammenhang metaphorisch verwendete

Ausdruck Wilderer gibt nicht eine reine Tatsache wieder, sondern enthält daneben auch eine wertende Aussage. Für den Sachbehauptungskern von gemischten Werturteilen gelten nach der Rechtsprechung dieselben Grundsätze wie für Tatsachenbehauptungen (BGE 126 III 305 E. 4b/bb S. 308), d.h. die Mitteilung unwahrer persönlichkeitsverletzender Tatsachen ist im Regelfall nicht mit dem Informationsauftrag der Presse zu rechtfertigen (BGE 126 III 209 E. 3a S. 213 mit Hinweis auf Ausnahmen). Meinungsäusserungen und Werturteile sind nicht zu beanstanden, sofern sie aufgrund des ihnen zugrunde liegenden Sachverhaltes als vertretbar erscheinen (BGE 126 III 305 E. 4b/bb S. 308). Das Obergericht hat in Würdigung des ihm vorgelegten Beweismaterials eingehend dargelegt, der im Begriff Wilderer enthaltene Sachverhalt charakterisiere in treffender Weise eine Facette der klägerischen Person. Nach vorinstanzlicher Auffassung drückt der Titel aus, dass es zum Wesen des Klägers gehöre, in der von ihm betriebenen politischen Auseinandersetzung mitunter anerkannte gesellschaftliche Normen mit einer gewissen Nonchalance zu übertreten und beispielsweise den jeweiligen ins Auge gefassten Kontrahenten der Lächerlichkeit preiszugeben. Das Obergericht hat daraus gefolgert, beim Kläger handle es sich um eine Persönlichkeit, die, wenn es ihr gut scheine, durchaus willens sei, den politischen Diskurs von der Argumentationsebene auf Beschimpfungen zu reduzieren und sich so zugleich über ethische Grundwerte hinwegzusetzen. Selbst der

Kläger widerspricht dieser Einschätzung nicht, wie er auch nicht ansatzweise in Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen darlegt (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3 S. 749), inwiefern die dem Werturteil zugrunde liegenden Tatsachen, die namentlich im fraglichen Artikel rapportiert werden, dieses als nicht vertretbar erscheinen liessen. Mithin hat die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem sie einzelne, in der politischen Diskussion getätigte Aussagen des Klägers gewürdigt hat, und gestützt darauf die metaphorische Bezeichnung des Klägers als Wilderer bezüglich des Sachbehauptungskerns als wahr und hinsichtlich des Wertungselementes im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens als vertretbar erachtet hat. Insgesamt ergibt sich, dass die in der Metapher enthaltene Bezeichnung des Klägers als Wilderer seine Persönlichkeit verletzt hat. Indessen ist die hierfür anlassgebende Berichterstattung in grundsätzlicher Weise durch ein überwiegendes öffentliches Interesse und der gewählte Begriff des Wilderers sowohl hinsichtlich des Wertungselementes wie auch des Sachbehauptungskerns angesichts der konkreten Umstände gerechtfertigt und damit nicht widerrechtlich. Insoweit erweist sich demnach die Berufung als unbegründet.»

Das Bundesgericht hatte auch die Frage zu beantworten, ob über Minelli überhaupt berichtet werden darf oder ob er sich auf seine Privatsphäre berufen kann: «Zwischen Personen, die aufgrund ihrer gelebten Öffentlichkeit sich nur in engeren Grenzen auf den Schutz ihrer Persönlichkeit berufen können, und Personen, die grundsätzlich immer ihre Privatsphäre geltend machen können, mit Ausnahme der anlässlich eines bestimmten Ereignisses über sie erfolgenden Berichterstattung, gibt es Abstufungen (vgl. MATTHIAS PRINZ/BUTZ PETERS, Medienrecht, München 1999, N. 859). Solchen Abstufungen ist mit einer die Umstände des Einzelfalles würdigenden Abwägung gerecht zu werden, indem zu fragen ist, ob an der Berichterstattung über die betroffene, relativ prominente Person ein schutzwürdiges Informationsinteresse besteht, das deren Anspruch auf Privatsphäre überwiegt (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, N. 12.140). In vorliegender Streitsache gebietet die für das Bundesgericht feststehende, relative Bekanntheit des Klägers, die Frage nach der Zulässigkeit der Berichterstattung über ihn mit einer derartigen Interessenabwägung zu beantworten. In Anbetracht der von der Vorinstanz festgestellten, mannigfaltigen und teilweise öffentlichkeitsbezogenen Tätigkeiten des Klägers kann ein legitimes Informationsbedürfnis an der Person des Klägers nicht verneint werden (vgl. BGE 126 III 209 E. 3a S. 212, 305 E. 4b/aa S. 307). Der Artikel befasst sich denn auch überwiegend mit dem öffentlichen Leben des Klägers; es werden darin - entsprechend dem in der Überschrift thematisierten Wandlungsprozess des Klägers - teilweise weit zurückliegende Aktivitäten rapportiert. Dabei kommen auch Medienauftritte des Klägers zur Sprache, in denen er sich in unverblümter Weise abfäl-

lig über andere Personen äusserte. Damit soll offenbar aufgezeigt werden, dass er sich auf der einen Seite nicht scheue, sich über andere abschätzig zu äussern, derweil er sich auf der anderen Seite in der Rolle des Rechtsanwaltes gleichsam als Medienwächter aufführe. Wer wie der Kläger mit einer gewissen Regelmässigkeit öffentlich in Erscheinung tritt, muss in Kauf nehmen, dass über diese Tätigkeiten und die dahinterstehende Person berichtet wird (vgl. BGE 122 III 449 E. 2c S. 455). Mithin ergibt sich, dass die Publikation der Wortberichterstattung über die Person des Klägers gegen seinen ausdrücklichen Willen durch ein überwiegendes Informationsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.»

Das Bundesgericht äusserte sich auch zur innerhalb der I. und II. Zivilabteilung herrschenden Auseinandersetzung um die Bedeutung des Feststellungsinteresses bei Persönlichkeitsverletzungen und insbesondere um die Frage der Differenzierung zwischen Störungswirkung und Störungszustand. «Anknüpfungspunkt ist die in BGE 95 II 481 E. 9 S. 498 f. entwickelte Rechtsauffassung, wonach im Recht des Persönlichkeitsschutzes der Feststellungsklage die Funktion zukommt, eine eingetretene Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Besteht ein durch eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen hervorgerufener Störungszustand, nimmt das Begehren um gerichtliche Feststellung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung eine dem Verletzten dienende Beseitigungsfunktion wahr (BGE 95 II 481 E. 9 S. 499; 122 III 449 E. 2a S. 451 f.; 123 III 354 E. 1c S. 358). Treffend wird deshalb auch von einer 'Leistungs-(Beseitigungs-)klage im Gewande der Feststellungsklage' gesprochen (VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Bern 1999, § 34 N. 32; unveröffentlichte E. 2c von BGE 119 II 97). Ein Störungszustand, der mit der auf Beseitigung zielenden Feststellungsklage behoben werden soll, ist dabei im Fortbestand der verletzenden Äusserung auf einem Äusserungsträger zu erblicken, der geeignet ist, die Verletzung fortwährend kundzutun und hierdurch Persönlichkeitsgüter des Verletzten unablässig oder erneut zu beeinträchtigen (BGE 95 II 481 E. 9 S. 497; 101 II 177 E. 4b S. 188; 104 II 225 E. 5a S. 234; 123 III 354 E. 1c S. 358). Das mit der Revision in Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eingefügte Erfordernis der 'weiterhin störenden Auswirkung' stellt nichts anderes als die Kodifizierung des eben umschriebenen Störungszustandes dar. Hierbei fällt ins Gewicht, dass der Störungszustand nicht im Laufe der Zeit von selbst verschwindet; wohl mag seine relative Bedeutung mit fortschreitender Zeit abnehmen, indessen können persönlichkeitsverletzende Äusserungen selbst nach einer erheblichen Zeitdauer beispielsweise ansehensmindernd nachwirken (BGE 95 II 481 E. 9 S. 497; 123 III 354 E. 1e S. 360). Hinzu kommt, dass Medieninhalte heutzutage angesichts neuer, elektronischer Archivierungstechniken auch nach ihrem erstmaligen, zeitgebundenen Erscheinen allgemein zugänglich bleiben und eingesehen werden können (BGE 123 III 354 E. 1f S. 361). Soweit in früheren Entscheiden der erkennenden Abteilung (BGE 120 II 371 E. 3 S. 373 f.; 122 III 449 E. 2a S. 452 f.) mit Blick auf die tägliche Informationsflut bezweifelt worden ist, ob wirklich jede öffentlich verbreitete per-

sönlichkeitsverletzende Äusserung einen rechtsgefährdenden - d.h. die Persönlichkeit beeinträchtigenden - Zustand herbeizuführen vermag, kann daran nicht festgehalten werden. Das vorausgesetzte Rechtsschutzinteresse mag hingegen dann entfallen, wenn sich die Verhältnisse derart geändert haben, dass die persönlichkeitsverletzende Äusserung jede Aktualität eingebüsst oder eine beim Durchschnittsleser hervorgerufene Vorstellung jede Bedeutung verloren hat, weshalb auszuschliessen ist, die Äusserung werde von neuem öffentlich verbreitet werden (BGE 123 III 354 E. 1g S. 362).

Allgemein gesagt kann demzufolge die in Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vorgesehene Feststellungsklage erhoben werden, wenn der Verletzte über ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustandes verfügt (BGE 123 III 354 E. 1c S. 358).

Dass diese Sichtweise der Absicht des Reformgesetzgebers entspricht, ist bereits in BGE 123 III 354 E. 1e S. 359 f. aufgezeigt worden. Es genügt, an dieser Stelle nochmals hervorzuheben, dass es das Hauptanliegen der Novelle über das Persönlichkeitsschutzrecht war, den Schutz der Persönlichkeit im Allgemeinen und im Besonderen gegen Verletzungen durch die Medien zu verbessern (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II S. 637, S. 641 Ziff. 131; AB N 1983 S. 1378, Votum Leuenberger; S. 1385, Votum Butty; AB S 1983 S. 132, Votum Hänsenberger). In den Materialien wird weiter betont, die von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutzinstrumente in Gestalt der Unterlassungs- und der Feststellungsklage würden nunmehr im Gesetzestext wiedergegeben (Botschaft, a.a.O., S. 660 f. Ziff. 231; AB N 1983 S. 1388, Votum Leuenberger). Bezüglich des Feststellungsanspruchs führt die Botschaft aus, dieser komme zum Zuge, wenn die eigentliche Verletzungshandlung wohl abgeschlossen sei, sich aber dennoch störend auswirke; die Feststellungsklage sei denn auch als Fortsetzung der Beseitigungsklage zu begreifen (Botschaft, a.a.O., S. 662 Ziff. 232 mit Verweis auf BGE 95 II 481 und BGE 103 II 161 in Anm. 64).

Wollte aber der Gesetzgeber mit der Novelle den Schutz der Persönlichkeit des Einzelnen stärken, so stehen die in der jüngeren Rechtsprechung der erkennenden Abteilung gestellten Anforderungen an die persönlichkeitsrechtliche Feststellungsklage gerade nicht in Einklang mit dieser Regelungsabsicht. Vielmehr gebietet die Entstehungsgeschichte in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der I. Zivilabteilung, auf eine Feststellungsklage einzutreten, sofern der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung eines fortbestehenden Störungszustandes dartut, ohne dass es dabei auf die Schwere der Verletzung ankäme. Darüber hinaus versagt das Kriterium der Schwere der Verletzung in Fällen, bei denen wie im vorliegenden eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild geltend gemacht wird (nachfolgend E. 3). Bildet die in Frage stehende Fotografie den Kläger nicht in geradezu kompromittierender Weise ab, bliebe ihm beim Scheitern des Nachweises einer fortwährenden Störungswirkung verwehrt, die Widerrechtlichkeit einer gegen

seinen Willen publizierten Fotografie gerichtlich feststellen zu lassen, weil in der Regel hierin keine schwere Verletzung zu erblicken sein dürfte.» ■

#### REMARQUES:

Cet arrêt est important. Il met fin à la controverse étrange à laquelle avaient cru bon de se livrer deux Cours du Tribunal fédéral. La 1<sup>e</sup> Cour de droit civil, traditionaliste, déclarait que l'action en constatation, en matière d'atteinte par les médias, est accordée par principe, indépendamment de l'écoulement du temps, une publication exerçant des effets durables, même après des mois ou des années. La 2<sup>e</sup> Cour de droit civil, novatrice, s'appuyait sur le texte de l'art. 28a ch. 3 CC, qui précise que le lésé peut demander de constater l'illicéité de l'atteinte «si le trouble qu'elle a créé subsiste»; elle y voyait une restriction et exigeait par conséquent du demandeur qu'il démontre l'existence concrète d'un trouble. Elle avait certes ajouté par la suite que la persistance du trouble devait être supposée si l'atteinte a été d'une gravité certaine. Chacune des deux cours avait ses partisans. Certaines universités ont été coupées en deux camps (favorable à la 1<sup>e</sup> Cour: P. TERCIER, *medialex* 1997, p. 111; favorable à la 2<sup>e</sup> Cour: F. WERRO, *medialex* 1998, 44 ss et 176, et le soussigné, *Droit de la communication*, n° 1354).

Cette controverse au sein même de la plus haute instance judiciaire du pays ne pouvait pas durer, et on est heureux qu'elle ait pris fin. La 2<sup>e</sup> Cour a fait son autocritique et a rejoint la première. Ce qui est déterminant, dit-elle, c'est la volonté du législateur. Or il est de fait que le parlement, en modifiant les dispositions sur la protection de la personnalité, en 1983, voulait non pas affaiblir cette protection, mais la renforcer. La 2<sup>e</sup> Cour, d'autre part, considère désormais comme non pertinent l'argument disant que, dans le flot des informations, une publication illicite perd très vite ses effets nocifs. Enfin, elle remarque que son ancienne jurisprudence aboutissait à rendre impossible par principe l'action en constatation lorsqu'une photographie a été publiée.

On prendra donc acte de la jurisprudence désormais univoque du Tribunal fédéral sur ce point. Le simple fait qu'une atteinte ait été fixée sur un support suffit à faire perdurer le trouble. Le présent arrêt réserve tout au plus le cas où «les circonstances ont tellement évolué que la déclaration attentatoire à la personnalité a perdu toute actualité, ou que l'effet produit auprès du lecteur moyen est devenu anodin» (trad.); dans ce cas, disent les juges, on peut exclure que la déclaration soit à nouveau diffusée publiquement.

Cette dernière remarque n'est pas d'une totale cohérence. Une déclaration qui a perdu toute actualité peut continuer à figurer dans un livre ou dans une banque de données, et elle pourra être lue à tout moment. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit à nouveau diffusée publiquement pour causer un trouble. Pour être absolument cohérent avec lui-même, le Tribunal fédéral devrait également admettre la constatation dans ces cas-là. S'il ne le fait pas, c'est pour une raison de bon sens. Cela le rapproche, en réalité, de la jurisprudence originelle de la 2<sup>e</sup> Cour, et montre que celle-ci n'était pas aussi indéfendable qu'on le prétend aujourd'hui. Si le législateur de 1983 voulait renforcer la protection de la personnalité, il voulait tout autant en clarifier l'énoncé. Or si les mots ont un sens, la persistance du trouble devrait être une question que l'on se pose à chaque fois, sans a priori.

L'arrêt est important à d'autres égards encore. Il reprend pour la première fois une distinction faite en Allemagne et reprise par la doctrine suisse, toujours très influencée par le débat juridique outre-Rhin: celle entre les personnes appartenant à l'histoire contemporaine de manière absolue (*absolute Person der Zeitgeschichte*), et celles qui y appartiennent de manière relative (*relative Person der Zeitgeschichte*). Des premières (hommes politiques, hauts fonctionnaires, vedettes du sport, de la science ou des arts, etc.), on peut parler en toute circonstance, et en dresser des portraits. Des secondes, on ne parlera qu'en relation avec l'événement qui les a rendues provisoirement célèbres. L'ancien journaliste et actuel avocat Ludwig Minelli n'est ni l'un ni l'autre, mais son personnage haut en couleur, qui se manifeste régulièrement en public, justifie qu'on parle de lui. Aussi, le Tribunal fédéral est-il obligé de conclure qu'il y a encore des catégories intermédiaires. La Cour suprême zurichoise avait dit qu'on pouvait

## L'avis des tribunaux

## Die Gerichte entscheiden

parler de M. Minelli «de temps à autre». Le Tribunal fédéral préfère dire que dans la zone intermédiaire, il conviendra de procéder à une pesée des intérêts en présence.

Qui dit portrait dit aussi illustration. A l'ère de l'image, le Tribunal fédéral pose comme règle générale que tout compte rendu qui bénéficie d'un motif justificatif peut s'accompagner d'une photo de la personne dont il s'agit. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'une photo volée, et que celle-ci ne soit pas inju-

rieuse ou qu'elle ne laisse pas apparaître l'intéressé sous un jour peu flatteur. Le Tribunal fédéral juge normal également que le journal puisse relater les contacts qu'il a eus avec l'intéressé en relation avec l'article en question. Il pourra également publier la correspondance – un fax en l'occurrence - s'il existe un lien avec l'article en cause et que la reproduction correspond à la réalité.

*PROF. DENIS BARRELET, DETLIGEN*

## «Weltwoche»-Autor wegen UWG-Verstoss verurteilt

Bundesgerichtsentscheid vom 16. August 2001 (6S.858/1999)

*Als «Herabsetzen» i.S.v. Art. 3 lit. a UWG ist ein Heruntermachen bzw. Schlechtmachen zu verstehen. Bei der gebotenen verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG als Straftatbestand sind einerseits die Meinungsäusserungsfreiheit und andererseits die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen zu berücksichtigen. Der wichtigen Aufgabe der seriösen Medien in einer demokratischen Gesellschaft ist auch Rechnung zu tragen. Äusserungen können in den an ein breites Publikum gerichteten Medien angesichts des hohen Verbreitungsgrades für den Betroffenen schwer wiegende Folgen zeitigen und sowohl dessen Wettbewerbsstellung als auch dessen Persönlichkeit erheblich beeinträchtigen.*

### Zusammenfassung:

Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid das Urteil des Zürcher Obergerichts wegen Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und einer Busse von 8000 Franken sowie Genugtuungszahlungen von je 5000 Franken an den Unternehmer Adrian Gasser und dessen Lorze AG. Der «Weltwoche»-Journalist hat sich in mehreren Artikel in den Jahren 1990 und 1991 kritisch mit dem Geschäftsgefliegenheiten der Lorze AG auseinandergesetzt. Nach Auffassung der Gerichte machte er dabei mehrere unrichtige oder irreführende Aussagen, die als Anschwärmungen im Sinne von Art. 3 lit. a und 23 UWG zu werten seien.

«Der Kassationshof sieht im Merkmal des «Herabsetzens», verstanden als «Anschwärzen» («dénigrer» bzw. «denigrare» gemäss den romanischen Gesetzestexten), d.h. Herunter- bzw. Schlechtmachen, de lege lata einen Ansatzpunkt zur gebotenen Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG als Straftatbestand (BGE 122 IV 33 E. 2 S. 35; 123 IV 211 E. 3b S. 216; nicht publizierte E. 4c von BGE 124 IV 162). Erforderlich ist mithin ein Heruntermachen bzw. Schlechtmachen. Der Tatbestand weist somit gewisse Parallelen zum strafrechtlichen Ehrenschutz (Art. 173 ff. StGB) auf (SCHUBARTH, a.a.O., S. 151 f.; URS SAXER, Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit: Wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen? AJP 1994 S. 1136 ff., 1140).

Bei der gebotenen verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG als Straftatbestand sind - wie etwa bei Ehrverletzungen (siehe dazu BGE 118 IV 153 E. 4c S. 161 ff., 163, mit Hinweisen) - einerseits die Meinungsäusserungsfreiheit und andererseits die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen zu berücksichtigen. Dabei ist zum einen auch der wichtigen Aufgabe der seriösen Medien in einer demokrati-

schen Gesellschaft Rechnung zu tragen. Zum andern ist zu beachten, dass gerade Äusserungen in den an ein breites Publikum gerichteten Medien angesichts des hohen Verbreitungsgrades, weit mehr noch als Äusserungen auf andere Weise, für den Betroffenen schwer wiegende Folgen zeitigen und sowohl dessen Wettbewerbsstellung als auch dessen Persönlichkeit erheblich beeinträchtigen können. Für Medienschaffende gilt, unter Vorbehalt der gesetzlich geregelten Ausnahmen (z.B. Art. 27, 27<sup>bis</sup> StGB), kein Sonderrecht (siehe BGE 117 IV 27 E. 2c betreffend Ehrverletzungen). Die Medienfreiheit ist als solche kein Rechtfertigungsgrund (BGE 126 IV 236 E. 4c).

Der Tatbestand von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG setzt nicht voraus, dass der von der inkriminierten Äusserung Betroffene tatsächlich in seiner Wettbewerbsstellung beeinträchtigt wird und einen Schaden erleidet. Es genügt, dass die inkriminierte Äusserung geeignet ist, die Wettbewerbsstellung des Betroffenen zu beeinträchtigen. Dies gilt auch bei Äusserungen von Journalisten in den Medien; aus dem Urteil des EGMR vom 25. August 1998 i.S. Hertel gegen die Schweiz ergibt sich entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht, dass in diesen Fällen der Nachweis eines Schadens erforderlich sei.

Die vier im Zeitungsartikel nach dem Eindruck des Lesers enthaltenen Aussagen,

- (1) Gasser habe sich unredlicher Machenschaften bedient;
- (2) Gasser habe 2 Millionen Kilo teuer produziertes Garn zentral in einem abbruchreifen Holzhaus gelagert, welches hätte abbrennen und damit ein Versicherungsfall werden können;
- (3) Gasser habe es darauf abgesehen, die von ihm beherrschte Spinnerei an der Lorze zu schliessen und damit die ganze Belegschaft zu entlassen, ohne dazu aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen zu sein, wobei er sich einen persönlichen Vorteil erhofft habe;

- (4) das finanzielle Fundament der Spinnerei an der Lorze AG sei äusserst schlecht, weshalb von Seiten der Banken zu unüblichen Mitteln habe gegriffen werden müssen, sind allesamt, teils schon für sich allein (so die erste und die zweite Aussage), teils jedenfalls im Gesamtzusammenhang (so die dritte und die vierte Aussage) als Anschwärmungen im Sinne von Art. 3 lit. a i.V.m. Art. 23 UWG zu qualifizieren.

Durch die zweite Aussage wird dem Leser suggeriert, dem Beschwerdegegner 2 wäre es ganz recht gewesen, wenn er das teuer produzierte Garn durch eine Feuersbrunst losgeworden wäre und dabei noch Geld von der Versicherung hätte kassieren können. Dies ist, wie die sich aus verschiedenen weiteren unrichtigen Äusserungen im Zeitungsartikel nach dem Eindruck des Lesers ergebende unzutreffende erste Aussage, der Beschwerdegegner 1 habe sich unredlicher Machenschaften bedient, als Anschwärmung zu qualifizieren. Die beiden Aussagen sind offensichtlich geeignet, die Stellung des Beschwerdegegners 2 im Wettbewerb erheblich und nachhaltig zu beeinträchtigen. Die beiden Aussagen sind daher unlauter im Sinne von Art. 3 lit. a UWG, unabhängig davon, wie gross das berechtigte öffentliche Interesse an Informationen über die unternehmerische Tätigkeit der Beschwerdegegner gewesen sein mag.

Die dritte und die vierte Aussage, welche der Leser nach der Auffassung der Vorinstanz dem Zeitungsartikel auf Grund verschiedener Äusserungen entnimmt, sind, jedenfalls im Gesamtzusammenhang, ebenfalls als Anschwärmungen zu qualifizieren. Durch die dritte Aussage wird der Beschwerdegegner 2 nach dem Eindruck des Lesers als skrupelloser und egoistischer Unternehmer ohne soziales Verantwortungsgefühl hingestellt, was offensichtlich geeignet ist, seine Stellung im Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Die aus verschiedenen unrichtigen Äusserungen im Zeitungsartikel resultierende vierte Aussage schliesslich ist ebenfalls geeignet, die Stellung der Beschwerdegegner im Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Der Leser gewinnt auf Grund verschiedener unrichtiger Äusserungen im Zeitungsartikel den Eindruck, das finanzielle Fundament der Beschwerdegegnerin 1 sei angeblich gerade auch deshalb äusserst schlecht gewesen, weil der angeblich an der Fortführung des Betriebs nicht mehr interessierte Beschwerdegegner 2 absichtlich wichtige Produktionsanlagen zerschlagen und Produktionsmittel veräussert habe.

Im Übrigen kann für die Einzelheiten auf das angefochtene Urteil verwiesen werden. Darin wird zum einen dargelegt, welchen Äusserungen im Zeitungsartikel der Leser nach der Auffassung der Vorinstanz die genannten vier Aussagen entnimmt, und wird zum andern begründet, weshalb diese Aussagen als Anschwärmungen zu qualifizieren sind.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, geht weitgehend an der Sache vorbei und ist im Übrigen unbegründet. Wohl bestand angesichts der tatsächlich bereits erfolgten Betriebsschliessungen ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit zu erfahren, wie es um die Beschwer-

degegnerin 1 finanziell bestellt sei, ob mit weiteren Betriebsschliessungen gerechnet werden müsse und gegebenenfalls aus welchen Gründen. Ob dieses öffentliche Interesse allenfalls grösser gewesen sei als die Vorinstanz angenommen hat, kann dahingestellt bleiben. Es besteht jedenfalls kein öffentliches Interesse an unrichtigen Informationen. Zwar gehört es auch zu den Aufgaben eines Journalisten, Mutmassungen über mögliche künftige Entwicklungen eines Unternehmens, beispielsweise über mögliche Betriebsschliessungen, anzustellen. Solche Mutmassungen müssen aber auf einer richtigen Darstellung der Ereignisse in der Gegenwart und in der Vergangenheit gründen. Dies ist hier nicht der Fall. Der Beschwerdeführer hat sodann nicht bloss einzelne unrichtige oder irreführende Äusserungen im Rahmen einer insgesamt zutreffenden Berichterstattung getan; vielmehr enthält der Zeitungsartikel vom 11. April 1991, der Letzte in einer vierteiligen Artikelserie über die Beschwerdegegner, eine Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen, welchen der Leser die vier genannten unzutreffenden Aussagen entnehmen musste. Der Beschwerdeführer hat mithin nicht nur eine unrichtige Äusserung getan, welche im Gesamtzusammenhang lediglich von untergeordneter Bedeutung war (vgl. dazu BGE 122 IV 33 E. 2d).

Der vorliegende Fall unterscheidet sich in vielfacher Hinsicht vom Fall Hertel, auf welchen sich der Beschwerdeführer beruft. Dort ging es um eine Meinungsäusserung in einer an das breite Publikum gerichteten Zeitschrift zu einem in der Wissenschaft umstrittenen, jedermann unmittelbar interessierenden, die Gesundheit betreffenden Thema, die vom Bundesgericht im Wesentlichen deshalb als irreführend erachtet wurde, weil der gebotene Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit in der Wissenschaft fehlte (BGE 120 II 76 E. 5b S. 81). Hier geht es demgegenüber um eine Vielzahl von schlicht unrichtigen Tatsachenbehauptungen über einen Geschäftsmann und das von ihm beherrschte mittelständische Unternehmen. Schon angesichts der erheblichen Verschiedenheit der beiden Fälle kann aus den Erwägungen im Urteil des EGMR vom 25. August 1998 i.S. Hertel gegen die Schweiz nichts Entscheidendes für die Beurteilung des vorliegenden Falles abgeleitet werden. Aus dem genannten Urteil ergibt sich, wie bereits erwähnt, entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht, dass im Falle von unrichtigen oder irreführenden Äusserungen im Rahmen der Medienberichterstattung über ein die Öffentlichkeit interessierendes Thema eine Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbs nur in Betracht falle, wenn ein Schaden infolge der Äusserungen nachgewiesen ist. Die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung der Betroffenen, die hier angesichts des Inhalts der unzutreffenden Aussagen gegeben ist, reicht in jedem Falle aus.

Im Übrigen drängt sich angesichts der Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen im Zeitungsartikel, welchem der Leser die genannten vier Aussagen entnimmt, sowie der gesamten Aufmachung des Artikels und der darin verwendeten Sprache der Eindruck auf,

dass der Beschwerdeführer eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdegegner nicht nur in Kauf nahm, sondern geradezu anstrebte, und der Zweck des Artikels in erster Linie darin bestand, zur Unterhaltung des Leserpublikums zwecks Steigerung der Auflage insbesondere den Beschwerdegegner 2 fertig zu machen.

#### ANMERKUNGEN:

Einmal mehr geht es um den problematischen Einsatz des Strafrechts gegen journalistische Äusserungen, die potentiell den Wettbewerb beeinflussen können. Über Entscheide zu diesem Fall ist verschiedentlich in *medialex* berichtet worden. Am Anfang waren es vier Artikel in der Weltwoche, die zwischen Oktober 1990 und April 1991 erschienen sind. Die Zürcher Bezirksanwaltschaft stellte 1995 in Bezug auf drei dieser Artikel das Verfahren ein und klagte den Journalisten Gerig sowie den Chefredaktor der Weltwoche wegen mehrfachen unlauteren Wettbewerbs begangen im Artikel vom 11.4.1991 an. Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirks Zürich sprach den Journalisten 1996 in zwölf von achtzehn eingeklagten «Einzeldarstellungen» und in Bezug auf eine von drei «Einzeldarstellungen im Zusammenhang» frei, d.h. in insgesamt 13 Anklagepunkten. Er verurteilte ihn wegen der restlichen insgesamt acht Vorwürfe zu einer Busse von 10'000 Franken und zu einer Genugtuung von insgesamt 4000 Franken. Der Chefredaktor wurde freigesprochen (*medialex* 1996, 166). Das Obergericht Zürich bestätigte am 19.3.1997 das vorinstanzliche Urteil (*medialex* 1997, 107 f.). Die Genugtuungssumme wurde auf insgesamt 10'000 Franken erhöht. Dieses Urteil wurde sowohl vom Journalisten wie vom Geschädigten ans Bundesgericht weitergezogen. Am 3.6.1998 lehnte dieses die Nichtigkeitsbeschwerde des letzteren ab (*medialex* 1998, 172; BGE 124 IV 188). Es ging um die pressestrafrechtliche Mitverantwortung des Chefredaktors. Die Legitimation des Beschwerdeführers wurde verneint, da sich ein strafrechtlicher Entscheid zu dieser Frage nicht auf die Beurteilung einer Zivilforderung gegen den Chefredaktor auswirke. Die Beschwerde des Journalisten wurde einen Monat später, am 3.7.1998, teilweise gutgeheissen (BGE 124 IV 162). Das Bundesgericht argumentierte, ein durch den Zeitungsartikel insgesamt geschaffenes negatives Gesamtbild genüge nicht für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit eines Artikels. Taten i.S. des einschlägigen Tatbestandes seien einzelne Äusserungen. Deshalb erfolgte eine Neuurteilung durch das Obergericht Zürich am 18.6.1999 (vgl. sic! 2000, 30 ff.). Das Gericht meinte, die wirtschaftlichen Interessen des Geschädigten seien höher zu gewichten als das Interesse der Öffentlichkeit, über die Geschäftsaktivitäten des Betroffenen informiert zu werden. Es ging um insgesamt noch vier Aussagen. Bejaht wurde das Vorliegen eines eigentlichen «Anschwärzens», weil nicht nur eine blosse Kritik des Betroffenen stattgefunden habe, sondern dieser offenkundig schlechtgemacht worden sei. Die Busse wurde auf 8000 Franken reduziert. Auch dieses Urteil wurde vom Journalis-

ten mit Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht weitergezogen.

Der Sachverhalt und die Berechtigung der Strafbarkeit der Journalisten sind, wenn man sich auf das bundesgerichtliche Urteil stützt, nicht überprüfbar. Das Bundesgericht geht von einer «Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen» aus und verweist jeweils auf die Feststellungen der Vorinstanz, nach welcher «vier Aussagen ... unrichtig bzw. irreführend sind.» Man erfährt ferner, dass das Zürcher Handelsgericht gleiche Vorwürfe in einer parallelen zivilrechtlichen Auseinandersetzung ganz anders interpretiert hat als die Strafjustiz. Die Frage, ob das öffentliche Interesse an der Publikation grösser gewesen sei als die Vorinstanz angenommen hat, liess das Bundesgericht offen, weil jedenfalls kein öffentliches Interesse an unrichtigen Informationen bestehe. Man ersieht aus dem Urteil ferner, dass der Journalist nach der Rückweisung des Falles durch das Bundesgericht an die Vorinstanz gemäss Urteil vom 3.7.1998 neue Beweisanträge stellte, auf die aber mit der Begründung nicht eingetreten wurde, das Zürcher Obergericht sei an die tatsächlichen Feststellungen seines früheren Urteils gebunden. *Medialex* behält sich vor, auf diese Aspekte in einer späteren Ausgabe zurückzukommen. Aufsehen erregte schliesslich der abschätzigste Rundumschlag des Bundesgerichts, wonach sich angesichts der Vielzahl von unrichtigen und irreführenden Äusserungen sowie der gesamten Aufmachung des Artikels und der darin verwendeten Sprache der Eindruck aufdränge, dass der Beschwerdeführer eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdegegner nicht nur in Kauf nahm, sondern geradezu anstrebte, und der Zweck des Artikels in erster Linie darin bestand, zur Unterhaltung des Leserpublikums zwecks Steigerung der Auflage insbesondere Herrn Gasser fertig zu machen. Der Korrespondent der NZZ hat dazu m.E. zutreffend bemerkt, mit dieser Feststellung gehe das Gericht viel weiter, als für die Beurteilung der Strafsache erforderlich sei. Es könne nicht Sache des Richters sein, über die Feststellung der Rechtsverletzung hinaus über mögliche Motive eines Verlegers zu spekulieren und diesem vorzuwerfen, aus reiner Unterhaltungslust und Profitgier einen Menschen fertig zu machen. Die Frage stelle sich, ob auch solche Äusserungen nicht unnötig verletzend i.S. der gesetzlichen Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb seien (NZZ vom 5.9.2001, S. 44)! Dieser verbale Exzess des Bundesgerichts zeigt einmal mehr, dass die Bewertung der Medien seitens von Politikern, Behörden und hohen Repräsentanten der Justiz ambivalent ist. Die einen anerkennen die herausragende Bedeutung der Medien als Mittel der Information, ohne sich Sanktionen im Fall von Missbräuchen zu verschliessen. Bei anderen, so offensichtlich auch beim Bundesgericht, steht die Missbrauchsperspektive und das Bestreben im Vordergrund, die journalistische Tätigkeit möglichst Schranken zu unterwerfen. Eine beliebte Praxis ist es dabei, auf die Gefahren der Medienkonkurrenz hinzuweisen. Man sollte mit solchen Äusserungen zurückhaltend sein, weil gemeinhin die Meinung vorherrscht, der freie Wettbewerb führe gesamtgesellschaftlich betrachtet zu besseren Ergebnissen. Nur bei den Medien soll offenbar die Konkurrenz stets zu einer Nivellierung nach unten führen.

PROF. F. RIKLIN, FREIBURG

L'avis des tribunaux

.....  
Die Gerichte entscheiden

### **Unzulässiges Verbot eines ausländischen Buches**

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 17.7.2001 «Association Ekin c. Frankreich» (N° 39288/98)

In Frankreich hat der Innenminister die Kompetenz, spezifische Massnahmen gegen Druckwerke ausländi-

scher Herkunft oder in ausländischer Sprache zu ergreifen. Das Gesetz ermächtigt ihn zum Verbot des Inverkehrbringens, des Vertriebs oder Verkaufs in Frankreich (Artikel 14 des 1939 modifizierten Gesetzes über die Pressefreiheit vom 29.7.1881). Gestützt auf diese Vorschrift schritt der Innenminister 1988 gegen das Buch «Euskadi en guerre» ein, das die baskische Kulturorganisation Ekin 1987 in zahlreichen Ländern in vier Sprachen veröffentlicht hatte. Er begründete das Verbot damit, dass das Buch die öffentliche Ordnung gefährde, weil es den Separatis-

mus propagiere und den Einsatz von Gewalt rechtfertige.

Der EGMR hält in seinem einstimmigen Urteil fest, der ausgesprochen weit formulierte Artikel 14 räume dem Innenminister umfangreiche Kompetenzen ein. Vorgängige Publikationsbeschränkungen sind nach der EGMR-Praxis nicht a priori unzulässig, werden vom Gerichtshof aber äusserst sorgfältig überprüft, da Informationen über aktuelle Themen – nicht nur im Bereich der periodischen Presse – ein vergängliches Gut sind und selbst kurze Publikationsverzögerungen sie jeglichen Werts und Interesses berauben können (Z. 56-58). Solche Massnahmen verlangen einen wirksamen Rechtsschutz gegen allfällige Missbräuche einen besonders präzisen gesetzlichen Rahmen (Z. 58). Der EGMR verneint einen ausreichenden Rechtsschutz: Es fehlt eine automatische gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsmassnahme, die französische Justiz übte lange lediglich eine beschränkte Überprüfung der ministeriellen Verbote aus und die lange Verfahrensdauer (neun Jahre bis zum endgültigen Entscheid - was auch das Recht auf einen Verfahrensabschluss innert angemessener Frist gemäss Art. 6 EMRK verletzte) stand einem wirksamen Rechtsschutz im Wege, zumal die Hürde für eine aufschiebende Wirkung des Verbots hoch war (Z. 61). Auch die Formulierung der massgebenden Norm erscheint dem Gerichtshof als unzureichend: Sie präzisiert weder den Begriff der ausländischen Herkunft noch erwähnt sie die Gründe für ein Verbot. Zwar habe die französische Rechtsprechung die entsprechenden Lücken teilweise gefüllt, doch habe die Anwendung der Regelung zu überraschenden bis willkürlich anmutenden Resultaten geführt. Die Vorhersehbarkeit des Eingriffs sei eher nicht gegeben gewesen (Z. 46 und 60). Nach Ansicht des Gerichtshofs scheint der Text der umstrittenen Vorschrift in direktem Widerspruch zu Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK zu stehen, welcher die Meinungsfreiheit «ohne Rücksicht auf Landesgrenzen» gewährleistet. Nicht überzeugt ist der EGMR vom Argument der französischen Regierung, die gegen ausländische Publikationen gerichtete Norm rechtfertige sich wegen der Schwierigkeit, aus dem Ausland operierende Autoren oder Verleger zur Rechenschaft zu ziehen. Ein solch diskriminierendes Regime möge allenfalls im Jahre 1939 begründet gewesen sein, heute jedoch sei es kaum haltbar (Z. 62). Nicht ausdrücklich Stellung bezog der Gerichtshof zum Argument, die Verwaltungsbehörden könnten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in gleichem Mass auch gegen französische Publikationen einschreiten (Z. 54). Im konkreten Fall vermochte der Inhalt des Buchs nach Ansicht des Gerichtshofs keinen dermassen rigorosen Eingriff in die Meinungsfreiheit zu rechtfertigen (Z. 63). Das Verbot war daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Z. 64). ■

### ANMERKUNGEN:

Gezielte staatliche Massnahmen gegen ausländische Publikationen haben den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bislang kaum beschäftigt. Der geschilderte Entscheid behandelt das Thema in einer für Strassburger Verhältnisse nicht alltäglichen Grundsätzlichkeit. In den bisherigen EGMR-Urteilen zur

Meinungsfreiheit war meist die Frage ausschlaggebend, ob der fragliche Eingriff im jeweiligen Streitfall «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» (insbesondere verhältnismässig) war. Die weiteren Voraussetzungen für eine behördliche Massnahme (ausreichende gesetzliche Grundlage, legitimer Eingriffszweck) hatten demgegenüber kaum je eine entscheidende Bedeutung für den Verfahrensausgang (eine Ausnahme bildet beispielsweise der EGMR-Entscheid «Du Roy & Malaurie c. Frankreich» vom 3.10.2000, der ein zu absolut formuliertes gesetzliches Verbot betraf). Im vorliegenden Urteil äussert der Gerichtshof prinzipielle Bedenken gegenüber der französischen Eingriffsnorm. Der Entscheid ist zwar – getreu der Strassburger Tradition - eher zurückhaltend formuliert und vermeidet es, die umstrittene Norm klipp und klar als menschenrechtswidrig zu qualifizieren. Im Lichte dieses Entscheides dürfte es indessen kaum Raum für eine gesetzliche Vorschrift bleiben, die ausschliesslich auf Publikationen ausländischer Herkunft oder Sprache zielt.

Das schweizerische Recht kennt soweit ersichtlich keine explizit gegen ausländische Veröffentlichungen gerichtete Norm französischen Zuschnitts. Der Gerichtshof hatte sich dennoch unlängst mit einer schweizerischen Massnahme zu befassen, die gewisse Ähnlichkeiten mit dem vom französischen Innenminister verfügten Eingriff in die Meinungsfreiheit aufweist: Die vom Bundesrat angeordnete Einziehung und Vernichtung von 88 Kilogramm Drucksachen der Kurdischen Arbeiterpartei PKK, welche die schweizerischen Zollbehörden 1997 sichergestellt hatten (BGE 125 II 417; vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Le Conseil fédéral face à la propagande subversive*, *medialex* 2000, S. 33ff.). Der gravierende Eingriff in die Meinungsfreiheit stütze sich auf den damals noch geltenden Bundesratsbeschluss betreffend staatsgefährliches Propagandamaterial vom 29.12.1948. Die Beschwerdeführer rügten unter anderem die fehlende Bestimmtheit der Norm. Sie richtete sich gegen Propagandamaterial, welches die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft zu gefährden geeignet ist. Der Gerichtshof kam einstimmig zum Schluss, die Beschwerde sei offensichtlich unbegründet. Der Zulässigkeitsentscheid «Faruk Kaptan c. Schweiz» vom 12.4.2001 (N° 55631/00) bezeichnet die fragliche Vorschrift ohne nähere Begründung als ausreichend. Die ebenfalls umstrittene Notwendigkeit des Eingriffs bejahte der Gerichtshof, indem er die Erwägungen des Bundesgerichts zum Inhalt der eingezogenen Schriften ohne vertiefende Reflexion rekapitulierte. Für die Beurteilung der Angelegenheit in Strassburg war es zweifellos von Vorteil, dass das Bundesgericht ausnahmsweise einen Entscheid des Bundesrats überprüfte, seinen Entscheid sorgfältig begründete (wie der EGMR attestierte) und damit eine richterliche Kontrolle des Eingriffs gewährleistete. Dennoch wird bei der vergleichenden Lektüre der beiden Strassburger Richtersprüche nicht restlos nachvollziehbar, weshalb die 2. Kammer des Gerichtshof im schweizerischen Fall eine geringere Sensibilität für die massiv eingeschränkte Meinungsfreiheit zeigte als die 3. Kammer im Fall Ekin c. Frankreich. Dies gilt zumindest teilweise auch für den Zulässigkeitsentscheid der 2. EGMR-Kammer «Ahmed Zaoui» c. Schweiz vom 18.1.2001 (N° 41615/98), welcher die Beschwerde eines illegal eingereisten algerischen FIS-Aktivisten gegen die vom Bundesrat angeordnete Beschlagnahme seiner Faxgeräte und die Blockierung seines E-Mail als offensichtlich unbegründet einstufte.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

L'avis des tribunaux

.....  
Die Gerichte entscheiden

.....  
**Erlaubtes Werturteil in  
politischer Debatte**

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für  
Menschenrechte (2. Kammer) vom  
12.7.2001 «Feldek c. Slowakei»  
(Beschwerde N° 29032/95)

**D**er slowakische Publizist Feldek warf 1992 dem neu-  
en Minister für Kultur und Erziehung dessen «faschisti-  
sche Vergangenheit» vor und legte ihm den Rücktritt

nahe. Auf die in mehreren Zeitungen veröffentlichten Vorwürfe reagierte der angegriffene Minister Slobodnik mit einer Zivilklage. Die slowakische Justiz stellte eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung fest und verurteilte Feldek zur Publikation einer vom Gericht formulierten Erklärung in fünf Zeitungen. Abgewiesen wurde hingegen die vom Kläger verlangte Genugtuung.

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit beruhte gemäss EGMR auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (Z. 53-57) und diente dem legitimen Zweck, den Ruf des Ministers zu schützen (Z. 58). Die Mehrheit des Gerichtshofs verneinte indessen, dass der Eingriff im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war. Der EGMR erinnerte daran, dass die Grenzen akzeptabler Kritik bei Politikern weiter gezogen sind als bei Privatpersonen (Z. 74). Im Kontext einer politischen Debatte habe die Meinungsfreiheit höchste Bedeutung und dürfe nur aus besonders zwingenden Gründen limitiert werden, denn breite Einschränkungen politischer Aussagen in Einzelfällen hätten unzweifelhaft negative Auswirkungen auf die allgemeine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit im betroffenen Staat (Z. 83). Nach der Praxis des Gerichtshofs ist jeweils eine sorgfältige Unterscheidung zu treffen zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen, deren Wahrheit keinem Beweis zugänglich ist (Z. 75 und 85). Die slowakische Justiz betrachtete ein Werturteil nur dann als akzeptabel, wenn der Äussernde die Tatsachen ausdrücklich erwähnt, auf die sich sein Vorwurf stützt. Einen solchen Grundsatz verwirft der EGMR. Es hänge von den jeweils unterschiedlichen Umständen des einzelnen Falles ab, ob das Werturteil mit den Fakten verknüpft sein muss, auf denen es basiert (Z. 86). Im vorliegenden Fall beruhte das umstrittene Werturteil auf Informationen, welche einem breiteren Publikum (unter anderem durch die 1991 veröffentlichte Autobiographie des Ministers) bereits bekannt waren. Die EGMR-Mehrheit sprach sich auch gegen eine restriktive Definition der Formulierung «faschistische Vergangenheit» aus. Es handle sich um einen weiten Begriff, der auch als blosser Mitgliedschaft in einer faschistischen Organisation (Hlinka Jugend) – ohne spezifische Aktivitäten – verstanden werden könne (Z. 86).

In ihrer abweichenden Meinung vertraten zwei der sieben Gerichtsmitglieder den Standpunkt, der Autor eines Werturteils müsse dem Publikum die notwendigen Informationen liefern, damit es keine falschen Schlüsse ziehe. Die beiden überstimmt Richter warfen Feldek vor, er habe mit seiner Darstellung allen möglichen Spekulationen freien Lauf gelassen. Die bloss geringfügige Sanktion gegen den Publizisten erscheine nicht als unverhältnismässig. ■

#### ANMERKUNGEN:

Das geschilderte Urteil ist über den beurteilten Einzelfall hinaus bemerkenswert. Es unterstreicht zunächst zwei Kernaussagen zum Umfang der Meinungsfreiheit, die auf den vor 15 Jahren gefällten Entscheid «Lingens c. Österreich» (EGMR-Urteil

vom 8.7.1986 in EuGRZ 1986, S. 424ff.) zurückgehen: Erstens verdient die freie Diskussion im politischen Meinungskampf einen besonders intensiven Schutz vor staatlicher Einschränkung, zumal auch eine vergleichsweise geringfügige Sanktion wegen ihrer potenziellen Abschreckungswirkung die Bereitschaft zur ungehemmten Äusserung mindert. Und zweitens verbietet es die Meinungsfreiheit, die Äusserung von Werturteilen an einen Wahrheitsbeweis zu knüpfen, da ein solcher Beweis gar nicht erbracht werden kann. Gerechtfertigt ist die Sanktionierung eines Werturteils nach der Strassburger Praxis, wenn der Vorwurf aufgrund der vorliegenden Fakten als exzessiv erscheint. So akzeptierte beispielsweise das EGMR-Urteil «Wabl c. Österreich» vom 21.3.2000 eine Sanktion wegen des Vorwurfs des «Nazijournalismus» (die österreichische Ziviljustiz durfte diese Formulierung trotz der verständlichen Empörung des betreffenden Parlamentarier über eine beleidigende Presseberichterstattung als unzulässig einstufen).

Die jüngere Strassburger Rechtsprechung zeigt, dass sich zwar in jedem einzelnen Fall über die Vertretbarkeit einer bestimmten Formulierung streiten lässt. Als Leitlinie lässt sich aber erkennen, dass im Rahmen einer Diskussion von Themen allgemeinen Interesses selbst massive Vorwürfe akzeptabel sind (vgl. etwa die Urteile «Perna c. Italien» vom 25.7.2001 in *medialex* 2001, S. 173f. zur Kritik an einem Justizbeamten, «Jerusalem c. Österreich» vom 27.2.2001 zur Bezeichnung zweier Vereine als Psychosekten sowie «Lopes Gomes da Silva c. Portugal» vom 28.9.2000 zur Abqualifizierung eines Kandidaten für ein politisches Amt durch einen Journalisten; vgl. demgegenüber den EGMR-Entscheid «Tammer c. Estland» vom 6.2.2001 in *medialex* 2001, S. 47 als einleuchtendes Beispiel für die geforderte Zurückhaltung bei Werturteilen, die sich auf das Privatleben von Politikern beziehen).

Das Urteil «Feldek c. Slowakei» bestätigt, dass die Justiz im öffentlichen Meinungskampf geäusserte Vorwürfe nicht auf die Goldwaage legen darf. Es schneidet aber darüber hinaus eine neue Fragestellung von grundsätzlicher Tragweite an: Ist die Zulässigkeit eines Werturteils generell daran zu knüpfen, dass es von einer expliziten Erörterung der massgebenden Fakten begleitet wird? Der Gerichtshof hat diese Frage aus gutem Grund verneint. Eine lebendige Demokratie bedarf nicht nur der durchdachten, fundierten und ausgewogen formulierten Argumentation, sondern auch der spontanen, emotionsbetonten, provokativen, mitunter polemischen Äusserung, wie sie sich etwa in der verkürzenden, zuspitzenden Darstellungsform politischer oder weltanschaulicher Slogans manifestiert.

Der Gerichtshof distanziert sich mit seinem Entscheid nicht zum ersten Mal von schematischen, in ihrer Absolutheit realitätsfremden Anforderungen, welche die nationale Justiz der Darstellung in den Medien auferlegt. Auch einer generellen Pflicht der Medienschaffenden zur förmlichen Distanzierung von einer inhaltlich fragwürdigen Quelle hat der EGMR eine Absage erteilt (EGMR-Urteil «Thoma c. Luxemburg» vom 29.3.2001 in *medialex* 2001, S. 99ff.). Diese Haltung des Gerichtshofs ist nicht als Geringschätzung eines qualitativ hochstehenden Journalismus zu verstehen. Die entscheidende Frage ist nicht so sehr, ob der Text Feldeks mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die bekannten Fakten (im slowakischen Fall) oder der umstrittene Radiobeitrag mit einer Distanzierung vom in der Sendung zitierten Preetext (im luxemburgischen Fall) journalistisch befriedigender ausgefallen wäre und es dem Medienpublikum erleichtert hätte, sich eine eigene Meinung zu bilden. Die entscheidende Frage ist, ob die Justiz journalistische Handwerksregeln definiert und sie mit rechtllichem Zwang durchsetzt oder ob diese Aufgabe primär der Medienbranche überlassen wird - sei es im Rahmen der redaktionsinternen Diskussion, sei es im Rahmen der institutionalisierten Selbstkontrolle, wie sie in der Schweiz etwa der Presserat wahrnimmt. Die EGMR-Rechtsprechung belegt den Respekt vor dem journalistischen Freiraum, und zwar nicht im Sinne eines Privilegs für eine bestimmte Gruppierung, sondern im Sinne des Schutzes der freien, nicht primär von rechtlichen Limiten geprägten Diskussion öffentlicher Angelegenheiten. Geringere Zurückhaltung der Justiz ist angezeigt, wenn die Medien die Privatsphäre missachten oder auf besonders verletzte Personen zielen. Den Trägern politischer, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Macht hingegen ist zuzumuten, bei ungerechtfertigter oder übertriebener Kritik nicht primär den Schutz der Justiz zu suchen, sondern die Widerrede auf dem ihnen offenen Forum öffentlicher Diskussion.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

**Sévérité réduite pour la chronique parlementaire**

Arrêt du Tribunal fédéral du 5 juillet 2001 (2A.197/2001)

de comprendre le contenu et la substance du débat, d'autant que le sujet avait déjà été évoqué par la même émission six et neuf mois auparavant, ainsi que par la presse. ■

Le 28 juin 2000, la Télévision de la Suisse italienne a diffusé dans «Il Regionale», son émission quotidienne d'actualités régionales, un compte rendu des débats du jour au Grand Conseil du canton du Tessin. Il y était notamment question du rejet de la demande déposée par deux députés visant à engager une procédure en restitution contre les membres du Conseil d'Etat qui, l'année précédente, s'étaient accordés une indemnité forfaitaire sujette à caution. Le 8 décembre 2000, l'AIEP a jugé ce compte rendu contraire aux principes sur les programmes énoncés par la loi sur la radio et la télévision. Elle a estimé que, même dans une séquence de deux minutes et demie (sur les six minutes que comptait le compte rendu de la journée au Grand Conseil), il aurait été possible de donner une place équitable à la minorité. Le fait que les arguments de celle-ci n'aient été relatés qu'en une seule phrase et qu'elle ne soit pas apparue en images, alors qu'il s'agissait d'une minorité importante, a, selon l'AIEP, contribué à réduire la crédibilité de ses arguments et a empêché le public de forger librement son opinion sur le déroulement du débat. C'est un avis que le Tribunal fédéral ne partage pas. D'après lui, le sujet en question n'a pas une importance primordiale dans le contexte politique et social du Tessin au point de justifier un exposé exhaustif des arguments en présence. Il ne s'agissait pas non plus d'un sujet particulièrement sensible, nécessitant un soin particulier de la part du diffuseur. Il ne s'inscrivait ni dans un cadre électoral, ni dans une campagne référendaire. La séquence rentrait dans la catégorie de l'actualité parlementaire. «La chronique parlementaire a des exigences différentes de celles de l'analyse et de l'approfondissement politique: son caractère essentiellement informatif n'a pas pour objectif de reproduire dans chaque détail la confrontation des thèses débattues au parlement, ni ne consiste à refléter toutes les nuances, comme on peut l'attendre d'émissions d'enquête journalistique ou d'approfondissement. Le caractère succinct de la chronique parlementaire s'exprime d'ailleurs aussi dans la durée généralement brève de l'intervention du journaliste. En ce sens, il n'est pas nécessaire que tous les points de vue soient présentés de manière parfaitement équilibrée sous l'angle tant qualitatif que quantitatif, d'autant moins si l'émission concerne des faits survenus le jour même, ce qui laisse peu de temps à la préparation du compte rendu» (trad.). Selon le Tribunal fédéral, aucun fait important n'a été caché au public. Le fait que les images aient montré exclusivement le rapporteur de la majorité et le président du Conseil d'Etat se disant blessé dans son honneur n'a pas empêché le téléspectateur de former librement son opinion. Certes, l'absence d'images portant sur la minorité «peut apparaître sujette à discussion sous l'angle stylistico-journalistique» (trad.), mais elle n'a pas empêché les téléspectateurs

## Verwehrte Einsicht in Strafakten

Bundesgerichtsentscheid vom  
27. Juni 2001 (1P.510/2000; BGE-  
Publikation vorgesehen)

Im Hinblick auf eine Publikation über den Gründer und Chef der Gruppe «Hell's Angels Switzerland» ersuchte der Publizist und Historiker Willi Wottreng den Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich um Einsicht in entsprechende Strafakten des seit 1981 verstorbenen «Hell's Angels»-Chef. Der Obergerichtspräsident wies dieses Gesuch ab und führte aus, dass einerseits die Sperrfrist noch nicht abgelaufen sei und Gründe für eine vorzeitige Einsicht nicht vorlägen. Die für Gerichtsakten zur Anwendung kommenden Ausführungsvorschriften des Obergerichts in Verbindung mit der Verordnung über die Akteneinsicht erlaubten die Einsicht ebenfalls nicht, da hierfür ein öffentliches Interesse allein nicht ausreiche und im Falle von wissenschaftlichen Arbeiten die Anonymität der Betroffenen gewahrt werden müsse, was den Absichten von Wottreng entgegen liefe. Gegen diesen Entscheid erhob Wottreng unter anderem staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht hatte sich insbesondere mit der Frage zu befassen, ob und inwiefern sich der Beschwerdeführer für die gewünschte Einsicht auf die Meinungsfreiheit, insbesondere die Informationsfreiheit, sowie die Wissenschaftsfreiheit berufen kann. Es führt dazu aus, dass entsprechend der bisherigen bundesgerichtlichen Umschreibung der Informationsfreiheit sich diese auf den grundrechtlich gewährleisteten freien Zugang auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen beschränkt. Ob eine Informationsquelle im Sinne der Verfassungsbestimmung als allgemein zugänglich zu betrachten ist, bestimmt sich weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch Verfassungs- und Gesetzgeber. «In Bezug auf den vorliegenden Fall ergibt sich aus der kantonalen Gesetzgebung, dass die Schutz- und Sperrfrist für die Akten, in die der Beschwerdeführer Einsicht wünscht, noch nicht abgelaufen ist, weder nach der Grundordnung im Archivgesetz noch nach der anwendbaren Gerichtsarchivverordnung. Auch bei grundrechtskonformer Auslegung der kantonalen Gesetzgebung ergibt sich daher kein genereller Anspruch auf Einsicht. Die Einsichtnahme setzt vielmehr eine Ausnahmegewilligung voraus, die von der Behörde unter Beachtung entgegenstehender (insbes. privater) Interessen erteilt wird. Es ist geradezu der Zweck der vom kantonalen Gesetz- und Ordnungsgeber geschaffenen Archiv-

ordnung, die Akten im privaten und staatlichen Interesse während einer bestimmten Zeit vor einem allgemeinen Zugriff zu schützen. Bei dieser Rechtslage können die archivierten Akten nicht als allgemein zugänglich im Sinne von Art. 16 Abs. 3 BV betrachtet werden. Die Verfassungsbestimmung räumt dem Beschwerdeführer daher keinen Zugang zu den gewünschten Akten ein.»

Im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit und dem daraus fließenden Anspruch auf Quellen- und Aktenzugang führt das Bundesgericht aus, dass die Beschränkung des verfassungsrechtlichen Informationszugangs nach Art. 16 Abs. 3 BV grundsätzlich nicht durch die Berufung auf Art. 20 BV durchbrochen werden kann. «Hierfür bedürfte es vielmehr eines spezifischen Forschungsansatzes und einer sich daraus ergebenden forschungsmässigen Notwendigkeit, Einsicht in Akten (wie etwa in Daten, Statistiken oder Reihenuntersuchungen) zu nehmen. Andernfalls würde die Wissenschaftsfreiheit hinsichtlich der Frage des Quellenzugangs für eine nur schwer abzugrenzende Gruppe von Personen zu einem kaum begrenzbaren und daher konturlosen Anspruch gegenüber dem Staat.» Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer in der Lage sei, sein Werk über das Leben und Wirken von Martin Schippert auch ohne Einsicht in die Strafakten zu verfassen. «Er verfügt hierfür über mannigfache Quellen. Die eigentlichen Strafakten vermögen von vornherein nur ein zeitlich und umfangmässig beschränktes Bild über den damaligen Chef der «Hell's Angels» abzugeben. Auch unter dem Gesichtswinkel der Wissenschaftlichkeit des zu erstellenden Werkes bedarf es der Einsicht in die Akten nicht zwingend; diese ist nicht allein schon deshalb in Frage gestellt, weil gewisse Quellen nicht ausgeschöpft werden können. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch die Verweigerung der Akteneinsicht nicht in seiner Wissenschaftsfreiheit berührt ist und das Grundrecht durch die angefochtene Akteneinsichtsverweigerung nicht betroffen ist.» ■

## ANMERKUNGEN:

**1. Gesetzgebungspolitisches Umfeld des Urteils: Öffentlichkeitsprinzip.** Das wohlbegründete und -abwägende Urteil geht auf die verschiedensten Aspekte des Sachverhaltes ein. Angesichts des Problempotentials ist das nach dem Erlass der neuen Bundesverfassung von 1999 der Sachlage nur angemessen. Der Fall dreht sich um die Meinungs-, Medien- und vor allem die Informationsfreiheit. Bei Art. 16 Abs. 3 BV bestimmt sich der Inhalt des Ausdrucks «allgemein zugängliche Quellen» nicht aus der Verfassung und den Wertungen des Bundesgerichts, sondern aus den Wertungen des Gesetzgebers. Dieser hat es in der Hand, durch Archiv- und Öffentlichkeitsgesetze festzulegen, ob bestimmte Quellen generell als «öffentlich» oder «nicht öffentlich» gelten. Damit hat das Bundesgericht die häufig in der Lehre geäusserte Kritik nicht aufgenommen. Das Urteil steht indes im Vorfeld um die Bemühungen für ein Bundesgesetz über die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips. Nachdem im März 2001 das Vernehmlassungsverfahren einen grundsätzlich positiven Ausgang nahm, bereitet das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine entsprechende Botschaft für ein Öffentlichkeits-

gesetz vor. Wenn der Bund das Öffentlichkeitsprinzip für die eigene Verwaltung gesetzlich einführen sollte, wie das jetzt geplant ist, so wird sich die Bedeutung des Art. 16 Abs. 3 BV grundlegend ändern. Ohne dass ein Informationsinteressent ein subjektives und schutzwürdiges Interesse nachweisen muss, bestünde ein Einsichtsrecht. Es dürfte nur beschränkt werden, wenn überwiegende öffentliche und private Interessen entgegenstehen.

In den Kantonen laufen auch entsprechende Bestrebungen. Der Kanton Bern (Art. 17 Abs. 3 KV/BE) hat ganz und der Kanton Solothurn (betreffend die Regierungsratsverhandlungen, Art. 63 Abs. 1 KV/SO) hat partiell das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt (siehe auch zum neuen Genfer Gesetz S. 195 in dieser Ausgabe von *medialex*). Im Kanton Zürich besteht immer noch das Geheimhaltungsprinzip, so dass der Fall über Art. 16 Abs. 3 BV nicht zum verlangten Einsichtsrecht führte. Die geänderte politische Beurteilung des Öffentlichkeitsprinzips macht den Fall aber zu einem Grenzfall (vgl. Ziff. 4).

**2. Verhältnis von Informations- und Wissenschaftsfreiheit.** Das Bundesgericht hat zu Recht entschieden, dass der allein nach Art. 16 Abs. 3 BV unmögliche Informationszugang nicht mit der Wissenschaftsfreiheit des Art. 20 BV überspielt werden kann. Zwar soll nach dem Bundesgericht der Begriff des wissenschaftlichen Interesses weit ausgelegt werden. Im Hinblick auf Art. 20 BV würden darunter sowohl natur- als auch geisteswissenschaftliche und historische Forschungen gezählt. Nach der stiefmütterlichen Behandlung der Sozial- und Geisteswissenschaften durch den schweizerischen Nationalfonds bei der Festlegung der nationalen Forschungsschwerpunkte in diesem Jahr darf man hier (immerhin) noch einen bundesgerichtlichen Trost finden: Die Geistes- und historischen Wissenschaften gelten im Sinne von Art. 20 BV als «Wissenschaften». Freilich müsse bei Art. 20 BV ein spezifischer Forschungsansatz vorliegen, der Einsicht in Akten und Archive gebiete. Das Bundesgericht sah diesen Fall, dessen Beurteilung eigentlich die Kenntnis historischer Methoden voraussetzt, als nicht gegeben an (E. 4d) bb).

**3. Archiveinsicht kraft Verfahrensgarantien?** Da der betroffene Journalist in keinem Verfahren als Betroffener beteiligt war, schied die Prüfung des Anspruches auf rechtliches Gehör des Art. 29 Abs. 2 BV (bei laufendem und bei abgeschlossenem Verfahren, E. 4a) aus. Das Bundesgericht hatte diese Frage ohne Rüge des Beschwerdeführers geprüft. Freilich wäre bei der Abwägung, wenn schon rügelos geprüft wird, auch Art. 30 Abs. 3 BV betreffend die öffentliche Verhandlung und Verkündung der Gerichtsurteile miteinzubeziehen gewesen. Zwar kann ein Journalist auch gestützt auf Art. 30 Abs. 3 BV nicht Einsicht in archivierte Gerichtsakten verlangen. Allerdings setzt Art. 30 Abs. 3 BV (und der schon länger geltende Art. 6 Abs. 1 EMRK) die Gerichte einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit aus. Das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung der Gerichtsakten wird damit relativiert; hier können nur noch private Interessen ein Einsichtsrecht verhindern. Ob die Beschwerde abzuweisen war, erscheint daher fraglich. Das war auch dem Bundesgericht offenbar bewusst. Das wird aus der E. 5d deutlich, wo das Bundesgericht dem (zwar) abgewiesenen Beschwerdeführer das weitere Vorgehen anrät, damit der Journalist zu seiner Archiveinsicht kommt. Er soll ein erneutes Einsichtsgesuch stellen und darauf hinweisen, dass er Drittpersonen nicht namentlich nennen werde. Allenfalls solle er das Einverständnis von nahen Angehörigen beibringen; das könnte zu einer «veränderten Beurteilung» führen. Das ist eine «kundenfreundliche» Rechtsprechung.

**4. Rück- und Ausblick.** Das urtümliche Prinzip geheimer Verwaltungs- und Gerichtstätigkeit ist geschichtlich tief verankert, es befindet sich aber eindeutig auf dem Rückzug. Johann Gustav Droysen, der berühmte deutsche Historiker des 19. Jahrhunderts, hatte in seinen «Vorlesungen über die Freiheitskriege» (Erster Theil, Kiel 1846, Vorwort o. S.) geklagt, dass es ihm nicht vergönnt war «andere als die bekannten Quellen zu benutzen». Und er schloss daraus: «Wahrlich es ist nicht gut, dass unsere Geschichte stumm ist». Die Zeit der «schweigenden Archive» (Droysen, ebenda) scheint angesichts der geänderten Beurteilung des Öffentlichkeitsprinzips und des grossen Interesses an historischen Forschungen abzulaufen.

PROF. DR. ANDRES KLEY, BERN

## Urheberrechtlich geschütztes Logo

Urteil des Obergerichts des Kantons  
Zürich vom 26. Juni 2001 (LK 990012/U;  
nicht rechtskräftig)

Das Gericht hatte unter anderem zu beurteilen, ob das 1986 neu gestaltete Armbrustzeichen als Gütesiegel zur Portion von Schweizer Produkten und Dienstleistungen urheberrechtlichen Schutz geniesst: «Der Spielraum für die Gestaltung des umstrittenen Armbrustzeichens war eng. Der Kläger (Mit-Urheber) war an die Vorgabe gebunden, die Grafik müsse zur Kennzeichnung von Produkten und Dienstleistungen geeignet sein und die Abbildung müsse ein Armbrust enthalten. An den Grad der Individualität und Originalität der schöpferischen Leistung dürfen daher keine sehr hohen Anforderungen gestellt werden. Nach diesem Massstab beurteilt, ist das umstrittene Armbrustzeichen durchaus von individuellen Gepräge und erscheint als Ausdruck einer originellen Idee. Zwar ist die Form einer Armbrust verhältnismässig einfach, und die Möglichkeiten der Stilisierung, d. h. der Vereinfachung unter Einhaltung des Wesentlichen, sind deshalb beschränkt und entsprechend naheliegend. Dennoch liegen sie keineswegs auf der Hand, wie der Vergleich der Armbrust im umstrittenen Zeichen mit der früher verwendeten belegt, und die neue Form, die der Kläger gefunden hat, erweist sich als besonders gelungen. Der Eindruck des Selbstverständlichen, den sie erweckt, rührt nicht davon her, dass sie banal ist, sondern dass sie das Wesentliche in einfachster und entsprechender einprägsamer Gestalt in Erscheinung treten lässt, und die Idee, die ihr zugrundeliegt, kein Ausdruck von Beliebigkeit ist, sondern dank der Beschränkung auf geometrische Grundelemente, nämlich die Gerade, das Kreissegment und das Rhomboid, als klares Konzept von allgemeiner Gültigkeit erscheint. Bei der weiteren Gestaltung des Zeichens war der Spielraum unter dem gestalterischen Gesichtspunkt zwar grösser, jedoch erheblich eingeschränkt durch den Zweck der Verwendung als Kennzeichnungsmittel. Auch hier wurde eine überzeugende und keineswegs auf der Hand liegende Lösung gefunden. Die Abbildung der Armbrust auf dem Hintergrund eines monochromen Rechtecks, das mit den Schriftzug SWISS verlängert wird, erscheint gleichermaßen als Stempel und Etikette und damit als ins Auge springende Kennzeichnung. Dabei wird mit dem Schriftzug SWISS die Kennzeichnungskraft bedeutend erhöht und gleichzeitig die Armbrust grafisch auf die ihrer Symbolik entsprechende Grundlage gestellt. Schliesslich fällt in Betracht, dass auch der Preis von SFr. 23'188, den der Beklagte bezahlt hat, sich nur damit erklären lässt, dass die Arbeit als besonders gelungen eingeschätzt worden ist. Das umstrittene Zeichen ist daher ein Werk im Sinne von Art. 2 URG.

Ob es, wie der Beklagte einwendet, ein Facelifting, eine Überarbeitung des früheren Zeichens ist oder eine völlige Neugestaltung, kann offen bleiben, denn als Überarbeitung wäre es ein Werk zweiter Hand und als solches gemäss Art. 3 Abs. 3 URG urheberrechtlich selbstständig geschützt.»

Die Frage der Werkqualität des in Frage stehenden Logos wurde in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerügt. Noch nicht endgültig geklärt wurde jedoch die Frage nach der weiteren Benutzung des Logos auf Web-Seiten im Internet sowie im NZZ Format-Trailer. ■

.....

### **Droit à l'oubli et présomption d'innocence**

Décision de l'Autorité indépendante  
d'examen des plaintes en matière de  
radio-télévision du 24 août 2001 (b.431)

Le 26 octobre, dans son émission «Falò», la Télévision de la Suisse italienne a diffusé un reportage consacré à Alvaro Baragiola, qui a fait l'objet en Italie d'un jugement pour participation à l'enlèvement d'Aldo Moro, alors qu'en Suisse il a purgé une peine prononcée par la justice tessinoise pour une autre affaire, l'affaire Tartaglione. L'émission visait à examiner s'il pourrait y avoir en Suisse un nouveau procès contre le plaignant. Dans sa plainte à l'AIEP, l'intéressé a fait valoir notamment une violation du droit à l'oubli et de la présomption d'innocence. Sans se prononcer sur la question de savoir si le droit à l'oubli fait partie du droit des programmes, l'AIEP estime que le plaignant ne peut s'en prévaloir, puisqu'il a lui-même relancé l'intérêt des médias en accordant des interviews à la presse à la suite de son arrestation en France, et que l'affaire Tartaglione est liée à l'affaire Moro. L'AIEP ne retient pas non plus les erreurs contenues dans les interviews diffusées par la TSI, estimant que les déclarations en cause étaient clairement reconnaissables pour le public comme étant les opinions des personnes interrogées. Ces erreurs n'étaient pas manifestes au point d'obliger le présentateur à les corriger à l'antenne. Au surplus, elles portaient sur des points qui n'étaient pas de nature à influencer l'opinion du public de manière déterminante. Concernant la présomption d'innocence, l'AIEP reconnaît que le point de vue du plaignant n'a eu que peu de place dans l'émission. «Mais l'enjeu de celle-ci n'était pas la culpabilité ou non du plaignant. Celui-ci avait déjà été jugé en Suisse et en Italie. Mise à part la question de l'extradition pendante entre l'Italie et la Suisse, aucun procès n'était en cours à son égard. (...) Le diffuseur n'a aucunement présenté le plaignant sous un jour susceptible de lui nuire dans un procès futur» (trad.). ■

## Rechtsprechungsübersicht 1999 – 2001 auf dem Gebiet des Urheberrechts

Willi Egloff

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern

Die vorliegende Rechtsprechungsübersicht befasst sich mit Entscheidungen kantonaler und nationaler Gerichtsinstanzen, die in den letzten drei Jahren ergangen sind. Sie schliesst damit an die Übersicht an, welche in *medialex* 1998, S. 234 ff., erschienen ist.

### I. Besprochene Entscheide

1. **Urheberrechtsschutz bei Ausstellungskatalogen** (BGE vom 17.10.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 119 ff., und in: *medialex* 2001, S. 44).

2. **Verjährung des Gewinnherausgabeanspruchs nach Art. 423 Abs. 1 OR** (BGE 126 III 382 Deutsche Versicherungswirtschaft vom 17.7.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 586 ff.).

3. **Bemessungsgrundlage des Tarifs für musikalische Grossveranstaltungen** (BGE vom 17.2.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 373 ff.).

4. **Örtliche Zuständigkeit bei Urheberrechtsdelikten über Internet** (BGE vom 11.8.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 635 f.).

5. **Urheberrecht an architektonischen Werken und «freie Benützung»** (BGE 125 III 328 Devanthery vom 6.7.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 14 ff.).

6. **Auslegung eines Software-Lizenzvertrages** (BGE 125 III 263 Lobos Informatik AG vom 29.4.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 414 ff.).

7. **Mitberücksichtigung von Subventionen für die Berechnung der Urheberrechtsentschädigungen** (BGE vom 1.3.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 264 ff.).

8. **Anwendung des Reprographietarifs auf Firmen, die keine geschützten Werke kopieren** (BGE 125 III 141 S. AG vom 10.2.1999; *medialex* 1999, S. 102 ff., und sic! 1999, S. 260 ff.).

9. **Zur Herstellung ephemerer Aufnahmen für Radio- sendungen** (BGE vom 2.2.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 255 ff.).

10. **Nutzungsrechte an einem Firmensignet** (BGE vom 23.11.1998; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 403 f.).

11. **Vergütungspflicht für die Vermietung von Videos** (BGE 124 III 489 Joe's Videothek AG vom 22.9.1998; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 26 ff.).

12. **Werkcharakter einer Skizze** (BGE vom 25.8.1998; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 119 ff.).

13. **Werkcharakter von Wörterbüchern. Rückwirkende Inkraftsetzung eines Verteilungsreglements** (Eidg. Rekurskommission für Geistiges Eigentum vom 25.3.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 405 ff.).

14. **Ausschluss von Kalendern von der Reprographie-Verteilung. Rückwirkende Inkraftsetzung eines Verteilungsreglements** (Eidg. Rekurskommission für Geistiges Eigentum vom 31.3.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 407 ff.).

15. **Nichtgenehmigung des Gemeinsamen Tarifs 10** (Eidg. Schiedskommission vom 13.12.2000, unveröffentlicht).

16. **Vorzeitige Änderung eines von der Eidg. Schiedskommission genehmigten Tarifs** (Eidg. Schiedskommission vom 11.12.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 205 f.).

17. **Nichtgenehmigung des Gemeinsamen Tarifs 3a** (Eidg. Schiedskommission vom 7.12.2000; teilweise veröffentlicht in sic! 2001, S. 506 ff.).

18. **Ausstandspflicht eines Mitglieds der Schiedskommission, welches an den Tarifverhandlungen teilnahm** (Eidg. Schiedskommission vom 22.8.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 784 ff.).

19. **Umfang der Genehmigungspflicht eines Tarifs durch die Schiedskommission** (Eidg. Schiedskommission vom 13.12.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 25 ff.).

20. **Genehmigung des Gemeinsamen Tarifs 5** (Eidg. Schiedskommission vom 25.10.1999, unveröffentlicht).

21. **Genehmigung des Gemeinsamen Tarifs 4** (Eidg. Schiedskommission vom 27.11.1998, unveröffentlicht).

22. **Werkcharakter eines Kinderhochstuhls** (Obergericht ZH vom 22.6.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 504 ff.).

23. **Werkcharakter einer Telefonbuch-CD** (Bezirksanwaltschaft Winterthur vom 27.10.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 98 f.).

24. **Unzulässigkeit der kommerziellen Vervielfältigung von Zeitungsausschnitten ohne Einwilligung der Berechtigten** (Obergericht BE vom 21.5.2001; teilweise veröffentlicht in: *medialex* 2001, S. 166 ff.).

25. **Zulässigkeit des Verletzerzuschlages** (Obergericht BE vom 9.6.1998, unveröffentlicht).

26. **Werkcharakter eines Domainnamens** (Zivilabteilung Gerichtskreis Bern-Laupen vom 2.6.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 500 f.).

27. **Vorführungsrechte an der synchronisierten Version eines Filmes** (Zivilabteilung Gerichtskreis Bern-Laupen vom 24.6.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 16 f.).

28. **Unbefugtes Abdrucken eines Zeitungsartikels zu Werbezwecken** (Zivilgericht BS vom 3.4.2000; zusammengefasst in: *medialex* 2000, S. 174).

29. **Werkcharakter eines Kleinstfahrrades** (Obergericht BL vom 18.5.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 285).

30. **Werkcharakter eines Kinderhochstuhls** (Kantonsgericht SG vom 17.5.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 491 ff.).

31. **Werkcharakter einer Porträtfotografie** (Kantonsgericht SG vom 24.11.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 188 ff.).

32. **Schadensberechnung für unerlaubte Musiknutzung** (Kantonsgericht SG vom 18.8.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 636 ff.).

33. **Aktivlegitimation der Verwertungsgesellschaft** (Kantonsgericht SG vom 23.2.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 630 f.).

34. **Klage auf Herausgabe eines Gewinns aus Geschäftsführung ohne Auftrag** (Kantonsgericht SG vom 23.2.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 631 ff.).

35. **Rechte an einem Computerprogramm, das vom Gesellschafter einer GmbH entwickelt worden ist** (Kantonsgericht SG vom 4.1.1999; teilweise veröffentlicht in: sic! 1999, S. 248 ff.).

36. **Idealkonkurrenz zwischen Art. 67 und 69 URG** (Staatsanwaltschaft SG vom 7.4.2000; teilweise veröffentlicht in: sic! 2000, S. 370 ff.).

37. **Schadensberechnung bei Urheberrechtsverletzung** (Handelsgericht AG vom 22.5.2001; teilweise veröffentlicht in: sic! 2001, S. 512 ff.).

38. **Musikverwendung im Schaustellergeschäft** (Obergericht TG vom 26.11.1998; teilweise veröffentlicht in sic! 1999, S. 404 f.).

39. **Werkcharakter eines Zifferblattes** (Cour de justice GE vom 9.10.1998).

### II. Geschützte Werke und erlaubte Nutzungen

#### 1. Werkbegriff

Eine der ständig wiederkehrenden Aufgaben der Gerichte ist die Abgrenzung der Objekte, an denen ein Urheber

berrechtsschutz entstehen kann. In den hier zusammengefassten Urteilen wurden der Werkcharakter eines Firmensignets (Entscheid 10), einer zur Verwendung auf Geschäftspapier und Geschenkpackungen bestimmten Clown-Skizze (Entscheid 12), eines Kinderhochstuhls (Entscheid 22 und 30) und einer Porträtfotografie (Entscheid 31) bejaht, derjenige eines Domainnamens (Entscheid 26), eines Zifferblattes (Entscheid 39), einer Telefon-CD (Entscheid 23) und eines für Artistikzwecke benutzten Kleinstevelos (Entscheid 29) dagegen verneint. Massgebliches Entscheidungskriterium war dabei immer der Aspekt des individuellen Charakters des in Frage stehenden Objekts. Es fällt auf, dass die Entscheide über die Werkqualität eines Objektes regelmässig die Bereiche der Gebrauchsgrafik, des Designs oder der angewandten Kunst betreffen. In allen übrigen Bereichen scheint die Qualifikation des schützbaren Werks in der Praxis kaum Probleme zu bereiten.

Einen besonderen Aspekt des Werkcharakters betrafen zwei Entscheidungen der Eidg. Rekurskommission für Geistiges Eigentum. In ihrem Verteilreglement hatte die Verwertungsgesellschaft ProLitteris gewisse Kategorien von Werken von der Verteilung der Reprografieverletzungen mit der Begründung ausgeschlossen, dass diese Werke praktisch nie kopiert würden. Das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) hatte diese Reglementsänderung genehmigt und zur Begründung zusätzlich festgehalten, Fachwörterbücher seien mangels individuellem Charakter dem Urheberrechtsschutz ohnehin nicht zugänglich. Die Eidg. Rekurskommission akzeptierte diese Regelung zwar für illustrierte Kalender, lehnte sie aber in Bezug auf Wörterbücher ab (Entscheid 13 und 14). Dabei widersprach sie dem IGE nicht nur hinsichtlich des Werkcharakters von Wörterbüchern, sondern wies maliziös darauf hin, dass gerade das IGE im Rahmen von Markeneintragungsverfahren ausgiebig aus Fachwörterbüchern zitiere und diese kopiere.

## 2. Materielle Schranken des Urheberrechts

Im Entscheid 5 befasste sich das Bundesgericht mit der Abgrenzung der Schaffung eines Werks zweiter Hand von der freien Werknutzung. Gegenstand war eine Quartierüberbauung, die vom einen Architekten geplant und von einem andern unter teilweiser Verwendung der planerischen Vorarbeiten ausgeführt worden war. Das Gericht verneinte den Charakter eines Werks zweiter Hand, da sich der ausführende Architekt zwar von den Plänen seines Vorgängers habe inspirieren lassen, das gesamte Projekt aber so substantiell verändert habe, dass die charakteristischen Züge des ursprünglichen Werkes, dessen Individualität ohnehin gering sei, völlig verblasst seien.

Mit der gleichen Frage hatten sich in den Entscheiden 22 und 30 die kantonalen Gerichte von Zürich und St. Gallen am Beispiel zweier Kinderhochstühle zu befassen. Sie kamen übereinstimmend zum Ergebnis, dass der «Tripp Trapp» dank seines individuellen Charakters als Werk der angewandten Kunst Urheberrechtsschutz genieße, während das Konkurrenzprodukt «Alpha» als

Weiterentwicklung und damit als unerlaubte Verwendung des Originals erscheine. «Die Verwendung eines Werks als Vorbild ist nur frei, soweit in der Nachbildung dessen wesentliche Züge nicht oder kaum mehr erkennbar sind. Das kann vom «Alpha» im Verhältnis zum «Tripp Trapp» nicht gesagt werden, heisst es diesbezüglich im Urteil des Zürcher Obergerichts (Entscheid 22, S. 506).

Im Entscheid 1 bestätigte das Bundesgericht die von der Lehre einmütig vertretene Auffassung, dass sich die Ausnahmeregelung des Art. 26 URG auch auf Kataloge zu vorübergehenden Ausstellungen beziehe. Das Berner Obergericht hatte sich im Entscheid 24 mit der Frage zu befassen, inwieweit die Erstellung und Verbreitung eines elektronisch vermittelten Medienspiegels durch die Schutzausnahmen der Werkverwendung zum Eigengebrauch gedeckt sei. Es erklärte das unautorisierte Einscannen und Einspeisen in eine Datenbank, soweit es der Erstellung von elektronischen Pressespiegeln diene, sowie das Verbreiten dieser Zeitungs- und Zeitschriftenartikel grundsätzlich für unzulässig. Soweit das Einscannen dieser Werke und das Einspeisen in eine Datenbank ausschliesslich zur Erstellung eigener Medienanalysen und damit zur internen Dokumentation erfolge, die Artikel selbst also nicht weiterverbreitet würden, sei dies zulässig, falls der Inhalt der Printprodukte nicht vollständig oder zu mehr als 90% erfasst werde und falls dies nicht in einem Zeitraum geschehe, in welchem diese Publikationen «bei den üblichen Vertriebsstellen», also bei den Kiosken, noch gekauft werden könnten.

Schliesslich hatte sich das Bundesgericht im Entscheid 9 erneut mit der Herstellung ephemerer Aufnahmen für Radiosendungen zu befassen. Es stellte klar, dass es sich beim Vergütungsanspruch des Art. 35 Abs. 1 URG nicht um eine Schutzausnahme handle, sondern um eine zusätzliche Entschädigung für Berechtigte an verwandten Schutzrechten. Dementsprechend sei das Vervielfältigungsrecht an Ton- und Tonbildträgern nicht in diesem Vergütungsanspruch inbegriffen, sondern es müsse von den Sendeunternehmen auf vertraglicher Basis separat erworben werden.

## 3. Urhebervertragsrecht

Mehrere Urteile befassen sich mit dem Umfang der Übertragung von Urheberrechten oder der Gewährung von Lizenzen. Im Entscheid 34, einem Massnahmeentscheid, erörterte das Kantonsgericht St. Gallen die Bestimmung von Art. 17 URG und stellte klar, dass diese Vorschrift nur bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses anwendbar sei, nicht aber für den mitarbeitenden Gesellschafter einer GmbH. Die Übertragung der Rechte an einem Computerprogramm, welches der Gesellschafter in die GmbH eingebracht hatte, konnte sich daher nur aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag ergeben. In einem andern Massnahmeentscheid (Entscheid 27) kam die Gerichtspräsidentin Bern-Laupen zum Ergebnis, dass die Zustimmung zur Schaffung eines Werks zweiter Hand nicht automatisch auch die Zustimmung zu

dessen Verwertung mitumfasse. So hatte die Pro Helvetia im konkreten Fall das Recht erworben, eine englischsprachige Version eines Filmes herzustellen, musste aber zusätzlich noch das jeweilige Aufführungsrecht erwerben.

Als unbestritten kann inzwischen gelten, dass bei Zweifeln über den Umfang der vertraglich vereinbarten Rechtseinräumung eine restriktive Interpretation auf der Grundlage der Zweckübertragungstheorie zu erfolgen habe. Ergibt die Beweiswürdigung aber einen klaren Vertragswillen, so ist allein dieser massgebend, und es bleibt kein Platz für eine einschränkende Vertragsauslegung (Entscheidung 10 und 12).

Ein illustratives Beispiel dafür bildet der Entscheid 6. Eine Softwarefirma hatte bei einer Kundin ein Buchhaltungsprogramm sowohl im Source Code als auch im Object Code installiert, obwohl der Vertrag nur die Installation im Object Code vorsah. Zwischen den Parteien streitig war die Frage, ob die Kundin berechtigt war, den Source Code zu nutzen und mit dessen Hilfe Änderungen am Programmmaterial vorzunehmen. Während das Kantonsgericht Schwyz aufgrund einer Auslegung des Vertrages «contra stipulatorem» die Einräumung eines solchen Änderungsrecht bejahte, kam das Bundesgericht mit der Begründung, die Installation des Source Codes sei gar nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung gewesen, zum gegenteiligen Ergebnis. Während sich in Bezug auf das Urteil der Vorinstanz die Frage stellt, weshalb bei der dortigen Vertragsauslegung die Zweckübertragungstheorie unberücksichtigt blieb, war beim zweitinstanzlichen Gericht für die Anwendung dieses Auslegungsinstruments kein Platz: Da der Source Code nach Auffassung des Bundesgerichts gar nicht Gegenstand des Vertrags gewesen war, konnte es von vorneherein keine vertragliche Rechtseinräumung an diesem Programmmaterial geben.

## II. Verwertungsrecht

### 1. Geltendmachung von Vergütungsansprüchen

Mit zwei Bundesgerichtsentscheiden wurden langjährige Streitigkeiten im Bereich der kollektiven Verwertung wohl definitiv geklärt. Der Branchenleader im Videoverleihmarkt musste sich sagen lassen, dass er Vermietenschädigungen selbst für jene Filme zu leisten habe, an welchen er angeblich Urheberrechte erworben habe (Entscheidung 11). Eine Treuhandfirma wurde belehrt, dass die Fotokopiererschädigung auch für Benutzer von Kopiergeräten gelte, die angeblich nur ungeschütztes Material kopierten (Entscheidung 8). In beiden Fällen betonte das Bundesgericht, dass es im Wesen der tariflichen Pauschalierung liege, dass die im Einzelfall geschuldete Entschädigung erheblich von der tatsächlichen Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke abweichen könne, dass dies aber im Interesse einer kostengünstigen Verwertung hinzunehmen sei.

Die Eidg. Schiedskommission hatte sich in zwei Entscheidungen mit dem Verhältnis der Kopiervergütung des Art. 20 Abs. 2 zur Leerkassettenvergütung des Art. 20

Abs. 3 URG zu befassen. Im Entscheid 21 stellte sie klar, dass der Gemeinsame Tarif 4 die Frage der Leerkassettenvergütung abschliessend regle, dass dies aber den Anspruch auf eine Kopiervergütung gemäss Art. 20 Abs. 2 URG keineswegs ausschliesse. Sie bestätigte diese Auffassung im Entscheid 15 betreffend den Gemeinsamen Tarif 10, indem sie festhielt, dass mit Art. 20 Abs. 2 URG «eine gesetzliche Grundlage für eine zusätzliche Vergütung für Überspielungen in Betrieben und Verwaltungen» neben der Leerkassettenvergütung gegeben sei. Allerdings genehmigte sie den vorgelegten Tarifantrag trotzdem nicht, da sie eine Überprüfung der Tarifansätze auf ihre Angemessenheit aufgrund des fehlenden Datenmaterials nicht für möglich hielt.

### 2. Angemessenheit von Tarifen

Im Zentrum der Praxis der Eidg. Schiedskommission steht naheliegender Weise die Angemessenheitsprüfung von Tarifen. Dabei wird heute deutlich mehr Gewicht als früher auf die Vorlage überprüfbarer Daten zur Berechnung der Tariffhöhe gelegt. Im Entscheid 15 hält die Eidg. Schiedskommission diesbezüglich fest, dass «die nötigen tarifrelevanten Abklärungen durchgeführt und für die Festlegung der urheberrechtlichen und leistungsschutzrechtlichen Entschädigungen eine Untersuchung über die Bedeutung der betrieblichen Nutzung der Überspielungen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG vorgenommen werden» müssten. Weil diese Abklärungen fehlten, war eine Genehmigung des Tarifs nicht möglich. Aus dem gleichen Grund verweigerte die Eidg. Schiedskommission im Entscheid 17 die Genehmigung für einen neuen Gemeinsamen Tarif 3a.

Bei der Durchführung dieser Abklärungen sind die Nutzerverbände zur Mitwirkung verpflichtet, «da in der Regel nur sie über die für die Prüfung der Angemessenheit erforderlichen Zahlen und Statistiken verfügen. Da die Nutzerorganisationen beim vorliegenden Tarif diese Angaben nicht im erforderlichen Ausmass geliefert haben und insbesondere die von den Verwertungsgesellschaften eruierten Zahlen nicht widerlegt worden sind, kann die mangelnde Unterstützung durch die Nutzerorganisationen nun nicht den Verwertungsgesellschaften zum Nachteil gereichen» (Entscheidung 20, S. 23 f.). Dementsprechend wurde der Tarif auf der Basis der von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten Zahlen genehmigt. Mit einer analogen Begründung lehnte das Bundesgericht im Entscheid 7 eine Beschwerde des Verbands schweizerischer Berufssorchester ab, welcher die von der SUIA vorgelegten Zahlen über die Höhe von Subventionen nachträglich in Zweifel ziehen wollte, ohne eigene Zahlen vorzulegen. Im gleichen Entscheid stellt das Bundesgericht auch klar, dass Subventionen für die Kosten des Konzertbetriebs zum nutzungsrelevanten Ertrag gehören, auf welchen für die Berechnung der Urheberentschädigungen abzustellen ist.

Angemessen ist auch die Umstellung eines Tarifs auf eine neue Bemessungsgrundlage, wenn die bisherige Berechnungsweise weniger sachgerecht ist. Dies gilt selbst dann, wenn die neue Bemessung zu einer erheblichen Erhöhung der Entschädigungen führt. In diesem Sinne lehnte das Bundesgericht im Entscheid 3 die Beschwerde von Veran-

stalterinnen von Technoparties ab, welche in Bezug auf den Gemeinsamen Tarif Hb (Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung) ein Festhalten an der bisher praktizierten Bemessung nach der Zahl der Besucherinnen und Besucher von Veranstaltungen verlangten und die neue von der Schiedskommission genehmigte Bemessung nach erzielten Einnahmen für unangemessen hielten.

### 2.3 Genehmigungsverfahren

Erstmals hat die Eidg. Schiedskommission mit dem Entscheid 18 eines seiner Mitglieder wegen Vorbefassung aus einer Spruchkammer ausgeschlossen. Da die betreffende Person als Nutzervertreterin aktiv an den Verhandlungen über den in Frage stehenden Tarif teilgenommen hatte, erschien sie als befangen. Angesichts der Tatsache, dass die Eidg. Schiedskommission als richterliche Behörde einzustufen sei, rechtfertigte sich eine restriktive Auslegung von Art. 57 Abs. 3 URG.

In den Entscheiden 13 und 14 hatte die Eidg. Rekurskommission die rückwirkende Inkraftsetzung eines neuen Verteilreglements als unzulässig bezeichnet, wenn sich der Zeitraum der Rückwirkung über mehr als ein Jahr erstreckte. Hingegen erachtete es die Eidg. Schiedskommission im Entscheid 16 als zulässig, einen geltenden Tarif rückwirkend auf den Beginn der Gültigkeitsdauer zu ändern, wenn sich die Umsetzung des geltenden Tarifs als problematisch erwiesen habe und alle Tarifparteien der rückwirkenden Änderung zustimmten. Im konkreten Fall betrug die Dauer dieser Rückwirkung nicht weniger als sechs Jahre!

## III. Rechtsfolgen der Verletzung von Urheberrechten

### 1. Höhe des Schadenersatzes

Das Zivilgericht Basel-Stadt hatte im Entscheid 28 den Schadenersatz für das unerlaubte Abdrucken eines Zeitungsartikels zu Werbezwecken festzusetzen. Es stützte sich dabei auf die Methode der Lizenzanalogie und benützte den Gesamtarbeitsvertrag für freigestellte Journalistinnen und Journalisten als Referenzgrösse. Das Handelsgericht Aargau stellte im Entscheid 37 fest, dass als untere Schadenslimite derjenige Betrag zu betrachten sei, den die Geschädigten bei erlaubtem Gebrauch des Werkes als Vergütung hätten beanspruchen können. Als Schaden aus der Veranstaltung eines Konzertes ohne Erlaubnis zur Aufführung geschützter Musik setzte es daher die laut Tarif K berechnete Entschädigung inklusive den in diesem Tarif vorgesehenen Verletzungszuschlag fest. Das Kantonsgericht St. Gallen stellte im Entscheid 34 fest, dass sich die Forderung einer in ihren Urheberrechten verletzten Person wahlweise auf Art. 423 OR (Geschäftsführung ohne Auftrag) oder Art. 62 OR (ungerechtfertigte Bereicherung) stützen könne. Als Betrag, um welchen die Verletzerin bereichert sei, betrachtete es die eingesparte Nutzungsentschädigung. Als Referenzgrösse diente in diesem Fall der Bild-Tarif der Prolitteris.

Ein bemerkenswertes Urteil hat das Berner Obergericht mit dem Entscheid 25 gefällt. In Gutheissung einer adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemachten Zi-

vilklage bejahte es die Zulässigkeit der Erhebung eines Verletzerzuschlags von 100%. Es bezog sich dabei ausdrücklich auf die in der Zeitschrift recht 1997, S. 231 ff., veröffentlichte Kritik von H.-U. Vogt an BGE 122 III 463 und erklärte sich von den dortigen Ausführungen überzeugt. Da das Urteil nicht weiter gezogen wurde, bleibt einstweilen offen, ob sich auch das Bundesgericht selbst der fundierten Kritik an seiner bisherigen Praxis anschliessen wird. Unbestritten und in den Entscheiden 32 und 37 erneut anerkannt ist die Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen, die in von den Eidg. Schiedskommission genehmigten Tarifen enthalten sind.

### 2. Verjährung

In zwei Entscheiden beantwortete das Bundesgericht die vom Gesetzgeber in verschiedener Hinsicht offene Frage der Verjährung urheberrechtlicher Ansprüche. Im Entscheid 11 setzte es sich mit der Verjährungsfrist von Vergütungsansprüchen auseinander. Mit der Begründung, es handle sich dabei um die Gegenleistung zur Erteilung von Lizenzen und diese habe wiederkehrenden Charakter, sprach es sich für die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 128 Ziff. 1 OR aus. Demgegenüber erachtete es im Entscheid 2 den Gewinnherausgabeanspruch des Art. 423 Abs. 1 OR als deliktsrechtlicher Natur, weshalb bei bösgläubiger Geschäftsanmassung der Gewinnherausgabeanspruch schon nach einem Jahr verjähre.

### 3. Urheberstrafrecht

Zwei der berücksichtigten Entscheide betreffen das Urheberstrafrecht: Im Entscheid 36 kam die Staatsanwaltschaft St. Gallen zum Ergebnis, dass zwischen den Art. 67 und 69 URG Idealkonkurrenz bestehe. Die Verurteilung wegen einer Verletzung von Urheberrechten steht also einer weiteren Verurteilung für die gleichzeitig begangene Verletzung verwandter Schutzrechte nicht im Wege.

Das Bundesgericht hatte schliesslich über den Gerichtsstand für Urheberrechtsdelikte zu befinden, welche in der unerlaubten Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet bestehen. Als Ausführungs-ort bezeichnete es in diesem Fall den Ort der Dateneinspeisung, da diese erste Übermittlung die angeblich unzulässige Verbreitung der geschützten Werke im Internet auslöse. Dagegen sei der Standort des Servers unbeachtlich (Entscheid 4).

## IV. Schluss

Auch in dieser Berichtsperiode zeigt sich, dass die praktisch bedeutsamsten urheberrechtlichen Entscheide den Bereich der Kollektivverwertung betreffen. Erste Urteile befassen sich auch mit der Anwendung des Urheberrechts im Bereich der neuen Medien. Weiterhin kaum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung sind dagegen die verwandten Schutzrechte. Die Einführung dieser neuen Schutzrechte im Jahre 1992 hat offenbar nicht zu Streitfällen geführt, deren Klärung gerichtsfähig und gleichzeitig gerichtswürdig gewesen wäre. ■

## Fiscalité et commerce sur Internet: problèmes et solutions

*La dernière des trois journées annuelles consacrées par le Forum suisse du droit de la communication aux nouvelles technologies a permis de traiter le thème encore peu abordé de la fiscalité et du commerce sur Internet. Cette journée, mise sur pied en collaboration avec la Swiss Interactive Media Association et le Centre universitaire de Zurich pour les droits de l'information et de la communication, était présidée par le professeur Reto M. Hilty. On y a parlé de la fiscalité directe (impôt sur le revenu et le bénéfice) et de la TVA.*

Selon K. Urwyler, de l'Administration fédérale des contributions, si Internet était il y a peu encore perçu comme une menace par les autorités fiscales, le thème a gagné pour elles beaucoup d'importance. Il est à l'étude notamment sur le plan international sous l'angle de la double imposition dans le cadre de l'OCDE. Les questions sont: permettre l'identification des participants au commerce électronique; pour la fiscalité directe, le critère de rattachement au lieu d'exploitation; pour la TVA, le lieu du chiffre d'affaires imposable et enfin la facture électronique. Internet est aussi une chance d'optimiser et de rationaliser le travail des autorités fiscales.

Concernant la fiscalité directe, Hubertus Ludwig a indiqué que le droit national tend à saisir de manière large l'obligation fiscale et c'est au droit international lié à la double imposition de délimiter la souveraineté fiscale. Les lieux d'exploitation sont interprétés si largement qu'un serveur pourrait en être un s'il constitue l'activité centrale d'une entreprise; mais selon le droit international il n'est pas un critère de rattachement. La Suisse serait attractive pour une entreprise souhaitant se lancer dans le commerce électronique, car, contrairement à l'étranger, elle attribue le produit fiscal proportionnellement aux Etats concernés; ainsi les gains d'une entreprise nationale provenant de lieux d'exploitation étrangers ne seraient pas imposés, mais à l'inverse les pertes seraient prises en compte en Suisse et compensées sur les gains ultérieurs.

Pour le conseiller fiscal W. Kessler, de Fribourg-en-Brigau, sur le plan international, les soucis des autorités fiscales face à Internet sont exagérés; la pratique a fait apparaître peu de bénéfices jusqu'ici et donc, pour la fiscalité directe, peu de revenus imposables. Les critères de rattachement pour l'impôt sur le gain, comme le lieu d'exploitation, le lieu de la direction, ainsi que la qualification des revenus, sont soumis à fluctuation. Le grand problème se fonde sur la matérialisation finale progressive; les frontières des critères de rattachement traditionnels ont tendance à s'effacer.

Selon Ivo Pollini, en droit suisse de la TVA, toutes les prestations échangées en commerce électronique valent comme prestations de service (publicité; télédownload de données; prestations des télécommunications). Le lieu de prestation est décisif; si le principe est que le chiffre d'affaires est obtenu là où le prestataire de services a son siège, il ne s'applique que rarement, tant il y a d'exceptions. Ainsi pour toutes les prestations échangées dans le e-commerce, le principe du lieu de réception s'applique.

Philippe Robinson, évoquant la situation en Union européenne, indique que puisqu'il n'y a pas d'accord international de double imposition pour la TVA, le risque d'une contradiction dans l'interprétation des textes légaux existe. Les chiffres d'affaires ne peuvent être déduits si l'entreprise n'a pas de présence physique par exemple, sous la forme de lieux d'exploitation. Le danger existe de devoir payer une TVA supplémentaire qui ne pourrait être répercutée sur les clients. D'autre part, le télédownload de software d'offres d'étrangers par des particuliers en Suisse, mais aussi dans l'UE ne sera pour ainsi dire jamais soumis à la TVA, car seule la livraison de prestations de services provenant de l'étranger de plus de 10'000 francs est soumise à la TVA. Cette situation a fait l'objet d'une intervention de la Commission européenne en 2000.

Pour tous les participants, si la nouvelle économie ne nécessite pas de règles nouvelles, ni d'impôt spécial, des adaptations ponctuelles seront nécessaires. C'est avec la TVA que les problèmes sont les plus sensibles, puisqu'elle est perçue sur le chiffre d'affaires, même si l'entreprise ne réalise aucun bénéfice. En créant des conditions-cadre et en développant leur pratique, législateurs et administrations pourraient contribuer à développer le potentiel de l'e-commerce. Les entraves fiscales sont à éviter tant qu'on ne constate pas des abus liés aux nouvelles technologies. Les évolutions sur le plan international sont essentielles à suivre; il faut éviter par des «Alleingang» nationaux des effets négatifs sur les revenus fiscaux. ■

**Sandro Macciachini:  
Urheberrecht und Meinungsfreiheit. Untersucht am Gegenstand der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in der Berichterstattung der Medien.**

Diss., Stämpfli Verlag, Bern 2000,  
242 Seiten

Der Mäzen in seinem Salon, der Unternehmer vor seinem Fabrikgebäude, der Anwalt in seinem Büro, der Ausstellungsbesucher beim Betrachten eines Werkes oder der Festredner bei der Eröffnungsrede - wir alle kennen diese wohlinszenierten Portraitaufnahmen aus der Presse. Und oft findet sich im Hintergrund des solchermaßen Abgebildeten, selten unabsichtlich, ein Kunstwerk, genauso wie bei audiovisuellen Medien nicht nur Werk-Bilder, sondern gelegentlich auch ein paar Takte Musik oder fremder, natürlich urheberrechtlich geschützter Worte im Verlaufe der Berichterstattung die Sinne des Zuhörers und/oder Zuschauers erfreuen. Womit wir beim Thema der Arbeit sind: Ist eine solche Wiedergabe (akustisch, optisch, in bewegten oder stehenden Bildern) eine Verletzung des Urheberrechts des Künstlers, weil diesem allein das Verbreitungsrecht zusteht? Oder setzt die Medienfreiheit dem Urheberrecht eine (neue) Schranke, liegt die Kollision zweier Grundrechte - Eigentumsgarantie versus Meinungsfreiheit - vor?

Diesen und zahlreichen weiteren Fragen geht der Verfasser mit teilweise akribischer Liebe zum Detail in 11 Kapiteln nach. Er macht es dabei dem Leser seiner Arbeit nicht eben einfach, gerät doch immer wieder ob aller Verästelungen die konkrete Problematik, der der Autor gerade nachspürt, und damit der Zusammenhang seiner voraussetzungsreichen Überlegungen ein wenig aus dem Blickfeld. Die Schranken des Urheberrechts, welche namentlich das URG selbst aufstellt, vermögen nach Ansicht des Autors gerade nicht den Interessengegensatz zwischen freier Berichterstattung über die Wirklichkeit und Werke als Teil derselben aufzulösen. Dabei spricht der Verfasser auch noch quasi im Vorbeigehen dem liebgewonnenen «Urheberpersönlichkeitsrecht» die Existenzberechtigung ab.

Versteht man auf Grund der Befugnisse des Urhebers und der nur sehr spezifischen Ausnahmebestimmungen das Urheberrecht als Recht des Urhebers, Dritten zu verbieten, die Wirklichkeit darzustellen, liegt ein Eingriff in deren Meinungsfreiheit vor. Daher gibt es nach Auffassung des Autors eine Reihe von zustimmungsfreien Werkverwendungen in der Berichterstattung, deren Grundlage tatsächlich nicht im Text des URG, aber in dessen verfassungsrechtlich motivierter Einschränkung zu finden ist. Die Feststellung des Autors auf S. 59 ff., dass bisher das Verhältnis von Urheberrecht und Meinungsfreiheit in Lehre und Praxis nicht vertieft worden sei, ist insoweit zu erklären, als dass es sich hier eigentlich um eine Frage der Drittwirkung der Grundrechte handelt, welche Auffassung sich bekanntlich erst langsam in den letzten 3 Jahrzehnten durchgesetzt hat (bis hin zu Art. 35 BV), während das Urheberrecht längst vor Beginn dieser Diskussion etabliert war und verfassungsrechtlich allenfalls im Verhält-

nis zur (ebenfalls erst spät formell verankerten!) Eigentumsgarantie behandelt wurde.

Das Plädoyer des Verfassers für eine grundrechtsbegründete Einschränkung des Urheberrechts im Interesse von Meinungs- und Informationsfreiheit ist überzeugend und trägt dazu bei, der grassierenden Ausweitung von absoluten Rechtspositionen immaterialgüterrechtlichen Ursprungs einen Riegel jedenfalls in Zusammenhang mit der Medienberichterstattung zu schieben. ■

DR. MATTHIAS SCHWAIBOLD, ZÜRICH

.....

**Cottier/Tissot/Jaccard/Knoepfler:  
Quelques facettes du droit de  
l'internet.**

Presse Académique Neuchâtel, éd. Nathalie  
Tissot, Neuchâtel 2001, 119 pages

Cet ouvrage regroupe habilement quatre modules présentés aux étudiants de l'Université de Neuchâtel au cours du semestre d'été 2000.

Le novice appréciera particulièrement la première partie de Bertil Cottier qui a le mérite de poser clairement l'environnement technique que représente internet et de distinguer les divers acteurs qui y évoluent. Si les auteurs reconnaissent d'emblée que leurs contributions s'apparentent plus à un guide de survie qu'à un savant traité, il faut leur reconnaître le mérite d'avoir répondu à de nombreuses questions en se tournant au besoin vers les législations et décisions des tribunaux à l'étranger. D'emblée, le mythe du vide juridique est écarté et force est de constater qu'internet n'est pas un univers sans foi, ni loi en dépit des efforts de certains auteurs pour démontrer son manque de fondement.

Les problèmes liés à la propriété intellectuelle sont richement développés dans la seconde partie développée par Nathalie Tissot et l'ouvrage s'avérera à coup sûr très utile pour le praticien confronté à des difficultés liées aux noms de domaines ou encore au droit des marques. L'auteur rappelle qu'un des éléments clé réside dans le risque de confusion, qui s'examine en fonction de l'impression d'ensemble qui se dégage des dénominations considérées et du souvenir qu'en garde le consommateur moyen. Les nouvelles techniques et le confort qu'elles offrent aux consommateurs risquent d'aboutir à une rupture des marchés, notamment du fait des copies de programmes ou d'œuvres musicales. A l'heure des critiques soulevées contre le site *Napster*, ces développements sont plus que jamais d'actualité. Le droit pénal est traité de manière plus sommaire, mais ce passage n'en reste pas moins intéressant. La distinction entre téléchargement et enregistrement dans la mémoire vive est notamment fondamentale pour déterminer la punissabilité de la détention de pornographie dure impliquant des enfants.

Michel Jaccard démontre clairement dans la troisième partie les problèmes de compatibilité ou d'interprétation des dispositions générales du Code des obligations en rapport avec les contrats conclus en ligne. En effet, que le

contrat soit conclu de manière traditionnelle ou sur le réseau, il ne vient à chef que pour autant que les parties aient pu valablement échanger leur consentement. Ainsi, il convient de distinguer ce qui constitue une offre sur le web. La question de l'acception du contrat peut également poser problème, en particulier en matière de protection des consommateurs. Ceux-ci doivent en effet être à même de comprendre la portée d'un simple «clic», qui pourrait d'ailleurs être effectué par inadvertance. L'auteur examine dès lors la question de l'introduction d'un droit de révocation, d'ailleurs prévu par l'avant-projet de la loi fédérale sur le commerce électronique.

Internet étant un moyen de communication libéré des contraintes attachées aux frontières étatiques, il convenait de traiter certains aspects de droit international privé, qui font l'objet de la quatrième partie traitée par François Knoepfler. En effet, une personne domiciliée en Suisse serait tout à fait à même de concevoir un site, localisé sur un ordinateur hôte en Asie, destiné principalement à des internautes sud-américains. En ce qui concerne les actions délictuelles, de nombreux enseignements sont délivrés par des décisions américaines tranchant la question de la compétence juridictionnelle dans des affaires liées à internet. L'auteur commente également l'article 10 de l'avant-projet de la Convention de la Haye

sur la compétence et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Pour les obligations contractuelles, la question se pose de savoir si l'autonomie de la volonté qui prévaut en matière de contrats pourrait contraindre une partie à agir à l'autre bout du monde. La réponse doit certainement être nuancée en fonction des acteurs en présence. A l'heure du «populaire» trading boursier, faut-il traiter l'internaute comme un consommateur classique et le mettre au bénéfice des lois protégeant le consommateur? L'auteur adhère à l'idée de prévoir un système de certification des sites qui inclurait des règles minimales de protection des consommateurs. Le label de certification pourrait prévoir l'application du droit du pays d'origine et aussi la compétence des tribunaux de ce pays pour le règlement de cas résiduels qui n'auraient pas été prévus par le système de certification.

Les nombreux éclaircissements apportés par ces quatre contributions sont les bienvenus à un moment où le juriste est confronté à une multitude de questions engendrées par les activités sur le web. Sans prétendre à l'exhaustivité, les auteurs parviennent à traiter les principaux problèmes juridiques liés à internet et proposent, au besoin en se tournant vers l'étranger, des solutions audacieuses. ■

PIERRE VUILLE, AVOCAT, GENÈVE