

E-Mail-Spamming im Visier

Bruno Glaus

Dr. iur., Rechtsanwalt, Dozent für Kommunikationsrecht am SPRI, Uznach

Martin Fürst versendet regelmässig unverlangte Werbe-E-Mails an 160'000 Schweizer bzw. an 230'000 deutsche E-Mail-Adressen (siehe dazu www.spam.trash.net). Man nennt dies spamming. Unter Spam versteht man unverlangt zugestellte E-Mails. Der Name «Spam» erinnert an das amerikanische Dosenfleisch SPAM (Spiced Porc and Ham), ist aber einem Monty Python Vikerger-Song entliehen. «We do not object to use of this slang term to describe UCE, although we do object to the use of our product image in association with that term», schreibt die SPAM-Produzentin auf http://www.spam.com/ci/ci_in.htm.

Fürst betreibt seine Datensammlung nach dem **Opt-out**-Prinzip: wer reklamiert, wird gelöscht. Demgegenüber führen **Opt-in**-Firmen Listen, in der jeder seine E-Mail-Adresse und seine Interessen eintragen kann. Firmen, die werben wollen, greifen auf eine solche Liste zurück und mailen an die entsprechenden Adressen.

Wäre es, wie ein SPAM-Gegner auf <http://spam.trash.net> schreibt, tatsächlich «die fairste und vertrauensbildendste Massnahme», im Bereich E-Mail die gesetzliche Pflicht zur Führung von Opt-in-Listen einzuführen? Drängt sich dieser Schluss aufgrund eines ersten (einzelfall-bezogenen) Entscheids der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK) vom 21. November 2001 auf? Bedeutet dieser - wie der Beschwerdeführer auf seiner Website spam.trash.net/urteil2.html triumphierend erklärt, dass Spamming in der Schweiz schon nach geltendem Recht generell unlauter ist, d.h. «dass gegen Spamming vorgegangen werden kann, wenn keine Kundenbeziehung zum Spamer besteht»?

Leider ist eine abschliessende Würdigung des SLK-Entscheids nicht möglich, weil die Lauterkeitskommission - im Unterschied etwa zum Presserat - bedauerlicherweise weder ihre Entscheide noch deren Begründung publiziert, auch nicht in anonymisierter Form. Es bleibt der Tätigkeitsbericht 2002 abzuwarten, wel-

cher im Frühjahr publiziert wird und wohl Ausführungen zum Spamming enthalten wird. Die Zurückhaltung der SLK in Sachen Öffentlichkeitsarbeit ist nicht gerechtfertigt, weil der Bereich der kommerziellen Kommunikation in einem hohen Mass durch die Spruchpraxis der Kommission geprägt wird und Gerichtsentscheide zu vielen Fragen kaum vorliegen. Der Spamming-Entscheid der Lauterkeitskommission ist somit vorläufig aufgrund der Parteiverlautbarungen zu würdigen.

Die Lauterkeitskommission stützt ihr Verdikt gegen die Spam-E-Mails von Fürst auf das Verbot aggressiver Verkaufsmethoden im Fernabsatz-Markt, Nr. 4.4 der Grundsätze zur Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation: «Aggressive Verkaufsmethoden sind unlauter, insbesondere wenn sie sich an individuelle Personen richten, die keinen Einfluss auf den Empfang des Angebotes nehmen können und entweder keine Kundenbeziehung zwischen Anbieter und Abnehmer besteht, oder zwischen dem Angebot und dem Abnehmer bzw. seiner Tätigkeit kein Sachzusammenhang gegeben ist. Im kaufmännischen Verkehr wird eine Kundenbeziehung vermutet».

Zur E-Mail-Sendung des Spam-Fürsten schreibt die Lauterkeitskommission in ihrem Beschluss: «Das Werbe-E-Mail des Beschwerdegegners verstösst gegen Grundsatz Nr. 4.4 und stellt eine aggressive Verkaufsmethode dar, da die Zustellung unverlangt und ohne Nachweis einer Kundenbeziehung erfolgt ist». Lauterkeitsgrundsätze und Praxis der Lauterkeitskommission gehen damit über den Wortlaut von Art. 3 lit. h UWG hinaus, werden doch dort nur «besonders aggressive Verkaufsmethoden» als unlauter qualifiziert, und dies auch nur dann, wenn sie überdies zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden führen.

Es sei «bedauerlich», dass die Lauterkeitskommission quasi über die Generalklausel von Art. 2 UWG die unverlangten Werbe-E-Mails über

Résumé: *La Commission suisse pour la loyauté a récemment qualifié l'envoi de publicités non désirées par e-mail de méthode de vente agressive, qui constitue une violation des principes de loyauté posés par la commission. Il est néanmoins douteux qu'il faille, sur la base de cette décision, introduire un devoir légal de tenir des «opt-in-listes» en matière d'e-mail, même si l'Union européenne va dans cette direction et que la Suisse prépare une modification de la loi sur les télécommunications. Du reste, il existe déjà dans ce domaine un instrument flexible pour combattre les comportements déloyaux, qui est la clause générale de la LCD. Il faut également, au vu de l'article 10 CEDH, tenir compte du principe constitutionnel de la pesée des intérêts.*

Zusammenfassung:
Die Schweizerische Lauterkeitskommission hat unlängst den Versand von unverlangten Werbe-E-Mails, das sogenannte Spamming, als aggressive Verkaufsmethode und damit als ein Verstoss gegen die Lauterkeitsgrundsätze der Kommission bezeichnet. Es ist allerdings fraglich, ob gestützt auf diesen Entscheid im Bereich E-Mail eine gesetzliche Pflicht zur Führung von Opt-in-Listen eingeführt werden soll, auch wenn die EU in diese Richtung geht und in der Schweiz eine entsprechende Änderung des Fernmeldegesetzes vorbereitet wird. Vielmehr besteht mit der Generalklausel im UWG ein flexibles Instrument zur Bekämpfung unlauterer Machenschaften in diesem Bereich. Auch mit Blick auf 10 EMRK muss das verfassungsrechtliche Gebot des Interessenausgleiches beachtet werden.

den Wortlaut des Gesetzes hinaus unterbinde, schreibt Martin Spirig, Verfasser einer jüngst erschienenen Dissertation mit dem Titel «Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet», im Newsletter vom 17. Dezember 2001. Spirig fordert eine «Kosten-Nutzen-Analyse» bevor ein Verbot erlassen wird. Jeder Konsument werde solange Werbe-E-Mails empfangen wollen, als der Gewinn aus nützlicher Produktinformation die Kosten aus dem Herunterladen, dem Risiko des Überlaufens der persönlichen Mailbox, dem Sortieraufwand und der allfälligen Verärgerung übersteige, der persönliche Grenznutzen somit höher sei als die Grenzkosten. Spirig ist überzeugt, dass sich der Markt grösstenteils selbst reguliert, einerseits durch Selbstschutzmechanismen der Nutzer, andererseits durch die Wahl des Anbieters.

Gebot des Interessenausgleichs

Richtig ist, dass bei Grundrechtskollisionen zufolge der mittelbaren Drittwirkung der Freiheitsrechte auch im Privatrecht das verfassungsrechtliche Gebot des Interessenausgleichs zu beachten ist. Darauf haben Robert Dittrich und Theo Öhlinger in UFITA Band 135 (1998) S. 5 ff. «Verfassungsrechtlicher Schutz von geistigem Eigentum und passiver Informationsfreiheit» überzeugend hingewiesen. Die fundamentalen Spam-Gegner übersehen, dass durch Art. 10 EMRK auch die passive Informationsfreiheit, die Empfangs- und Beschaffungsfreiheit zu gewährleisten ist. Generelle Verbote (wie etwa das Verunmöglichen von Medienbeobachtung) wären deshalb EMRK-widrig.

Was tut sich in der Schweiz und in Europa?

Mit einer Motion vom 23.06.2000 verlangt Nationalrätin Simonetta Sommaruga vom Bundesrat wirkungsvolle Massnahmen zum Schutz vor unverlangten elektronischen Massenwerbesendungen. Kommissionssprecher Hess verwies im Ständerat darauf, ein ähnliches Problem, jenes von unbestellter Faxwerbung habe sich durch die rasante Entwicklung der Technik beinahe selbst erledigt. Trotzdem wurde die Motion überwiesen. Die Vorlage liegt beim BAKOM, welches für den Herbst 2002 eine Vorlage zur

Revision der Fernmeldegesetzgebung angekündigt hat.

Auf **europäischer Ebene** haben sich EU-Kommission und Ministerrat für das Opt-in-Prinzip entschieden. Das Parlament überlässt es mit Annahme des zweiten Berichts Mitte November 2001 den Mitgliedstaaten zu entscheiden, in wie weit Spam-E-Mail-Werbung nur nach vorheriger Zustimmung verschickt werden darf. Alternativ zu dieser Opt-in-Lösung können die Mitgliedstaaten auch die Opt-out-Lösung vorsehen. Hingegen soll für die Werbung per FAX, SMS oder automatische Anrufe sowie für im Rahmen des Kundenverkehrs gewonnene E-Mail-Adressen die Regel gelten, dass eine vorherige Zustimmung der Betroffenen erforderlich ist. Das EU-Parlament setzte sich auch dafür ein, dass jeder seinen Namen aus elektronischen Verzeichnissen streichen lassen kann.

Genügt das geltende UWG?

Eine zusätzliche rechtliche Regulierung von Werbe-E-Mails neben den allgemeinen Regeln des UWG dürfte zur Zeit vor dem Hintergrund der Verhaltenssteuerungsmöglichkeiten sowie dem derzeit geringen Ausmass von Werbe-E-Mails kaum adäquat sein. Zudem verändern sich die Verhältnisse im Internet-Bereich rasch und eine spezielle Spam-Gesetzgebung könnte rasch veraltet sein. Mit seiner Generalklausel enthält das UWG bereits heute ein flexibles Instrument zur Bekämpfung unlauterer Machenschaften.

Vom Opt-in-Anbieter kann neben einem immer erforderlichen Sachzusammenhang verlangt werden, dass seine Werbe-E-Mails kurz sind und in der Betreffzeile als solche gekennzeichnet werden. Das Opt-out soll einfach, z.B. durch Anklicken eines einzigen Links, vollzogen werden können. Würden sich, so Spirig, die Versender an die vorgeschlagenen Anforderungen halten, so können die Nutzer nach ihren persönlichen Präferenzen bestimmen, ob und welche Werbe-E-Mails sie erhalten möchten. Dieses würde zu einem erwünschten Instrument zur Senkung der Suchkosten im Markt. Spirig spricht damit wohl das Selbstregulierungspotential der Branchenorganisationen an. Wenn sich denn nur alle an die wohlgemeinten Vorschläge halten würden. ■

Le contrôle préalable de la publicité pour les médicaments: le retour de la censure?

Bertil Cottier

Professeur de droit de la communication à l'Université de la Suisse italienne, Préverenges

Une des innovations de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 est assurément l'interdiction, expresse et sans réserve, de la censure (art. 17 al. 3). Pareille proscription ne figurait pas dans la précédente constitution. La jurisprudence du Tribunal fédéral avait cependant comblé la lacune, mettant son veto à tout contrôle préalable de la presse ou des médias électroniques. Ce faisant les juges de Mon-Repos s'alignaient sur la doctrine, radicalement hostile à une ingérence de l'Etat qui est la négation même de la liberté de l'information. A tel point que toujours plus d'auteurs voient dans la censure une atteinte à l'essence même de ce droit fondamental. Or qui dit atteinte à l'essence, dit inviolabilité absolue, comme le souligne désormais l'article 36 alinéa 4 Cst.

Cerise sur le gâteau, le Conseil fédéral, dans son message à la révision totale de la Constitution, ne se montrait pas moins ferme: „L'interdiction de la censure préalable constitue le noyau intangible de la liberté de la presse et de la radio et de la télévision“ (FF 1997 I 163). La seule exception envisagée par le gouvernement concernait le septième art. Au nom de la protection des enfants, il n'entendait pas remettre en question la censure cinématographique que connaissent certains cantons. Mais même cette exception ne fait pas l'unanimité: selon certains, il existe des moyens moins liberticides que le contrôle préalable pour empêcher nos enfants de voir ce qu'ils ne doivent pas voir. Reste que ce cas controversé mis à part, tout le monde était persuadé qu'en Suisse il n'y avait désormais plus de place pour les censeurs, aussi légitimes que pourraient être leurs desseins.

Swissmedic le censeur

Erreur! Un an à peine après l'entrée en vigueur de l'interdiction absolue de la censure préala-

ble, voilà qu'elle refait surface, avec la bénédiction de ce même Conseil fédéral qui pourtant l'avait repoussée haut et fort. A son article 23, la nouvelle ordonnance sur la publicité pour les médicaments soumet à „contrôle préalable“ tous les spots radio/télédiffusés pour des médicaments. Il en va de même des publicités dans la presse (et sur Internet) pour les analgésiques, les somnifères, les sédatifs, les laxatifs et les anorexigènes. Un censeur est en outre désigné; ce n'est autre que l'Institut suisse des produits thérapeutiques, plus connu sous le nom de *Swissmedic*. Cet établissement fédéral a pris le relais de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments (OICP), lequel a fermé ses portes sitôt que la surveillance du marché des produits thérapeutiques est devenue l'affaire de la Confédération.

Il est vrai que la censure préalable des publicités pour ces produits n'est pas chose inédite dans notre pays. En contrepartie d'une autorisation de faire de la publicité pour les médicaments en vente libre - autorisation assortie cependant de nombreux gardes-fous -, l'OICP avait contraint en son temps les fabricants à lui soumettre leurs annonces. Vu le faible nombre des contrevenants, le contrôle préalable ne portait plus, depuis 1996, que sur les publicités radiodiffusées, jugées en soi plus pernicieuses. Quoi qu'il en soit, la censure préalable avait passé quasiment inaperçue: aucun fabricant ne l'avait dénoncée; silence également du côté de la doctrine juridique. A la seule exception de LUCAS DAVID, qui avait émis de sérieuses réserves sur le procédé (Schweizerisches Werberrecht, Zurich 1977, p. 147 s.). Vingt-cinq ans après, et une sèche et sonnante interdiction de la censure plus tard, le doute n'est plus permis: anticonstitutionnalité il y a.

D'aucuns objecteront que les communications à caractère commercial ne bénéficient

Zusammenfassung:
Seit dem 1. Januar 2002 müssen alle über den Rundfunk ausgestrahlten Werbesendungen für Medikamente Swissmedic - der neuen Bundesstelle für die Zulassung, für die Herstellungs- und Qualitätskontrolle sowie für die Marktüberwachung der Heilmittel - zur vorherigen Kontrolle vorgelegt werden. Wenngleich sicherlich gute Gründe für diese Massnahme bestehen, so ist sie doch völlig unvereinbar mit der neuen Verfassung, welche die Zensur ausdrücklich verbietet.

Résumé: Depuis le 1^{er} janvier 2002 toutes les publicités radiodiffusées pour des médicaments doivent être soumises pour contrôle préalable à Swissmedic, l'organe fédéral de surveillance des produits thérapeutiques. La mesure, pour justifiée qu'elle soit, est néanmoins en parfaite contradiction avec la nouvelle constitution, qui elle pose une interdiction absolue de la censure des médias.

pas de la liberté de l'information, mais de la seule liberté du commerce et de l'industrie; avec, à la clef, une plus large palette de restrictions possibles. C'est oublier que la Cour européenne des droits de l'homme ne distingue pas entre communication idéale et communication économique; toutes deux sont protégées au titre de la liberté de l'information (arrêt Casado Coca, 285/1994). Certes, le Tribunal fédéral hésite encore, mais il devra tôt ou tard se conformer, primauté du droit international oblige. Ce d'autant que les auteurs suisses tendent à abandonner une distinction souvent difficile à opérer concrètement au profit d'une conception unitaire de la communication.

Une atteinte grave

Même si l'on n'appartient pas encore à ce courant de la doctrine, on ne peut nier que les restrictions à la liberté doivent avoir une base légale formelle. Or, deuxième vice de cette nouvelle ordonnance, l'institution de la censure ne repose pas sur une habilitation adéquate du Parlement. La loi sur les produits thérapeutiques (LPT) du 15 décembre 2000 permet certes au Conseil fédéral „de restreindre ou d'interdire la publicité pour certains médicaments“ (art. 31 al. 3); elle ne dit rien en revanche de la possibilité d'instituer la censure préalable. Or, en bonne doctrine, les atteintes graves - et la censure préalable est en matière de communication l'atteinte la plus grave - doivent être prédéfinies par le législateur formel. L'évocation d'un éventuel contrôle préalable, dans le message au projet de LPT (voir FF 1997 3212), n'est pas suffisant.

Sous l'angle de la proportionnalité, le bât blesse également, car des mesures moins drastiques étaient parfaitement envisageables. On songe avant tout à l'obligation faite aux seuls annonceurs fautifs de soumettre leurs spots. Ainsi dans une ancienne affaire de publicité pour des films, le Tribunal fédéral avait jugé que le contrôle préalable de toutes les affiches était disproportionné (ATF 78 I 298 ss) et devait être remplacé par la surveillance temporaire des annonces de l'établissement en faute. Il est piquant de constater que les juges de Mon-Repos, ne s'étaient alors fondés que sur la liberté du commerce et de l'industrie; autrement dit, pour bannir la censure préalable générale, il n'était même pas nécessaire d'invoquer la liberté de l'information.

Reste qu'il est incontestable que la publicité pour les médicaments est chose délicate. Il faut protéger le consommateur contre les charlatans ou la surmédication. Mais de là à prévenir les dérapages par un autre dérapage, c'est aller trop loin. Au surplus, il importe que ce mauvais exemple ne fasse pas tâche d'huile: aujourd'hui on institue la censure pour les annonces de médicaments; demain on fera de même pour stopper la publicité politique ou religieuse; après-demain on n'hésitera plus à soumettre à contrôle préalable l'ensemble des programmes des radiodiffuseurs pour traquer la publicité clandestine ou subliminale.

Espérons donc qu'un fabricant ou un annonceur saisira sans tarder le Tribunal fédéral et que le malheureux article 23 de l'ordonnance sur la publicité des médicaments sera lui purement et simplement ... censuré. ■

Die Rundfunkgebühr aus beihilferechtlicher Sicht

Carl-Eugen Eberle

Prof. Dr. iur, Justitiar beim ZDF, Mainz

Résumé: *L'évaluation par le droit européen du financement des organismes publics de radiodiffusion en Europe est devenue un problème d'actualité. Par le biais de nombreuses plaintes, on a tenté de faire qualifier ce financement de subvention inadmissible au sens du droit de la concurrence. Jusqu'à présent, la Commission européenne n'a rendu aucune décision selon laquelle le financement de la radiodiffusion publique dans un Etat membre serait considéré comme contraire aux dispositions légales sur le subventionnement. La Commission fait d'ailleurs appel à un critère uniforme lorsqu'elle procède à un examen selon l'art. 86, 2^{ème} alinéa de la Charte de l'Union européenne. Le financement des organismes publics de radiodiffusion en Allemagne par de redevances ne constitue pas une subvention, parce qu'il n'est pas un régime de faveur et parce que les diffuseurs sont directement financés par des acteurs privés, et non par des fonds publics.*

Die europarechtliche Bewertung der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Europa ist zum Problem geworden. In vielen europäischen Ländern haben kommerzielle Veranstalter – bislang allerdings vergeblich – versucht, über beihilferechtliche Beschwerden die Finanzierung ihrer öffentlich-rechtlichen Konkurrenten anzugreifen. In der Tat legt das Beihilferecht dann, wenn die öffentlich-rechtliche Finanzierung den Beihilfetatbestand erfüllt, der nationalen Rundfunkfinanzierung ein enges europarechtliches Korsett an, das von Anforderungen an den Rundfunkauftrag über Vorgaben zur Finanzierungshöhe bis hin zur Kontrolle des Finanzgebarens der Anstalten reicht.

Die Auseinandersetzung um die Frage nach dem beihilferechtlichen Charakter der Rundfunkgebühr begann damit, dass private Rundfunkveranstalter in Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und Portugal die Kommission mit beihilferechtlichen Beschwerden überzogen und auf diese Weise die Finanzierungsgrundlagen ihrer öffentlich-rechtlichen Wettbewerber mit den Instrumenten des Wettbewerbsrechts unter Beschuss nahmen. Bis heute aber ist noch keine Entscheidung der Kommission bekannt geworden, in der die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einem Mitgliedstaat als beihilferechtswidrig angesehen wurde. Diese Zurückhaltung der Kommission hat ihre guten Gründe. Die vielfältigen europarechtlichen Angriffe gegen den auf mitgliedstaatlicher Ebene meist verfassungsrechtlich geschützten Finanz- und Organisationsstatus hatten den Europäischen Rat nämlich geeint und zum Amsterdamer Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Europa geführt. In diesem einvernehmlich beschlossenen und deshalb mit der Bindungswirkung des EG-Vertrages ausgestatteten Protokoll wird klargestellt, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, Auftrag, Finanzierung und Organisation des öffentlich-rechtlichen

Rundfunks jeweils selbst festzulegen. Vor allem aber schreibt das Protokoll vor, dass die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks grundsätzlich von den Vorschriften des EG-Vertrags und damit insbesondere von den beihilferechtlichen Vorschriften befreit ist, vorausgesetzt, dass die Finanzierung dem öffentlich-rechtlichen Auftrag dient, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird. Ausserdem darf die Finanzierung die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmass beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen des öffentlichen-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.

Einheitliche Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV

Der EU-Kommission schwebt ein möglichst einheitlicher Massstab für die Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 EGV vor und sie hat deshalb am 17. Oktober 2001 die Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk beschlossen. Bei ihrer beihilferechtlichen Prüfung geht sie danach von folgenden Bedingungen für eine zulässige Beihilfefinanzierung aus:

- Der öffentlich-rechtliche Auftrag einer Rundfunkanstalt muss «amtlich definiert» werden.
- Der Auftrag muss der Rundfunkanstalt förmlich übertragen werden.
- Die Finanzierung der Rundfunkanstalten muss dem öffentlich-rechtlichen Auftrag dienen und darf die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmass beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist.

Diese Kautelen werden der ständigen beihilferechtlichen Rechtsprechung des EuGH entlehnt, wobei unter Beachtung der erläuternden Bestimmungen des Amsterdamer Protokolls eine Anpassung vorgenommen wird. Dabei hat die Kommission in wesentlichen Punkten auf die Belange der Mitgliedstaaten

und des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Rücksicht genommen. Während bislang die Brüsseler Sicht den Rundfunk primär als Wirtschaftsgut betrachtete, wird nun zunächst die besondere Rolle der audiovisuellen Medien für das Funktionieren der heutigen demokratischen Gesellschaften und insbesondere für die Entwicklung und Vermittlung sozialer Werte hervorgehoben. Die Funktion speziell des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für das soziale, demokratische und kulturelle Leben in der Union wird im Anschluss an die Ratsentschliessung vom 25. Januar 1999 betont. In der Konsequenz betrachtet die Kommission denn auch «eine ›breit gefasste‹ Definition, bei der ein bestimmter Sender damit betraut wird, ein ausgewogenes und breitgefächertes Programm in Einklang mit seinem Auftrag anzubieten und dabei gewisse Einschaltquoten zu gewährleisten, für legitim gemäss Art. 86 Abs. 2 EGV.» «Auch könnte der öffentlich-rechtliche Auftrag Dienste (wie Online-Informationendienste) umfassen, die keine ›Programme‹ im traditionellen Sinne sind, sofern diese – auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.» Bei der Überprüfung will sich die Kommission auf «offensichtliche Fehler» beschränken und nicht nach Art und Qualität eines Produkts fragen.

Die Kommission hält nunmehr neben der reinen Gebührenfinanzierung auch eine von ihr so genannte «duale Finanzierung» für zulässig, bei welcher der öffentlich-rechtlich Rundfunk durch unterschiedliche Kombinationen aus staatlichen Mitteln und kommerziellen Tätigkeiten (Werbung, Programmverwertung) finanziert wird. Die Mitgliedstaaten könnten frei wählen, nach welchem System sie den öffentlich-rechtlichen Rundfunk finanzieren. Damit die Finanzierung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht, darf sie jedoch die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht überschreiten, wobei auch die direkten oder indirekten Einnahmen aus diesem öffentlich-rechtlichen Auftrag, also die Erlöse aus Werbung oder aus der Programmverwertung, mit zu berücksichtigen sind.

Rundfunkgebühr als Beihilfe?

Auch wenn für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland

von den in der Mitteilung dargelegten Auslegungsregeln keine Beeinträchtigungen zu erwarten wären, so muss dennoch gefragt werden, ob die Gebührenfinanzierung nach deutschem Muster überhaupt unter den Beihilfegriff zu fassen ist. Denn unabhängig davon, ob die Gebühr vor den Beihilferegelungen des EG-Vertrages bestehen könnte, verbinden sich mit der Qualifizierung als Beihilfe eine Reihe von Belastungen. Sie reichen von einer – in den übrigen Voraussetzungen noch prüfbedürftigen – Anwendung der Transparenzrichtlinie über die im Beihilferecht generell bestehende Prüfungskompetenz der Kommission bis hin zur Notifizierungspflicht möglicher Änderungen von Auftrag oder Finanzierung der Rundfunkanstalten. Deshalb hat die Grundfrage nach wie vor Bedeutung, die da lautet: Handelt es sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 EG-Vertrag?

Die Frage ist bereits vor der Kinderkanal/Phoenix-Entscheidung der Kommission in der Literatur umstritten gewesen. Leider hat die Entscheidung insoweit keine Klärung gebracht, als sie den Beihilfecharakter der Rundfunkgebühr schlichtweg statuiert, ohne sich mit den in der Literatur diskutierten Argumenten auch nur im Geringsten auseinander zu setzen. Da die Kinderkanal/Phoenix-Entscheidung im Ergebnis die Rechtmässigkeit der Gebührenfinanzierung dieser Programme bestätigte, gab es für die mit der beihilferechtlichen Qualifizierung der Gebühr nicht einverständenen Rundfunkanstalten keine Möglichkeit, die Frage gerichtlich klären zu lassen; die Beschwerdeführer – der VPRT und einige private Rundfunkveranstalter – haben auf Rechtsmittel gegen die für sie nachteilige Entscheidung verzichtet. Aus der Vielzahl der mit dieser Problematik verbundenen Detailfragen sollen hier nur zwei herausgegriffen werden, die für die rechtliche Beurteilung besonders bedeutsam erscheinen. Vor allem aber sind zu diesen beiden Fragen im Jahre 2001 Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs ergangen, die bislang bestehende Ungewissheiten über die Auslegung bestimmter Beihilfemerkmale beseitigen und Klarheit in die beihilferechtliche Beurteilung der Rundfunkgebühr in Deutschland bringen sollten.

Beihilfe Tatbestandsmerkmal «Begünstigung»

Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer Beihilfe ist das Vorliegen einer Begünstigung.

Zusammenfassung: Die europarechtliche Bewertung der Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Europa ist zum Problem geworden. Mittels mehreren Beschwerden wurde versucht, diese Finanzierung als unzulässige Beihilfe im Sinne des Wettbewerbsrechts zu qualifizieren. Bis heute ist keine Entscheidung der EU-Kommission bekannt geworden, in der die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in einem Mitgliedsstaat als beihilferechtswidrig angesehen wurde. Die EU-Kommission wendet einen einheitlichen Maßstab für die Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 EGV an. Die Gebührenfinanzierung der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stellt keine Beihilfe dar, weil es am Merkmal der Begünstigung fehlt und weil die Anstalten unmittelbar von den privaten Rundfunkteilnehmern und nicht aus staatlichen Mitteln finanziert werden.

Hieran fehlt es, wenn durch finanzielle Zuwendungen lediglich Lasten ausgeglichen werden, die im Zusammenhang mit der Übernahme von Verpflichtungen im öffentlichen Interesse stehen. Bei der Rundfunkgebühr handelt es sich aber um den Ausgleich des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, der diesen durch die Erfüllung ihres gesetzlichen Aufgaben entsteht. Dabei erhalten die Anstalten Finanzmittel nur in der Höhe, wie es zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlich ist. Insoweit findet also keine «Überkompensation» und mithin keine Begünstigung statt. Deshalb liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor.

Diese Interpretation ist allerdings aufgrund einer Entscheidung des Europäischen Gerichts Erster Instanz zweifelhaft geworden, auch die Kommission hat im Anschluss an diese Entscheidung das Begünstigungsmerkmal anders ausgelegt. Nunmehr hat jedoch der EuGH in seinem Urteil vom 22.11.2001 für Klarheit bei der Auslegung des Merkmals der Begünstigung gesorgt. Das Gericht hat entschieden, dass Vorteile, die ein Unternehmen zum Ausgleich für gemeinwohlbezogene Verpflichtungen erhält und welche die mit der Erfüllung dieser Verpflichtungen verbundenen Kosten nicht überschreiten, den Tatbestand der Beihilfe nicht erfüllen. Auf die Rundfunkgebühr angewendet, ergibt sich folgende Konsequenz: Da die Höhe der Gebühr dank der Bedarfsermittlung durch die KEF nicht über das hinausgeht, was zur Erfüllung des Funktionsauftrags der Anstalten erforderlich ist, stellt die Rundfunkgebühr bereits tatbestandsmässig keine Beihilfe dar.

Beihilfe-Tatbestandsmerkmal «aus staatlichen Mitteln»

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Art. 87 EG-Vertrag anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Dieses Merkmal ist von der Kommission bislang so verstanden worden, dass die Staatlichkeit einer Mittelverschiebung schon dadurch bewirkt wird, dass der Staat diese durch einen gesetzgeberischen Akt verbindlich geregelt hat. Diese weite Auslegung des Begriffs der staatlichen Mittel findet jedoch in der Rechtsprechung des EuGH keine Stütze mehr. Vielmehr hat der EuGH in der PreussenElektra-Entscheidung vom 13.3.2001 klargestellt, dass Mittel, die aufgrund gesetzli-

cher Regelung unmittelbar von einem Privaten aufgebracht und an den Begünstigten transferiert werden, keine staatlichen Mittel darstellen. Eine gesetzliche Regelung des Finanztransfers genügt solange nicht, als keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel erfolgt.

Diese Entscheidung hat unmittelbare Relevanz für die Beurteilung der Rundfunkgebühr. Diese stellt das Entgelt für die Möglichkeit dar, Rundfunk empfangen zu können und wird durch die Rundfunkanstalten unmittelbar bei den privaten Gebührenpflichtigen erhoben, ohne dass es zu einem Transfer staatlicher Gelder kommt. Bei der Rundfunkgebühr handelt es sich also nach den Massstäben, die der EuGH aufgestellt hat, nicht um staatliche Mittel, sie ist aus diesem Grund auch keine Beihilfe und entzieht sich demzufolge der Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Vertrags. Die oben angesprochene Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vom 17.10.2001 steht einer Adaption der PreussenElektra-Entscheidung jedenfalls nicht entgegen. Anders als zuvor geht die Kommission nicht mehr davon aus, dass jegliche Form öffentlicher Rundfunkfinanzierung als Beihilfe anzusehen ist. Sie unterscheidet vielmehr zwischen der Finanzierung aus dem Staatshaushalt und der Finanzierung «über eine vom Eigentümer des Fernsehgeräts zu entrichtende Gebühr». Ausserdem soll die Beihilfeeigenschaft differenziert untersucht werden: «Ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, muss selbstverständlich im Einzelfall überprüft werden und hängt nicht zuletzt von der Art der jeweiligen Finanzierung ab.»

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Gebührenfinanzierung der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keine Beihilfe darstellt, weil es am Merkmal der Begünstigung fehlt und weil die Anstalten unmittelbar von den privaten Rundfunkteilnehmern und nicht aus staatlichen Mitteln finanziert werden. Damit ist die Rundfunkgebühr nach deutschem Muster dem beihilferechtlichen Regime des EG-Vertrags entzogen. ■

Die Abhandlung gibt den stark gekürzten Beitrag des Verfassers zu dem vom Europa-Institut Freiburg am 9./10.2001 veranstalteten Kolloquium *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur – Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen* wieder. Sämtliche Referate des Kolloquiums sind in einem Sammelband des Nomos-Verlags erschienen.

Canada: l'autoréglementation de la radio-TV

Pierre Trudel

Professeur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal

La régulation canadienne de la radio-télévision a suivi la tendance des dernières années du XXe siècle, qui était de favoriser le recours aux mécanismes d'autoréglementation. La *loi sur la radiodiffusion* énonce des principes généraux et attribue à un organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), les pouvoirs nécessaires à la surveillance des entreprises de radiodiffusion de façon à mettre en oeuvre la politique énoncée dans la loi.

À compter de la décennie 1980, le CRTC a fait souvent renvoi à des normes autoréglementaires dans ses décisions énonçant les conditions de licence des entreprises. Il a mis au point des lignes directrices pour guider l'élaboration des normes gérées par l'industrie. Il se fonde sur ces directives lorsqu'il demande à un secteur de l'industrie de la radiodiffusion d'élaborer une norme de l'industrie ou lorsqu'une entreprise ou un groupe propose une norme et en demande l'approbation au Conseil. Ces directives prévoient notamment que:

- l'industrie doit veiller à ce que la norme proposée traite de façon adéquate des préoccupations qui ont amené le Conseil à demander l'élaboration d'une norme et énoncer le ou les buts de la norme. Il pourrait s'agir, par exemple, de sensibiliser ou d'informer les membres de l'industrie et le public, de servir de guide dans tout processus d'approbation préalable, d'améliorer le contenu des émissions, de traiter de questions sociales ou de répondre aux plaintes;
- l'industrie doit définir le genre de norme à élaborer, préciser à qui la norme s'appliquera et établir les moyens et les critères de conformité à la norme;
- l'industrie doit détailler le degré de participation du public à l'établissement de la norme et aux modifications importantes, de quelle façon la norme sera appliquée,

les sanctions appliquées et les mesures correctives prises dans le cas de non-conformité et tout mécanisme d'appel;

- le Conseil voudra être assuré que la norme de l'industrie et toute modification ont été élaborées à la suite d'un processus de consultation juste. De plus, si le Conseil l'a indiqué, il voudra être assuré que les membres du public sont consultés lorsque l'on décide du respect de la norme;
- la norme de l'industrie et toute modification subséquente doivent être soumises au Conseil pour fins d'approbation;
- un rapport des progrès des titulaires relativement à l'application de la norme de l'industrie, y compris le règlement de toute plainte, doit être soumis au Conseil tous les ans. (CRTC, Avis public 1988-13, 29 janvier 1988, Lignes directrices applicables à l'élaboration de normes gérées par l'industrie).

Un organisme représentatif

En 1988, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) a institué le Conseil canadien des normes de la radiodiffusion (CCNRT) pour administrer certaines normes volontaires. Il s'agit du Code de déontologie de l'ACR, celui concernant la violence à la télévision et ceux concernant les stéréotypes sexuels à la radio et à la télévision.

Le CCNRT est constitué d'un bureau national et de cinq conseils régionaux (Atlantique, Québec, Ontario, Ouest, Colombie-Britannique). Il prévoit la participation de consommateurs dans ses délibérations. Le bureau national du CCNRT est composé de douze personnes dont six proviennent du public. Il s'agissait d'établir un compromis entre l'intention de l'industrie d'établir un organisme d'autoréglementation véritable et une volonté d'amener des membres du public qui s'intéressent à la qualité de la radiodiffusion à par-

Zusammenfassung:

Seit 1988 kennt Kanada einen «Conseil des normes de la radiodiffusion» (CCNRT), der von der Vereinigung der kanadischen Rundfunkveranstalter gegründet worden ist. Der Rat verfügt über ein nationales Büro sowie fünf Regionalräte. Das nationale Büro besteht aus sechs Personen aus dem Publikum. Ist jemand mit einem Entscheid des CCNRT nicht einverstanden, kann er dagegen bei der öffentlichen Aufsichtsbehörde Beschwerde einlegen.

Diese Art der Selbstregulierung hat sich bewährt. Alleine die Tatsache, dass der kanadische Rundfunk von einem halben Dutzend Unternehmen kontrolliert wird, garantiert die notwendige Disziplin. Ohne die staatliche Aufsicht im Hintergrund würde dieses Selbstregulierungssystem aber nicht so gut funktionieren.

Résumé: Depuis 1988, le Canada dispose d'un Conseil des normes de la radiodiffusion (CCNRT), créé par l'Association canadienne des radiodiffuseurs. Il est constitué d'un bureau national et de cinq conseils régionaux. Le bureau national est composé de douze personnes dont six proviennent du public. Un plaignant qui demeure insatisfait après la décision du CCNRT peut toujours s'adresser ensuite à l'autorité publique de surveillance. Cette autoréglementation a fait ses preuves. Le fait que la radiodiffusion au Canada est concentrée dans les mains d'une demi-douzaine d'entreprises assure la discipline nécessaire. Si l'Etat ne se tenait pas à l'arrière-plan, le système fonctionnerait sans doute moins bien.

participer activement à tous les stades de l'autoréglementation.

Le CCNRT a mis au point des mécanismes pour examiner les plaintes formulées par le public et qui sont fondées sur les codes qu'il administre. Toute plainte reçue par le CCNRT est transmise au diffuseur concerné. Ce dernier doit s'efforcer de régler la plainte formulée. S'il ne peut disposer de la plainte à la satisfaction du plaignant, le diffuseur doit informer ce dernier de la façon de procéder afin de saisir le CCNRT. La plainte est alors étudiée par le Conseil régional de la région d'où provient la plainte. Si le Conseil décide en faveur du plaignant, le diffuseur doit diffuser la décision sur ses ondes. Un diffuseur membre qui refuse de se plier à la décision du Conseil régional peut se voir expulser du CCNRT pour une période d'au moins un an. Le CCNRT a l'obligation de communiquer toutes ses décisions aux médias de la région. Si un plaignant demeure insatisfait, on doit lui rappeler qu'il a le droit de s'en référer au CRTC.

Certains genres d'émissions engendrent plus de plaintes. Les émissions dites de tribune dans lesquelles un animateur vedette énonce ses points de vues sur diverses questions controversées suscitent souvent des plaintes. Les propos sexistes ou racistes, notamment à l'endroit de personnes appartenant à des minorités, font eux aussi l'objet de plaintes nombreuses. Le CCNRT tend à considérer le contexte dans lequel s'inscrit la diffusion de l'émission contestée. Le contexte humoristique est souvent invoqué. Les impératifs de la formule de l'émission peuvent être pris en considération. Les comités du CCNRT apprécient habituellement le comportement des diffuseurs à la lumière des usages propres au type d'émission et des règlements et autres principes et standards.

Un système qui fonctionne

Dans une étude publiée en 1999, ANGELA CAMPBELL conclut que l'autoréglementation peut être une technique efficace de réglementation à certaines conditions. L'industrie doit y consacrer l'expertise nécessaire et y être inci-

tée par une instance publique en mesure d'exercer une surveillance et éventuellement un rôle d'instance d'appel. Les expériences d'autorégulation les plus réussies impliquent des entreprises sur lesquelles s'exerce une régulation étatique ou une menace à cet effet. Dès lors que la menace ou les pressions en faveur de la régulation étatique se relâchent les incitatifs à l'autorégulation paraissent moins évidents à certains acteurs de l'industrie.

Un autre facteur de succès de l'autoréglementation tient au nombre de joueurs et au degré de cohésion entre eux. L'industrie canadienne de la radiodiffusion est concentrée entre les mains d'une demi-douzaine d'entreprises. La capacité d'y générer des consensus y est élevée. Selon CAMPBELL, plus la régulation repose sur des standards flous, plus elle semble difficile d'application. L'expérience du Conseil canadien des normes de la radiotélévision tend à infirmer une telle hypothèse. Le CCNRT applique des standards faisant régulièrement référence aux usages de l'industrie et aux tendances dans le monde de la radio et de la télévision.

L'autoréglementation pratiquée dans l'industrie canadienne de la radiodiffusion a été souvent perçue comme une technique ayant vocation à remplacer l'intervention étatique. Elle vient plutôt s'ajouter à celles dont dispose l'instance de régulation pour amener les entreprises à adopter des pratiques compatibles avec les exigences de la loi. Son efficacité paraît découler du fait que l'instance de régulation demeure en seconde ligne afin d'assurer le maintien de processus autorégulateurs efficaces et crédibles. Dès lors que se relâche la vigilance du régulateur public, il est à craindre que les initiatives autorégulatrices ne perdent de leur ferveur. ■

Références et liens:

- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), <<http://www.crtc.gc.ca/frn/about.htm>>
- Conseil canadien des normes de la radiodiffusion (CCNRT) <<http://www.cbsc.ca/francais/home.htm>>
- CAMPBELL ANGELA J., «Self Regulation and the Media», 1998-99] 51 Fed Comm. L.J. 711-772.

Staatliche Untersuchungen und ihre Veröffentlichung

Jean Nicolas Druey

Emeritierter Ordinarius für Zivil- und Handelsrecht; Direktor der Forschungsstelle für Informationsrecht an der Universität St. Gallen

Caroline Flühmann

Lic.iur., wiss. Mitarbeiterin der Forschungsstelle für Informationsrecht an der Universität St. Gallen

I. Einleitung

Zu der dieser Publikation als Titel vorangestellten Frage der gesetzlichen Grundlage und Verhältnismässigkeit von staatlichen Untersuchungen und ihrer Veröffentlichung hatten die Autoren kürzlich im Rahmen eines Gutachtens Stellung zu nehmen¹. Diesem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Frühjahr 2001 führte der Consiglio della Magistratura (CdM), das im Kanton Tessin für die Überwachung des Gerichtswesens einschliesslich der Staatsanwaltschaft zuständige Organ, eine Untersuchung gegen den damaligen Staatsanwalt Ducry durch. Sie betraf unter anderem Kontakte Ducrys mit dem ehemaligen kantonalen Polizeikommissar Cattaneo und einem ehemaligen Staatsanwalt und damaligen Staatsrat sowie dem Mailänder Büro der amerikanischen Drogenfahndungsbehörde im Jahre 1995. Die Untersuchung bestätigte, dass solche Kontakte stattgefunden hatten, mit dem Zweck, einen «Pool», d.h. eine Zusammenarbeit unter Personen einzurichten, welche in verschiedenen Kantonen bzw. beim Bund in der Verfolgung von Drogendelikten tätig waren, sowie mit Cattaneo als Privatperson. Zur Zusammenarbeit kam es indessen nie.

Untersucht wurde ferner auch ein einzelner Gegenstand des mit der amerikanischen Drogenfahndungsbehörde geführten Gesprächs.

Die Aussage einer in Zürich wegen Drogenhandels verhafteten Frau belastete den Präsidenten der Lega dei Ticinesi (LdT), Bignasca. Dies machte den Umstand, dass ein Staatsrat eingeweiht war, wegen des Verdachts des politischen Missbrauchs zum Problem.

In seiner Untersuchung kam der CdM zum Schluss, dass die Verhaltensweisen von Ducry im untersuchten Bereich mit seiner Funktion als Staatsanwalt unvereinbar seien. Angesichts der gesetzlichen Verjährungsfrist von fünf Jahren, welche das anwendbare Tessiner Gesetz für die Ausfällung von Disziplinar massnahmen vorsieht, sprach er nach eigener Aussage jedoch keine Sanktionen aus. Der Untersuchungsbericht wurde in der Folge an den Staatsrat und von diesem an das Präsidium des Grossen Rates als der vorgesetzten Behörde weitergeleitet. Auf Interpellationen der LdT-Fraktion hin stellte Staatsrat Pedrazzini den Fall im Grossen Rat dar. Schliesslich wurde der Bericht des CdM integral zur Veröffentlichung freigegeben und erschien gleichentags im Volltext in mehreren Zeitungen. Schon zuvor, unmittelbar nach Überweisung des Berichts durch den CdM, nahm Ducry mit öffentlicher Erklärung vom 12. Juni 2001 seinen Rücktritt.

Mit Bezug auf den oben geschilderten Sachverhalt stellten sich die folgenden zwei Fragen²:

Résumé: *Les informations, en particulier celles qui sont publiées dans le cadre d'enquêtes publiques, ne se trouvent pas en dehors de tout cadre juridique. L'information faite par l'Etat doit notamment préserver les droits de l'individu concerné. Ce principe peut conduire à adapter en conséquence le contenu et les modalités d'un rapport d'enquête dans la perspective d'une publication. On peut se demander si une loi sur la publicité, en rendant l'information accessible, ne serait pas à même d'éviter l'effet disproportionné qu'exerce la transparence lorsqu'elle se réalise de manière réactive, comme c'est le cas habituellement.*

¹ Rechtsgutachten vom 23. November 2001 betreffend den Bericht des Consiglio della Magistratura des Kantons Tessin vom 11. Juni 2001 in der Sache des damaligen Staatsanwalts Jacques Ducry.

² Ausdrücklich nicht Gegenstand des Gutachtens bildete hingegen der Inhalt des Berichts, insoweit es um die Richtigkeit der darin festgehaltenen Tatsachen und um die Angemessenheit der getroffenen Beurteilungen sowie um die Rechtsfolgen eines etwaigen festgestellten Mangels in der Rechtmässigkeit ging, wie Schadenersatz, Genugung oder weitere Möglichkeiten.

Zusammenfassung: *Informationen, welche insbesondere im Rahmen von staatlichen Untersuchungen veröffentlicht werden, sind kein Freiwillig. Staatliche Informationspflichtigkeit muss unter anderem die Persönlichkeitsrechte Betroffener wahren. Dieser Grundsatz kann nahe legen, Inhalt und Modalitäten eines Untersuchungsberichts im Hinblick auf eine Veröffentlichung entsprechend anzupassen. Man kann sich fragen, ob ein Öffentlichkeitsgesetz durch das Angebot der Zugänglichkeit der Information nicht von vornherein die überproportionale Wirkung der ansonsten reaktiv geschaffenen Transparenz vermeiden könnte.*

War die Abfassung eines Berichts durch den CdM rechtmässig? War dessen Veröffentlichung – in der vorliegenden Form – rechtmässig?

II. Die Rechtmässigkeit des Berichts

Der CdM führte in seinem Bericht nicht aus, welche Rechtsgrundlage er seinem Vorgehen zugrunde legte. Als dem Parlament berichtspflichtiges Spezialorgan³ besitzt er insbesondere die Kompetenz, Disziplinar-massnahmen gegenüber Gerichtspersonen zu verhängen. Nach der eigenen Feststellung des CdM sind indessen die untersuchten Sachverhalte aufgrund der spezialgesetzlichen Frist von fünf Jahren⁴ verjährt. Der CdM sieht darin jedoch kein Hindernis für die Untersuchung und den Bericht. Die Meinung ist offenbar, dass dieses Vorgehen rein informatorischen Charakter habe und insofern gleichsam legibus solutus, also auf keine gesetzliche Grundlage angewiesen sei.

Indessen ist Information – erst recht im staatlichen Sektor – kein Freiwillig. Im vorliegenden Kontext sind vor allem die zwei nachfolgenden Erwägungen anzustellen.

1. Der Bericht als Ergebnis einer Administrativuntersuchung

Liegt die amtliche Aufklärung eines Sachverhalts von besonderer Tragweite im öffentlichen Interesse, kommt die Anordnung einer Administrativuntersuchung in Frage. Wesensmerkmal solcher Untersuchungen ist, dass sie primär der Aufdeckung von Ursachen festgestellter Fehler im Verwaltungsablauf dienen sollen, dass also «ein zu untersuchendes Disziplinarverhalten nur einen geringeren Teil eines grösseren Sachverhaltes ausmacht, den zu klären ein dringendes Bedürfnis ist»⁵. Als Instrument der Dienstaufsicht werden Administrativuntersuchungen in der Regel von der Exekutivspitze zumeist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grund-

lage angeordnet. Ob und inwieweit dies angeht, ist unsicher; es wird von einer «rechtlichen Grauzone» gesprochen⁶.

Im vorliegenden Fall haben verschiedene Umstände zu einem erhöhten öffentlichen Druck⁷ geführt: Einerseits trat Cattaneo mit einem Buch an die Öffentlichkeit, andererseits forderte die LdT mit Interpellationen Aufschluss im Parlament, und dabei erregte der Verdacht, dass die 1995 im Kanton da und dort schon vorhandenen Kenntnisse nicht weiterfolgt worden waren, und dass die Bundesanwaltschaft das Verfahren möglicherweise unter Tessiner Einfluss einstellte, weitere Aufmerksamkeit. Indessen darf auch dieser erhöhte öffentliche Druck nicht zu einer Erweiterung der Zuständigkeit des CdM führen. Dass sogar der CdM selbst Zweifel an seiner Zuständigkeit über die Disziplinarhoheit hinaus hatte, wird dadurch deutlich, dass er seine Untersuchung ganz auf die Person Ducrys fokussierte, obwohl verschiedene weitere, wohl wichtigere, Akteure im Spiel waren.

Das führt zum zentralen Punkt: Es dürfen nicht unter dem Titel der Administrativuntersuchung die Kautelen des Disziplinarrechts unterlaufen werden. So sagen es die Richtlinien des Bundesrats auf Bundesebene klar: «Die Administrativuntersuchung darf nicht dazu dienen, die Verfahrensgarantien der Disziplinaruntersuchung zu umgehen»⁸.

Stellte in casu der CdM sein Vorgehen in den Zusammenhang einer Administrativuntersuchung, hätte er die sich daraus ergebenden Implikationen bezüglich der Zielrichtung der Untersuchung und der Berichtserstellung beachten müssen: Gegenstand des Berichts hätten primär die untersuchten **Vorfälle** und weniger das Verhalten von Ducry bilden sollen. Der ganze Bericht ist indessen vom Anfang bis zum Schluss, vom Titel bis zur Missbilligung des persönlichen Verhaltens als Untersuchung gegen die besondere Person Ducrys aufgezo-gen. Er ist deshalb deutlich als Disziplinar-

³ Art. 79 Abs. 1 Costituzione Ticino.

⁴ Art. 88a Legge organica giustiziarìa (LOG).

⁵ BACHER R., Grundsatzfragen der Administrativuntersuchungen, in: Ehrenzeller B. (Hrsg.), Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, St. Gallen 1999, S. 8.

⁶ EHRENZELLER B., Vorwort, in: Ders. (Hrsg.), Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, St. Gallen 1999, S. 8.

⁷ Zur Frage, ob ein erhöhter öffentlicher Druck mit einem öffentlichen Interesse gleichzusetzen ist, siehe auch unten, III.2.

⁸ Richtlinien des Bundesrates zur Administrativuntersuchung vom 18. November 1981, BBl 1981 III 1014.

massnahme und nicht als Ergebnis einer Administrativuntersuchung zu qualifizieren.

2. Der Bericht als Ergebnis einer Disziplinaruntersuchung

Das einschlägige Tessiner Gesetz hat an den vorliegenden Fall denn auch durchaus gedacht: Mit der Durchführung einer Untersuchung und der Verknüpfung des Ergebnisses mit der Missbilligung des Verhaltens der untersuchten Gerichtsperson wählte der CdM ein Vorgehen, das der im Gesetzeskatalog ausdrücklich erwähnten Rechtsfolge des «ammonto»⁹, der Ermahnung, gleichkommt. Damit wäre das Verfahren jedoch an die rechtsstaatlichen und spezifisch an die Garantien dieses Gesetzes gebunden gewesen. Konkret heisst das, dass die gesetzlich statuierte **Verjährungsfrist** hätte beachtet werden müssen.

Strafrechtlich führt der Eintritt der Verfolgungsverjährung zur Verfahrenseinstellung¹⁰. Er bewirkt die Gegenstandslosigkeit der Ermittlungen über die Tathandlungen, auch für die Kostentragung¹¹. Auch für die Anordnung einer Untersuchung und die Erstellung eines Untersuchungsberichts kann keine andere als die im Gesetz für Disziplinarmaßnahmen getroffene Verjährungsregelung zur Anwendung gelangen: So gelten die Motive für die Verjährung, namentlich die abnehmende Zuverlässigkeit der Beweise¹² sowie das abnehmende Interesse des Staats an der Ahndung des allfälligen Unrechts¹³ nicht weniger auch für die Abfassung eines Berichts, sowohl hinsichtlich der Schlüssigkeit wie der Relevanz der gesammelten Informationen. Aus der Sicht des Angeklagten bedeutet die Verjährung immer die Chance, Vergangenes abzustreifen. Selbst wenn im vorliegenden Fall nur Kritik an den betreffenden Verhaltensweisen geübt und keine weitere Massnahme angeordnet wurde, ist naturgemäss deren Bedeutung angesichts schon nur der Position des urteilenden Gremiums sehr gross.

III. Die Rechtmässigkeit der Veröffentlichung des Berichts

Der CdM übt in seiner Funktion öffentliche Gewalt aus und hat bei seinen Untersuchungen und Entscheiden – so auch beim Entscheid über die Publikation – die Grundrechte der Betroffenen zu wahren. Selbstverständlich gilt

dasselbe für die anderen beteiligten Behörden, den Staatsrat und den Grossen Rat. Durch die Veröffentlichung des Befundes der Amtspflichtverletzung wurde Ducry in seinem Grundrecht auf persönliche Freiheit berührt. Die persönliche Freiheit, gewährleistet in Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung, schützt – neben anderen Teilgehalten – den Einzelnen besonders davor, dass er in seinem sozialen Ansehen beeinträchtigt wird¹⁴. Eine ausdrückliche Gewährleistung des Schutzes vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen der Ehre und des Rufes findet sich auch in Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II.

Noch vor Erlass der neuen Bundesverfassung, als die persönliche Freiheit noch ohne ausdrückliche Gewährleistung als Grundrecht anerkannt wurde, hat das Bundesgericht in einem Entscheid einen weniger schwerwiegenden Fall als den vorliegenden unter dieses Recht subsumiert¹⁵. Es bezeichnete damals die Veröffentlichung einer Liste mit den Namen der fruchtlos gepfändeten Schuldner im kantonalen Amtsblatt als Tangierung der persönlichen Freiheit. Der vorliegende Fall wiegt insofern noch schwerer, als eine Person allein betroffen ist und nebst Tatsachendarstellungen Würdigungen angebracht wurden. Er darf demnach fraglos Art. 10 Abs. 2 BV unterstellt werden.

Indessen gilt auch das Grundrecht der persönlichen Freiheit nicht uneingeschränkt: Beschränkungen sowohl im herkömmlichen Sinne (durch Rechtsakt) als auch Eingriffe durch Realakte¹⁶, worunter die Veröffentlichung der

9 Vgl. Art. 81 LOG.

10 TRECHSEL S., Kurzkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, N 3 Vor Art. 70; anders hingegen die Praxis im Kanton Tessin, wo die Verjährung zum Freispruch führt: vgl. ebenda.

11 EuGRZ 1983 475.

12 Vgl. z. B. BGE 101 IV 27; SCHULTZ H., Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, 4. Aufl., Bern 1982, S. 246.

13 TRECHSEL S., (FN 10) N 1 Vor Art. 70.

14 HALLER W., in: Aubert J.-F./Eichenberger K./Müller J. P. u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987, N 73 ff. zu Persönliche Freiheit; MÜLLER J. P., Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 49; SCHWEIZER R. J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer D./Aubert J.-F./Müller J. P. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43 N 21.

15 BGE 107 Ia 25.

16 Für solche sog. faktische Grundrechtseingriffe siehe u.a. TSCHANNEN P., Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999, II, S. 353 ff.; WEBER-DÜRLER B., Der Grundrechtseingriff, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 57, Berlin/New York 1998, S. 66 ff.

Untersuchungsergebnisse in der vorliegenden Form subsumiert werden kann, sind gerechtfertigt, wenn sie sich auf eine **gesetzliche Grundlage** stützen, im **öffentlichen Interesse** liegen, **verhältnismässig** sind und den **Kerngehalt** wahren¹⁷. Nachfolgend werden die ersten drei Voraussetzungen einer näheren Betrachtung unterzogen.

1. Gesetzliche Grundlage

Wie bereits dargelegt, fehlt es u.E. bereits dem Bericht als solchem, weil an die Kautelen des Disziplinarrechts gebunden, an einer gesetzlichen Grundlage¹⁸. Im Hinblick auf die **Veröffentlichung** stellt sich die Frage nach deren Vorliegen erneut. Wir prüfen sie auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Bericht in den Zusammenhang einer Administrativuntersuchung zu stellen ist, was wir verneint haben.

A. Qualifikation als Disziplinaruntersuchung

Die entsprechende kantonale Gesetzesbestimmung¹⁹ sieht die Veröffentlichung eines Urteils in einem Disziplinarverfahren dann vor, wenn **besondere Umstände** vorliegen. Von Gesetzes wegen ist die Veröffentlichung folglich die Ausnahme. Zudem ist der Tatbestand, der die Ausnahme rechtfertigt, sehr offen formuliert. Zu denken ist zum einen an freisprechende Urteile, wenn durch Indiskretionen die Untersuchung bereits Aufmerksamkeit erregt hatte. In einer solchen Situation erfolgt die Publikation im Interesse des betroffenen Magistraten, aber auch der betroffenen Institutionen im Sinne einer Korrektur der öffentlichen Meinungen. Ähnliche Überlegungen können aber auch im Falle der Verurteilung gelten, indem die Feststellung von Fehlern personell und sachlich eine limitierende Wirkung haben kann. Ferner kann die Publikation einer Verur-

teilung aber auch ein Hinweis auf staatlichen Handlungsbedarf in den betreffenden Teilen des Gerichtswesens sein, oder es kann auch eine «Prangerwirkung», d.h. die Preisgabe des Verurteilten an die öffentliche Kritik, in einem besonders schweren Fall beabsichtigt sein.

Der spezifische Erkenntniswert für die Öffentlichkeit muss folglich immer in der Bekanntgabe des **Urteils** liegen. Im Falle der Verurteilung muss der besondere Charakter der Umstände, der die ausnahmsweise Publikation rechtfertigt, vor allem durch die Schwere der Verfehlungen und die entsprechende Notwendigkeit gegeben sein, die Öffentlichkeit darauf aufmerksam zu machen.

Im vorliegenden Fall fand jedoch jene Verquickung statt, dass mittels eines Disziplinarverfahrens eine **Angelegenheit** durchleuchtet werden sollte. Auch hätte, wenn tatsächlich ein Disziplinarverfahren vorlag und damit die gesetzliche Publikationsermächtigung gelten sollte, der CdM die Frage erwägen und beantworten müssen, ob sich die Veröffentlichung nicht auf das **Dispositiv** zu beschränken gehabt hätte. Dass kein Wort in dieser Richtung vorliegt, unterstreicht die Funktion der Veröffentlichung, Licht in die Sache selbst zu bringen, die durch die Bestimmung nicht abgedeckt ist.

B. Qualifikation als Administrativuntersuchung

In der Lehre wird die Thematik der Veröffentlichung von Untersuchungsberichten im Rahmen von Administrativuntersuchungen als besonderes Problem erkannt: Angesichts der Tragweite dieser Massnahme im Hinblick auf die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte des Betroffenen wird die frühzeitige Klärung dieser Frage empfohlen²⁰.

Wie für die Anordnung einer Untersuchung besteht auch für die anschliessende Publikation der Ergebnisse zumeist wohl kein ausdrücklicher Rechtsgrund; ihre gesetzliche Grundlage könnte – wenn auch in sehr allgemeiner Weise – allenfalls in der **Dienstaufsicht** gesehen werden. Als Grundregel nennt BACHER, dass der Auftraggeber als Geheimnisherr über die Verwendung der Untersuchungsergebnisse bestimmen könne. Bei seiner Entscheidung habe er jedoch die Persönlichkeitsrechte der involvierten Funktionsträger zu beachten²¹. Demnach

17 Art. 36 BV; HÄFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, § 10 N 302; MÜLLER J. P., Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: THÜRER D./AUBERT J.-F./MÜLLER J. P. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 N 53 ff.

18 Siehe oben, II.2.

19 Art. 88 Abs. 4 LOG.

20 BACHER R. (FN 5), S. 6; vgl. auch KELLER M., Administrativuntersuchungen – Die zentralen Fragen aus der Sicht der auftraggebenden Behörde, in: Ehrenzeller B. (Hrsg.), Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, St. Gallen 1999, S. 30, wonach Art und Form der Berichterstattung Gegenstand des zwischen Auftraggeber und Beauftragtem abzuschliessenden Vertrags bilden sollten.

21 BACHER R. (FN 5), S. 6; zur Abwägung zwischen der Informationspflicht des Auftraggebers und den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen siehe auch unten, IV.

hätte auch der CdM sein Verhalten entsprechend ausrichten müssen.

2. Öffentliches Interesse

Das öffentliche Interesse, das die Publikation rechtfertigen kann, ist ein staatliches Interesse, dem dadurch gedient wird, dass der Allgemeinheit Kenntnis von den betreffenden Inhalten gegeben wird. Hingegen kann das Bedürfnis, über gewisse Sachverhalte mehr zu erfahren, nicht von vornherein mit einem öffentlichen Interesse im Rechtssinne gleichgesetzt werden, namentlich nicht der blosse Umstand, dass eine Angelegenheit Staub aufgewirbelt hat. Ein deutscher verfassungsrechtlicher Entscheid sieht ein öffentliches Interesse denn auch nur da als gegeben an, wo «... ein Bezug auf das Gemeinwohl vorliegt, nicht schon wenn eine Angelegenheit öffentliches Aufsehen erregt oder von Medien zum Gegenstand ihrer Aufmerksamkeit erkoren wird»²². Dies kann ohne weiteres auch für die Schweiz gelten²³.

Es kann sein, dass die Veröffentlichung des Berichts geeignet war, in dem Sinne beruhigend zu wirken, dass das glatte Funktionieren der staatlichen Institutionen wieder besser gewährleistet war. Das verfolgte Interesse wäre dann aber auf einen echten Bericht gerichtet gewesen, das heisst auf Sachverhaltsfeststellungen, die in erster Linie eben Licht auf **bestimmte Vorgänge** und nicht auf Personen werfen sollten. Die Vermischung von Disziplinar- und Administrativuntersuchung erscheint auch unter diesem Gesichtspunkt problematisch.

3. Verhältnismässigkeit

Ein staatlicher Eingriff, wie ihn die Publikation darstellt, muss verhältnismässig sein. Das bedeutet nach der Lehre, dass die Massnahme **notwendig** und für die Verwirklichung des verfolgten öffentlichen Interesses **geeignet**, und dass die Eingriffswirkung dem Eingriffszweck angemessen und dem Betroffenen demnach **zumutbar** sein muss²⁴.

Oben wurde bereits erörtert, dass die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse jedenfalls die Gesamtveröffentlichung des Berichts nicht in dieser Form rechtfertigen. Insofern kamen auch dort schon Gesichtspunkte der Verhältnismässigkeit zur Diskussion. Die Feststellung lautete, dass es nicht zulässig war, die Untersuchung an einem – verjährten – Dis-

ziplinarverfahren «aufzuhängen». Nunmehr ergeben sich noch weitere Erwägungen.

Beim Beschluss über die Untersuchung und dann über die Veröffentlichung war zu beachten, dass der Bericht in einem aufgeladenen öffentlichen Klima erschien. Dieses Klima, selbst wenn es grundsätzlich als öffentliches Interesse die Publikation rechtfertigen sollte, war als ein Faktor mit zu berücksichtigen, der die Exponierung der untersuchten Person erhöhte. Das Interesse galt durchaus nicht nur der Person des Untersuchten; insoweit war darauf zu achten, dass die Publikation ohne Schaden für deren Ansehen erfolgte. Aber auch soweit die Aufmerksamkeit tatsächlich Ducry selber betraf, musste die hohe öffentliche Beachtung und damit die langfristige isolierte Wirkung der publizierten Inhalte sorgfältig berücksichtigt werden.

Weil der Titel und die Konklusionen des Berichts ganz auf die Person von Ducry konzentriert waren, mussten auch die Schlagzeilen sowie die Bebilderung entsprechend ausfallen. Die ganz kurzen und pauschalen Qualifikationen seines Verhaltens im Bericht («inammissibile» und «inconciliabile») standen im Vordergrund. Das Verhältnismässigkeitsgebot hätte es indes erfordert, die Wertungen des Verhaltens von Ducry zu spezifizieren, im Gewicht zu nuancieren und mit den verletzten Normen einzeln in Verbindung zu bringen²⁵.

Der Abdruck des **Volltextes** erhöhte die Dramatik der Sache zusätzlich. Zwar wurde dieser von den jeweiligen Zeitungsredaktionen beschlossen, doch mussten sich die Behörden der Möglichkeit bewusst sein, dass die Zuverfügungstellung des komplizierten, kurzfristig schwer zu bearbeitenden Volltextes zur pauschalen Veröffentlichung führen konnte. Damit nahm angesichts der vielen Details auch der Unterhaltungswert und gleichzeitig die Aufmerksamkeit zu Lasten der untersuchten Person zu. Ferner führte der Umfang der Berichterstattung, den der Abdruck des Volltext-

22 BayVerfGH, Entscheid vom 19. April 1994, DVBl 1994 1129.

23 Ähnlich wohl MÜLLER J. P. (FN 17), § 39 N 41; keine Differenzierung in dieser Hinsicht findet sich indes bei WYSS M. P., Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Bern 2001.

24 Vgl. etwa BGE 126 I 119 f.; 124 I 39 f.; 118 Ia 439; grundlegend auch ZIMMERLI U., Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978, II, S. 1 ff.

25 Entsprechende Forderungen stellt BACHER R. (FN 5), S. 10, für den Bericht über eine Administrativuntersuchung.

tes auf mindestens einer ganzen Zeitungsseite zusammen mit Kommentaren und Fotos noch auf andern Seiten, beanspruchte, zu einem «Knalleffekt», der unbedingt hätte mitbedacht werden müssen.

Daraus resultierte insgesamt eine undifferenzierte berufliche Verurteilung von Ducry am Ende seiner Laufbahn als Staatsanwalt. Selbst angenommen, dass die Schwere der Verfehlungen die Publizität an sich rechtfertigte (was uns wenig wahrscheinlich erscheint, ohne aber dazu Stellung zu nehmen), war das Vorgehen auf jeden Fall **unverhältnismässig**.

Das Verhältnismässigkeitsgebot erfordert die sorgfältige Abwägung aller involvierten Interessen²⁶. Diese legt in casu nahe, dass es verschiedene Wege gegeben hätte, den im Spiel stehenden Interessen zu dienen, ohne in solchem Mass die Rechtsgüter des Betroffenen preiszugeben. Im Bewusstsein, dass wir nicht alle konkreten Umstände kennen, um die beste dieser (teilweise kumulativen) Möglichkeiten zu bestimmen, erwähnen wir etwa folgende²⁷:

- Publikation nur der Interpellationsantwort von Staatsrat Pedrazzini: Damit würde der Fall, nicht die Person behandelt.
- Weglassung der persönlich-abschliessend wertenden Formulierungen am Schluss des Berichts oder der veröffentlichten Fassung, oder besser Veröffentlichung einer Kurzfassung des Berichts mit Konzentration auf die Sachverhaltsfeststellungen.
- Wenn die Publikation der persönlich-abschliessend wertenden Formulierungen unabdingbar erscheinen sollte: Genaue Begründung, welches Verhalten wie schwer

wiegt, einschliesslich der Begründung, weshalb diese Beurteilungen zu publizieren sind.

- Weglassung der Rubrizierung des Berichts als Angelegenheit Ducry.
- Begleitende Bemerkungen des CdM zur Publikation, etwa in dem Sinn, dass der Bericht einen kleinen und zeitlich zurückliegenden Ausschnitt aus der Tätigkeit von Staatsanwalt Ducry betrifft, welche hier nicht als solche zur Diskussion steht. Auch ein positives Wort, sofern möglich, wäre aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit angebracht gewesen, um die Tatsache zu berücksichtigen, dass Ducry nur teilweise die Ursache für die aufgestaute öffentliche Aufmerksamkeit war²⁸.

IV. Zusammenfassung: Die grundsätzliche Bedeutung des Falls

Der wichtigste Satz im vorangehenden Text lautet: «Information ist kein Freiwild.» Der geschilderte Fall ist aus dem Bestreben erklärbar, Transparenz in einer Angelegenheit zu schaffen, die öffentliche Aufmerksamkeit erregte. Transparenz meint aber Informationsfähigkeit des Staates, die namentlich im Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen der gesetzlichen Grundlage bedarf und die weiteren Bedingungen solcher Staatstätigkeit wie insbesondere die Verhältnismässigkeit zu erfüllen hat.

Man kann sich schliesslich fragen, was ein Öffentlichkeitsgesetz, wie es im Bund sowie im Kanton Tessin zur Zeit in Diskussion steht, an der Situation ändern würde. Der Schluss dürfte – jedenfalls hier – positiv lauten: Das Problem des Falls liegt darin, dass Transparenz **reaktiv** geschaffen werden sollte, als Antwort auf ein vorhandenes öffentliches Unbehagen. Dadurch trat eine einzelne Angelegenheit ganz unverhältnismässig hervor. Ein Öffentlichkeitsgesetz würde durch das Angebot der Zugänglichkeit von vornherein die Spannung nicht aufkommen lassen und die hier begangenen rechtlich fragwürdigen Pfade unnötig machen. Würden die untersuchten Fakten dagegen in die vorbehaltenen Bereiche fallen, wäre eine solche Klärung auch im umgekehrten Sinne willkommen. ■

26 Ähnlich SCHWEIZER R. J./BURKERT H., Verwaltungsinformationsrecht, in: Koller A./Müller G./Rhinow R. u.a. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 13, nach welchen jeweils sorgfältig zu erörtern ist, ob für die verfolgten Zwecke «überhaupt auf personenbezogene Informationen zurückgegriffen werden muss [...] und wie die jeweilige Informations- oder Kommunikationshandlung in einer Weise vorgenommen werden kann, die die informationellen Grundrechte des Betroffenen so weit wie möglich nicht beeinträchtigt.»

27 Siehe auch die entsprechenden Vorschläge bei BACHER R. (FN 5), S. 11.

28 So für den Bericht über eine Administrativuntersuchung ausdrücklich BACHER R. (FN 5), S. 10.

L'Etat doit-il fournir une identité numérique?

Ariane Ayer

Dr en droit, Romont et Genève

Vincent Tattini

Lic. en droit, Cormondrèche et Genève

Dans un premier temps, le développement du commerce électronique et des transactions informatiques a engendré la nécessité d'identifier les partenaires contractuels. Par la suite, les transactions en ligne se sont étendues aux relations entre administrés et administration.

La nécessité d'identifier formellement l'interlocuteur s'est alors imposée de manière impérative. L'identification de l'internaute est ainsi devenue une condition absolue pour toute transaction.

Le Conseil fédéral, interpellé au Parlement sur cette question¹, a présenté en décembre 2001 un projet de loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSél)², et a mis en consultation un avant-projet de loi sur la signature électronique (AP-LFSél), ainsi qu'un avant-projet de révision du Code des obligations et de la loi sur la concurrence déloyale³.

Outre la notion d'identité numérique (I.), nous aborderons les questions juridiques qui se posent en relation avec la signature numérique (II.) et les systèmes de certification de l'identité numérique (III.). Nous terminerons par quelques propositions conclusives (IV.).

I. Notion d'identité numérique

Une identité numérique, appelée aussi certificat électronique, se décompose en différents éléments, dont l'interaction offre les garanties de sécurité nécessaires à l'identification d'une personne. Ces éléments sont notamment: la clé privée, la clé publique, la clé cryptographique. L'élément visible de l'identité numérique se matérialise ensuite dans la signature numérique.

Dans l'art. 3 de l'avant-projet de la loi fédérale sur la signature électronique (AP-LFSél), le Conseil fédéral propose une définition des différents éléments liés à la problématique de l'identité numérique. Il donne ainsi les définitions suivantes:

- «a. *signature électronique*: des données électroniques qui sont jointes ou liées logiquement à d'autres données électroniques et qui permettent de contrôler l'intégrité de ces données et de les authentifier;
- b. *signature numérique*: une signature électronique qui est apposée au moyen d'une clé privée de création de signature et qui peut être vérifiée au moyen de la clé publique correspondante,
- c. *clé privée*: une clé cryptographique unique et tenue secrète utilisée pour composer une signature numérique;
- d. *clé publique*: une clé cryptographique accessible au public qui permet de vérifier une signature numérique;
- e. *clé cryptographique*: un paramètre utilisé avec un algorithme mathématique pour transformer, valider, authentifier, chiffrer ou déchiffrer des données;
- f. *certificat électronique*: une attestation électronique établissant le lien entre une clé

Zusammenfassung:

Die Entwicklung der elektronischen Kommunikation macht es notwendig, dass sich die verschiedenen Teilnehmer am elektronischen Kommunikationsverkehr sicher und vertrauenswürdig identifizieren können, sei dies nun im Verhältnis unter Privaten oder zum Staat. Der Gebrauch einer digitalen Identität beinhaltet die Möglichkeit der digitalen Signatur attestiert die Herkunft und die Integrität der Nachricht. Der Träger einer digitalen Identität erhält diese von einem Zertifizierungsdienst. Der Staat muss diese Rolle übernehmen. Die laufenden Gesetzesvorhaben würden dies ermöglichen.

1 Cf. notamment la motion «E-Switzerland» 00.3298 déposée le 19 juin 2000, disponible à l'adresse suivante: www.parlement.ch.

2 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les services de certification du 3 juillet 2001, FF 2001 5423 (SCSél).

3 Cet avant-projet est disponible à l'adresse suivante: www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/intro-f.htm (22.01.2002).

Résumé: Le développement des communications informatiques a créé la nécessité de pouvoir identifier les différents interlocuteurs électroniques de manière sûre et vérifiable, que ce soit dans les relations privées ou avec l'administration. L'utilisation d'une identité numérique inclut la possibilité de signer numériquement des données informatiques et d'en attester la provenance et l'intégrité. La titularité d'une identité numérique est attestée par un fournisseur de service de certification. Selon les auteurs, l'Etat devrait assumer ce rôle de fournisseur de certificat numérique. Les projets législatifs en cours le permettent.

- publique et une personne physique, authentifiée par la signature numérique d'un fournisseur de service de certification;
- g. *fournisseur de service de certification*: un organisme qui certifie des informations dans un environnement électronique et qui délivre à cette fin des certificats électroniques.»

Dans la suite de cette contribution, nous utiliserons le terme générique d'identité numérique. Ce terme regroupe schématiquement, au sens de l'art. 3 AP-LFSél: le certificat électronique et la signature numérique, tous deux attestés par le jeu des clés privée et publique.

De manière plus technique, l'identité numérique est générée par un processus mathématique, qui utilise les méthodes de cryptographie, de sorte que son titulaire puisse être identifié de manière certaine. L'identité ainsi générée est attestée dans un certificat, équivalent numérique de la pièce d'identité matérielle que nous connaissons.

Juridiquement, l'obligation de sécurité liée à l'identité d'une personne exige que l'identité numérique repose sur les critères suivants: l'identité doit être unique, attribuée à une seule personne, infalsifiable, certifiée et reconnaissable par quiconque.

Afin de répondre aux critères de sécurité, l'identité numérique générée de manière aléatoire doit être attribuée à une personne déterminée, le titulaire. Dans la mesure où le code identitaire est généré informatiquement de manière aléatoire et simultanée, il est unique et infalsifiable.

Le code identitaire numérique est ensuite attribué à une personne déterminée. Afin de certifier l'adéquation entre l'identité numérique et l'identité réelle du titulaire, ce dernier doit prouver son identité. Afin d'apporter cette preuve, le titulaire doit en général se présenter personnellement auprès d'un fournisseur de certification reconnu ou autorisé⁴.

Afin de permettre l'authentification du titulaire, l'identité numérique doit être facilement

reconnaissable et vérifiable par un tiers, tout en ne permettant pas qu'un non titulaire puisse l'utiliser. Par ailleurs, l'AP-LFSél prévoit une norme de responsabilité pour le titulaire de l'identité numérique en cas d'utilisation abusive de cette dernière⁵.

A cet effet, un système de double codage a été mis sur pied⁶. Le titulaire de l'identité dispose d'un code, appelé clé privée, dont il est le seul détenteur. Il utilisera cette clé privée pour signer - numériquement - tout document électronique et, partant, s'authentifier auprès d'un tiers. Le tiers, souhaitant identifier le signataire, utilisera alors un second code, la clé publique. Cette dernière est accessible à tout un chacun dans les bases de données de l'organisme certificateur, disponibles sur Internet⁷.

L'utilisation de la clé privée permet de surcroît au titulaire de l'identité numérique de crypter les données qu'il entend faire parvenir ou mettre à disposition d'un tiers. Ce dernier peut décrypter ces données au moyen de la clé publique du titulaire et ainsi s'assurer qu'elles n'ont subi aucune modification lors de leur transmission électronique.

Ainsi, le titulaire d'une identité numérique peut non seulement authentifier les données transmises, mais également les crypter au moyen de sa signature numérique. Dès lors, le destinataire d'un message signé et crypté est-il certain à la fois de l'identité de l'expéditeur et à la fois de l'origine et de l'intégrité des données électroniques signées numériquement. Ces deux éléments revêtent une importance accrue lors de la conclusion de contrats par voie électronique⁸ ou lorsqu'il s'agit d'appor-

4 Art. 3 lit. g AP-LFSél.

5 Art. 17 AP-LFSél.

6 Cf. à ce sujet, MICHEL JACCARD, *Forme, preuve et signature électronique*, in: VINCENT JEANNERET, *Aspects juridiques du commerce électronique*, Zurich 2001, p. 113 ss.

7 Cf. à cet égard l'obligation de tenir une liste des certificats électroniques valides et des certificats annulés ou suspendus, prévue à l'art. 12 s. AP-LFSél.

8 Cf. en général sur cette question, MICHEL JACCARD, *La formation des contrats sur Internet et la vente aux enchères en ligne*, in: NATHALIE TISSOT (éd.), *Quelques facettes du droit de l'Internet*, Neuchâtel 2001, p. 51 ss.

ter des preuves lors de conflits comprenant notamment un élément d'extranéité⁹.

L'identité numérique une fois établie, deux questions juridiques se posent: celle des effets de la signature numérique ainsi générée (II.), et celle de l'authentification du titulaire (III.).

II. La signature numérique

A l'heure actuelle, la seule réglementation touchant cette question, l'OSCert¹⁰, ne prévoit pas que l'identité numérique, bien que certifiée, ait des effets équivalents à ceux d'une pièce d'identité matérielle ou d'une signature manuscrite. En l'état de la législation, une signature électronique ne saurait remplacer une signature autographe lors de la conclusion de contrats soumis à une forme particulière; de même, l'identité numérique ne saurait remplacer la production d'une pièce d'identité usuelle lors des relations avec l'administration.

Faisant suite à diverses interpellations parlementaires, le Conseil fédéral prévoit dans l'avant-projet de LFSél, l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature numérique notamment dans les relations de droit privé, par l'introduction d'une nouvelle disposition dans le Code des obligations¹¹. Cette équivalence est soumise à la condition que la signature numérique soit certifiée par un fournisseur de service de certification reconnu¹².

Dans cet avant-projet, le Conseil fédéral n'a pas expressément restreint l'équivalence de l'identité numérique ainsi certifiée aux seules relations de droit privé (art. 1 al. 2 lit. b AP-LFSél). Il n'a pas exclu que la signature numérique déploie le même effet que la signature manuscrite à l'égard des administrations. Il a d'ores et déjà prévu, afin d'être en adéquation avec la pratique de certains offices, la transmission de données par la voie électronique entre les administrés et quelques services de l'administration, tels que le Registre foncier¹³, le Registre du commerce¹⁴ ou l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle¹⁵.

A notre sens, dès que l'équivalence de la signature numérique avec la signature manuscrite sera établie par la loi fédérale, ce mode de signature devra être reconnu autant par les particuliers que par l'Etat, au même titre que la traditionnelle signature manuscrite. Encore faut-il, notamment dans les rapports avec

l'administration que cette dernière prévoit simplement au niveau technique la possibilité pour l'administré de communiquer avec elle par voie électronique¹⁶.

III. Les systèmes de certification

Afin d'attribuer de manière certaine et définitive une identité numérique à une personne, il importe de mettre en œuvre une infrastructure apte à la fois à générer les identités numériques, à gérer les données ainsi créées, à les référencer et à en authentifier le titulaire.

La certification peut être assurée par différents organismes privés ou publics. Actuellement les deux systèmes coexistent. Certains organismes de certification sont des entreprises commerciales entièrement en mains privées, mais certains Etats offrent également une certification officielle, gérée par l'administration publique.

1. La certification privée

Un organisme de certification privée est une entreprise commerciale dont l'activité consiste à générer des identités numériques et d'en authentifier les titulaires. L'Etat n'intervient en principe pas dans ce type d'activité, si ce n'est en édictant des normes de droit public relatives aux conditions-cadre de son exercice.

Dans ce contexte, le titulaire de l'identité numérique est un client de l'entreprise, qui conclut un contrat bilatéral dans lequel il s'engage à verser un certain montant en contrepartie d'une certification numérique et des services qui y sont liés. A titre d'exemple, la certification auprès de Swisskey coûtait pour un particulier, environ CHF 50.– par an.

9 Cf. en général sur la problématique du droit international privé dans le domaine, FRANÇOIS KNOEPFLER, Aspects de droit international privé, in: NATHALIE TISSOT (éd.), Quelques facettes du droit de l'Internet, Neuchâtel 2001, p. 75 ss.

10 Ordonnance sur les services de certification électronique du 12 avril 2000 (OSCert; RS 784.103).

11 Art. 15a du projet de révision du CO.

12 Cf. art. 3 ss du projet SCSél.

13 Cf. l'art. 949a CC du projet de révision en matière de Registre foncier.

14 Cf. les art. 929a et 931 al. 2bis du projet de révision du CO pour le Registre du commerce.

15 Cf. les modifications dans les lois sur la protection des marques (LPM), dans la loi sur les brevets (LBI) et la loi sur les topographies (LTO).

16 Cf. notamment en relation avec la communication avec le Tribunal fédéral, le message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'Organisation judiciaire, FF 2001 4000, 4061 ss.

2. La certification étatique

L'Etat peut également opter pour un système de certification étatique, dépendant de l'administration, qui gère les registres de la population. En Finlande, par exemple, les citoyens peuvent depuis le début de l'année 2000 obtenir une carte d'identité numérique auprès de l'administration¹⁷. L'Autriche offrira également à ses citoyens, d'ici la fin 2002 une identité digitale intégrée à une carte à puce¹⁸. Les infrastructures techniques sont similaires à celles qui sont mises en place par des fournisseurs de certification privés.

La différence essentielle repose sur le fait que l'identité du titulaire est alors authentifiée par l'Etat et non par un tiers. Cette solution offre ainsi les garanties supplémentaires d'un service public, notamment une garantie de continuité, une certaine crédibilité et plus de sécurité.

3. La solution suisse

En Suisse, le système de certification par une entreprise privée a été jusqu'ici privilégié. Le Conseil fédéral a édicté une unique ordonnance dans le domaine, sous la forme d'une réglementation expérimentale, l'OSCert, par ailleurs édictée sans base légale formelle, système douteux du point de vue du principe de la légalité¹⁹. Cette réglementation vise «à promouvoir la fourniture de services de certification électronique sûrs à un large public, à encourager l'utilisation et la reconnaissance juridique des signatures numériques et à permettre la reconnaissance internationale des fournisseurs de service de certification et de leurs prestations²⁰».

L'ensemble de l'ordonnance vise plus à offrir aux fournisseurs de services de certification un cadre ainsi qu'un label de qualité, qu'à garantir une protection des utilisateurs ou des titulaires d'identité numérique. Les clients de l'en-

treprise Swisskey en ont récemment fait l'expérience. En effet, Swisskey qui était la plus importante des entreprises offrant ce type de service, a cessé ses activités au 31 décembre 2001, en raison du manque de rentabilité de la certification numérique. Depuis lors, la Suisse ne compte aucun organisme susceptible d'authentifier une identité numérique.

Dans le cadre de l'élaboration des projets législatifs dans le domaine de la certification de la signature électronique, le Conseil fédéral a repris les termes de l'OSCert et a proposé au Parlement un projet de loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (P-SCSél)²¹. Ce projet de loi, tout en fournissant la base légale qui actuellement fait défaut à l'OSCert, règle les modalités de la certification de l'identité numérique.

L'AP-LFSél désigne ces organismes en tant que «fournisseur de services de certification» (art. 3 lit. g AP-LFSél). Il soumet la reconnaissance de ces fournisseurs à des conditions (art. 4 AP-LFSél) et en organise la surveillance par des organismes de reconnaissance (art. 15 AP-LFSél).

Si le système actuellement en vigueur paraît insatisfaisant, pour les motifs indiqués ci-dessus, l'ensemble des projets législatifs proposés par le Conseil fédéral va profondément modifier cet état de fait. Non seulement, il met ainsi sur pied les bases légales formelles requises, mais il ouvre encore largement la porte aux futurs développements dans ce domaine, tout en garantissant une certaine protection des utilisateurs.

De surcroît, les projets ne limitent pas la compétence de fournir une identité numérique aux seuls fournisseurs de certification privés; ils laissent ainsi ouverte la possibilité d'attribuer une telle tâche à un organisme de l'Etat.

IV. Perspectives et conclusion

L'expérience récente a montré les limites de la certification privée. En effet, tous les titulaires-clients d'identité numérique générés, gérés et authentifiés par Swisskey, se sont retrouvés sans préavis et sans leur faute, privés de leur identité numérique, et, partant, de leurs clés privée et publique ainsi que de leur certificat numérique.

17 Cf. AMBROS MARZETTA, RAUL STÖCKLE, OLIVER VATERLAUS, Braucht die Schweiz einen amtlichen digitalen Ausweis?, Rapport rédigé à l'intention de l'Office fédéral de la justice, Berne 2002, p. 26 ss.

18 Cf. MARZETTA, STÖCKLE, VATERLAUS, op. cit., p. 32.

19 A ce sujet, notamment, BERTIL COTTIER, Impact des nouveaux médias sur la science et la pratique du droit, in: NATHALIE TISSOT (éd.), Quelques facettes du droit de l'Internet, Neuchâtel 2001, p. 14 et les réf. citées n. 40.

20 Art. 1 al. 2 OSCert.

21 Cf. Message du Conseil fédéral du 3 juillet 2001, FF 2001 5423.

A l'appui de sa défection, Swisskey n'a pu invoquer que des motifs liés à l'absence de rentabilité de la fourniture de ce type de service. Vu les implications d'une telle décision pour l'ensemble des titulaires, on peut s'interroger sur la nécessité pour l'Etat d'assurer la fourniture de ce type de service, au même titre qu'il lui incombe de fournir des papiers officiels, tels que notamment les cartes d'identité, les passeports, les permis d'établissement ou les permis de conduire.

Bien que dans une économie de marché, l'Etat n'ait pas à se substituer aux entreprises privées, il apparaît que dans ce domaine, l'Etat a bel et bien un rôle à jouer.

Dans le domaine de l'identité, l'Etat ne peut ni laisser, ni même déléguer des tâches de fourniture de pièces d'identité à des tiers privés. En effet, la simple délégation de tâche étatique à des privés pose inévitablement des questions de protection des utilisateurs, de crédibilité et de sécurité.

L'identité numérique fournie par l'Etat revêt nécessairement un caractère officiel indéniable, requis dès qu'il s'agit d'authentifier une personne. Cette nécessité devient une évidence dès lors que le titulaire communique avec l'administration ou qu'il exerce ses droits politiques. Le développement des projets d'e-voting et de guichet virtuel par la Confédération et les cantons impose, simplement pour des raisons démocratiques, que l'Etat vérifie systématiquement l'identité des votants et qu'il puisse identifier avec certitude l'administré qui effectue une démarche administrative. Dès lors, l'Etat peut difficilement se fier, dans ce contexte, à la certification offerte par un fournisseur de certification privé; l'Etat ne peut se permettre de prendre ce genre de risque, a fortiori lorsque le fournisseur en question cesse ses activités à bref délai.

Il nous apparaît dès lors indispensable que l'Etat assure la fourniture de l'identité numérique, au même titre qu'il fournit les papiers d'identité usuels.

La fourniture par l'Etat d'une identité numérique pose inévitablement la question des coûts générés par la mise en place et l'utilisation d'un tel service. Il apparaît toutefois qu'à première vue, les infrastructures administratives actuelles pourraient sans trop de difficultés assurer un service d'authentification. Nous pensons notamment aux actuels bureaux communaux, préfectoraux, bureaux des passeports, police des étrangers et offices de la population, qui assument déjà aujourd'hui des tâches d'information et de certification de l'identité des administrés qui s'adressent à leurs guichets. Les seuls coûts additionnels seront générés par la mise sur pied d'une infrastructure apte à assurer la création et la gestion des identités numériques. Toutefois, les registres contenant les données identitaires de la population sont déjà informatisés. Par ailleurs, un émolument pourra être perçu pour la fourniture d'une identité numérique, comme c'est déjà le cas pour la délivrance des papiers d'identité.

Il importerait toutefois de fixer des critères permettant de définir le cercle des personnes pouvant requérir une identification numérique auprès de l'Etat. Outre les nationaux, résidents ou non sur le territoire, il importerait d'inclure également les non-nationaux résidant sur le territoire de la Confédération en application d'un critère fiscal. Une telle mesure serait apte à assurer la «*promotion de la fourniture de services de certification électroniques sûrs à un large public*» que le Conseil fédéral appelle de ses vœux dans l'art. 1 al. 2 lit. a de l'avant-projet de loi fédérale sur la signature électronique.

La décision finale appartient pour l'instant au Parlement. ■

Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie

Sandro Macciachini

Dr. iur., Rechtsanwalt, Rechtskonsulent der Tamedia, Zürich

Résumé: *L'auteur peut défendre aux tiers de communiquer son œuvre. Ce droit d'interdiction heurte la liberté d'opinion. En matière de photographie notamment, on peut distinguer deux cas de figure: dans le premier, l'auteur d'une photographie peut interdire aux tiers de prendre la même photo; dans le second, il peut en outre interdire l'utilisation d'une reproduction de sa photographie, par exemple d'une épreuve sur papier. Ces deux hypothèses conflictuelles tombent au vu de la réglementation sur les conditions préalables et les limites de la protection légale. Dans ce contexte, l'exigence de l'individualité de l'œuvre revêt une importance centrale. Si elle n'est pas remplie, c'est la protection de la prestation qui peut intervenir. Celle-ci se rattache non pas au bien intellectuel, mais au résultat d'un travail. Dans le cas de la photographie, cela signifie qu'on peut interdire la copie d'une épreuve sur papier, mais non une nouvelle prise de vue.*

I. Der Konflikt

Das alte URG enthielt unter der Marginalie «Neuaufnahme schon photographierter Gegenstände» die folgende Bestimmung: «Das Urheberrecht an einem Werke der Photographie schliesst das Recht eines andern nicht aus, den photographierten Gegenstand neuerdings aufzunehmen, selbst wenn die spätere Aufnahme vom gleichen Standort aus und auch sonst unter den gleichen Verhältnissen wie die frühere Aufnahme gemacht wird».¹ Die Bestimmung fehlt im heutigen URG². In der Tat handelte es sich dabei nicht um eine auf die Fotografie beschränkte Regel, sondern um eine allgemeine Maxime des Urheberrechts. Sie lässt sich wie folgt umformulieren: Jeder soll andern mitteilen können, was er gehört, gesehen oder sonstwie erfahren hat, oder kurz: Jeder soll seine Meinung frei äussern können.

So selbstverständlich diese Maxime erscheint, so grundlegend ist ihr Konflikt mit den Zielen des Urheberrechts. Denn das URG gewährt dem Urheber ein Recht an dem von ihm geschaffenen geistigen Gut, und dieses Recht kann mit einer Mitteilung eines Dritten kollidieren. Um dies am Beispiel der Fotografie zu illustrieren: Der Urheber einer geschützten Fotografie kann Dritten verbieten, das Werk zu reproduzieren. Dies ist auf zwei Arten möglich: Der Dritte kann das gleiche Motiv in der gleichen Art und Weise noch einmal fotografieren. Oder der Dritte vervielfältigt das Negativ oder einen Abzug der Fotografie des Urhebers. In beiden Fällen materialisiert der Dritte den Gehalt der geschützten Fotografie erneut,

einmal ohne und einmal mit Einsatz des Bildträgers.

Die beiden Konfliktsituationen löst das Urheberrecht an unterschiedlichen Stellen: Der erste Konflikt ist Gegenstand der Schutzvoraussetzungen: Diese bestimmen, wann der Urheber geltend machen kann, das Werk eines Dritten sei ein Plagiat seines eigenen Werks. Der zweite Konflikt ist Gegenstand der Schutzschranken: Diese bestimmen, wann ein Dritter ein geschütztes Werk ohne Zustimmung des Urhebers verwenden darf. Verfassungsrechtlich gesprochen liegt beiden Fällen ein Konflikt zwischen der Eigentumsgarantie und dem Recht auf Meinungsfreiheit zu Grunde. Im Folgenden ist am Beispiel der Fotografie darzustellen, wie das Gesetz diesen Konflikt löst³. Ergänzend ist auf den Leistungsschutz durch die verwandten Schutzrechte und das Wettbewerbsrecht hinzuweisen. Abschliessend ist auf den jüngst vom Zürcher Obergericht gefällten Entscheid in der Sache «Gisela Blau vs. BBC» einzugehen, zu beurteilen war die unautorisierte Verwendung einer Fotografie in einer Fernsehsendung.

II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Urheberrechte sind durch die Eigentumsгарantie geschützt.⁴ Aus der Verfassungsgarantie

3 Näheres und weitere Hinweise zum Folgenden bei MACCIACHINI S., Urheberrecht und Meinungsfreiheit: Untersucht am Gegenstand der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in der Berichterstattung der Medien, Diss. Zürich, Bern 2000.

4 Art. 26 Abs. 1 BV. Zum Urheberrecht in der Verfassungsordnung siehe auch ERIC PAHUD, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Diss. Zürich, Bern 2000. Zum (vermeintlichen) Schutz der Urheberrechte durch den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitschutz (Art. 10 Abs. 2 BV) siehe MACCIACHINI (Fn. 3), S. 65 ff.

1 Art. 16 des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922.
2 Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992.

folgt, dass dem Urheber grundsätzlich die Kontrolle über die von ihm geschaffenen geistigen Güter zuzuordnen ist. Einschränkungen ergeben sich aus anderen Grundrechten, namentlich aus der Meinungs- und der Medienfreiheit.⁵ Es liegt eine Kollision gleichrangiger Rechte vor, welche vom Gesetzgeber und von den Gerichten (Gebot der verfassungskonformen Auslegung) durch eine regelnde Wertung zu ordnen sind. Einschränkungen müssen sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen und verhältnismässig sein.⁷ Dies gilt nicht nur für die Regelung der urheberrechtlichen Schranken – auch Objekt und Inhalt des Urheberrechts sind das Resultat einer Wertung.

Zentraler Wertungsgesichtspunkt bei der Formulierung von Schrankenbestimmungen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen einer freien Verwendung.⁶ Um diese zu bestimmen, ist zu prüfen, welche Verwertungsmöglichkeiten dem Urheber nach Abzug der für frei erklärten Verwendungen verbleiben. Falsch gestellt wäre die Frage, ob die freie Nutzung Auswirkungen auf den Markt des Werkes hat. Denn dies ist auf Grund der immateriellen Natur des Schutzobjekts immer der Fall; der Markt eines Werkes entspricht der Summe der möglichen Verletzungen. Gleiches ergibt sich aus dem in der RBÜ⁸ und dem TRIPs⁹ statuierten «3-Schritte-Test».¹⁰ Danach sind Einschränkungen des Urheberrechts zulässig, wenn sie sich auf bestimmte Sonderfälle beschränken, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unangemessen verletzen.

5 Art. 16 und 17 BV; nachfolgend ist vereinfachend von Meinungsfreiheit die Rede. Zum Konflikt zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit (Art. 21 BV) siehe DE WERRA J., *Liberté de l'art et droit d'auteur*, *medialex* 2001, S. 143 ff.

6 Untaugliche Wertungsgesichtspunkte sind die Formeln «Im Zweifel für den Urheber» und «Schrankenbestimmungen sind restriktiv ausulegen»; diese widersprechen der Gleichrangigkeit der betroffenen Grundrechte.

7 Art. 36 Abs. 2 und 3 BV.

8 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der Fassung der Pariser Konferenz vom 24. Juli 1971, für die Schweiz am 25. September 1993 in Kraft getreten.

9 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 14. April 1994, für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft getreten.

10 Art. 9 Abs. 2 RBÜ; Art. 13 TRIPs; siehe a. Art. 10 WCT (OMPI-Abkommen betreffend das Urheberrecht vom 20. Dezember 1996; von der Schweiz Ende 1996 unterzeichnet, aber noch nicht in Kraft getreten).

Diese Bedingungen decken sich mit den aus der Eigentumsgarantie abzuleitenden Gesichtspunkten: Die Pflicht, Schrankenbestimmungen auf bestimmte Sonderfälle zu beschränken, entspricht dem verfassungsrechtlichen Gebot, dem Urheber grundsätzlich die Kontrolle über die von ihm geschaffenen Güter zuzuordnen, also das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme zu wahren. Das Verbot einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werks deckt sich mit dem Gebot, dass dem Urheber unter dem Strich genügend verbleiben muss. Der dritte «Schritt», das Verbot der unzumutbaren Beeinträchtigung der Rechte des Urhebers, entspricht dem Gebot der Verhältnismässigkeit von Grundrechtseinschränkungen.

III. Schutz geistiger Güter

1. Objekt des Schutzes

Objekt des Urheberrechts sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst.¹¹ Das Werk ist zu unterscheiden vom Werkträger, welcher das geistige Gut verkörpert. Die Unterscheidung ist Voraussetzung dafür, dass sich zum Beispiel der Urheber einer Fotografie nicht nur gegen die Vervielfältigung eines Werkträgers wehren kann, sondern auch gegen eine erneute Aufnahme. Die geistige Natur des Werks begründet damit einen sehr weiten Schutzbereich, die dahinter stehende Wertung ist eine solche zu Gunsten des Urhebers.

Die Unterscheidung zwischen Werk und Werkträger hat zur Folge, dass im Konfliktfall zu prüfen ist, welchen geistigen Gehalt eine in Frage stehende physische Erscheinung hat. Zu diesem Zweck muss die Erscheinung gedeutet, sie muss dechiffriert werden. Dabei leistet die Zeichentheorie wertvolle Dienste. Diese unterscheidet zwischen dem Zeichen als physische Erscheinung und dem, was vom Zeichen ausgesagt wird, dem Gehalt. Das dritte Element im «semiotischen Dreieck» ist der Gegenstand oder Vorgang, auf den ein Zeichen sich beziehen kann. Ein Beispiel: Die 5 Buchstaben «Katze» können in dieser Reihenfolge als Zeichen verwendet werden, um eine geistige Vorstellung hervorzurufen und um einen bestimmten Gegenstand zu bezeichnen¹². Damit sind

11 Art. 2 Abs. 1 URG.

12 Nicht jedes Zeichen bezieht sich auf einen Gegenstand, wie das Beispiel «Einhorn» zeigt, jedes Zeichen hat aber einen Gehalt, ansonsten es kein solches wäre.

Zusammenfassung:

Der Urheber kann Dritten verbieten, sein Werk mitzuteilen. Dieses Verbotsrecht kollidiert mit der Meinungsfreiheit.

Am Beispiel der Fotografie können zwei Fälle unterschieden werden: Der Urheber einer Fotografie kann Dritten verbieten, das gleiche Foto zu machen. Er kann zudem untersagen, eine Vervielfältigung seiner Fotografie, zum Beispiel einen Papierabzug, zu verwenden. Beide Konstellationen sind bei der Regelung der Voraussetzungen und der Schranken des Schutzes aufzulösen. Dabei kommt dem Erfordernis der Individualität des Werks zentrale Bedeutung zu. Werke sind soweit individuell, als ausgeschlossen werden kann, dass sie ein Dritter hätte schaffen können. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kann der Leistungsschutz greifen. Dieser knüpft nicht am geistigen Gut an, sondern an einem Arbeitsergebnis. Im Fall der Fotografie bedeutet dies, dass ein Verbotsrecht gegen das Kopieren eines Papierabzugs möglich ist, nicht aber gegen eine erneute Aufnahme.

bereits zahlreiche Probleme der Zeichendeutung angesprochen: «Katze» kann je nach Kontext eine Bestimmung zoologischer Natur sein, aber auch die Hauskatze oder die Inkarnation des Unglücks meinen. Dessen ungeachtet liegt die wesentliche Bedeutung einer zeichentheoretischen Betrachtungsweise für das Urheberrecht in der Erkenntnis der funktionellen Natur des Werkträgers: Zeichen fungieren als etwas, das für etwas anderes steht.¹³

Aus dem beschriebenen Zusammenhang zwischen Zeichen und Gehalt folgt, dass die in der Lehre immer noch anzutreffende Unterscheidung zwischen der geschützten Form des Werks und dem nicht geschützten Inhalt¹⁴ resp. der nicht geschützten Information¹⁵ nicht durchführbar ist. Jedes Zeichen ist gleichzeitig – bei Nichtkenntnis der Bedeutung – pure Form und – bei Deutung der Zeichen – purer Inhalt. Aus dem Verhältnis zwischen Zeichen und Gegenstand wiederum folgt, dass die in der Lehre anzutreffende Unterscheidung zwischen der geschützten Darstellung und dem nicht schützbaaren Gegenstand, auch *Sujet/Motiv/Thema* genannt,¹⁶ zwar durchführbar ist, aber das urheberrechtlich schützbaare Objekt nicht weiter eingrenzt. Selbstverständlich ist der Gegenstand, auf welchen ein Zeichen verweist, also zum Beispiel die Hauskatze, nicht urheberrechtlich geschützt. Die darauf verweisende Vorstellung aber ist, weil geistig, grundsätzlich urheberrechtlich schützbar. Im Falle der Fotografie bedeutet dies, dass einer Fotografie nicht deshalb der Schutz abgesprochen werden kann, weil sie reale Zustände oder Vorgänge zeigt. «Zeigen» bedeutet nichts anderes, als dass im Geiste des Betrachters eine Vorstellung hervorgerufen wird. Diese Vorstellung ist das Schutzobjekt des Urheberrechts – die geistige Schöpfung des Fotografen.

2. Inhalt des Schutzes

Der Urheber hat das ausschliessliche Recht an seinem Werk sowie das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft.¹⁷ Das Ausschliesslichkeitsrecht verschafft dem Urheber das alleinige Recht, über die Vermittlung seines Werks zu bestimmen. Mit anderen Worten: Das Urheberrecht sichert dem Urheber die Kontrolle über die Kenntnisnahme seiner Schöpfungen durch Dritte. Diese Kontrolle ist indirekter Natur: Der Urheber kann Dritten nicht verbieten, das Werk zur Kenntnis zu nehmen, sondern bloss, es anderen zu vermitteln. Es ist zum Beispiel nicht verboten, eine geschützte Fotografie anzuschauen, sie darf aber nicht kopiert werden. Das Kopierverbot ist aber nicht Selbstzweck, sondern soll den Konsum mittelbar erfassen. Dahinter steht eine Wertung zugunsten der Meinungsfreiheit. Denn ein Verbot der Kenntnisnahme selbst hätte eine unmittelbare Verrechtlichung der Geistestätigkeit zur Folge; das unautorisierte Anschauen einer Fotografie etwa wäre zivil- und strafrechtlich verfolgbar. Das Gesetz löst diesen Konflikt durch eine Anknüpfung der Regelung des Schutzzinhalts an der Werkvermittlung.

3. Voraussetzungen des Schutzes

A. Individualität als massgebliches Kriterium

Das Gesetz definiert das Werk als eine geistige Schöpfung der Literatur und Kunst, die einen individuellen Charakter hat; unbeachtlich sind Wert und Zweck des Werks.¹⁸ Aus der nicht abschliessenden Aufzählung der geschützten Werkkategorien folgt, dass die Begriffe «Literatur» und «Kunst» sehr weit zu verstehen sind. Wert und Zweck des Werks sind gänzlich irrelevant. Demzufolge kommt der Schutzvoraussetzung der Individualität die Aufgabe zu, die Spreu vom Weizen zu trennen. Nur: Welche Werke sind schutzwürdig? Die Frage ist falsch gestellt. Aufgabe des Kriteriums der Individualität ist es, den Konflikt zwischen Urheberrecht und Meinungsfreiheit zu lösen. Der Urheber hat generell ein Interesse an einer Kontrolle seiner geistigen Schöpfungen. Entscheidend ist, dass Dritte ein geschütztes Werk nicht mehr selbst wahrnehmbar machen können, denn dies würde das Recht des Urhebers daran verletzen.¹⁹ Die massgebende Frage lautet deshalb: Welche Werke dürfen nicht geschützt werden? Es sind dies jene Schöpfungen, die ein Dritter ebenfalls

13 Zur Frage, ob es nicht auch urheberrechtlich geschützte Werke gibt, die überhaupt keinen Gehalt haben, siehe MACCIACCHINI (Fn. 3), S. 19 f.
14 Siehe etwa DESSEMONTET F., *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, N 48 ff.
15 Siehe etwa REHBINDER M./ROHNER C., *Zum rechtlichen Schutz der Nachrichtenagenturen am Beispiel der Schweizerischen Depeschagentur*, UFITA 139 (1999), S. 123 ff.
16 Siehe etwa KUMMER M., *Das urheberrechtlich schützbaare Werk*, Bern 1968, S. 15 f. und 165.
17 Art. 9 Abs. 1 URG; siehe auch Art. 10 ff. URG.
18 Art. 2 Abs. 1 URG.
19 Zum (unzutreffenden) Argument, das Urheberrecht lasse Doppelschöpfungen zu, es liege also gar nie einen Eingriff in die Meinungsfreiheit vor, siehe MACCIACCHINI (Fn. 3), S. 95 ff.

hätte schaffen können. Denn in diesem Fall ist das Interesse des Urhebers an einem Schutz seiner Schöpfung nicht höherwertig als jenes des Dritten an einer freien Verwendung. Im gegenteiligen Fall jedoch ist der Urheberrechtsschutz zu gewähren, denn ohne den Urheber gäbe es das zu schützende Gut gar nicht.²⁰

Für den Fall der Fotografie bedeutet dies: Zwei vom gleichen Standpunkt aus und unter den gleichen Bedingungen gemachte Fotografien geraten nie in einen urheberrechtlichen Konflikt. Denn in den übereinstimmenden Elementen fehlt ihnen der individuelle Charakter. Damit ist die einleitend zitierte Bestimmung im alten URG zur «Neuaufnahme schon photographierter Gegenstände» im Erfordernis der Individualität des Werks enthalten.²¹ Ob ein Werk auch von einem Dritten hätte geschaffen werden können, bestimmt sich nach dem Entscheidungsspielraum, der dem Schöpfer offen gestanden ist. Dieser Spielraum ist umso grösser, je zahlreicher die zu treffenden Entscheidungen sind und je weniger diese durch vorgegebene Faktoren bestimmt wurden. Dabei kann unterschieden werden zwischen konzeptionellen Entscheidungen und der Wahl der Darstellungsmittel. Zu Ersteren zählt bei der Fotografie²² die Auswahl und Anordnung des Motivs sowie der Zeitpunkt der Aufnahme. Zu den Darstellungsmitteln zählen insbesondere die Beleuchtung, die Tiefenschärfe, der Einsatz von Farbe und allfällige Verfremdungen und Verzerrungen.²³ Alle Faktoren zusammen ergeben die Gestaltung der geistigen Schöpfung des Fotografen.

B. Ein- und Abgrenzungen

Der hier vertretene Begriff der Individualität deckt sich im Ergebnis mit der Lehre KUMMERS von der statistischen Einmaligkeit des Werks. Nach KUMMER ist die Schöpfung zu vergleichen «mit dem, was da ist, aber auch mit dem, was da sein könnte».²⁴ Die Bezeichnung «statistische Einmaligkeit» ist allerdings etwas unglücklich.²⁵ Denn es droht vergessen zu gehen, was die Einmaligkeit begründet: Es ist dies die Gestaltung der geistigen Schöpfung, nicht das tatsächliche Vorkommen. Im Falle der Fotografie bedeutet dies:

Eine Fotografie hat nicht deshalb einen individuellen Charakter, weil auf Grund äusserer Umstände ausgeschlossen werden kann, dass in Zukunft ein gleiches Werk geschaffen wird. «Historische Einmaligkeit» in diesem Sinne

reicht nicht aus, die Einmaligkeit muss in der Gestaltung selbst begründet sein. Ansonsten würde sich der Urheberrechtsschutz eines Werks mit den äusseren Umständen verändern. Insbesondere könnte sich die historische Einmaligkeit erst nachträglich ergeben, zum Beispiel wenn ein Fotograf das einzige Foto einer seltenen Vogelart schiesst und diese dann ausstirbt. Oder der Hausfotograf eines Stars könnte die Einmaligkeit seiner Bilder mit seinem Exklusivvertrag begründen, der Fotos Dritter ausschliesst.

Eine Fotografie ist auch nicht allein deshalb individuell, weil sie von andern unterscheidbar ist. Letzteres ist bei einer genügend mikroskopischen Optik immer gegeben, im Extremfall im einzelnen Bildpunkt.²⁶ Würde man bloss «Einmaligkeit des Vorkommens» genügen lassen, wäre jede Fotografie geschützt, gleichzeitig könnte keine Fotografie mehr das Urheberrecht eines anderen Fotografen verletzen. Der Urheberrechtsschutz würde auf einen blossen Schutz des Werkträgers gegen eine technische Reproduktion schrumpfen. Konsequenterweise müsste man dann überhaupt jede geistige Schöpfung schützen, die einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Der Urheberrechtsschutz würde dann uferlos,

20 Das genügt als Rechtfertigung, es ist nicht nötig, auch noch die Persönlichkeit des Urhebers als «Ursprung der Schöpfung» heranzuziehen, so aber etwa PFEIFER K.-N., Individualität im Zivilrecht, Habil. Kiel, Tübingen 2001, S. 76 f. Dabei wird verkannt, dass aus der Einmaligkeit des Individuums nicht auch die Einmaligkeit seiner Äusserungen folgt.

21 Das aURG kannte den Begriff des individuellen Charakters noch nicht.

22 Der Begriff der Individualität ist bei allen Werkkategorien derselbe, da sich der aufzulösende Konflikt zwischen Urheberrecht und Meinungsfreiheit bei allen Werkkategorien gleichermaßen stellt. Die einzelnen Werkkategorien unterscheiden sich aber in den konzeptionellen Möglichkeiten und der Gestaltungsmittel, die Individualität zu erreichen. Abw. SOMMER B.I./GORDON C., Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit?, sic! 2001, S. 299, wonach dem Begriff der Individualität «keine einheitliche Bedeutung» zukomme.

23 Siehe etwa KGER. St. Gallen, sic! 2000, S. 188 und die dort zit. Lit.

24 KUMMER (Fn. 16), S. 30.

25 KUMMER (Fn. 16), verwendete den Begriff nur einmal, auf S. 80, anders dann die nachfolgende Lehre, siehe etwa TROLLER A., Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, in: FS Max Kummer, Bern 1989, 265 ff.

26 So auch STRAUB W., Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, S. 5. Nach STRAUB, ebenda, S. 6. ist allerdings auch nicht danach zu fragen «von welchem Punkt aus oder mit welcher Blende fotografiert wurde», da diese Entscheidungen nicht im Werk selbst wahrnehmbar seien. Die Blende ist aber zweifellos ein Gestaltungsmittel (sie beeinflusst die Tiefenschärfe) und die Distanz zum Motiv ist eine konzeptionelle Entscheidung, beides bestimmt den Gehalt des Werks.

wie folgendes Beispiel belegt: Die Aussage, X habe sich so und so geäußert, würde das Urheberrecht von X an der zitierten Aussage verletzen. Diese Überlegungen zeigen, dass die Individualität in der Gestaltung selbst gegeben sein muss.

Aus dem Gesagten folgt ein Weiteres: Vorbereitungshandlungen und Entscheidungen, die zum Werk geführt haben, darin aber nicht zum Ausdruck kommen, sind unerheblich. Der Weg zum Werk ist nicht Teil seines Gehalts. Ansonsten könnte der Schutz der Meinungsfreiheit unterlaufen werden: Würde ein geistiges Gut lediglich infolge einmaliger Vorleistungen geschützt, so könnte ein Monopol an einer Darstellung begründet werden, die für sich genommen nicht individuell ist. Folge davon wäre ein Verbot gegenüber Dritten, obwohl diese ein gleiches Gut ebenfalls hätten schaffen können. Aus diesem Grund könnte zum Beispiel der Entdecker von Atlantis den Schutz seiner Fotografie der Insel nicht damit begründen, dass niemand ausser ihm die Insel gefunden hätte. Der Weg nach Atlantis ist nicht Teil der Fotografie von Atlantis; nur so ist sichergestellt, dass die Freiheit zur Darstellung der Insel erhalten bleibt. Dem Bedürfnis nach einem Schutz von Leistungen, die sich nicht in einem individuellen Gehalt des Werks niederschlagen, ist ausserhalb des Urheberrechts Rechnung zu tragen;²⁷ darauf ist weiter unten näher einzugehen.²⁸

4. Schranken des Schutzes

A. Zitatrecht

Veröffentlichte Werke dürfen zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist.²⁹ Dem Zitatrecht liegt eine Wertung zu Gunsten der Meinungsfreiheit zu

Gründe für jene Fälle, in denen die Werkwiedergabe als Beleg erforderlich ist. Umstritten ist, ob auch Bilder (Malerei, Grafik, Fotografie) zitiert werden dürfen. Ein Teil der Lehre befürchtet eine Aushöhlung des Urheberrechts, da zur Erfüllung des Zitzatzwecks oft die Wiedergabe des ganzen Bildes erforderlich ist.³⁰ Die Mehrheit spricht sich für die Zulässigkeit des Bildzitats aus.³¹ Dies zu Recht. Denn der Wortlaut des Gesetzes nimmt die Bilder nicht von den zitierbaren Werken aus. Aus dem Begriff «Zitat» folgt auch nicht, dass die Werke nur auszugsweise zitiert werden dürfen, das anerkennen auch diejenigen Autoren, welche die Zulässigkeit des Zitats von bildlichen Darstellungen verneinen.³² Es ist deshalb zweifelhaft, ob Art. 10 i. V. m. Art. 25 URG überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde für ein unter Strafandrohung³³ stehendes Verbot des Bildzitats. Für die Zulässigkeit des Bildzitats sprechen aber vor allem verfassungsrechtliche Überlegungen:

Wenn jedes geschützte Bild nur mit Zustimmung des Urhebers verwendet werden könnte, wäre die Meinungsfreiheit in hohem Masse eingeschränkt. Denn eine Auseinandersetzung mit den in Bildern ausgedrückten Meinungen und Ideen ist vielfach nur möglich, wenn die eigene Aussage dem Bild gegenübergestellt werden kann; sprachliche Bildbeschreibungen vermögen oft nicht zu genügen. Auf der anderen Seite werden die urheberrechtlichen Interessen bei Bildziten nicht generell in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Dies schon deshalb nicht, weil auch ein Bildzitat nur einen Werkausschnitt umfassen kann, zum Beispiel bei einem Comic. Werden ganze Bilder zitiert, so ist den Interessen der Urheber dadurch Rechnung zu tragen, dass höhere Anforderungen an den Zitzatzweck gestellt werden als bei einem ausschnittweisen Zitat.

Im Konfliktfall ist zwecks Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu fragen, welche Verwertungsmöglichkeiten bei Vergütungsfreiheit der in Frage stehenden Verwendung verbleiben würden. Dies erfordert eine Bestimmung des betroffenen Marktes.³⁴ Sind die Auswirkungen bekannt, können die Anforderungen an die Erforderlichkeit des Zitats bestimmt werden. In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob der so bestimmte Eingriff in das Urheberrecht zum Schutze der Meinungsfreiheit gerechtfertigt ist.³⁵ Dieses Prüfungsschema entspricht dem «3-Schritte-Test» völkerrechtlich

27 So schon KUMMER M. (Fn. 16), S. 208 ff.

28 Ziff. IV.

29 Art. 25 Abs. 1 URG.

30 BARRELET D./EGLOFF W., Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 1994; URG 25 N 2; DESSEMONTET (Fn. 14), N 491.

31 Nachweise bei MACCIACHINI (Fn. 3), S. 184 Fn. 256.

32 BARRELET/EGLOFF (Fn. 30), URG 25 N 4; wohl auch DESSEMONTET (Fn. 14), N 484.

33 Art. 67 URG.

34 Siehe auch REINBOTHÉ J., Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, in: FS Robert Dittich, hrsg. von Helmuth Tades et al., Wien 2000, S. 258.

cher Verträge: Auf Grund der Belegfunktion des Zitats handelt es sich um einen bestimmten Sonderfall. Das Verbot einer Beeinträchtigung der normalen Verwertung des Werkes bestimmt die an den Zitatzweck zu stellenden Anforderungen. Im Weiteren muss der Eingriff zum Schutz der Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein, das heisst, die berechtigten Interessen des Urhebers dürfen nicht unangemessen verletzt werden. In rechtsvergleichender Hinsicht ist von Interesse, dass deutsche und österreichische Gerichtsurteile das Bildzitat auch ausserhalb von wissenschaftlichen Werken, namentlich in Massenmedien, für zulässig erachten,³⁶ dies entgegen dem jeweiligen Gesetzeswortlaut.³⁷

B. Berichterstattung über aktuelle Ereignisse

Soweit es für die Berichterstattung über aktuelle Ereignisse erforderlich ist, dürfen die dabei wahrgenommenen Werke aufgezeichnet, vervielfältigt oder sonst wie wahrnehmbar gemacht werden.³⁸ Der Bestimmung liegt eine Wertung zu Gunsten der Meinungsfreiheit zu Grunde für jene Fälle, in denen die Berichterstattung über ein aktuelles Ereignis die Wahrnehmbarmachung eines Werks erfordert. Dabei kann die Wiedergabe eher beiläufigen Charakter haben, das Werk kann aber auch im Zentrum der Berichterstattung stehen. Immer aber muss das Werk anlässlich eines Ereignisses wahrnehmbar gewesen sein, Wahrnehmbarkeit anlässlich der Berichterstattung allein genügt nicht. Ansonsten wäre überhaupt jede Verwendung eines Werks im Rahmen einer Berichterstattung von der Schrankenbestimmung erfasst.

Da das Werk anlässlich eines Ereignisses wahrnehmbar gewesen sein muss, kommt der räumlichen Eingrenzung des Ereignisses im Einzelfall wesentliche Bedeutung zu. Massgebliche Bezugsgrösse bildet die Berichterstattung selbst. Das heisst, dass die räumlichen Dimensionen des Ereignisses dadurch begrenzt sind, dass die Berichterstattung eben diese Dimensionen zum Gegenstand haben muss. Nach diesem Grundsatz beurteilt sich die Frage, ob die Ausnahmebestimmung es auch erlaube, bei der Berichterstattung eines Ereignisses Auszüge aus einer anderen Berichterstattung wiederzugeben. In der Praxis relativ häufig sind zum Beispiel «Ausrisse» aus einer Zeitung, die eine Fotografie sowie etwas Text zeigen. Massgebend ist in diesen Fällen, ob die Darstellung in

der Zeitung selbst den Gegenstand der Berichterstattung bildet. Ist dies der Fall, so war die Fotografie anlässlich des Ereignisses, also der thematisierten Berichterstattung, wahrnehmbar, und die Verwendung ist grundsätzlich zulässig.³⁹ In diesen Fällen nähert sich das Recht auf aktuelle Berichterstattung dem Zitatrecht an.⁴⁰ Unzulässig wäre es aber, eine Berichterstattung über ein aktuelles Ereignis mit einem Foto zu illustrieren, das zwar einen thematischen Zusammenhang aufweist, jedoch nicht anlässlich des Ereignisses selbst wahrnehmbar war. Diesfalls kann – Belegfunktion vorausgesetzt – einzig das Zitatrecht Anwendung finden; Gleiches gilt, wenn die thematisierte Berichterstattung selbst nicht aktuell war.

War das Werk anlässlich eines aktuellen Ereignisses wahrnehmbar, so ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob der Umfang der Verwendung durch den Berichterstattungszweck gerechtfertigt ist. Mit den Worten des Gesetzes: Die Wiedergabe muss für die Berichterstattung erforderlich sein. Im Beispiel des Ausschnitts aus einer Tageszeitung würde es nicht genügen, wenn dieser lediglich mit einem Satz ergänzt würde. Als Faustregel kann gelten, dass der (räumliche oder zeitliche) Umfang der Berichterstattung mindestens dem Umfang der Werkwiedergabe entsprechen muss.⁴¹

35 Irrelevant ist, ob im Einzelfall der Urheber bereit wäre, die Verwendung gegen Vergütung oder sogar vergütungsfrei zu erlauben. Die Meinungsfreiheit ist dadurch eingeschränkt, dass die Verwendung von der Zustimmung des Urhebers abhängt, ungeachtet der Bedingungen, die im Einzelfall an die Erteilung der Zustimmung geknüpft werden.

36 Siehe etwa deutsches LG München, AfP 1984, 181 ff. (Monitor); und den leading case des österreichischen OGH, GRUR 2001, S. 646 ff. (Schüssels Dornenkronen).

37 Vgl. § 51 Ziff. 1 des (deutschen) Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (D-URG); § 54 Abs. 1 des (österreichischen) BG über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst und über verwandte Schutzrechte vom 9. April 1936 (Ö-URG).

38 Art. 28 Abs. 1 URG.

39 So auch das deutsche KG, AfP 2000, S. 282 ff. (Ehrestreit); abw. der österreichische OGH, MR, 1997, S. 320 ff. (Semmering-Tunnel), mit dem (nicht stichhaltigen) Argument, das Werk selbst könne nicht das Ereignis sein (siehe hierzu MACCIACCHINI (Fn. 3), 205 ff.); dito OGH, GRUR 2001, S. 646 ff. (Schüssels Dornenkronen), dort wird aber die Wiedergabe von mehreren Zeitungstitelseiten inkl. Fotos in einer anderen Zeitung als zulässiges Bildzitat erachtet.

40 Ein Unterschied besteht insofern, als bei einer bloss informierenden Berichterstattung die für das Zitatrecht erforderliche Belegfunktion fehlen kann. Art. 28 Abs. 1 URG ist insofern weiter gefasst; umgekehrt verlangt Art. 25 URG keine Aktualität der Berichterstattung.

41 Siehe auch MACCIACCHINI (Fn. 3), S. 173 f.

C. Ausschnitte aus Medienberichten

Zum Zweck der Information über aktuelle Fragen dürfen kurze Ausschnitte aus Presseartikeln sowie aus Radio- und Fernsehberichten verwendet werden.⁴² Die Bestimmung schränkt das Urheberrecht zum Schutz der Meinungsfreiheit ein, um insbesondere Presseübersichten sowie das Einblenden von fremden Beiträgen in Radio- und Fernsehsendungen zu ermöglichen. Nicht erforderlich ist, dass auf die Ausschnitte Bezug genommen wird, darin liegt der massgebliche Unterschied zu den zuvor dargelegten Schrankenbestimmungen. Auf der anderen Seite ist die Ausnahmebestimmung auf kurze Ausschnitte beschränkt.

Umstritten ist, ob die Ausnahmebestimmung auch die Verwendung von Bildern aus der Presse, zum Beispiel von Fotografien, erlaubt.⁴³ Eine verfassungsrechtliche Beurteilung ergibt Folgendes: Sollen ganze Bilder ohne Zustimmung des Urhebers verwendet werden dürfen, sind an den mit der Verwendung angestrebten Informationszweck hohe Anforderungen zu stellen. Es ist deshalb zu fordern, dass derjenige, der fremde Bilder verwendet, inhaltlich darauf Bezug nimmt, was nach der hier vertretenen Auffassung das Zitatrecht gewährleistet. Pressebilder dürfen deshalb nicht gestützt auf die Bestimmung über die Ausschnitte aus Medienberichten, allenfalls aber als Bildzitat verwendet werden. Gleiches gilt für die Verwendung von (urheberrechtlich geschützten) Standbildern aus Fernsehsendungen in der Presse. Fallen Pressebilder nicht unter die Ausnahme, sollen Presseunternehmen ihrerseits auch nicht Fernsehbilder verwenden dürfen; vorbehalten bleibt wiederum das Zitatrecht.

42 Art. 28 Abs. 2 URG.

43 Dagegen: BARRELET/EGLOFF (Fn. 30), URG 28 N 16; dafür, wenn das Bild Teil eines Artikels bildet, der in Auszügen wiedergegeben wird: RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 289 Fn. 45.

44 Zum Recht auf Parodie (Art. 11 Abs. 3 URG) siehe etwa BARRELET/EGLOFF (Fn. 30), URG 11 N 16 ff., illustrativ: BGH, GRUR 2000, S. 703 ff. (Mattscheibe).

45 Art. 25 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 2 URG.

46 Art. 33 ff. URG.

47 Siehe die Hinweise bei MACCIACCHINI (Fn. 3), S. 228 Fn. 9.

48 Art. 37 f. URG; geschützt sind des weiteren Werkdarbietungen ausübender Künstler (Art. 33 f. URG) und Ton- und Tonbildträger (Art. 35 f. URG).

49 § 72 und § 88 ff. D-URG.

50 Siehe § 73 Ö-URG.

51 BAUDENBACHER C., Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel u. a., 2001, UWG 5 N 37, wonach die Bestimmung die richterliche Anerkennung von «kleinen» Immaterialgüterrechten erlaube.

D. Gemeinsamkeiten

Alle dargestellten⁴⁴ Schrankenbestimmungen erfassen nur veröffentlichte Werke. Das Werk darf immer nur soweit geändert werden als nötig; zulässig sind zum Beispiel Verkleinerungen und Schwarzweiss-Wiedergaben von Fotografien. Zitate und Ausschnitte aus Medienberichten müssen als solche gekennzeichnet werden, und es ist die Quelle zu bezeichnen; wird in der Quelle auf die Urheberschaft hingewiesen, so ist diese ebenfalls anzugeben.⁴⁵ Die Pflicht zur Kennzeichnung und Quellenangabe gilt analog für den Fall der aktuellen Berichterstattung, wenn das Werk im Zentrum der Berichterstattung steht.

IV. Schutz von Leistungen

1. Verwandte Schutzrechte

Schutzobjekt der verwandten Schutzrechte sind bestimmte Arbeitsergebnisse.⁴⁶ Geschützt wird nicht ein geistiges Gut, sondern ein Arbeitsergebnis, welches ein geistiges Gut verkörpert. Ein Konflikt mit der Meinungsfreiheit besteht nur noch insofern, als Dritten verboten wird, das Arbeitsergebnis selbst zu verwenden, so wenn etwa die Tonbandaufnahme eines Interviews kopiert wird. Kein Konflikt besteht, wenn der Ton neu aufgenommen wird. Das Gesetz fordert deshalb auch nicht, dass das Arbeitsergebnis Individualität aufweist; da die Nachschaffung frei ist, braucht es keine entsprechende Regelung.

Aus der Freiheit der Nachschaffung folgt, dass Schutzobjekt der verwandten Schutzrechte zwar das Arbeitsergebnis ist, den Schutzgrund aber die hierfür eingesetzten Mittel, die Leistung, bilden. Welcher Mitteleinsatz zu schützen ist, ist eine rechtspolitische Frage, die hier nicht weiterverfolgt werden kann.⁴⁷ Festzustellen ist, dass die abschliessende Regelung im URG zwar unter anderem die Leistungen der Sendeunternehmen schützt,⁴⁸ nicht aber Fotografien und Filme; dies im Unterschied etwa zum deutschen⁴⁹ und zum österreichischen⁵⁰ Recht.

2. Übernahme von marktreifen Arbeitsergebnissen

Das UWG enthält eine Bestimmung zur Verwertung fremder Leistung, welche Ähnlichkeiten mit den verwandten Schutzrechten aufweist.⁵¹ Danach handelt unlauter, wer das

marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.⁵² Der Schutz knüpft am Arbeitsergebnis an, es gilt insofern das zu den verwandten Schutzrechten Gesagte. Im Unterschied zu diesen werden aber die geschützten Arbeitsergebnisse nicht abschliessend aufgezählt, sondern es werden verschiedene Kriterien aufgestellt, welche die Übernahme erfüllen muss; insbesondere muss die Übernahme «ohne angemessenen eigenen Aufwand» erfolgen. Eine solche unlautere Leistungsübernahme kann auch durch das Einschannen einer Fotografie gegeben sein.⁵³

3. Schranken des Schutzes

Der Gesetzgeber hat den Konflikt zwischen den verwandten Schutzrechten und der Meinungsfreiheit durch explizite Verweisung auf die Schrankenbestimmungen der Urheberrechte gelöst.⁵⁴ Eine solche Verweisung fehlt im UWG. Auf Grund der Verwandtschaft zwischen den Schutzrechten und dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz sind aber die urheberrechtlichen Schranken auch für das UWG relevant. Das bedeutet, dass in Fällen, in welchen die Verwendung eines Arbeitsergebnisses auf Grund einer Schrankenbestimmung im URG zulässig ist, grundsätzlich auch kein unlauterer Wettbewerb vorliegt. Das gilt nicht nur, wenn das Arbeitsergebnis durch ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist, sondern auch bei Fehlen eines Schutzes. Ansonsten würde die den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zu Grunde liegende Wertung zu Gunsten der Meinungsfreiheit unterlaufen. Ein ergänzender Lauterkeitsschutz kommt nur dann zum Tragen, wenn spezifisch wettbewerbsrechtliche Motive, die keine Parallele zum sondergesetzlichen Schutz aufweisen oder klarerweise mit den lauterkeitsrechtlichen Grundsatzwertungen korrespondieren, eine Beschränkung der Nutzungsfreiheit gebieten.⁵⁵

V. Zum Fall «Blau vs. BBC»

1. Urheberrechtsschutz der Fotografie

Das Zürcher Obergericht hat Ende 2001 eine Klage der Journalistin Gisela Blau gegen BBC wegen Verletzung des Urheberrechts abgewiesen.⁵⁶ BBC hatte eine Fotografie der Klägerin von Christoph Meili ohne ihre Einwilligung

im Film «Nazigold» abgebildet. Die Fotografie zeigt Meili vor einer neutralen Wand, in beiden Händen je zwei Folianten, die zur Vernichtung im Schredderraum der heutigen UBS AG bestimmt waren. Das Gericht sprach der Fotografie die erforderliche Individualität ab. Es genüge nicht, wenn das fotografierte Objekt statistisch einmalig sei. Geschützt werde nur «die geistige Schöpfung und also nur das Geschaffene und nicht schon die banale Präsentation von bloss Vorgefundenem». Allerdings könne die Einmaligkeit des Objekts dennoch «dazu beitragen, dass dieses als Werk erscheint, nämlich dann, wenn die Planung und Ausführung der Aufnahme eine so besondere ist, dass sie der Fotografie individuellen Charakter verleiht». Das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond zum Beispiel sei ein Werk. Der zu beurteilenden Fotografie fehle aber «jegliche Besonderheit». Die Aufnahme sei «nicht einer besonderen Planung und Ausführung zu verdanken, sondern allein der Ausnützung des Umstandes, dass die Klägerin [...] die einzige Journalistin war, zu der Meili Vertrauen hatte».

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen, soweit es den Urheberrechtsschutz der Fotografie verneint. Zwar hat die Klägerin unbestrittenermassen eine journalistische Leistung erbracht und ein wichtiges Zeitzeugnis geschaffen. Das Erste reicht aber für den urheberrechtlichen Schutz nicht aus, und das Zweite ist urheberrechtlich irrelevant, weil beim Urheberrechtsschutz nie nach dem Wert eines Werks zu fragen ist. In Bezug auf die journalistische Leistung ist Folgendes festzustellen: Es ist nicht unwahrscheinlich, dass eine andere Person eine Fotografie geschaffen hätte, deren Gehalt im Wesentlichen gleich gewesen wäre. Es ist üblich, Personen in Frontalperspektive zu zeigen, das Corpus delicti vor sich hin haltend. Gleiches gilt für die gewählten Gestaltungsmittel. Die Leistung der Fotografin, das Vertrauen

52 Art. 5 lit. c des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG).

53 So schon, gestützt auf Art. 1 Abs. 1 UWG, das HGer. St. Gallen, Mitt. 1983, 76 ff. (Katalogfotos); siehe auch ER BezG, SMI 1990, 196 ff. (Katalogfoto III); Cour de justice, SMI 1994, 183 ff. (Sartoris); zu den Bildaufnahmen als mögliche geschützte Arbeitsergebnisse siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983 (Sonderdruck), S. 63; zum Einschannen als unmittelbare Leistungsübernahme siehe BAUDENBACHER (Fn. 51) m. w. H.

54 Art. 38 URG.

55 BGE 118 II 459, 466 (Gold Records).

56 OGer. ZH vom 19.11.2001, auszugsweise publ. in diesem Heft, S. 47 ff.

von Christoph Meili zu gewinnen, war der Weg zur Fotografie, sie kommt darin nicht zum Ausdruck. Ein urheberrechtlicher Schutz der Fotografie würde bedeuten, dass die Fotografien Dritten verbieten könnte, Christoph Meili in der gleichen Art und Weise zu fotografieren. Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, dass Meili sich gar nicht von einer anderen Person hätte ablichten lassen oder eine erneute Aufnahme aus anderen Gründen ausgeschlossen ist. Selbst wenn ein entsprechender Beweis gelingen würde, so würde er in Umständen gründen, die ausserhalb des Gehalts der Fotografie liegen.

Im Urteil des Zürcher Obergerichts wird ungenügend zwischen den Vorleistungen und der Gestaltung eines Werks unterschieden. Dies zeigt das Beispiel des Bildes vom ersten Menschen auf dem Mond. Dieses Foto ist nicht allein deshalb geschützt, weil der Fotograf hierzu auf den Mond fliegen musste. Auch dass das Bild den ersten Astronaut auf dem Mond zeigt, ist für sich genommen irrelevant. Zwar ist dieser Vorgang «einmalig», das trifft aber auch für die Ankunft des zweiten Menschen, wie überhaupt für jeden tatsächlichen Vorgang zu. Nicht der Vorgang muss einmalig sein, sondern die Gestaltung der geistigen Schöpfung. Die massgebliche Frage lautet auch hier, ob eine andere Person ein anderes Foto geschaffen hätte.⁵⁷

2. Anwendbarkeit urheberrechtlicher Schranken

Hätte das Gericht den Urheberrechtsschutz der Fotografie bejaht, wäre zu prüfen gewesen, ob eine Schrankenbestimmung Anwendung findet. Die Fotografie wurde im Film während rund 5 Sekunden gezeigt, dazu wurde ausgeführt, Christoph Meili habe in der Bank zur Vernichtung bestimmte Akten entwendet. Das ist schon deshalb kein Zitat, weil es nicht als solches gekennzeichnet war. Denn es war nicht erkennbar, dass es sich um eine fremde Fotografie handelte; hierzu hätte es einer Einblendung oder einer Erläuterung im Off-Kommentar bedurft.⁵⁸ Im Übrigen fehlte es an einer näheren Auseinandersetzung mit der Fotografie, so dass deren Verwendung für die Zwecke des Films auch nicht erforderlich war. Da es sich um eine Pressefotografie handelt, sind sehr hohe Anforderungen an den Zitat zweck zu stellen, ansonsten die normale Verwertung solcher Werke beeinträchtigt würde. Das Zitatrecht hätte deshalb in casu keine Anwendung gefunden. Auch ein Fall der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse lag nicht vor. Zwar hatte der Film aktuelle Ereignisse zum Gegenstand, das Foto war aber anlässlich dieser Ereignisse nicht wahrnehmbar. Auch das Recht zur Verwendung von kurzen Ausschnitten aus Medienberichten wäre in casu nicht einschlägig. Die Fotografie war zwar vorher bereits in mehreren Zeitungen veröffentlicht worden, nach der hier vertretenen Ansicht erfasst die Ausnahmebestimmung aber nicht auch Pressebilder.

3. Leistungsschutz

Das Gericht hat nicht geprüft, ob ein Verstoß gegen das UWG vorlag, ein solcher wurde offenbar auch nicht geltend gemacht. Eine abschliessende Beurteilung kann hier infolge fehlender Vorbringen nicht erfolgen. Immerhin ist festzustellen, dass die filmische Aufnahme einer Fotografie als technische Reproduktion zu qualifizieren ist und das gesetzliche Erfordernis des fehlenden eigenen Aufwandes es erlauben würde, die für die Fotografie notwendig gewesenen Vorleistungen miteinzubeziehen. Auf der anderen Seite wird der Aufwand der BBC zur Übernahme der Fotografie gering gewesen sein. ■

57 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das fotografierte Motiv selbst ein Werk darstellt. Wird zum Beispiel ein Filmstandbild reproduziert, so liegt allenfalls eine Verletzung des Urheberrechts am Filmwerk vor. Die geistige Schöpfung ist diesfalls die Szene selbst, wobei deren individueller Charakter im Standbild zum Ausdruck kommen muss. Der Mondflug als solcher hingegen hat keinen geistigen Gehalt, es fehlt an einer Zeichenfunktion, und damit von vorneherein an einer urheberrechtlich relevanten Gestaltungsmöglichkeit.

58 Ein Hinweis im Abspann dürfte regelmässig nicht genügen, gl. M. für das D-URG HOMAN H-J., Praxis-Handbuch Filmrecht, 2001, S. 149. Von der Erkennbarkeit des Zitats zu unterscheiden ist die Frage, ob die Angabe der Urheberschaft und der Quelle vollständig ist. Ist letzteres nicht der Fall, liegt eine (strafbare, Art. 68 URG) Verletzung dieser Pflichten vor, jedoch kein Eingriff in das Verwendungsrecht des Urhebers (strittig, Hinweise bei MACCIACCHINI (Fn. 3), S. 198 Fn. 359 ff.). Je nach Einzelfall ist denkbar, dass das Zitat durch Einblender oder Kommentar kenntlich gemacht wird, die Namensnennung aber erst im Abspann erfolgt.

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

Mietleitungen und Übertragungsmedien fallen nicht unter das Interkonnektionsregime

Urteile des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 (2A.503/2000 und 2A.505/2000; BGE-Publikation vorgesehen)

Übertragungsmedien fallen nicht unter das Interkonnektionsregime. Etwas offener stellt sich die Ausgangslage für Mietleitungen dar. Während sich gestützt auf die grammatikalische und teilweise teleologische Auslegung noch begründen liesse, dass Mietleitungen von der Interkonnektionspflicht erfasst werden, sprechen die systematische und vor allem die historische Auslegung aber doch klar dagegen. Auch internationalrechtliche Gesichtspunkte und namentlich die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz führen zu keiner anderen Gewichtung bei der Auslegung des Landesrechts. Es obliegt somit einzig dem Gesetzgeber und, gestützt auf die entsprechende Delegation in Art. 11 Abs. 1 letzter Satz FMG, dem Bundesrat als Verordnungsgeber, durch eine entsprechende Klarstellung im Gesetzes- bzw. Verordnungstext darüber zu entscheiden, ob ein genügendes öffentliches Interesse daran besteht, die von der Interkonnektionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen und allenfalls Übertragungsmedien neu dem Interkonnektionsregime zu unterstellen.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Comccare AG plant, realisiert, betreibt und wartet Telekommunikationsnetze vorab im Zusammenhang mit der Datenübertragung und erbringt Carrierdienste, wozu sie konzessioniert ist. Am 21. September 1998 ersuchte sie die Eidgenössische Kommunikationskommission, gegenüber der Swisscom AG eine Verfügung auf Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG zu treffen. Nebst den eigentlichen Anträgen in der Sache ersuchte die Comccare AG um Anordnung bestimmter vorsorglicher Massnahmen. Am 28. Juni 1999 lehnte die Kommunikationskommission diesen Verfahrens Antrag ab. Mit Urteil vom 17. Dezember 1999 wies das Bundesgericht die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Comccare AG ab, soweit es darauf eintrat (vgl. *medialex* 2000, S. 51 ff; BGE 125 II 613).

Am 2. Oktober 2000 fällte die Kommunikationskommission den Entscheid in der Sache. Im Wesentlichen wies sie das Gesuch um Anordnung einer Interkonnektionsvereinbarung in Bezug auf so genannte «Übertragungsmedien» ab, hiess das Gesuch aber in Bezug auf so genannte «Mietleitungen» insoweit gut, als sie die Swisscom AG verpflichtete, der Comccare AG ihr Mietleitungsangebot «Private Line National» im Anschlussbereich rückwirkend auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vom 21. September 1998 zu bestimmten (im Entscheid detailliert aufgeführten) Interkonnektionspreisen und zu den von der Swisscom AG üblicherweise offerierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Zusatzvereinbarungen anzubieten.

Sowohl die Comccare AG - gegen die Verweigerung der Interkonnektion im Bereich der «Übertragungsmedien» (Verfahren 2A.503/2000) - als auch die Swisscom AG - gegen die Verpflichtung zur Interkonnektion im Bereich der «Mietlei-

tungen» (Verfahren 2A.505/2000) - führen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.b [offen gelassen, ob die Comcom bei der Beurteilung von Interkonnektionsstreitigkeiten als richtliche Instanz handelt]

d) Unabhängig davon kann der Kommunikationskommission immerhin ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommen, soweit sie unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden hat. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe der Gerichte, derartige unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine gerichtlich zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte und dies mit der Verfassung vereinbar ist, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken (vgl. BGE 127 II 184 E. 5a/aa S. 191, mit Hinweisen). Die Kommunikationskommission ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt an sich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesgerichts wenigstens insoweit, als die Kommunikationskommission unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesgericht aber nicht davon, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen.

4.- a) Mit Mietleitungen wird eine bestimmte Datenübertragungskapazität als Punkt-zu-Punkt-Verbindung zwischen zwei Kundenstandorten (im einfachsten Fall eine Kupferleitung) bereitgestellt. Der Anbieter garantiert die festgelegte Kapazität, stellt das technische Gerät (Übertragungssysteme wie Modems und wei-

tere Ausrüstungen) zur Verfügung und übernimmt die Überwachung und Steuerung der Kommunikation. Die Vermittlungsfunktion geht hingegen auf den Benutzer über (so genanntes «on-demand-switching»). Der Zugang, das heisst die physische Verbindung zu den Fernmeldenetzen, erfolgt über so genannte Netzabschlusspunkte («Network Termination Points [NTP]»). (...) Mit ihrem Antrag auf Interkonnektion versucht die Commcare AG wesentliche Preissenkungen für das Standard-Mietleitungsangebot der Swisscom AG (so genanntes «Private Line National»-Angebot) durchzusetzen.

b) Bei Übertragungsmedien handelt es sich um die physischen Medien (zum Beispiel Kupferkabel, Glasfaserkabel), über welche Daten übermittelt werden können. Die Übertragungsgeräte sowie die Schnittstellen (Modems und weitere Übertragungsausrüstungen) sind darin nicht eingeschlossen. Übertragungsmedien werden als reine Kabelverbindungen ohne zusätzliche Dienstleistungen wie Übertragungsraten, Überwachung und Steuerung der Kommunikation zur Verfügung gestellt. Anders gesagt, handelt es sich um Mietleitungen im Festnetz ohne Modems oder entsprechende Ausrüstung und ohne die damit verbundenen Dienstleistungen; diese Ausrüstung und Dienstleistungen möchte die Commcare AG bei den Übertragungsmedien also nicht von der Swisscom AG beziehen, sondern hinter den Netzabschlusspunkten eigene Geräte anschliessen und die Steuerung und Überwachung selbst übernehmen. Je nach verwendetem Gerät lassen sich damit offenbar bessere technische Leistungen erzielen, als sie die Swisscom AG bei den Mietleitungen anbietet. (...)

c) Ob Mietleitungen und Übertragungsmedien unter das Interkonnektionsregime fallen, muss durch Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Fernmelderechts entschieden werden. (...)

5.- a) Das Gesetz regelt zwei Arten der Interkonnektion: Mit der Interkonnektionspflicht nach Art. 11 Abs. 2 FMG für alle Anbieter von Diensten der Grundversorgung soll sichergestellt werden, dass alle Kunden von Diensten der Grundversorgung, insbesondere vom Telefondienst, miteinander kommunizieren können, unabhängig davon, bei welchen Anbietern - namentlich ob marktbeherrschend oder nicht - sie angeschlossen sind. Dabei handelt es sich insbesondere um die so genannte Interoperabilität aller Teilnehmer am Telekommunikationsmarkt. Im vorliegenden Zusammenhang steht jedoch nicht diese Variante im Vordergrund, sondern die Interkonnektionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG. Danach müssen marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten andern Anbietern nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion, d.h. im Wesentlichen Zugang zu ihrem Fernmeldenetz, gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest (vgl. dazu BGE 127 II 132 E. 1a S. 135; 125 II 613 E. 1b S. 617 f., mit Literaturhinweisen).

b) Das Gesetz enthält in Art. 3 lit. e FMG eine Definition der Interkonnektion. Danach bedeutet Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der

verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht. Die Interkonnektionspflicht wird sodann im 4. Kapitel (Art. 29 ff.) der Fernmeldedienstverordnung konkretisiert. Namentlich schreibt Art. 32 FDV die Pflicht marktbeherrschender Anbieter zur Führung eines bestimmten Basisangebots vor. (...) Es ist unbestritten, dass weder im Fernmeldegesetz noch in der Fernmeldedienstverordnung ausdrücklich bestimmt ist, dass Mietleitungen und Übertragungsmedien unter das Interkonnektionsregime fallen.

c) Wie aus Art. 3 lit. e FMG hervorgeht, setzt Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldeanlagen oder Fernmeldediensten voraus. Art. 3 lit. b FMG definiert den Fernmeldedienst als fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte. Art. 3 lit. d FMG bezeichnet als Fernmeldeanlagen Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden; gemäss der bundesrätlichen Botschaft zählen dazu auch Glasfaser-, Kupfer- und Koaxialkabel (BBl 1996 III 1424); sie bilden für sich allein aber keinen Dienst nach Art. 3 lit. b FMG, da erst die Datenübertragung einen solchen darstellt.

Sowohl die Mietleitungen als auch die Übertragungsmedien fallen nicht unter die Definition von Art. 32 Abs. 1 lit. a, c und d FDV. Den verbleibenden Bestimmungen von Art. 32 Abs. 1 lit. b und e FDV ist gemein, dass es jeweils um den Zugang bzw. die Verbindung von Diensten geht. Damit wird eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte vorausgesetzt (vgl. Art. 3 lit. b FMG). Ein solcher Zusammenhang liegt nur dann vor, wenn - im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. b und e FDV - die Verbindung der Anlagen und damit Netze mehrerer Fernmeldediensteanbieter zwecks Verbindung wiederum der Dienste derselben oder unter Inanspruchnahme eines Dienstes des anderen Anbieters verfolgt wird. Nun strebt die Commcare AG nicht eine Verbindung zum Netz der Swisscom AG zum wechselseitigen Datenaustausch an, sondern die Übermittlung von Daten zwischen verschiedenen Kundenstandorten oder zwischen ihren Kunden und sich selber. Es geht also nicht um die Übertragung von Daten aus dem Bestand der Swisscom AG und deren Kunden in denjenigen der Commcare AG oder umgekehrt. Daraus ergibt sich, dass die Commcare AG jedenfalls bei den Übertragungsmedien, bei denen sie selber die Datenübertragung vornimmt und dafür verantwortlich zeichnet, zwar eine Fernmeldeanlage der Swisscom AG benutzt, aber keinen Dienst derselben verlangt oder beansprucht. Damit schliesst bereits eine Auslegung, die dem Wortlaut des das Gesetz konkretisierenden Verordnungsrechts folgt, aus, Übertragungsmedien gemäss dem Anliegen der Commcare AG unter die Interkonnektionspflicht nach Art. 11 FMG zu subsumieren. Der ausschliessliche Gebrauch physischer Übertragungsmedien ohne Inanspruchnahme eines Dienstes der Swisscom AG bildet selbst dann keinen Interkonnektionsfall, wenn die Übertragungsmedien mit dem Netz der Commcare AG verknüpft sind (vgl. E. 3c). Offener ist die grammatikalische Ausgangslage bei den Mietleitungen, obliegt doch hier die Datenübertragung der Swisscom AG. Da die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte gesetzlich als Fernmeldedienst definiert wird (Art. 3 lit. b FMG), erscheint nicht ausgeschlossen, dass Mietleitungen vom Wortlaut her unter die Regeln der Interkonnektion fallen könnten.

6.- a) Die Interkonnektionspflicht steht in engem Zusammenhang mit dem Liberalisierungszweck des Fernmeldegesetzes. Aus teleologischer Sicht umfasst Interkonnektion sämtliche notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen in verständlicher und vollständiger Form zusenden können. Dies bedingt nicht nur die technische und physikalische Verbindung ihrer Anlagen, sondern auch die Kommunikationsfähigkeit zwischen den verwendeten Betriebs- und Übertragungssystemen sowie zwischen den Fernmeldediensten (BBl 1996 III 1425 und 1427). Ziel der Interkonnektion ist, dass alle Anwender von Fernmeldediensten über die Netze und Dienste aller Anbieter hinweg miteinander kommunizieren können (BBl 1996 III 1425). Dies geschieht insbesondere durch die gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen bzw. -netzen, Gebäuden und Grundstücken (BGE 127 II 132 E. 1a S. 135; 125 II 613 E. 1a S. 616 f., mit Literaturhinweisen).

Mit der in Art. 11 Abs. 1 FMG vorgesehenen Interkonnektionspflicht soll verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieter neuen Konkurrenten mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verbauen (BBl 1996 III 1418 f. und 1427). Da der Telekommunikationsmarkt früher von einer staatlichen Monopolistin beherrscht war, bildet die Interkonnektion eine Voraussetzung der vom Fernmeldegesetz bezockten Liberalisierung des Fernmeldemarktes. Neu in den Markt eintretende Unternehmungen sind darauf angewiesen, die vorhandene Infrastruktur zu geeigneten Bedingungen mitbenutzen zu können. Die gegenseitige Regelung des Netzzuganges gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Fernmeldemarkt (BGE 125 II 613 E. 1a S. 617, mit Literaturhinweisen; vgl. neu auch STEFAN BÜHLER, Wettbewerb und flächendeckende Grundversorgung in der Telekommunikation, Diss. St. Gallen, Bamberg 1999, S. 51 und 85 ff.). Abgesehen vom spezifischen Gesichtspunkt der Interoperabilität, die jedenfalls im Bereich der Grundversorgung zwischen allen Fernmeldediensteanbietern zwingend ist (vgl. Art. 11 Abs. 2 FMG), rechtfertigt sich ein Zwang zur Interkonnektion jedoch nur dort, wo der Markt aus strukturellen Gründen nicht spielt bzw. von einem oder allenfalls wenigen Unternehmungen beherrscht wird (vgl. den Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 FMG). Wo genügender Wettbewerb besteht, erübrigen sich nach der Konzeption des Fernmeldegesetzes hingegen regulatorische Massnahmen. Es wird den Wettbewerbsteilnehmern überlassen, dem Markt ohne staatliche Steuerung über das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage zu entsprechen.

b) Wird einzig auf das Liberalisierungsziel des Fernmeldegesetzes abgestellt, liesse sich eine Interkonnektionspflicht für Mietleitungen und sogar Übertragungsmedien gegenüber einem marktbeherrschenden Anbieter allenfalls rechtfertigen. Dafür bräuchte es indessen eine extensive Auslegung des Gesetzes- und Verordnungstextes (vgl. dazu ROLF H. WEBER, Entbündelung im Fernmeldemarkt, in: sic! 2000, S. 338 ff.). Es ist überdies strittig, ob bzw. inwieweit im entsprechenden Markt die Wettbewerbssituation überhaupt ungenügend erscheint. Ohne dass darauf umfassend eingegangen zu werden braucht, rechtfertigt sich doch ein Hinweis auf das entsprechende - freilich nicht unumstrittene Gutachten der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 im vorliegenden Zusammenhang, das sehr differenziert ausgefallen

ist und eine Marktbeherrschung durch die Swisscom AG lediglich im Anschlussbereich annimmt. Hinzu kommt ein allgemeiner Gesichtspunkt: Eine Interkonnektionspflicht bedeutet, dass von der pflichtigen Unternehmung die entsprechenden technischen Kapazitäten zur Verfügung gestellt werden müssen. Können alle nichtmarktbeherrschenden Unternehmungen Interkonnektion geltend machen, kann aber bald einmal ein Engpass entstehen, der zum Zwang für den belasteten Anbieter führt, die Infrastrukturkapazitäten zu erhöhen und gegebenenfalls gar neue zu schaffen, für deren Benutzung er wiederum lediglich kostenorientierte Preise verlangen darf. Darunter dürfte indessen die Investitionsbereitschaft leiden; gleichzeitig besteht auch für die Konkurrenz kein Anreiz, ein Investitionsrisiko einzugehen, eröffnet doch die Interkonnektion die Möglichkeit, ohne grosses eigenes Infrastrukturrisiko tätig zu sein. Im Bereich der Grundversorgung mag sich dies im Interesse der Kundschaft sowie der Öffentlichkeit rechtfertigen. Soweit Angebote betroffen sind, die darüber hinaus gehen, besteht aber ein besonderer Begründungsbedarf, könnte die Interkonnektion doch sonst die paradoxe Wirkung zeitigen, dass sie den Markt schwächt und neue Angebote für die Öffentlichkeit gerade nicht fördert. Mietleitungen und Übertragungsmedien gehören - jedenfalls in der hier weitaus überwiegend zur Diskussion stehenden Form als Medien zwecks Übertragung grosser Datenmengen - nicht zur Grundversorgung, wozu gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a FMG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 lit. a FDV ausschliesslich die Sprachübertragung in Echtzeit sowie die Datenübertragung mit niedriger Übertragungsrate über den Sprach- oder über einen digitalen Kanal zählen. Das lässt daran zweifeln, dass Mietleitungen und erst recht Übertragungsmedien, bei denen der Swisscom AG nicht einmal mehr die Steuerung der Kapazitäten verbleibt, vom Zweck der gesetzlichen Ordnung her dem Interkonnektionsregime unterstehen. Der dargelegte Interessengegensatz zwischen Liberalisierungsziel und der Förderung von Investitionsanreizen hat im Übrigen auch in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu verschiedenen Ausgestaltungen der Interkonnektions- und Entbündelungsordnung mit unterschiedlich weitgehenden Zwangsregelungen geführt (vgl. etwa EDITH COUNE/FLORENCE DE LA VALLÉE/LAURENCE LECOCQ, Ouverture à la concurrence sur le marché des télécommunications: l'importance d'une réglementation de l'interconnexion, in: Droit des technologies de l'information, Bruxelles 1999, S. 380 f.).

c) Schliesslich ist die Interkonnektionsregelung in den gesamten Kontext der Wirtschaftsordnung zu stellen. Auch im Fernmeldebereich gilt das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht. Die Interkonnektionspflicht bildet lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (vgl. dazu PATRIK DUCREY, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence- Application du nouveau droit suisse de la concurrence, in: Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 19 ff.; PETER R. FISCHER, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - eine Standortbestimmung, in: Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises, Journée

du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 40). Soweit entsprechende Tatbestände erfüllt sind, lassen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender Fernmeldediensteanbieter mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. So kann sich zum Beispiel ein Angebotszwang (ohne die weiteren Folgen der Interkonnektion) aus kartellrechtlichen Gründen oder ein behördlicher Eingriff in die Preisgestaltung wegen missbräuchlicher Preise rechtfertigen (vgl. für das Mietleitungsangebot der Swisscom AG RPW [Recht und Politik des Wettbewerbs] 1999 S. 375 ff., insbes. S. 386 ff.). Selbst wenn die Swisscom AG der Commcare AG keine Interkonnektion gewähren muss, bleibt sie demnach nicht völlig frei in der Gestaltung ihres Angebots und ihrer vertraglichen Beziehungen. Damit besteht eine geringere Notwendigkeit, den Zwangsmassnahmen des Interkonnektionsrechts durch weite Auslegung einen breiten Anwendungsbereich zu verschaffen. Die Swisscom AG weist denn auch darauf hin, dass die Commcare AG bereits erfolglos versucht hat, ihren Standpunkt über das Kartell- und Preisüberwachungsrecht durchzusetzen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission vermochte in der Tat keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise der Swisscom AG beim Angebot von Mietleitungen festzustellen (vgl. RPW 1999, S. 375 ff., und RPW 2000, S. 100 ff.). Es darf nun aber nicht geschlossen werden, der Liberalisierungszweck des Fernmeldegesetzes bedinge, dass im Hinblick auf die Mitbenutzung der Infrastrukturen anderer Fernmeldediensteanbieter wenigstens das Interkonnektionsregime zu greifen habe, wenn die übrigen Zwangsmittel der staatlichen Wirtschaftsordnung versagen. Diese bietet selbst dort, wo es um den Übergang von einem ursprünglich staatlichen Monopol zur Wettbewerbswirtschaft geht, keinen flächendeckenden Schutz für Aussenseiter oder Neueinsteiger, sondern eben nur ausgewählte punktuelle Erleichterungen, für die ein genügend gewichtiges öffentliches Interesse besteht.

7.- a) Massgeblich ist nicht nur die Bedeutung des Fernmelderechts in der gesamten Wirtschaftsordnung, sondern die Regelung der Interkonnektion ist auch als solche anhand systematischer Gesichtspunkte auszulegen. Ausgangspunkt ist dabei, dass Art. 11 Abs. 1 FMG die Interkonnektionspflicht bloss sehr allgemein bestimmt. Auch die Delegation an den Bundesrat ist weit gefasst: Dieser legt gemäss Art. 11 Abs. 1 letzter Satz FMG lediglich die Grundsätze - und damit gerade nicht die Detailregelung - der Interkonnektion fest. In Art. 32 Abs. 1 FDV hat der Bundesrat das so genannte Basisangebot bestimmt, das marktbeherrschende Anbieter mindestens zu offerieren haben. Die Kommunikationskommission scheint daraus zu schliessen, es stehe ihr frei, darüber hinaus zu gehen, solange sie sich an die gesetzlichen Definitionen halte. Die Kommunikationskommission übersieht dabei, dass es sich bei der Interkonnektionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der davon berührten Fernmeldediensteanbieter handelt. Daran ändert nichts, dass sie in erster Linie die Swisscom AG als ehemalige Monopolistin trifft. Genauso wenig fällt ins Gewicht, ob bzw. wieweit sich die Swisscom AG als zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konzessionierte gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, an welcher der Bund von Gesetzes wegen die kapital- und stimmenmässige Mehrheit hält (Art. 6 Abs. 1 TUG; vgl.

BGE 125 II 293 E. 4f S. 307 f.), überhaupt auf die Grundrechte, namentlich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV, berufen kann (vgl. BGE 127 II 8 E. 4c S. 17). Die Interkonnektionspflicht bedarf so oder so einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den Fernmeldediensteanbietern ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen sind. Es erscheint fraglich, ob Art. 11 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 FMG sowie mit der Fernmelde-diensteverordnung die Anforderungen an die Klarheit der Interkonnektionspflicht im Hinblick auf Übertragungsmedien und Mietleitungen erfüllen. Die Unschärfe der gesetzlichen Regelung spricht zwar nicht zwingend gegen die Bejahung der Interkonnektionspflicht, sie darf aber auch nicht als Freiraum für die Kommunikationskommission gewürdigt werden. Entscheidend ist vielmehr der Sinn der gesetzlichen Regelung, welcher sich aus einer umfassenden Auslegung ergibt.

b) Unter systematischen Gesichtspunkten wirft sodann das Verhältnis von Art. 32 Abs. 1 lit. a zu lit. b und e FDV Fragen auf. Art. 32 Abs. 1 lit. a FDV bildet die Grund- und Kernbestimmung der Interkonnektion zwecks Mitbenutzung des Netzes eines marktbeherrschenden Anbieters zur Sprach- und Datenübertragung. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung gehören zum regulierten Angebot die Erzeugung, die Terminierung und der Transit von Verbindungen aller Dienste der Grundversorgung, worunter, wie dargelegt (oben E. 6b), Mietleitungen und Übertragungsmedien - so wie sie hier zur Diskussion stehen - nicht fallen. Der Beschränkung auf Verbindungen der Grundversorgung in Art. 32 Abs. 1 lit. a FDV verbliebe nur wenig Sinn, wären marktbeherrschende Netzbetreiber darüber hinaus auch dazu verpflichtet, Interkonnektionsdienste für wesentlich grössere Datenmengen anzubieten, wie sie namentlich für die garantierten Kapazitäten von Mietleitungen erforderlich sind. Daraus ergibt sich ein gewisser Hinweis dafür, dass in Art. 32 Abs. 1 lit. b und e FDV wohl nicht Mietleitungsdienste gemeint sein können; gänzlich zwingend ist diese Folgerung aber nicht, kann es dem Ordnungsgeber doch auch darum gegangen sein, in Art. 32 Abs. 1 lit. a FDV lediglich den Zusammenhang zur Grundversorgung klarzustellen, im Übrigen aber auch weiter gehende Interkonnektionspflichten bei marktbeherrschenden Situationen festzulegen.

c) Eindeutiger ist ein anderer systematischer Zusammenhang: Nach Art. 12 FMG kann die Konzessionsbehörde Konzessionäre gemäss Art. 4 Abs. 1 FMG verpflichten, in ihrem Konzessionsgebiet Mietleitungen nach internationalen Normen zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Die betroffenen Konzessionäre werden verpflichtet, Mietleitungen zu erstellen, zu unterhalten und zu - an den tatsächlichen Kosten ausgerichteten - günstigen Preisen zu offerieren. Dabei handelt es sich um eine im öffentlichen Interesse begründete versorgungspolitische Verpflichtung, welche namentlich eine genügende Versorgung von Randgebieten garantieren soll (BBl 1996 III 1405 und 1427). Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass das Mietleitungsgeschäft in Randgebieten nicht lukrativ genug sein und die entsprechende Erschliessung ohne regulatorischen Eingriff mangelhaft bleiben könnte. Das Zwangsangebot gilt insofern lediglich beschränkt. Damit spricht aber einiges dafür, dass der Gesetzgeber eine Er-

schliessungspflicht für Ballungszentren und bevölkerungsreiche Regionen nicht als erforderlich erachtete. Es ist fraglich, ob Art. 12 FMG überhaupt ein eigenständiger Gehalt zukäme, wenn die Interkonnektionspflicht sich auch auf Mietleitungen erstreckte. Zwar enthält die Interkonnektionspflicht nach Art. 11 Abs. 1 FMG nicht vorrangig ein Erstellungsgebot, d.h. die Pflicht zur Schaffung noch nicht bestehender Anlagen und Dienste, sie kann sich aber entsprechend auswirken, womit sie sich mit dem Anwendungsbereich von Art. 12 FMG überschneiden würde. Dies spricht gegen die Annahme, dass Mietleitungen auch noch dem Interkonnektionsregime gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG unterstehen. Die gleiche Schlussfolgerung drängt sich auch für Übertragungsmedien auf.

d) Bei einer ganzheitlichen Betrachtungsweise darf schliesslich nicht übersehen werden, dass die Swisscom AG gemäss Art. 66 Abs. 1 FMG zurzeit noch zur flächendeckenden Sicherstellung der Grundversorgung verpflichtet ist und dafür keine Investitionsbeiträge nach Art. 19 FMG erhält (vgl. BGE 127 II 8 E. 2 und 3). Als Ausgleich dazu wurden der Swisscom AG gewisse Vorteile der ehemaligen Monopolistin belassen, wobei in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung ist, ob das Anbieten von Mietleitungen und Übertragungsmedien zur Grundversorgung gehört oder nicht. Diese alten Monopolrechte stellen so oder so eine gewisse Abgeltung für die besonderen Pflichten dar, denen die Swisscom AG im Unterschied zu ihrer Konkurrenz vorerst noch unterliegt. Dieses System ist vom Gesetzgeber - in Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrags von Art. 92 Abs. 2 BV, wonach der Bund für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung in allen Landesgegenden mit Tarifen nach einheitlichen Grundsätzen zu sorgen hat (dazu ROLF H. WEBER, Energie und Kommunikation, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 60, Rz. 26) - so gewollt und austariert worden und sollte nicht ohne überzeugenden Grund aus dem Gleichgewicht gebracht werden. Im Übrigen gibt es verschiedene denkbare Modelle, mit denen das heutige System bei seinem Ablauf wird abgelöst werden können, und es gibt keinen Anlass, hier vorzugreifen, zumal gerade die Frage der gerechten Abgeltung von Leistungen der Grundversorgung als heikel erscheint (vgl. dazu etwa PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in ZBl 102/2001, S. 404 f. und 418 f.). Dies spricht gegen eine extensive Auslegung des Wortlautes der gesetzlichen Bestimmungen im vorliegenden Zusammenhang.

8.- a) Aus historischer Sicht ist die Kommunikationskommission der Auffassung, der Gesetzgeber habe «eine möglichst grosszügig interpretierte Interkonnektionspflicht» gewollt. Sie führt aus, für das Bundesamt für Kommunikation, welches das Fernmeldegesetz und die entsprechenden Verordnungen vorbereitet habe, sei es immer klar gewesen, dass Mietleitungen der Interkonnektion unterstellt seien. Diese Überzeugung habe im Verordnungsentwurf über Fernmeldedienste vom 30. Mai 1997 ihren Niederschlag gefunden, seien doch die Mietleitungen darin ausdrücklich als Teil des von der Interkonnektion erfassten Basisangebots aufgeführt worden. Dass die Mietleitungen in der endgültigen Fassung von Art. 32 Abs. 1 FDV nicht mehr ausdrücklich erwähnt würden, erkläre sich damit, dass eine überlange Aufzählung vermieden werden sollte und mit Art. 32 Abs. 1

lit. b FDV eine Auffangbestimmung geschaffen wurde, die eben auch die Mietleitungen erfasse.

b) Die Kommunikationskommission anerkennt in der angefochtenen Verfügung selber, dass die Materialien zur Fernmeldegesetzgebung keine ausdrückliche Auskunft darüber geben, ob Mietleitungen dem Interkonnektionsregime unterstehen. Unbestritten blieb sodann der Einwand der Swisscom AG, die Wettbewerbskommission habe sich im Vernehmlassungsverfahren zur Fernmeldedienstverordnung gegen die Unterstellung von Mietleitungen unter das Interkonnektionsregime geäussert. In der Tat hatte die Wettbewerbskommission wie folgt Stellung genommen (RPW 1997, S. 226 ff., insbes. S. 229): «Das Basisangebot ... der Interkonnektionsdienste ist sehr weit gefasst, indem es auch Mietleitungen umfasst. Es ist zumindest zu begründen, warum Mietleitungen auch unter die Interkonnektionsdienste fallen.» und den Antrag gestellt (RPW 1997, S. 233): «Das Erbringen von Mietleitungen ... ist aus dem Basisangebot der Interkonnektion zu streichen bzw. ein allfälliges Festhalten daran sachlich zu begründen.» Die Commcare AG verweist in diesem Zusammenhang auch auf den Antrag des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiedepartements (heute: Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation), welches um Streichung der Mietleitungen aus dem Basisangebot der Interkonnektion ersucht habe. Dies sei nicht wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage geschehen, sondern es sei darum gegangen, die entsprechenden Richtlinien der Europäischen Union abzuwarten bzw. eine einseitige Vorleistung der Schweiz zu vermeiden. Die Commcare AG zitiert die Vernehmlassung des Departements wie folgt: «Notamment pour rester plus proche du système européen, nous proposons au Conseil fédéral de ne pas fixer dans l'OST d'obligation générale du fournisseur dominant de garantir l'interconnexion en dehors du domaine de communication et de laisser cette question à l'appréciation des parties dans leurs accords d'interconnexion.» Entgegen der Auffassung der Commcare AG ergibt sich daraus aber nicht, dass die Mietleitungen dennoch dem Interkonnektionsregime unterstellt sind. Hat der Bundesrat als Ordnungsgeber darauf verzichtet, die Mietleitungen als Anwendungsfall der Interkonnektion zu nennen, ist aufgrund der Anträge der Wettbewerbskommission sowie des sachkundigen Departements, denen der Bundesrat letztlich gefolgt ist, vielmehr zu schliessen, dass Mietleitungen von der Interkonnektionspflicht ausgenommen werden sollten. Die Stellungnahme des Departements lässt sich ohne weiteres so verstehen, dass die Regelung von nicht der Interkonnektionspflicht unterstellten Fernmeldebereichen dem freien vertraglichen Handeln der Fernmeldediensteanbieter überlassen bleiben sollte. Dass dabei der Begriff der Interkonnektion verwendet wurde, bedeutet nicht zwingend, es handle sich um den Fall des gesetzlichen Zwanges im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG, also um den Rechtsbegriff der Interkonnektion; genauso gut kann damit das faktische Verständnis der Interkonnektion als technische Zusammenarbeit bzw. -schaltung gemeint gewesen sein, wie sie zwischen den diversen Fernmeldediensteanbietern regelmässig auch ausserhalb der gesetzlichen Interkonnektionspflicht auf rein vertraglicher Grundlage betrieben wird. So wie der Antrag formuliert ist, liegt die Vermutung sogar nahe, es sei um dieses

Verständnis gegangen, sollte eine «obligation générale» doch gerade vermieden werden.

c) Im Hinblick auf die Übertragungsmedien kommt hinzu, dass bereits die Botschaft zum Fernmeldegesetz im Zusammenhang mit der Interkonnektion festhielt, Marktneulinge seien meist darauf angewiesen, ihre Dienste ganz oder teilweise unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste bisheriger Betreiberinnen anbieten zu können (BBl 1996 III 1425). Damit bestätigt sich die bereits unter grammatikalischer Sicht vorgenommene Auslegung (vgl. oben E. 5c), dass die reine Benutzung von Übertragungsmedien, die eben ohne Inanspruchnahme von Übermittlungsdiensten erfolgt, keinen Interkonnektionsfall darstellt. Im Übrigen bildete die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, wie ihn die Commcare AG im Ergebnis über die Interkonnektion der Übertragungsmedien anstrebt (vgl. oben E. 4b), ebenfalls ein Thema beim Erlass der Fernmeldedienstverordnung. Wie die Swisscom AG darlegt, war im Verordnungsentwurf eine gewisse Interkonnektion für den Anschlussbereich ausdrücklich vorgesehen, was zumindest teilweise auf eine Entbündelung hinaus gelaufen wäre. Auch darauf wurde in der endgültigen Fassung der Verordnung indessen verzichtet. Mit Schreiben vom 22. Oktober 1997 an den Verwaltungsrat der PTT hat der Bundesrat ausdrücklich Folgendes festgehalten: «In der Verordnung über Fernmeldedienste hat der Bundesrat bei der Regelung der Interkonnektion auf die Pflicht zur Entbündelung des Teilnehmeranschlussnetzes verzichtet. Er hat damit einem wichtigen Anliegen der Swisscom Rechnung getragen.» Auf diese Regelung ist der Bundesrat bei der Revision der Fernmeldedienstverordnung vom 5. April 2000 (AS 2000 1044) nicht zurückgekommen. Schliesslich hat es auch der Nationalrat noch am 14. Dezember 2000 abgelehnt, einer parlamentarischen Initiative Theiler zur Entbündelung der «letzten Meile» Folge zu geben, wobei zum Teil allerdings auch argumentiert wurde, dem Bundesgericht sei bei seiner Urteilsfindung in den hängigen Fällen nicht vorzugreifen (Amtl. Bull. 2000 N 1586 ff.).

d) Wird die Entstehungsgeschichte als Ganzes betrachtet, verbietet es sich, die Teilnehmeranschlüsse ohne zwingende Gründe, welche die Ausgangslage beim Erlass der Fernmeldedienstverordnung als überholt erscheinen lassen, über die Interkonnektion der Übertragungsmedien zu entbündeln (vgl. dazu WEBER, Entbündelung, a.a.O., S. 338). Demnach spricht eine an der Entstehungsgeschichte der Fernmeldegesetzgebung ausgerichtete Auslegung gegen die Annahme, Mietleitungen und Übertragungsmedien unterstünden dem Interkonnektionszwang.

9.- a) Zu prüfen bleibt, ob sich aus dem internationalen Recht, insbesondere aus den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz, wesentliche Gesichtspunkte zur Auslegung des nationalen Fernmelderechts herleiten lassen.

b) Die Kommunikationskommission beruft sich ergänzend auf das Recht der Europäischen Union. So sehe die Richtlinie 92/44/EWG von 5. Juni 1992 (Mietleitungsrichtlinie; nachträglich mehrfach geändert; vgl. die Anmerkungen zu Art. 1 lit. b bzw. zu Art. 13 FDV; AS 2000 1044 und 1046) zur Einführung des offenen Netzzuganges bei Mietleitungen eine Kostenregelung (Kostenorientierung und Transparenz der Preise) vor, welche derjenigen bei der Interkonnektion des nationalen Rechts entspreche. Daran schliesse eine weitere Richtlinie 97/33/EG (Zusammen-

schaltungsrichtlinie) an. Nach einer dazu ergangenen Empfehlung der Kommission der Europäischen Union vom 24. November 1999 würden Betreiber von Mietleitungen mit beträchtlicher Marktmacht nunmehr einem Zusammenschaltungszwang zu den genannten Kostenbedingungen, mithin der Interkonnektionspflicht unterliegen. Das Recht der Europäischen Union entfaltet keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem - im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union - eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen Union bezweckte (BBl 1996 III 1411 f.), lässt sich deren Rechtsordnung als Auslegungshilfe beziehen (BGE 125 II 293 E. 4e S. 306 f.). Bei Erlass der schweizerischen Fernmeldegesetzgebung im Jahre 1997 fand das damals geltende Recht der Europäischen Union grundsätzlich Berücksichtigung, wobei freilich unklar ist, wie weit damals bereits ein Zusammenschaltungszwang galt. Richtlinien binden in erster Linie die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und bedürfen zur innerstaatlichen Geltung grundsätzlich eines gesetzgeberischen Umsetzungsakts (STEFAN BREITENMOSER, Praxis des Europarechts, Zürich 1996, S. 70). Auch die Zugangsregelungen des europäischen Rechts im Telekommunikationsbereich sind grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten umzusetzen (vgl. etwa OLIVER SIDLER, Neue europäische Rechtsordnung im Telekommunikations-Bereich, in: *medialex* 2000, S. 69 f.; eine allgemeine Übersicht zu den Deregulierungseffekten in der Europäischen Union findet sich bei ALAIN BUZELAY, De la dérégulation des télécommunications dans l'Union, in: *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 434, janvier 2000, S. 24 ff.), wobei diesen ein gewisser Spielraum verbleibt (CHRISTIAN BOVET, Réception du droit public économique étranger en Suisse, in: *ZSR* 119 II/2000, S. 290 f., insbes. Anm. 33; vgl. auch COUNE/DE LA VALLÉE/LECOQ, a.a.O., S. 380 f.). Die Zusammenschaltungsrichtlinie, die immerhin für Mietleitungen einen gewissen Zwang vorsieht, den Netzzugang zu gewähren (vgl. etwa MARCEL HAAG, Das europäische Umfeld: Die rechtliche Ordnung der Telekommunikation in der EU, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], *Neues Fernmelderecht*, Zürich 1998, S. 41 f.; vgl. auch - ohne konkrete Aussagen zu Mietleitungen - GEPPERT/RUHLE/SCHUSTER, *Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation*, Baden-Baden 1998, S. 253 ff., Rz. 283 ff.), erging im Übrigen erst etwa zu gleicher Zeit wie die geltende schweizerische Fernmeldeordnung. Der später ergangenen Kommissionsempfehlung kommt als solcher ohnehin kein verbindlicher Charakter zu (STEFAN BREITENMOSER, a.a.O., S. 71). Sodann ergibt sich aus einer Mitteilung der Kommission vom 23. September 2000 (2000/C 272/10), dass es zwar Sinn der Mietleitungsrichtlinie ist, gemeldete Betreiber zu verpflichten, Übertragungskapazität zu harmonisierten Bedingungen zur ausschliesslichen Nutzung an Dritte zu vermieten (Ziff. 5.1 der Mitteilung), dass aber die vollständige Entbündelung des Teilnehmeranschlusses - wie er von der Commcare AG im Ergebnis ja angestrebt wird, wie der Streitpunkt der Übertragungsmedien zeigt - von den fraglichen Richtlinien über den offenen Netzzugang (Open Network Provision) nicht geregelt wird (Ziff. 5.2 der Mitteilung; vgl. zur Entbündelungsfrage in Deutschland etwa auch GEPPERT/RUHLE/SCHUSTER,

a.a.O., S. 299 ff., Rz. 353 ff.). Die Kommission strebt zwar an, die Entbündelung voranzutreiben, scheint aber auch hierfür vor allem die Mitgliedstaaten in die Pflicht nehmen zu wollen (vgl. auch WEBER, Entbündelung, a.a.O., S. 339). Aus der bereits genannten Mitteilung (Ziff. 1.1) geht im Übrigen hervor, dass noch lange nicht alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union selber ihre Anschlussnetze entbündelt haben, was klarerweise dagegen spricht, dass die Fernmeldeunternehmen sich bisher generell auf einen entsprechenden Anspruch berufen können. Entscheidend ist indessen ohnehin ein anderer Gesichtspunkt: Mit Revision der Fernmeldedienstverordnung vom 5. April 2000 (AS 2000 1044) wurde Art. 1 lit. b FDV in dem Sinne geändert, dass die Richtlinie 92/44/EWG (mit den entsprechenden späteren Anpassungen) ausdrücklich genannt und insoweit in das schweizerische Recht integriert worden ist - ein Beispiel des so genannten autonomen Nachvollzugs des europäischen Rechts durch die Schweiz (dazu BOVET, a.a.O., S. 296). Der Hinweis in Art. 1 lit. b FDV bezweckt die begriffliche Klarstellung der Mietleitung. Ein weiterer Verweis auf die gleiche Richtlinie findet sich in Art. 13 FDV, wo der Angebotszwang (für unterversorgte Randgebiete) gemäss Art. 12 FMG konkretisiert wird. Bezeichnenderweise gibt es hingegen bei den Bestimmungen über die Interkonnektion keinen entsprechenden Verweis auf das Recht der Europäischen Union. Überdies wird die Richtlinie 97/33/EG an keiner Stelle genannt. Es spricht einiges dafür, dass der Ordnungsgeber den Zusammenschaltungszwang ebenfalls ausdrücklich in die Verordnung integriert oder jedenfalls inhaltlich rezipiert hätte, sollte dieser in gleicher Weise wie in der Europäischen Union gelten, nachdem in anderer Hinsicht sogar ausdrücklich auf das Recht der Europäischen Union verwiesen wurde. Es obliegt nun aber dem Gesetz- oder Ordnungsgeber durch Anpassung der entsprechenden Bestimmungen und nicht der Kommunikationskommission als Vollzugsbehörde, den allenfalls erforderlichen oder wünschbaren Nachvollzug anzuordnen und dafür den politisch angebrachten Zeitpunkt zu bestimmen.

c) Die Commcare AG beruft sich auch auf das Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO - World Trade Organization) vom 15. April 1994 (für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 1995; SR 0.632.20). Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, so genanntes GATS - General Agreement on Trade in Services; in SR 0632.20 S. 312 ff.) enthält auch Regeln für den Fernmeldemarkt. Das Abkommen und sein «Anhang über Telekommunikation» (ebenfalls in SR 0.632.20 S. 350 ff.) bezwecken in erster Linie die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern (im Sinne der so genannten Meistbegünstigung [unter Anbietern verschiedener ausländischer Signatarstaaten] und der so genannten Inländerbehandlung [im Vergleich mit inländischen Unternehmen]; vgl. insbes. Art. II und XVII des GATS-Abkommens), eine Steigerung der Transparenz (Art. III des GATS-Abkommens) sowie Verbesserungen beim Marktzugang (Art. XVI des GATS-Abkommens) unter Einschluss der technischen Zusammenarbeit bei der Telekommunikation (vgl. BGE 125 II 293 E. 4d S. 306; RICHARD SENTI, WTO System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Zürich/Wien 2000, S. 563 ff.). Zu beachten ist

dabei, dass das GATS-Abkommen grundsätzlich keinen freien Marktzugang gewährleistet; Marktzugangsrechte bestehen nur dort, wo dies im Abkommen oder namentlich in individuellen Länderlisten ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. RICHARD SENTI/ROLF H. WEBER, Das allgemeine Dienstleistungsabkommen [GATS], in: Daniel Thürer/Stephan Kux [Hrsg.], GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Zürich/Baden-Baden 1996, S. 141 ff.; BBl 1994 IV 266 f. und 271 ff.). Immerhin ist im Bereich der Telekommunikation der freie Marktzugang gewährleistet (vgl. SENTI, a.a.O., S. 600 ff., insbes. Rz. 1283). Die Commcare AG wird indessen nicht vom Markt ausgeschlossen; sie bleibt frei in der Entscheidung, die Mietleitungen der Swisscom AG zu mieten - ein entsprechendes Angebot besteht grundsätzlich - oder ein eigenes Netz aufzubauen (vgl. SENTI, a.a.O., S. 600 ff., insbes. Rz. 1283). Der Zugang zu Mietleitungen wird in Ziff. 5 lit. b ii) des Anhangs über Telekommunikation zum GATS-Abkommen überdies ausdrücklich erwähnt, allerdings nur in dem Sinne, dass Mietleitungen mit dem öffentlichen Netz verbunden werden dürfen (SENTI/WEBER, a.a.O., S. 153; BBl 1994 IV 266). Es kann hier offen bleiben, ob das Netz der Swisscom AG ein öffentliches Netz im Sinne des GATS-Abkommens darstellt (wofür immerhin Einiges spricht); die Commcare AG verlangt ja nicht oder jedenfalls nicht ausschliesslich eine Verbindung zum Netz der Swisscom AG, sondern sie möchte deren Netz weitergehend für sich selber benutzen. Dafür, dass dieses Anliegen vom GATS-Abkommen gedeckt ist, gibt es keine eindeutigen Anhaltspunkte. Im Übrigen besteht ein entsprechendes Angebot der Swisscom AG jedenfalls bei den Mietleitungen. Nicht garantiert ist der Marktzugang hingegen bei den Übertragungsmedien, wovon im GATS-Abkommen aber überhaupt nicht die Rede ist. Das Bundesgericht hat es bisher - allerdings in anderem Zusammenhang - abgelehnt, aus den GATS-Regeln über die Telekommunikation unmittelbar anwendbare Rechte abzuleiten, auf welche sich Fernmeldeunternehmen berufen könnten (BGE 125 II 293 E. 4d S. 306). Ob daran in dieser absoluten Form festzuhalten ist, kann offen bleiben. Es kann wohl auch nicht entscheidend sein, dass sich vorliegend zwei schweizerische Unternehmen gegenüber stehen; könnten sich nämlich ausländische Fernmeldeanbieter auf das GATS berufen, wäre zu prüfen, ob dasselbe aus Gründen der Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht auch für inländische Konkurrenzbetriebe gälte. Dies kann aber dahingestellt bleiben, denn den Ausschlag gibt bereits, dass dem GATS-Abkommen und den für die Schweiz verbindlichen Verpflichtungslisten (gemäss dem Vierten Protokoll betreffend den Anhang zu Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsdienstleistungen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen, SR 0.632.20 S. 356 f., AS 1998 2049; Verpflichtungslisten GATS/SC/83/Supl.3/Rev.1; beides in Kraft seit dem 5. Februar 1998), selbst wenn das GATS-Recht direkt anwendbar wäre, jedenfalls im Hinblick auf Mietleitungen und Übertragungsmedien weder ein subjektives Recht auf Entbündelung noch auf Interkonnektion im von der Commcare AG beantragten Sinne entnommen werden kann. Insofern bleibt das GATS-Recht so oder so zu vage (vgl. WEBER, Entbündelung, a.a.O., S. 339). Im Übrigen bezweckte die Revision des Fernmeldegesetzes unter anderem, das Landesrecht den Anforderungen des WTO-Rechts anzupassen. Dennoch sind weder

der Gesetz- noch der Verordnungsgeber bei der Revision des nationalen Fernmelderechts davon ausgegangen, es bestünde ein Recht auf Entbündelung oder Interkonnektion bei Mietleitungen und Übertragungsmedien, wie dies bereits bei der historischen Auslegung des nationalen Rechts dargelegt wurde (vgl. oben E. 8b-c); ansonsten hätte ein solcher Zusammenhang deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen. Hinzu kommt, dass die Schweiz im Jahre 1998 ihre Verpflichtungsliste an das Fernmeldegesetz angepasst hat, was wiederum - im umgekehrten Sinne - dafür spricht, dass die Liste nicht weitergehende Ansprüche vermittelt als die damals bestehende und heute noch gültige nationale Ordnung (vgl. BÜHLER, a.a.O., S. 197 f.). (...)

11.- a) Eine Gesamtbeurteilung ergibt demnach, dass bereits der Wortlaut des Gesetzes- und Verordnungsrechts gegen die Unterstellung von Übertragungsmedien unter das Interkonnektionsregime spricht und dies auch kein anderes Auslegungselement nahelegt. Etwas offener stellt sich die Ausgangslage für Mietleitungen dar. Während sich gestützt auf die grammatikalische und teilweise teleologische Auslegung noch begründen liesse, dass Mietleitungen von der Interkonnektionspflicht erfasst werden, sprechen die systematische und vor allem die historische Auslegung aber doch klar dagegen. Auch wenn es sich bei der Telekommunikation um einen dynamischen Sachbereich handelt, liegen die letzten grösseren Revisionen des Fernmeldegesetzes und der -verordnung erst rund vier Jahre zurück; die Verordnung wurde sogar erst vor rund einem Jahr - ohne Änderung im Sinne der Commcare AG - teilrevidiert. Damit kommt dem historischen Gesichtspunkt eine nicht unbedeutende Rolle zu. Auch internationalrechtliche Gesichtspunkte und namentlich die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz führen zu keiner anderen Gewichtung bei der Auslegung des Landesrechts. Damit ist zu schliessen, dass die Swisscom AG gestützt auf das geltende Fernmelderecht nicht verpflichtet ist und auch nicht gezwungen werden kann, in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 FMG Interkonnektion bei Mietleitungen und Übertragungsmedien zu gewähren, wie dies von der Commcare AG verlangt wird. Auch wenn der Kommunikationskommission allenfalls ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe zukommt (vgl. oben E. 3d), führt dies nicht zu einer gegenteiligen Beurteilung. Die Auslegung des Fernmeldegesetzes und der Fernmeldeverordnung ist hinreichend klar, sodass mit Grund davon ausgegangen werden kann, die von der Commcare AG geltend gemachte gesetzliche Interkonnektionspflicht bestehe nicht. Die Kommunikationskommission hat zwar die Funktion eines weitgehend unabhängigen Regulators des Fernmeldemarktes; sie ist aber weder Gesetz- noch Verordnungsgeber, sondern bleibt trotz allem eine Vollzugsbehörde, die an die Erlasse des Gesetzgebers und des Bundesrates gebunden ist und nur dort über Freiräume verfügt, wo ihr - wie etwa bei der Erteilung zahlenmässig beschränkter Konzessionen (vgl. BGE 125 II 293 E. 4g S. 308 f.) - ein Ermessen eingeräumt wird oder wo es um die Auslegung unbestimmter, in der Regel fachtechnischer Gesetzesbegriffe geht. Im Hinblick auf die Bestimmung der Interkonnektionspflicht ist aber weder der eine noch der andere Fall gegeben; trotz des durchaus auch technischen Zusammenhangs ist

nicht über besondere Fachfragen - wie etwa die Festlegung von Funkfrequenzen (vgl. Art. 25 FMG) - zu entscheiden, wozu die Kommunikationskommission als besser geeignet erschiene als das Bundesgericht, sondern über die Frage einer gesetzlichen Pflicht. Eine besondere Zurückhaltung des Bundesgerichts rechtfertigt sich daher im vorliegenden Zusammenhang nicht (offenbar etwas anderer Ansicht WEBER, Entbündelung, a.a.O., S. 340). Es obliegt somit einzig dem Gesetzgeber und, gestützt auf die entsprechende Delegation in Art. 11 Abs. 1 letzter Satz FMG, dem Bundesrat als Verordnungsgeber, durch eine entsprechende Klarstellung im Gesetzes- bzw. Verordnungstext darüber zu entscheiden, ob ein genügendes öffentliches Interesse daran besteht, die von der Interkonnektionspflicht bisher nicht erfassten Mietleitungen und allenfalls Übertragungsmedien neu dem Interkonnektionsregime zu unterstellen (vgl. insofern zur Frage der Entbündelung WEBER, Entbündelung, a.a.O., S. 340).

12.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Swisscom AG ist gutzuheissen, während diejenige der Commcare AG vollumfänglich abgewiesen werden muss. ■

REMARQUES:

Un des principes fondamentaux de la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC) est celui de l'interconnexion. Exprimé d'une façon simplifiée, l'interconnexion vise à garantir aux nouveaux opérateurs de télécommunication l'accès au réseau de l'opérateur ayant une position dominante sur le marché, de manière non discriminatoire, à des prix transparents et alignés sur les coûts. Le marché des télécommunications se caractérise en effet par une forte dépendance de l'infrastructure et par la présence monopolistique de Swisscom, qui demeure - même 5 ans après la libéralisation du marché - le seul opérateur à disposer d'un réseau permettant de desservir l'ensemble du territoire suisse. Pour cette raison, l'obligation fondamentale qu'impose l'art. 11 LTC à l'opérateur ayant une position dominante sur le marché de garantir l'interconnexion à ses concurrents est une condition essentielle à la libéralisation du secteur des télécommunications, même si l'on peut regretter que, au moment de l'adoption de la LTC, le législateur ait quelque peu sous-estimé l'étendue des mesures à adopter pour garantir l'interconnexion. Le législateur, sous la pression des nouveaux acteurs du marché, a bien introduit dans le texte final de la loi (art. 11 al. 3 LTC) deux mesures renforçant le cadre de l'interconnexion (délai de négociation de 3 mois et possibilité de recourir à des mesures provisionnelles). Toutefois, le législateur aurait pu et dû mieux définir les contours et la portée de l'obligation d'interconnexion. Ce manque de précision explique les vives controverses qui ont suivi. Le présent arrêt tranche pour la première fois sur le fond un litige concernant l'interconnexion, et, de se fait, apporte des clarifications importantes.

L'arrêt met un terme au litige opposant l'opérateur de télécommunication Commcare SA à Swisscom, avec les conséquences financières catastrophiques pour Commcare que l'on connaît. Commcare avait saisi la Commission de la communication (Comcom) en septembre 1998 d'une requête de mesures provisoires fondée sur l'art. 11 al. 3 LTC, demandant de soumettre à l'interconnexion les lignes louées et les moyens de transmission. La Comcom a rejeté cette requête en juin 1999, tout en laissant entendre que Commcare aurait de bonnes chances de succès sur le fond (JAAC-VPB 65-29, p. 295 ss). Le recours de droit administratif interjeté par Commcare a été déclaré mal fondé en décembre 1999 (ATF 125 II 613, *medialex* 2000, p. 51 s. et 2001, p. 52 ss). Le 2 octobre 2000, la Comcom a rendu une décision sur le fond (sic! 2001, p. 19 ss). Elle a admis, sans surprise au vu de sa décision de juin 1999, la requête de Commcare dans la mesure où elle portait sur les lignes louées, mais l'a refusée pour les moyens de transmission.

Saisi d'un recours de droit administratif de la part de Commcare et de Swisscom, le TF a opté pour une interprétation

restrictive des dispositions sur l'interconnexion: il a nié l'obligation d'interconnexion tant pour les lignes louées que pour les moyens de transmission.

L'enjeu pratique de cet arrêt porte dans une large mesure sur l'accès à la boucle locale. En effet, la boucle locale et les raccordements de clients (aussi appelés «last mile») sont actuellement presque entièrement contrôlés et desservis par Swisscom. La Commission de la concurrence (Comco) a par ailleurs confirmé que Swisscom détient une position dominante dans le domaine des raccordements (voir l'avis de la Comco du 7 février 2000, RPW 2000, p. 70 ss).

La soumission des lignes louées au régime de l'interconnexion aurait obligé Swisscom à offrir son service standard «Private line national» dans la sphère locale à des prix alignés sur les coûts. Actuellement, Swisscom offre ce service aux conditions «wholesale», à des prix notablement supérieurs aux prix alignés sur les coûts (Commcare avait indiqué, dans sa requête de mesures provisoires, une différence de prix de 60%; cf. *medialex* 2000, p. 51).

L'admission de l'interconnexion pour les moyens de transmission aurait eu des conséquences encore plus importantes. Elle aurait eu pour effet de dégroupier, pour le moins partiellement, la boucle locale («unbundling of the local loop»): Commcare et les autres opérateurs de télécommunication auraient été en mesure de desservir directement leurs clients et de leur offrir les services de leur choix, en utilisant les raccordements de Swisscom et en limitant ainsi fortement le «diktat» de Swisscom. En effet, à l'heure actuelle, Swisscom jouit, grâce à sa position dominante, d'une large indépendance dans la détermination des services qui peuvent être offerts aux abonnés et à quels prix.

De manière générale, on peut sincèrement regretter que le TF ait accordé si peu de poids à l'un des principes fondamentaux de la LTC, à savoir celui de libéraliser le secteur des télécommunications dans l'intérêt du consommateur. Qui plus est, le TF n'a pas jugé bon de s'inspirer des principes du droit communautaire et du droit de l'OMC, alors qu'une interprétation téléologique et conforme au droit international, en particulier européen, eût été tout à fait appropriée dans un domaine aussi dynamique et transnational que celui des télécommunications. Les juges fédéraux, en revanche, ont accordé plus d'égards aux principes interprétatifs internes et mis l'accent sur l'interprétation historique et systématique de la LTC, même si certains arguments qu'ils ont cru en tirer sont pour le moins peu convaincants.

Le TF retient à juste titre que ni la LTC, ni l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST) ne règlent expressément la question de savoir si les lignes louées et les moyens de transmission sont soumis au régime de l'interconnexion. Sur la base d'une **interprétation grammaticale**, il conclut que les moyens de transmission ne tombent pas dans le champ d'application de l'OST. Il explique ainsi que, contrairement aux lignes louées, il est exclu de les considérer comme un «service» au sens de l'art. 32 al. 1 let. b OST [art. 43 al. 1 let. b de la nouvelle OST du 31 octobre 2001, entrée en vigueur le 15 novembre 2001]. A noter que cette interprétation confirme dans son résultat celle de la décision attaquée (sic 2001, p. 19 ss), mais infirme l'interprétation plus large retenue par la Comco dans sa décision antérieure sur mesures provisoires (JAAC-VPB 65-29, p. 295 ss).

L'objectif de la LTC, à savoir la libéralisation du marché des télécommunications, permettrait, d'après le TF, d'étendre l'obligation d'interconnexion tant aux lignes louées qu'aux moyens de transmission. Cette **interprétation téléologique** trouve une ferme appui dans la LTC, qui énumère parmi ses buts «une concurrence efficace en matière de services de télécommunication» (art. 1 al. 1 let. b). La finalité de la libéralisation du marché des télécommunications est également clairement énoncée dans le Message du Conseil fédéral: «La refonte de la LTC vise une ouverture complète du marché et la suppression du monopole des PTT en matière de réseau et de téléphone.» (FF 1996 III, p. 1374). Le TF ne tire toutefois, ce qui est regrettable, aucune conséquence pratique du but visé par la LTC. Il affirme bien au contraire qu'il existerait, au-delà du service universel (dont ni les lignes louées, ni les moyens de transmission ne font partie), une exigence de justification particulière pour admettre une obligation d'interconnexion. Cette affirmation repose

sur l'argument soutenu par Swisscom (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Annexes IV, 2000, p. 380ss) que l'extension de l'interconnexion aux lignes louées et aux moyens de transmission diminuerait l'incitation aux investissements de la part de Swisscom et des nouveaux opérateurs.

Cette argumentation est critiquable à plus d'un titre: relevons tout d'abord qu'elle ne trouve aucun appui dans le Message du Conseil fédéral ni dans la doctrine (certes limitée en la matière). Le TF ne cite pas non plus d'étude économique susceptible de confirmer la position de Swisscom. En outre, le TF n'hésite pas à se contredire. En effet, il affirme, d'une part, que l'obligation d'interconnexion implique pour Swisscom le devoir de mettre à disposition des autres fournisseurs de services de télécommunication les capacités techniques nécessaires, et par conséquent d'augmenter le cas échéant la capacité de son infrastructure, voire d'étendre cette dernière, pour satisfaire les demandes des nouveaux concurrents; mais il relève, d'autre part, qu'en cas d'obligation d'interconnexion dans le domaine examiné, les investissements auront tendance à diminuer, parce que Swisscom ne pourrait exiger que des prix alignés sur les coûts en contre-prestation de ses services. En ce qui concerne les investissements des autres opérateurs, il est exact qu'une interconnexion étendue aux lignes louées et aux moyens de transmission leur donnerait la possibilité d'utiliser l'infrastructure de Swisscom, réduisant ainsi les investissements consacrés à la construction de leurs propres réseaux et également les nuisances causées par cette dernière. Le TF méconnaît toutefois que la LTC vise à favoriser la concurrence des services plutôt que celles des réseaux. Le Conseil fédéral a de plus expressément rejeté le concept d'un monopole des infrastructures, considérant ce dernier comme préjudiciable à la libéralisation des services: «Adopter une réglementation différente pour les infrastructures et les services – qui conserverait le monopole des premières – n'aurait aucun sens. On ne peut en effet dissocier l'infrastructure des services, si bien que ces derniers ne seront compétitifs au niveau international que si le libre accès aux réseaux est garanti.» (FF 1996 III, p. 1374). Cette affirmation vaut tout particulièrement pour le réseau local: comme l'a relevé la Comco dans un avis du 19 mars 2001 (RPW 2001, p. 348ss), il n'est en effet pas probable que les nouveaux opérateurs concurrents de Swisscom puissent développer une infrastructure alternative à celle de Swisscom dans un avenir proche. Des technologies alternatives (réseau CATV, WLL etc) permettant aux opérateurs de desservir directement leurs clients ne jouent actuellement qu'un rôle très limité et ne remettent nullement en question à l'heure actuelle et pour une longue période la position dominante de Swisscom (cf. RPW 2001, p. 348ss). Le lent développement des réseaux WLL en Suisse et la disparition ou le retrait de plusieurs opérateurs WLL ne font que confirmer ce constat.

L'opinion du TF selon laquelle les nouveaux opérateurs seraient plus disposés à investir dans la construction d'infrastructures en l'absence d'une obligation d'interconnexion n'est tout simplement pas fondée et ne reflète pas la réalité économique. Elle est de plus contraire à l'intention du législateur, à savoir garantir en premier lieu une concurrence efficace entre les services, intention qui ressort également de l'art. 1 al. 1 LTC: «La présente loi a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international.» Par ailleurs, l'affirmation du TF que l'interconnexion se justifie surtout pour le service universel et non pour les services supplémentaires ne s'inscrit pas dans le cadre du but ci-dessus.

Le TF relève, dans une **interprétation systématique**, que le législateur a prévu à l'art. 32 al. 1 let. a OST l'obligation d'interconnexion pour le service universel, ce qui constitue, d'après le TF, un certain indice que le législateur n'a pas voulu accorder une portée plus large aux autres lettres de la même disposition, en particulier à la lettre b: celle-ci soumet à l'interconnexion «l'accès à d'autres services dont le fournisseur occupe une position dominante.» Cet argument ne tient cependant pas compte du premier alinéa de l'art. 32 OST. Comme l'a relevé la Comco dans sa décision du 2 octobre 2000, l'art. 32 al. 1 OST oblige l'opérateur ayant une position dominante sur le marché à accorder l'interconnexion au moins pour les services énumérés aux lettres a à e, ce qui milite en faveur d'une interprétation extensive de cette disposition. Le TF invoque un autre argument auquel il accorde plus de poids. Selon lui, l'obligation d'interconnexion ne s'étend

pas aux lignes louées pour le motif que cette interprétation enlèverait toute portée propre à l'art. 12 LTC: selon cette disposition, l'autorité concédante peut obliger un opérateur à offrir des circuits loués afin de garantir un service universel pour les régions périphériques. Comme WEBER l'a relevé de manière convaincante (sic! 2002, p. 30s), cet argument n'est pas pertinent. Il fait abstraction des conditions d'application et des buts différents des deux dispositions: l'art. 11 LTC vise en premier lieu à protéger les nouveaux fournisseurs en vue de créer une concurrence efficace alors que l'art. 12, quant à lui, vise à garantir le service universel dans les régions périphériques.

Encore plus discutable est l'affirmation du TF selon laquelle les droits exclusifs de Swisscom constitueraient la contre-partie de son obligation d'assurer le service universel pendant la période transitoire de 5 ans. Le législateur aurait, selon le TF, consciemment et volontairement établi un équilibre entre l'obligation de fournir le service universel et les droits exclusifs de Swisscom. Cette affirmation ne trouve non seulement aucun appui dans les travaux législatifs, mais elle est de plus expressément contredite par le Message, qui souligne que la LTC est «fondée sur la conviction que les objectifs de la politique helvétique des télécommunications seront mieux atteints en régime de concurrence qu'en régime de monopole partiel» (FF 1996 III, p. 1374), le Conseil fédéral se prononçant, comme indiqué plus haut, pour une ouverture complète du marché. Concernant l'obligation de Swisscom d'assurer le service universel, le Message relève que Swisscom l'«a accepté[e] expressément [...] sans compensation financière» (FF 1996 III, p. 1376). Comme l'a également relevé WEBER (sic! 2002, p. 31), le législateur a par ailleurs assuré la fourniture du service universel non pas en sauvegardant un monopole partiel de Swisscom, mais par la création d'un fonds spécial (art. 19 LTC). Dans ce contexte, il convient de ne pas perdre de vue que Swisscom a bénéficié d'autres avantages par rapport aux autres opérateurs qui justifient son obligation d'assurer le service universel: ainsi, Swisscom s'est par exemple vu attribuer d'emblée une concession de 10 ans dans le domaine de la téléphonie mobile, dans la même disposition légale (art. 66 al. 2 LTC) que celle contenant l'obligation d'assurer le service universel (art. 66 al. 1 LTC).

Le TF relève à juste titre qu'un des buts de la LTC était d'harmoniser le droit suisse avec le **droit communautaire**, de sorte qu'il conviendrait de tenir compte du droit européen lors de l'interprétation de la LTC. Le TF indique par la suite que la directive 97/33 CE (JOCE n° L 199 du 26 juillet 1997, p. 32ss) prévoit l'obligation de donner accès aux lignes louées mais n'impose aux Etats membres aucune obligation quant aux moyens de transmission, faisant ainsi de manière surprenante complètement abstraction du règlement CE n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 (JO n° L 336 du 30 décembre 2000, p. 4 ss) relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale (cf. WEBER, sic! 2002, p. 31)! En ce qui concerne l'accès aux lignes louées, le TF n'accorde à la directive européenne qu'une signification secondaire pour plusieurs motifs: d'une part, cette directive n'a pas été adoptée avant la LTC; d'autre part, le législateur a renoncé, lors de la révision de l'OST, à faire référence à cette directive dans la section sur l'interconnexion, alors que la même ordonnance renvoie à deux reprises à la directive CEE 92/44 (JOCE n° L 165 du 19 juin 1992, p. 27ss) pour définir la notion de ligne louée. Le TF en conclut que le législateur n'a probablement pas eu l'intention de soumettre les circuits loués à l'obligation d'interconnexion et qu'il incomberait au législateur, et non à la Comcom, de déterminer si, et le cas échéant à quel moment, il est opportun de s'aligner sur le droit communautaire.

Cette interprétation de la volonté du législateur n'est pas convaincante. Ainsi, le TF semble indiquer que le législateur aurait voulu harmoniser le droit suisse avec le droit européen, tel qu'il était en vigueur lors de l'adoption de la LTC. Cette vision statique du droit communautaire est toutefois contredite dans le Message: «Le projet est entièrement harmonisé avec le droit des télécommunications européen, actuel et en devenir. Dans les domaines que l'Union européenne n'a pas encore réglementés, il a été élaboré de manière à ce que tout développement futur – tel qu'on peut s'y attendre – puisse être intégré dans la loi sans qu'elle doive être modifiée.» (FF 1996 III, p. 1431, souligné par les auteurs). A la lumière de ce constat clair

du Message, on ne peut guère, contrairement au TF, accorder un poids déterminant au fait que le législateur n'ait pas, dans l'ordonnance, expressément renvoyé à la directive CE 97/33. En effet, un renvoi spécifique n'est tout simplement pas nécessaire, sauf dans l'hypothèse où il sert, comme dans le cas de la référence à la directive CEE 92/44, à définir des notions techniques comme celle de la ligne louée.

Une **interprétation conforme au droit international** - en l'espèce aux obligations contractées par la Suisse dans le cadre de l'OMC - aurait également permis des conclusions bien plus favorables au dégroupage de la boucle locale que celles que le TF a cru bon tirer (pour plus de détails, cf. WEBER, sic! 2002, p. 31s.).

L'**interprétation historique** de la LTC conduit le TF à la conclusion que le législateur n'a voulu soumettre à l'interconnexion ni les lignes louées, ni les moyens de transmission. Le TF justifie cet argument en soulignant que l'art. 33 al. 1 let. d du projet de l'OST du 30 avril 1997 mentionnait expressément les lignes louées parmi les cas d'interconnexion. Le même projet contenait également une disposition prévoyant le dégroupage partiel de la boucle locale (art. 71). Les deux dispositions n'ont toutefois pas été maintenues dans la version finale de l'OST. Au cours de l'année 2000, note le TF, le Conseil national a en outre refusé de donner suite à une initiative parlementaire visant le dégroupage de la boucle locale. L'argumentation du TF concernant les lignes louées ne peut être suivie à la lettre. Comme l'a relevé la Comcom, le législateur a renoncé à la référence aux lignes louées mais a introduit une disposition résiduelle, l'art. 32 al. 1 let. b OST [art. 43 al. 1 let. b selon la nouvelle OST du 31 octobre 2001], qui permet de soumettre à l'interconnexion «d'autres services», notion plus large que celle de la ligne louée. Concernant les moyens de transmission, la situation est plus délicate. L'initiative Theiler portant sur la question du dégroupage de la boucle locale avait en effet suscité des vives controverses au sein du Conseil national (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, 2000, p. 1041s., p. 1586 ss). Alors que les parlementaires favorables au dégroupage voulaient donner suite à l'initiative, relevant qu'il incomberait au Parlement de lever l'incertitude de la loi en prévoyant une base légale expresse pour le dégroupage, les parlementaires qui y étaient opposés estimaient que l'initiative était prématurée et inopportune, vu que le TF avait été saisi de cette question. Le Conseil fédéral, quant à lui, avait antérieurement exprimé l'opinion que la LTC était conçue comme une loi-cadre, neutre d'un point de vue technologique, afin de pouvoir suivre l'évolution rapide dans ce domaine (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Annexes IV, 2000, p. 378). Les dispositions sur l'interconnexion constituaient selon le Conseil fédéral une base légale suffisante pour le dégroupage de la boucle locale.

L'historique législatif et le manque d'appui récent du législateur ont poussé le TF à adopter une position très conservatrice et restrictive en matière de dégroupage de la boucle locale. Les nouveaux opérateurs sont malheureusement victimes du manque de courage des autorités politiques et judiciaires qui se sont «renvoyées la balle» à l'avantage de l'opérateur dominant. La situation risque maintenant d'être figée pour plusieurs années, distinguant une fois de plus la Suisse de ses voisins européens, et rendant plus difficile la position des concurrents de Swisscom dont le nombre ne cesse de diminuer. Cette situation est bien différente de celle visée au moment de la libéralisation du marché suisse des télécommunications.

**PIERRE-YVES GUNTER, AVOCAT, ET
MAYA HERTIG, DR EN DROIT, GENÈVE**

Hinweis: Diese Anmerkungen wurden vor der Veröffentlichung der Verfügung der Eidg. Kommunikationskommission vom 30. Januar 2002 betreffend Entbündelung der letzten Meile (vgl. dazu Seite 50 in diesem Heft) verfasst.

Unsorgfältige Vorwürfe gegen einen Schönheits- chirurgen

Unzulässigkeitsentscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 16. Oktober 2001, *Verdens Gang & Kari Aarstad Aase c. Norwegen* (N° 45710/99)

Gestützt auf die Angaben einer 25jährigen Frau publizierte die norwegische Tageszeitung «Verdens Gang» 1992 eine Titelseite, welche schwer wiegende Vorwürfe gegen den Schönheitschirurgen Erik Dillerud enthielt. Der Chirurg sei bedenkenlos bereit gewesen, der sehr dünnen Patientin Fett abzusaugen, obwohl sie an Bulimie leide. Der mit den Vorwürfen konfrontierte Chirurg beschränkte sich auf die allgemeine Aussage, dass ihm die Patientin ihre Krankheit verschwiegen habe und er wegen des Arztgeheimnisses keine weiteren Kommentare abgeben dürfe. Die Patientin entband den Chirurgen zwar am Tag vor der Publikation vom Berufsgeheimnis, doch erreichte Dillerud die bereits in die Ferien abgereiste Autorin des Zeitungsartikels nicht mehr rechtzeitig. In der ausführlichen Berichterstattung wurde er unter anderem als kontroverser Arzt bezeichnet, der mit verschiedenen rechtlichen Klagen von Patientenseite konfrontiert sei. Die norwegische Justiz bejahte eine strafbare Ehrverletzung, da die Berichterstattung den falschen Eindruck erweckt habe, Dillerud habe um den Gesundheitszustand der Frau gewusst. Die Zeitung und die Journalistin wurden zur Bezahlung von Schadenersatz, Genugtuung und Gerichtskosten in der Höhe von 1, 47 Mio. norwegischen Kronen verurteilt.

Eine Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) hat der Gerichtshof einstimmig als offensichtlich unbegründet (Art. 35 Abs. 3 EMRK) bezeichnet. Wohl weist die Angelegenheit gewisse Ähnlichkeiten zum Fall «Bergens Tidende c. Norwegen» auf, bei dem der EGMR am 2. Mai 2000 einstimmig eine Missachtung der Meinungsfreiheit beanstandet hatte (*medialex 3/2000, S. 158ff.*) In beiden Fällen hatte die norwegische Justiz einem in den Medien angegriffenen Schönheitschirurgen eine erhebliche Schadenersatz- und Genugtuungssumme zugesprochen. In beiden Fällen hatte die Presse eine Angelegenheit von legitimem öffentlichem Interesse thematisiert (wobei der Artikel der «Verdens Gang» einen Einzelfall betraf, welcher wesentlich weniger gravierend war als die von «Bergens Tidende» geschilderten Probleme). Und in beiden Fällen überprüfte der EGMR sorgfältig, ob die Massnahme der norwegischen Justiz verhältnismässig war. Der Gerichtshof hielt jedoch fest, es gebe entscheidende Unterschiede. Hatte der – auf Angaben zahlreicher Patientinnen gestützte – Tenor des Artikels in «Bergens Tidende» der Wahrheit entsprochen, so traf dies für die Vorwürfe in «Verdens Gang» nicht zu. Gemäss den Ausführungen des Gerichtshofs basierte der Hauptvorwurf der Zeitung, dass Dillerud um die Bulimie der Patientin wusste (oder

hätte wissen müssen), nicht auf erhärteten Tatsachen. Die Journalistin habe sich nicht auf das blosses Zitieren der Patientin beschränkt, sondern zumindest teilweise deren Version der Geschichte übernommen. Vernünftigerweise durfte sich die Journalistin nicht ohne weitere Recherchen auf die Angaben der – wie sie wusste – psychisch kranken Frau verlassen. Die Zeitung habe die nötigen Schritte zur Verifizierung der Vorwürfe unterlassen. Da keinerlei zeitliche Dringlichkeit für die Publikation bestand, hätte die Zeitung bis zur Entbindung des Arztes vom Berufsgeheimnis zuwarten können. Die norwegische Massnahme zum Schutz der beruflichen Reputation des Arztes erscheine deshalb als verhältnismässig. ■

ANMERKUNGEN:

Die Lektüre von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hinterlässt nicht selten das Gefühl einer gewissen Orientierungslosigkeit. Der bewusst stark an den Umständen des jeweiligen Einzelfalles klebende Begründungsstil eröffnet häufig ein weites Feld für Spekulationen darüber, welche Aspekte der richterlichen Erwägungen verallgemeinert werden können. Für die Einordnung der Strassburger Rechtsprechung kann es deshalb hilfreich sein, wenn sich der Gerichtshof anhand mehrerer Fälle zu ähnlichen Fragestellungen äussert. So verdeutlichen sich die – oft entscheidenden – Nuancen der richterlichen Interessenabwägung, und es wird klarer, unter welchen Umständen eine staatliche Sanktion gegen eine (beispielsweise ehrenrührige) Medienäusserung nach Ansicht des EGMR grundsätzlich zulässig ist. Dies trifft für die beiden norwegischen Medienberichte über problematische Praktiken je eines bestimmten Schönheitschirurgen zu, welche prima vista mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede aufweisen. Vergleichbar sind nicht nur die Thematik der Publikationen und die von der norwegischen Justiz ausgesprochenen Sanktionen, sondern auch die journalistische Darstellungsweise. Die prozessentscheidende Differenz liegt nicht bei der Formulierung der Vorwürfe, sondern bei der angewandten journalistischen Sorgfalt, primär der Qualität der Informationsquelle. Der Fall liefert ein geradezu lehrbuchmässiges Beispiel dafür, dass professionell arbeitende Medienschaffende nicht ohne sehr seriöse Zusatzrecherchen auf die Äusserungen einer direkt betroffenen, an gravierenden psychischen Problemen leidenden Person abstellen sollten. Wer eine solch brüchige Geschichte dennoch auf der Frontseite als Tatsachenbericht präsentiert, setzt sich dem Risiko empfindlicher rechtlicher Konsequenzen aus, die auch ein Hinweis auf die Meinungsfreiheit kaum abzuwenden vermag.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

**Verfassungswidriges
Plakatmonopol**

Bundesgerichtsurteil vom 13. November 2001 (2P.131/2001; BGE-Publikation vorgesehen)

Erstreckt sich ein Plakatmonopol eines Gemeinwesens auch auf private Grundstücke, so steht dies im Widerspruch zur verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Zulässig ist ein Monopol für Plakatreklamen nur auf öffentlichem Grund. Mit diesem Urteil wird eine fast 20 jährige Spruchpraxis geändert (vgl. BGE 100 Ia 445).

Im konkreten Fall beurteilte das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die ausschliessliche Befugnis der Gemeinde Arosa, auf öffentlichem wie auf privatem Grund über den Aushang von Reklametafeln zu befinden, als verfassungswidrig.

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

Das Bundesgericht stützt diesen Entscheid und führt aus, dass wohl eine genügende gesetzliche Grundlage für ein solches Monopol im Ortspolizeigesetz bestehe. Auch ein öffentliches Interesse (Verkehrssicherheit, Schutz von Orts- und Landschaftsbildern) vermag es zu anerkennen. Zur Verhältnismässigkeit äussert es sich aber wie folgt: «Die Eignung des vorliegenden streitigen Monopols steht ausser Frage; indem sich die Gemeinde das Recht zum Plakatanschlag auf ihrem gesamten Gebiet vorbehält bzw. unter restriktiven Auflagen auf eine einzelne Konzessionärin überträgt, kann sie bestmöglich über die Wahrung der in Frage stehenden öffentlichen Interessen wachen. Die Notwendigkeit der Reglementierung ergibt sich dabei einerseits aus verkehrspolizeilichen und andererseits aus landschafts- und ortsbildschützerischen bzw. ästhetischen Gründen. Die verkehrspolizeilichen Schranken finden sich wie erwähnt - in Art. 95 ff. SSV, welche durch Weisungen der eidgenössischen Behörden zum Teil noch näher ausgeführt werden; aus diesem Grund ist das Anbringen und Ändern von Strassenreklamen von Bundesrechts wegen bewilligungspflichtig (Art. 100 Abs. 1 SSV). Darüber hinaus obliegt es dem kantonalen oder kommunalen Recht, zusätzliche Schranken aus landschafts- und ortsbildschützerischen Gründen zu statuieren (vgl. Art. 100 Abs. 2 SSV; MANFRED KÜNG, Strassenreklamen im Verkehrs- und Baurecht, Diss. Zürich 1990, S. 40). Das Anbringen von Plakatstellen oder festen Reklametafeln bedarf daher regelmässig einer kommunalen (Plakat-)Bewilligung, einer Art Baubewilligung, soweit Plakatstellen nicht ohnehin baubewilligungspflichtige Anlagen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG bzw. der kantonalen Baugesetzgebung darstellen (vgl. KÜNG, a.a.O., S. 139 ff.).

Die Gemeinde kann, im Rahmen der ihr nach kantonalem Recht zustehenden Kompetenzen, das Anbringen von Reklamen und Plakaten nach Art und Grösse normieren bzw. für bestimmte Zonen oder Gebäude überhaupt untersagen. Soweit es um die Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes geht, kann die Gemeinde ihre diesbezüglichen Forderungen schon aufgrund ihrer direkten Herrschaftsgewalt über dieses Areal durchsetzen und einer allfälligen Konzessionärin bzw. den zugelassenen Plakatunternehmen die ihr gut scheinenden Auflagen ohne besondere gesetzliche Grundlage aufzwingen. Sie ist aber zur Durchsetzung ihrer ästhetischen Anliegen auf ein den privaten Grund mitumfassendes allgemeines Monopol nicht angewiesen, wiewohl eine solche Regelung die Erreichung der angestrebten Sachziele wie auch die administrativen Abläufe erleichtern mag. Eine Bewilligungspflicht für Reklamen auf privatem Grund, verbunden mit entsprechenden Sachnormen, genügt. Dabei ist es der Gemeinde nicht verwehrt, die Modalitäten der Plakatierung im Rahmen eines ihr ganzes Gebiet erfassenden Gesamtkonzepts zu regeln (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 1999 in: RDAF 2000 I S. 288 ff., E. 3b/c, bzw. in deutscher Übersetzung in: Pra 1999 Nr. 127 S. 686 ff.). Zu unterscheiden ist zwischen Plakatstellen, an denen periodisch neue Plakate angebracht werden, die als solche jeweils keiner speziellen Bewilligung mehr bedürfen, und sonstigen fest angebrachten Reklamen. Für die Benutzung von Plakatstellen wird der private Grundeigentümer praktisch mit einer - von ihm ausgewählten - spezialisierten Plakatifirma

kontrahieren müssen, welche ihrerseits nach Bedarf die Plakate ihrer Kunden anbringt und die einschlägigen Vorschriften kennt. Eine dahingehende Forderung wird die Gemeinde unabhängig vom Bestand eines Monopols stellen dürfen, indem sie etwa verlangt, dass das Gesuch zum Anbringen der Plakatstelle von einer spezialisierten bzw. qualifizierten Firma gestellt wird, welche gleichzeitig mit oder anstelle des Grundeigentümers als Bewilligungsnehmerin ins Recht gefasst wird. Sodann kann sich die Gemeinde bei Plakatstellen auf privatem Grund auch eine Interventionsbefugnis vorbehalten, um gegen polizeiwidrige Anschläge einschreiten zu können oder um beispielsweise eine gewisse Ordnung bei Wahlkampagnen (Sicherstellung der Gleichbehandlung der Kandidaten) zu wahren (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 1998, in deutscher Übersetzung in: Pra 1999 Nr. 86 S. 479 ff.).

Die für ein Monopolregime sprechenden sachlichen Gründe erscheinen zwar nach wie vor als durchaus ausreichend, um das (faktische) Plakatmonopol für Reklamen auf öffentlichem Grund zu rechtfertigen (BGE 125 I 209 E. 10c und d S. 222 ff.). Sie besitzen - entgegen BGE 100 Ia 445 E. 5c S. 451 ff. - aber nicht das erforderliche Gewicht, um dieses Regime - als rechtliches Monopol - auf private Grundstücke ausdehnen zu können. Da sich die verfolgten öffentlichen Anliegen nach dem Gesagten auch auf andere Weise hinreichend wahren lassen, erscheint der mit einer solchen Regelung verbundene Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der an der Ausnützung möglicher Plakatstellen interessierten Grundeigentümer einerseits sowie der als deren allfällige Vertragspartner ausgeschlossenen konkurrierenden Plakatifirmen andererseits als unverhältnismässig.» ■

REMARQUES:

Cet arrêt confirme trois jurisprudences et en modifie une quatrième. **La première confirmation** concerne la procédure devant le Tribunal fédéral: lorsque le jugement d'un tribunal cantonal de dernière instance renvoie la cause à une instance inférieure, il est une décision incidente susceptible de causer un dommage irréparable lorsque l'instance inférieure est tenue de rendre une décision conforme à la décision de dernière instance; le recours de droit public est alors ouvert selon l'article 87 alinéa 2 OJ. Ceci est une application du principe de l'économie de procédure. Il va de soi que si l'instance inférieure dispose encore d'une liberté d'appréciation, cette jurisprudence ne s'applique pas. **La deuxième confirmation** concerne l'autonomie communale au sens de l'article 50 Cst.: l'étendue de l'autonomie dépend du droit cantonal; les communes doivent respecter le droit cantonal et le droit fédéral; pour défendre leur autonomie, elles peuvent invoquer le fait qu'une autorité cantonale aurait excédé ses pouvoirs, mal appliqué le droit applicable, méconnu la portée d'un droit constitutionnel notamment en agissant de manière arbitraire ou en violant le droit d'être entendu de la commune.

La troisième confirmation concerne la liberté économique au sens des articles 94 et 27 Cst.: selon l'article 94, les dérogations à la liberté économique nécessitent une règle constitutionnelle fédérale ou l'existence d'une régale cantonale y compris un monopole nouveau sans but fiscal; des limitations de la liberté économique garantie à l'article 27 Cst. sont admissibles dans le cadre de l'article 36 Cst.

La modification concerne le régime de l'affichage. L'affichage sur domaine public est un **monopole de fait** fondé sur le motif que la collectivité publique est soit la propriétaire de ce domaine soit en a la maîtrise. Un tel monopole, par définition justifié, peut être concessionné à un concessionnaire unique qui devra néanmoins respecter les règles du droit des constructions et de la police administrative en général et permettre l'usage commun le plus large possible du domaine public. Un monopole d'affichage sur le domaine privé des particuliers est un **monopole de droit** limitant la

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

liberté économique et, partant, il est soumis aux limites de l'article 27 Cst. C'est là la nouveauté apportée par cet arrêt: une base légale est donc nécessaire, un intérêt public (notamment des considérations d'esthétique ou de planification) à une réglementation de l'affichage visible à partir du domaine public doit exister, mais le respect de cet intérêt peut être obtenu par un régime d'autorisations multiples de police; partant un monopole est disproportionné. Il est en revanche proportionnel d'imposer aux propriétaires privés l'obligation de faire gérer l'affichage sur leurs propriétés par des entreprises spécialisées (on trouve ainsi dans ce domaine le phénomène du recours obligatoire à un «représentant qualifié»).

Si cette jurisprudence doit être saluée, elle appelle néanmoins certaines remarques: 1) Le monopole de fait devrait concerner aussi le domaine privé de la collectivité publique au-delà du domaine public; il suffit que la collectivité ait un pouvoir de police concernant son domaine privé et que ce domaine privé soit affecté à un usage public (ATF 127 I 178). 2) Le choix du concessionnaire est régi par les principes de l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire (ATF 125 I 225/6); l'octroi de la concession n'est pas soumis à la procédure d'adjudication des marchés publics (ATF 125 I 215). 3) Notamment le choix du concessionnaire ou des concessionnaires (possibilité écartée par l'arrêt ATF 125 I 223) pour le domaine étatique doit respecter le principe de l'égalité entre concurrents; il ne doit pas favoriser certains mais doit prévoir des systèmes de rotation en raison du nombre limité de concessionnaires possibles, l'ancien concessionnaire ayant un avantage de fait (ATF 121 I p. 285 et 287). 4) L'acceptation des «représentants qualifiés» choisis par les privés doit respecter lui aussi leur liberté économique et le principe de l'égalité entre les concurrents. 5) Enfin, les privés peuvent invoquer leur liberté économique dans le choix de leurs «représentants»; l'utilisation de leurs bâtiments à des fins publicitaires est régie par la liberté économique et par la garantie de la propriété dans la mesure où il s'agit de l'usage de bâtiments conformément à leur destination.

Enfin cette jurisprudence suscite quelques interrogations: Qu'est-ce que l'affichage? Vise-t-on seulement les modes d'utilisation du domaine public à caractère fixe et privatif (panneaux) ou aussi les enseignes, les banderoles, les vitrines et les plaques professionnelles? Quel sort doit-on réserver aux publicités ambulantes telles que les hommes/sandwich, les distributions de prospectus, les véhicules à inscriptions publicitaires ou indiquant simplement leurs marques, les ballons, les autobus privés, les moyens de transport publics, les avions qui tous utilisent le domaine public à des fins commerciales, de manière compatible avec l'usage commun et y ont un «droit conditionnel» (ATF 126 I 140/1)? Que signifient les règles sur le domaine public lorsqu'il s'agit de l'espace et de la transmission de messages publicitaires par les moyens électroniques contemporains? Quel sort doit-on réserver à la distribution «tous commerces» d'affichettes à mettre en vue des clients et des passants à l'intérieur du magasin ou d'un autre local public. Quel sort faire aux affiches apposées dans les passages au sein de centres commerciaux ouverts au public mais invisibles à partir du domaine public? Sans doute doit-on pour toutes ces questions faire application de la liberté économique et n'instaurer des limites qu'en cas de nécessité.

PROF. BLAISE KNAPP, VÉSENAZ

.....

letin boards) über die Beschwerdegegner, deren Anwälte oder das vorliegende Verfahren zu äussern. Das Kassationsgericht seinerseits erachtete dieses Verbot nicht als unverhältnismässig und weder persönlichkeits- noch lauterkeitsrechtlich problematisch. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen. Die für die Begründung massgebende Erwägung 2 des Bundesgerichtsentscheides lautet im vollen Wortlaut wie folgt:

«Mit seiner Beschwerde ficht der Beschwerdeführer dieses Verbot an. Er macht im Wesentlichen eine Verletzung der Meinungsfreiheit und des Willkürverbotes geltend. Angesichts des Umstandes, dass das Kassationsgericht ausschliesslich § 124 GVG anwandte, erweisen sich die Rügen hinsichtlich einer unzutreffenden und verfassungswidrigen Anwendung von Art. 14 UWG und Art. 28c ZGB von vornherein als unbehelflich.

a) Die in Art. 16 BV garantierte Meinungsfreiheit schützt den Einzelnen unter anderem vor unzulässiger Zensur durch den Staat (BGE 127 I 84 E. 4b S. 88). Die Freiheit bezieht sich auf Meinungen und Äusserungsmöglichkeiten aller Art (BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478). In die gleiche Richtung weist Art. 17 Abs. 1 BV, wonach neben Presse, Radio und Fernsehen auch andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen gewährleistet werden. Ob die Internet-Auftritte des Beschwerdeführers dazu zählen, braucht nicht näher geprüft zu werden. All diese Freiheitsrechte gelten allerdings nicht unbeschränkt. Einschränkungen sind zulässig, sofern sie auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Freiheitsrechts wahren (Art. 36 BV, BGE 117 Ia 472 E. 3d S. 479, 113 Ia 309 E. 4b S. 317). In gleicher Weise gewähren Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II die Meinungsäusserungsfreiheit. Diese Garantien können ihrerseits eingeschränkt werden. Für den vorliegenden Zusammenhang ist nicht ersichtlich, dass diese Garantien weiter reichten als die Grundrechtsgewährleistungen der Bundesverfassung und nur in beschränkterem Masse als nach Art. 36 BV eingeschränkt werden könnten. Schliesslich kann offen gelassen werden, ob Art. 5 KV/ZH neben den erwähnten Gewährleistungen der Bundesverfassung noch eigenständige Bedeutung hat.

b) § 124 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes ermächtigt den Präsidenten, in den Verhandlungen für Ruhe und Ordnung zu sorgen, insbesondere einzelne Personen wegzuweisen, in Fällen wiederholter grober Ordnungsverstösse auch Parteien und Parteivertreter sowie Personen, die sich seinen Verfügungen widersetzen, mit Ordnungsbussen zu belegen oder für höchstens zwölf Stunden in Haft zu setzen. Das dem Beschwerdeführer auferlegte Verbot ist zeitlich durch die Dauer des Verfahrens und sachlich durch bestimmte Gegenstände (Verfahren, Gegenpartei und deren Anwälte) begrenzt. Damit liegt kein schwerer Eingriff in die Meinungsfreiheit vor. Die Auslegung der kantonalen Gesetzesbestimmung ist daher nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür zu prüfen. Die genannte GVG-Bestimmung kann ihrem Zweck entsprechend willkürfrei so ausgelegt werden, dass der zuständige Richter zum Eingreifen ermächtigt ist, wenn die einseitige und irreführende Kommentierung eines laufenden Gerichtsverfahrens gegenüber der Öffentlichkeit den Gang des Verfahrens stört. Es ist vertretbar, unter Verhandlung

Verbotene Gerichtsberichterstattung im Internet

Bundesgerichtsentscheid vom 24. September 2001 (1P.153/2001)

Das Obergericht des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB und gestützt auf § 124 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes für die Dauer des Prozesses verboten, sich im öffentlich zugänglichen Teil des Internets (world wide web; bul-

gen im Sinne von § 124 GVG ZH nicht einschränkend allein mündliche Verhandlungen vor den Schranken zu verstehen, sondern die Ermächtigung auf den Gang des gerichtlichen Verfahrens insgesamt zu beziehen. Dem Hinweis des Kassationsgerichts, dass den Rechtsanwälten die Orientierung der Öffentlichkeit über ein laufendes Verfahren in der Regel nicht erlaubt sei, kommt für den vorliegenden Fall keine entscheidende Bedeutung zu. Er dient einzig dazu, in weiterem Zusammenhang aufzuzeigen, dass die Beeinflussung eines Gerichtsverfahrens unzulässig ist. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift zum Anwaltsrecht treffen auf den vorliegenden Fall, in dem dem Beschwerdeführer selber ein Verbot auferlegt worden ist, nicht zu. Sie vermögen insbesondere die Anwendung von § 124 GVG nicht als willkürlich erscheinen lassen.

c) Der Beschwerdeführer bestreitet unter Berufung auf die Meinungsfreiheit die Verhältnismässigkeit des umstrittenen Verbotes. Er verkennt, dass das Verbot der Gewährleistung eines ordnungsgemässen, von äusseren Einflüssen unbelasteten Gerichtsverfahrens dient und § 124 GVG einem gewichtigen öffentlichen Interesse entspricht. Demgegenüber wird für den vorliegenden Zusammenhang nicht dargelegt und ist nicht ersichtlich, inwiefern berechnete Interessen des Beschwerdeführers an der Veröffentlichung seiner Meinung zu den Parteien und zum Gerichtsverfahren das öffentliche Interesse zu überwiegen vermöchten. Die Verhältnismässigkeit der Anordnung zeigt sich auch darin - wie in der Beschwerdeschrift ausgeführt wird -, dass das Obergericht dem Beschwerdeführer entgegenkam und ihm Äusserungen nicht generell, sondern lediglich im öffentlich zugänglichen Teil des Internets untersagte. Schliesslich sind die Ausführungen des Beschwerdeführers zum Persönlichkeits- bzw. UWG-Recht sowie zu seinen Prozessaussichten im Hauptverfahren in Anbetracht der Anwendung von § 124 GVG unerheblich.

d) Die Gesetzesbestimmung ermächtigt den zuständigen Richter, zur Gewährleistung eines korrekten, durch keinerlei unsachliche Verhaltensweisen beeinflussten Verfahrens die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Sie ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht unklar oder unbestimmt. Das Erfordernis, für einen geordneten Gang des Gerichtsverfahrens zu sorgen, schliesst es aus, die möglichen Anordnungen bis ins letzte Detail generell-abstrakt zu umschreiben (vgl. zum Erfordernis rechtssatzmässiger Umschreibung von Grundrechtseingriffen BGE 126 I 112 E. 3c S.116). Zudem ist die richterliche Weisung entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung im Sinne von Art. 292 StGB im vorliegenden Fall durch die Anordnung des Obergerichts konkretisiert worden (vgl. BGE 124 IV 297 E. 4d S. 311). Dass das an den Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ergangene Verbot unzureichend bestimmt wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Die gesetzliche Grundlage für die umstrittene Massnahme genügt damit den Anforderungen von Art. 36 BV für die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit des Beschwerdeführers. ■

ANMERKUNGEN:

Dieser Entscheid betrifft eine Frage von fundamentaler Bedeutung für die Medienfreiheit während schwebender Gerichtsverfahren: Darf die Justiz das hängige Verfahren unter Strafdrohung vor der öffentlichen Debatte abschirmen? Ein solches

Publikationsverbot beschränkt die freie Meinungsäusserung und bedarf einer ausreichend präzisen gesetzlichen Grundlage, welche in der schweizerischen Rechtsordnung bislang kaum zu erkennen war. In seinem einstimmig gefällten Entscheid akzeptiert das Bundesgericht nun aber folgende Vorschrift als hinreichend bestimmte Grundlage für ein Äusserungsverbot im öffentlichen zugänglichen Teil des Internet: «Der Präsident sorgt in den Verhandlungen für Ruhe und Ordnung. Er kann einzelne Personen wegweisen, in Fällen wiederholter grober Ordnungsstörungen auch Parteien und Parteivertreter. Personen, die sich seinen Verfügungen widersetzen, kann er mit Ordnungsbussen belegen oder für höchstens zwölf Stunden in Haft setzen.» Die Formulierung von § 124 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes bietet wenig bis keine Anhaltspunkte dafür, dass die Norm ein vorbeugendes gerichtliches Einschreiten gegenüber potenziell störenden Publikationen erfasst. Auch der Titel von § 124 GVG, den das Bundesgericht verschweigt, spricht gegen die Anwendung der Vorschrift auf Vorgänge ausserhalb der eigentlichen Verhandlung im Gerichtssaal: «Sitzungspolizei». Die unvoreingenommene Lektüre der Norm legt es nahe, eine Sitzung als Vorgang im Gerichtssaal zu verstehen. Es bedarf jedenfalls keiner einschränkenden Interpretation, um eine Publikation in einem Massenmedium nicht als Teil einer Gerichtssitzung zu betrachten. Wer sich fernab vom Gerichtssaal und Monate (bis Jahre) vor dem fraglichen Gerichtstermin im Internet äussert, tut dies nach allgemeinem Sprachverständnis nicht «in den Verhandlungen».

Seine gegen den (vermeintlich klaren) Wortlaut der Gesetzesbestimmung vorgenommene Interpretation begründet das Bundesgericht mit einem simplen Argument: Das richterliche Einschreiten entspreche dem Zweck der Vorschrift. Über den angeführten Normzweck verliert das Bundesgericht allerdings kein Wort. Dies ist umso verblüffender, als die Sitzungspolizei nach wohl herrschender Lehrmeinung lediglich den störungsfreien äusseren Ablauf der Verhandlung schützt, nicht aber die Psyche der urteilenden Richter vor etwaigen Einflüssen im Vorfeld einer später stattfindenden Gerichtssitzung (für entsprechende Nachweise vgl. FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern 1998, S. 358f. und 375). Der vom Bundesgericht ohne jede Erklärung proklamierte Zweck heiligt das Publikationsverbot. Eine derartige Strapazierung des Gesetzestextes ist geeignet, den Schutz auszuhöhlen, den das Erfordernis einer hinreichend erkennbaren Grundlage in einem demokratisch abgestütztem Gesetz dem Grundrechtsträger bieten soll.

Mit ähnlich oberflächlicher und einseitiger Argumentation bejaht das Urteil anschliessend die Verhältnismässigkeit des richterlichen Eingriffs in die freie Kommunikation. Zum einen minimiert das Bundesgericht das Anliegen der grundrechtlich geschützten Medienfreiheit und bagatellisiert es die Tragweite der mit dem Publikationsverbot verbundenen Einschränkung. Zum anderen überhöht es das Anliegen eines Schutzes der Berufsrichter vor (möglicher) Störung durch «einseitige und irreführende Kommentierung eines laufenden Gerichtsverfahrens».

Das vorliegende Publikationsverbot zielt auf öffentliche Äusserungen einer beklagten Prozesspartei im Internet. Der bundesgerichtliche Entscheid lässt die - ohne weiteres zu bejahende (vgl. etwa DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: Thürer/Aubert/Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 45, Rz. 40ff.) - Frage offen, ob die Websites vom Geltungsbereich der Medienfreiheit (Art. 17 BV) erfasst sind. Dies mag auf den ersten Blick als unerheblich erscheinen, da auch das Auffanggrundrecht der allgemeinen Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) vor unverhältnismässigen Eingriffen schützt. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass staatliche Präventiveingriffe gerade gegenüber Massenmedien besonders problematisch sind und grösster Zurückhaltung bedürfen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 255). Angesichts der Nähe zur verpönten Zensur irritiert es, dass das Bundesgericht das Publikationsverbot kurzerhand als leichten Grundrechtseingriff einstuft. Wohl beschränkt sich das Verbot auf die Dauer des hängigen Prozesses und den öffentlich zugänglichen Teil des Internet. Dennoch wird die Freiheit des Betreibers einer Website, das hängige Verfahren vor der gerichtlichen Erledigung in seinem Medium auch nur zu erwähnen (geschweige denn zu kommentieren), faktisch auf Null reduziert. Medienäusserungen sind vergängliche Güter, welche ihre Relevanz und Brisanz oftmals rasch einbüßen. Dass ein bis zum Gerichtsurteil bestehendes Publikationsver-

L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

bot von geringfügiger Tragweite sein soll, weil es die Veröffentlichung bloss verzögert statt verhindert, vermag daher nicht einzuleuchten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat denn auch wenig Verständnis für dieses beschwichtigende Argument gezeigt und ein gesetzliches Publikationsverbot sorgfältig überprüft (EGMR-Urteil N° 34000/96 «Roy & Malaurie c. Frankreich» vom 3.10.2000, Z. 32ff.)

Das Bundesgerichtsurteil blendet zudem aus, dass die mediale Berichterstattung (auch) über schwebende Gerichtsverfahren nicht nur einem Bedürfnis des Publizierenden entspricht. Der EGMR hat wiederholt entschieden, dass das Publikum ein Recht hat, solche Informationen öffentlichen Interesses zur Kenntnis zu nehmen (vgl. etwa EGMR-Urteil N° 31457/96 «News Verlag c. Österreich» vom 11.1.2000, Z. 56). Und seit mehr als zwei Jahrzehnten hat der Gerichtshof immer wieder betont, dass die Justiz nicht im luftleeren, vor jeder Diskussion in den Massenmedien abgeschotteten, Raum funktionieren kann (so das nach wie vor richtungsweisende EGMR-Urteil «Sunday Times c. Grossbritannien» vom 26.4.1979, Ser A/30, Z. 65 und seither etwa «Worm c. Österreich» vom 29.8.1997, Z. 50 = *medialex* 1997, S. 221). Ungeachtet dieser etablierten Rechtsprechung setzt das Bundesgericht die «Gewährleistung eines korrekten, durch keinerlei unsachliche Verhaltensweisen beeinflussten Verfahrens» absolut. Ohne den Hauch eines Vorbehalts, ohne die geringste Schattierung, restauriert es das Idealbild eines in weltfremder Isoliertheit wirkenden, vakuumverpackten Justizapparats, welches in der Rechtslehre mit überzeugenden Argumenten als anachronistisch bezeichnet wird (vgl. etwa CLAUS ROXIN, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, S. 155 sowie REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 208ff.) Vor diesem Hintergrund kann sich das Bundesgericht die Prüfung der Frage ersparen, welche konkreten Indizien dafür sprachen, dass der zum Schweigen verurteilte Website-Betreiber das Gericht durch einseitige und irreführende Kommentierung unter Druck zu setzen versuchte. Selbst die abstrakteste Gefahr einer Berührung der abzuschottenden Richter mit der Medienwirklichkeit scheint ein Publikationsverbot zu rechtfertigen. Die apodiktische Begründung des Entscheides liefert auch keinerlei Anhaltspunkte für die nahe liegende Unterscheidung zwischen öffentlichen Äusserungen eines Prozessbeteiligten und eines nicht ins Verfahren verwickelten Medienunternehmens.

Mit gutem Grund ist das vorliegende Urteil nicht zur Publikation in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE) vorgesehen. Das heikle Spannungsfeld zwischen freier Kommunikation und dem Schutz der unvoreingenommenen richterlichen Entscheidungsfindung verdient eine fundiertere, reflektiertere Betrachtung.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

tion. C'est en mars dernier que le Tribunal cantonal a rendu son verdict. Il a, dans cette procédure, refusé au rédacteur en chef la consultation du procès-verbal de première instance. Selon le Tribunal fédéral, les juges fribourgeois ont ainsi violé le droit d'être entendu du prévenu. C'est donc parce que la condamnation souffrait d'une lacune formelle importante qu'elle a été annulée. Le rédacteur en chef a également recouru contre le rejet de ses demandes de récusation de plusieurs juges cantonaux et fédéraux. Ce recours a été rejeté par le Tribunal fédéral. ■

Condamnation pour diffamation annulée

Arrêts du Tribunal fédéral du 21 décembre 2001 (1P.319/2001 et 1P.391/2001)

Le Tribunal fédéral a annulé la condamnation pour diffamation du rédacteur en chef du journal «L'Objectif» pour des raisons formelles. Le Tribunal cantonal fribourgeois avait refusé au journaliste la consultation du procès-verbal de première instance. Dans cinq articles parus en 1997 sur le génocide au Rwanda, le rédacteur en chef avait traité un Rwandais Hutu de «nazi». Dans un autre article paru en 1998, il avait accusé l'association des Rwandais en Suisse d'avoir soutenu le régime responsable du génocide des Tutsis.

En raison de ces propos, le Tribunal pénal d'arrondissement de la Sarine, en octobre 1999, avait condamné le rédacteur en chef à trois mois d'emprisonnement avec sursis pour diffama-

Urheberrechtlich nicht geschütztes Pressefoto

Urteil des Obergerichts des Kantons
Zürich vom 19. November 2001
(LK980004/U)

Das Obergericht des Kantons Zürich hat die Klage einer Journalistin gegen die BBC wegen Verletzung des Urheberrechts abgewiesen. Der Fernsehsender hatte eine Fotografie von Christoph Meili, welche die Klägerin angefertigt hatte, ohne ihre Einwilligung im Film «Nazigold» gezeigt. Die Journalistin machte eine Urheberrechtsverletzung der BBC geltend und verlangte die Bezahlung von «Lizenz- und Verletzergebühren» in der Höhe von 16'000 Franken. Das Gericht wies die Klage ab und kam zum Schluss, der Fotografie fehle es an der erforderlichen Individualität.

«Eine Fotografie kann individuellen Charakter haben dank dem Einsatz der fototechnischen Mittel bei der Abbildung des fotografierten Objekts, z. B. der Wahl des Blickwinkels, des Bildausschnitts, der Brennweite des Objektivs, der Blende, der Helligkeit oder der Farbgebung. Die Individualität der Fotografie kann aber auch von der Aufbereitung des fotografierten Objekts herrühren, z. B. der Haltung einer porträtierten Person, der Auswahl und der räumlichen Anordnung von Einzelteilen eines Stilllebens, der Beleuchtung oder der Wahl der Umgebung des eigentlichen Objekts.

Umstritten ist - und zwar nicht nur bei der Fotografie - nach welchen Kriterien sich beurteilt, ob ihre Besonderheiten einer geistigen Schöpfung individuellen Charakter verleihen. Da Wert und Zweck unbeachtlich sind, verbietet sich jede Abgrenzung anhand der Qualität. Bei der Beurteilung von Fotografien ist die oft gehörte Unterscheidung zwischen künstlerischer oder anderweitig qualifizierter Aufnahme und blossern 'Knipsbild' daher unhaltbar. Überzeugend und weithin anerkannt ist das von Kummer eingeführte Kriterium der statistischen Einmaligkeit (KUMMER, Das urheberrechtlich schützbares Werk, S. 30ff., 47ff. und 80; A. TROLLER, Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, Festschrift zum 65. Geburtstag von Max Kummer, S. 265ff.). Allerdings genügt es nicht, wenn das fotografierte Objekt statistisch einmalig ist. Geschützt wird nur die geistige Schöpfung und also nur das Geschaffene, und nicht schon die banale Präsentation von bloss Vorgefundenem (vgl. A. TROLLER, a.a.O., S. 274). Vieles in der Natur ist statistisch einmalig, jede Wolke zum Beispiel. Dennoch ist nicht jede Fotografie einer Wolke ein Werk. Troller fordert deshalb zu

Recht, dass nicht das Bild statistisch einmalig sein muss, sondern dessen Gestaltung (A. TROLLER, Immaterialgüterrecht Band 1, 3. A., S. 387).

Dennoch kann das Einmalige des bloss vorgefundenen Objekts einer Fotografie dazu beitragen, dass diese als Werk erscheint, nämlich dann, wenn die Planung und Ausführung der Aufnahme eine so besondere ist, dass sie der Fotografie individuellen Charakter verleiht. Das trifft zum Beispiel zu auf Aufnahmen von Pressefotografen, die einen einmaligen Vorgang wiedergeben und nur dank ungewöhnlicher Vorkerehen zustande kommen konnten. Allerdings ist vorauszusetzen, dass Planung und Ausführung nicht ausschliesslich wegen des materiellen, sondern entscheidend auch wegen des geistigen Aufwandes als ungewöhnlich erscheinen, denn nur dann handelt es sich um eine geistige Schöpfung. Das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond zum Beispiel ist daher ein Werk, denn es konnte neben dem Einsatz materieller Mittel nur dank der geistigen Leistung aufgenommen werden, die für die Bereitstellung der technischen Mittel für das ganze Unternehmen erforderlich war. Die nicht weiter ungewöhnliche Aufnahme von einem Satelliten aus, der mit bekannten technischen Mitteln auf die Umlaufbahn gebracht worden ist, erscheint dagegen trotz des beträchtlichen materiellen Aufwandes nicht als Werk. Ferner ist die Abbildung eines vorgefundenen statistisch einmaligen Objekts nicht schon darum ein Werk, weil nicht jedermann sie zustandegebracht hätte. Wer mit einer Fotografie nur per Zufall oder unter Ausnützung günstiger Umstände etwas vorgefundenes Einmaliges abbildet, schafft kein Werk, denn er erbringt keine geistige Leistung.

Was den Einsatz der fototechnischen Mittel angeht, so fehlt der zu beurteilenden Fotografie von Christoph Meili jegliche Besonderheit. Der Bildausschnitt und der Bildwinkel ergeben ein frontales Porträt in einer Grösse, bei der das Gesicht von Meili und die beiden von ihm vorgezeigten Folianten den Mittelpunkt bilden und die Titel der beiden Folianten in der Originalaufnahme problemlos lesbar sind. Diese Bildelemente würde jedermann so wählen, der zeigen will, dass Meili im Besitz der fraglichen Dokumente war. Alle anderen fototechnischen Mittel sind banal und entsprechen dem, was eine einfache Kamera automatisch gewählt hätte. Auch die Art wie Meili die beiden Folianten vorzeigt, nämlich mit den Titeln frontal gegen die Kamera, ist naheliegend und entspricht dem, was jedermann anordnen würde. Die Beleuchtung schliesslich ist eine Blitzlichtbeleuchtung, wie sie bei jeder einfachen Kamera von einer eingebauten Leuchte geliefert wird. Einmalig ist die Aufnahme nur wegen ihres Objekts. Dieses dokumentiert einen höchst ungewöhnlichen Vorfall, der damals weltweit Aufsehen erregte. Dass die Aufnahme möglich war, ist jedoch nicht einer besonderen Planung und Ausführung zu verdanken, sondern allein der Ausnützung des Umstandes, dass die Klägerin nach ihrer androhungsgemäss anerkannten Darstellung die einzige Journalistin war, zu der Meili Vertrauen hatte.

Die Fotografie von Christoph Meili ist demnach kein Werk im Sinne von Art. 2 URG und die Klägerin hat keine Urheberrechte daran. Die Klage ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.» ■

ANMERKUNGEN:

Das Zürcher Obergericht ist bei der urheberrechtlichen Würdigung von Fotografien ausgesprochen kreativ: Im Jahre 1972 bereicherte es die schweizerische Urheberrechtsdogmatik mit der aus der deutschen Rechtsprechung übernommenen Unterscheidung von künstlerischer Fotografie und einfachem Lichtbild (ZR 71, Nr. 35, S. 104 ff.). Nun verblüfft es uns mit der Differenzierung von materiellem und geistigem Aufwand bei der Planung und Ausführung von Fotografien, welche für die Qualifikation als Werk entscheidend sein soll.

Dem Obergericht ist ohne Zweifel zu folgen, wenn es «die oft gehörte Unterscheidung zwischen künstlerischer oder anderweitig qualifizierter Aufnahme und blossem «Knipsbild» als unhaltbar bezeichnet, da es sich dabei um eine verpönte Differenzierung anhand der Qualität handle. Ohne dies zu deklarieren, verabschiedet sich das Gericht damit zu Recht von seiner eigenen früheren Praxis.

Ebenso zutreffend ist es, wenn das Gericht feststellt, dass für die Beurteilung des individuellen Charakters einer Fotografie nicht etwa auf das fotografierte Objekt, sondern auf die Fotografie selbst abgestellt werden müsse. Allerdings begibt sich die Urteilsbegründung schon hier auf glitschiges Terrain, da sie sich gleichzeitig auf M. Kummer und A. Troller beruft, also auf zwei Autoren, die gerade in der Frage der Qualifizierung eines Werks höchst unterschiedliche Ansichten vertraten. So hätte Kummer wohl heftig widersprochen, wenn ihm die hier vom Gericht vertretene Auffassung unterstellt worden wäre, es komme nicht auf die statistische Einmaligkeit eines Bildes an, sondern nur auf die Einmaligkeit der Gestaltung. Denn mit dieser Definition befinden wir uns schon wieder in gefährlicher Nähe zur ästhetischen Qualifikation.

Offenbar war sich das Gericht dieser Problematik bewusst, und es sucht einen Ausweg über das Abstellen auf die Vorbereitungsarbeiten zur fotografischen Aufnahme. Danach können auch «Planung und Ausführung der Aufnahme eine so besondere (sein), dass sie der Fotografie individuellen Charakter verleiht». Allerdings müssten Planung und Ausführung nicht wegen des materiellen, sondern wegen des geistigen Aufwandes als ungewöhnlich erscheinen, denn nur dann handle es sich um eine geistige Schöpfung. Letzteres ist offensichtlich unrichtig, denn eine geistige Schöpfung liegt nach der Konzeption des URG immer vor, wenn sich menschliche geistige Aktivität manifestiert. Die zutreffende Frage kann nicht die nach der Qualifikation als geistige Schöpfung, sondern immer nur diejenige nach dem individuellen Charakter sein.

Dass sich das Gericht in eine Sackgasse manövriert hat, demonstriert es dann sofort mit einem eigenen Beispiel. Denn auch nach mehrfachem Lesen der entsprechenden Passage der Urteilsbegründung bleibt schleierhaft, weshalb zwar das Bild vom ersten Menschen auf dem Mond nach Auffassung des Zürcher Obergerichts eine geistige Leistung und damit ein urheberrechtlich geschütztes Werk sein soll, nicht aber die von einem Satelliten aus gemachte Fotografie. Einen Satelliten in die richtige Umlaufbahn zu bringen, von diesem Satelliten aus fotografische Aufnahmen zu machen und diese Fotos zur Erde zurückzusenden, mag heute Routine geworden sein, eine gigantische geistige Leistung steckt allemal dahinter. Worin also liegt der Unterschied zur Fotografie vom Mond?

Allerdings hätte es des Ausflugs in den Weltraum und in einen behaupteten Unterschied von materiellem Aufwand einerseits, geistigem Aufwand andererseits, auch gar nicht bedurft. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (zuletzt in BGE 125 III 338) bemisst sich nämlich der individuelle Charakter eines Produkts danach, ob ein Gestaltungsspielraum überhaupt bestand und inwieweit dieser Spielraum genutzt wurde. Diese einzig massgebliche Frage beantwortet das Gericht in den letzten 16 Zeilen seines Urteils, und zwar negativ. Die Gestaltung des Bildes sei naheliegend und entspreche dem, was bei dieser Aufgabenstellung jedermann anordnen würde. Ob dieses Ergebnis richtig ist, kann dahingestellt bleiben. Mit Sicherheit aber war der Grössteil der vorausgegangenen theoretischen Überlegungen für diesen Entscheid unerheblich und daher überflüssig.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

Hinweis: Siehe zu dieser Thematik auch den Beitrag von Sandaro Macchiacchi auf Seite 24 ff. in dieser Ausgabe von medialex.

**Die Stadt Luzern erhält
den Domainnamen
«www.luzern.ch»**

Urteil des Obergerichts des Kantons
Luzern vom 13. November 2001
(11 01 13; nicht rechtskräftig)

Das Luzerner Obergericht hat entschieden, dass eine Web-Dienstleisterin den Domainnamen «www.luzern.ch» an die Stadt Luzern übertragen muss. Das Gericht hat eine Verwechslungsgefahr angenommen.

«Ausgangspunkt für die Prüfung einer Verwechslungsgefahr von Domainnamen, die den Namen eines Gemeinwesens enthalten, ist der Umstand, ob unter der Second Level Domain amtliche Informationen (im hoheitlichen und/oder privatwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich) erwartet werden dürfen. Trifft dies zu und betreibt nicht das Gemeinwesen die betreffende Website, besteht grundsätzlich eine Verwechslungsgefahr (...). Ein erheblicher Teil der Internetbenutzer wird die Adresse «www.luzern.ch» der Stadt Luzern und nicht einer Region Luzern, dem Kanton Luzern oder gar einem privatrechtlichen Unternehmen bzw. einer Privatperson zuordnen. (...) Keine Rolle spielt, dass «Luzern» auch ein Zeichen des Gemeingutes ist und als solches markenrechtlich nicht geschützt werden kann. Eine gemeinfreie Bezeichnung, welche durch den langen Gebrauch zum Individualzeichen geworden ist, darf nicht in einer Konkurrenzbezeichnung geführt werden (BGE 126 III 246). Diese Voraussetzung ist erfüllt. Die für sich allein stehende Bezeichnung «Luzern» ist durch den vielfältigen Öffentlichkeitsauftritt der Stadt Luzern (touristische Werbung, Medienberichte, Veranstaltungen, Kongresse etc.) zu einem Individualzeichen mit starker Kennzeichnungskraft geworden. Ist von «Luzern» für sich allein, d. h. ohne zusätzliche Bezeichnung oder nicht in einem besonderen Zusammenhang die Rede, so versteht man darunter die Stadt Luzern. (...) Aus der Homepage ging (...) deutlich hervor, dass es sich nicht um die Website der Stadt Luzern handelte. Dies genügt aber nicht zur Verhinderung der Verwechslung, welche angesichts der wenig strukturierten, viel Text enthaltenen Homepage durchaus erfolgen konnte. Der nun zusätzlich auf der Homepage angebrachte Hinweis «Dies ist nicht die offizielle Homepage der Stadt Luzern» ist zwar rot geschrieben, jedoch nicht von markanter Grösse und hebt sich nicht besonders gut vom blauen Hintergrund ab. Er kann ebenso wie die anderen Hinweise übersehen werden und ist daher nicht geeignet, die Gefahr weiterer Verwechslungen auszuschliessen.» ■

ver le pied du Jura», afin de résoudre la question des gravières. Au terme de la récolte de signatures, Franz Weber a invité la SSR à sa conférence de presse du 11 mars 1998 pour communiquer le nombre de signatures obtenues. Il a également adressé une invitation à la rédaction régionale «Vaud-Région» de la Télévision suisse romande. Bien qu'un journaliste de la TSR ait assisté à la conférence de presse, interviewant Franz Weber, rien n'a été relaté dans l'édition «Vaud-Région», ni dans le téléjournal du 11 mars 1998. Helvetia Nostra s'est donc adressée à l'organe de médiation pour se plaindre du fait que l'information de l'aboutissement de son initiative n'ait pas été diffusée. Le médiateur n'ayant pu concilier les parties, l'association s'est tournée vers l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision. Par décision du 22 octobre 1998, l'AIEP a considéré que «l'aboutissement d'une initiative populaire était un fait important de l'actualité qui ne pouvait être passé sous silence» et a admis la plainte. Sur recours de droit administratif intenté par la SSR contre la décision de l'AIEP, le Tribunal fédéral a donné raison à la recourante et renvoyé le dossier au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication ATF 125 II 624; *medialex* 2000, p. 52).

Le DETEC rappelle d'abord les principes applicables en matière de décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (LPA). Il considère qu'en tant qu'organisation indépendante de l'administration fédérale qui accomplit des tâches de droit public, la SSR constitue bien une autorité au sens de l'art. 5, 1^{er} alinéa LPA. Le DETEC se penche ensuite sur les conditions d'application de la liberté d'expression garantie par l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il rappelle notamment que «l'art. 10 CEDH ne comporte pas le droit général et illimité de bénéficier de temps d'antenne à la télévision. Le particulier ne peut pas exiger du diffuseur qu'il lui réserve le droit de diffuser certaines productions et informations». Dans le cas présent, Helvetia Nostra ne pouvait exiger de la SSR que «chaque étape de l'initiative fasse l'objet d'un reportage». La doctrine unanime et la jurisprudence constante s'accordent en effet à dire qu'il n'existe pas un droit à l'antenne. La seule exception admise, qui n'est pas réalisée en l'espèce, concerne le droit à la parole d'un parti politique en période électorale. S'agissant des garanties constitutionnelles de l'indépendance de la radio et de la télévision ainsi que de l'autonomie dans la conception des programmes (art. 93, 3^{ème} alinéa Constitution fédérale, «l'autorité administrative ne peut intervenir dans la sphère d'autonomie du diffuseur en lui imposant de relater une information sans restreindre de manière inadmissible la liberté dont jouit ce dernier». Enfin, cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment à son arrêt du 28 juin 2001 dans l'affaire ACUSA Association contre les usines d'animaux contre Suisse (*medialex* 2001, p. 158). Cette affaire concernait un refus inconditionnel et définitif de diffuser une publicité. En l'espèce, la pesée des intérêts est très différente, car la SSR n'a pas refusé de relater toute information sur l'initiative cantonale «Sauver le pied du Jura». «Les citoyens auront dès lors la possibilité de se faire une opinion sur cette initiative». ■

Pas de droit à l'antenne

Décision du DETEC du
21 décembre 2001 (519.1/78)

En novembre 1997, Helvetia Nostra, association présidée par Franz Weber, a lancé l'initiative cantonale vaudoise «Sau-

Chronique de la jurisprudence 2000 et 2001: Le droit de la personnalité

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg

- I. **Zivilrecht / Droit civil**
 1. **Citation d'un article diffamatoire dans une émission de radio (art. 10 CEDH)** (Cour européenne des droits de l'homme, 29.3.2001, affaire Thoma c. Luxembourg, 38432/97; *medialex* 2001, 99 ss.; AJP/PJA 2001, 1091)
 2. **Der Informationsauftrag erlaubt die Publikation von unwahren Nachrichten nicht (Art. 28 Abs. 2, 28a Abs. 2 ZGB)** (Bundesgericht, 29.2.2000; *medialex* 2000, 110; SJZ 2000, 273 f.; plädoyer 2000, 62; AJP/PJA 2000, 1154, 1156)
 3. **La responsabilité de l'imprimeur en droit civil (art. 28 ss CC)** (Tribunal fédéral, 23.12.1999, 126 III 161; *medialex* 2000, 172 f.; AJP/PJA 2000, 999; plädoyer 2000, 59)
 4. **Informationsinteresse der Öffentlichkeit an fragwürdigen Praktiken eines Tierarztes (Art. 28, 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)** (Bundesgericht, 7.7.2000; *medialex* 2000, 160 ff.)
 5. **Neuverteilung der Prozesskosten nach Klagerückzug bei Persönlichkeitsverletzungen (Art. 4 aBV, Art. 10 EMRK, Art. 28 ZGB, Art. 113 lit. b AG-ZPO)** (Bundesgericht, 21.10.1999, nicht publ.; *medialex* 2000 p. 41; AJP/PJA 2000, 865; Praxis 2000, 11 ff.)
 6. **Porträrierung eines Prominenten in einer Zeitung gegen dessen Willen (Fall Minelli) (Art. 28 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)** (Bundesgericht, 5C.166/2000, 20.7.2001; *medialex* 2001, 231; NZZ 13.9.2001, Nr. 212, 17; ZBJV 2001, 684 ff.)
 7. **Protection de la personnalité. Atteinte par les médias non justifiée par le consentement de la victime, ni par un intérêt public prépondérant. Mesure provisionnelle non suivie de validation (art. 28, 28a, 28c, 28d, 28e CC)** (GE, Cour de Justice, 1ère section, 15.6.2000; SJ 2001 I, 341 ss)
 8. **Mention de l'appartenance à une secte. Mesures provisionnelles (art. 28c al. 3 CC)** (VD, Tribunal d'arrondissement de Lausanne, 25.4.2001, Ordonnance de mesures provisionnelles, PP01.002225; *medialex* 2001, 112 s.)
 9. **Gegendarstellungsfähigkeit bei normativen Tatsachenbehauptungen und gemischten Werturteilen (Art. 28g Abs. 1 ZGB)** (BL, Obergerichtspräsident, 19.12.2000; BL-ABOG 2000, 52 f.)
 10. **Änderungen von Gegendarstellungstexten nach Ablauf der Frist von Art. 28i ZGB (Art. 28i ZGB)** (BL, Obergerichtspräsident, 19.12.2000; BL-ABOG 2000, 53)
 11. **Anspruch auf Grundbucheinsicht (Art. 970 ZGB)** (Bundesgericht, 6.10.2000, 5.A/16/2000; *medialex* 2001, 47; plädoyer 2001, 62)
 12. **Wettbewerbsklage gegen Zeitungsverlag aufgrund eines Presseberichtes. Haftung des Verlags als Geschäftsherr oder für Handlungen seiner Organe? (Art. 55 OR, Art. 55 ZGB)** (SG, Handelsgericht, 5.5.2000; SJZ 2000, 450 ff. Nr. 30)

- II. **UWG-Zivilrecht / LCD-Droit civil**
 1. **«Contra-Schmerz»: SRG muss Schadenersatz bezahlen (Art. 10 EMRK)** (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 1.5.2001, 43524/98; *medialex* 2001, 101 ff.; plädoyer 2001, 63; AJP/PJA 2001, 1091)
 2. **Unlautere Verwendung des Internet-Domainnamens «www.berner-oberland.ch» (Art. 2, 3 lit. d, 9 Abs. 1 und 10 Abs. 2 lit. a UWG)** (Bundesgericht, 2.5.2000, 126 III 239; *medialex* 2000, 171; plädoyer 2000, 58, 62; sic! 2000, 403 ff.)
 3. **Unlautere Verwendung des Internet-Domainnamens «www.hotmail.ch» (Art. 3 lit. d UWG)** (Basel-Landschaft, Obergericht, 2.5.2000; *medialex* 2000, S. 227; sic! 2000, 393 ff., 406, 413)
 4. **«TwixTel» (Art. 5 lit. c UWG)** (Winterthur, Bezirksanwaltschaft, 27.10.1999; sic! 2000, 121)
 5. **Vorsorgliches Verbot nach Verbreitung irreführender Behauptung; «saldo» vs. «K-Tip»; Voraussetzung der Wieder-**

holungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. a und b, Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 UWG, Art. 28c ZGB, § 222 Ziff. 3 ZH-ZPO) (Zürich, Obergericht, II. Zivilkammer, 21.7.1999; ZR 2000, Nr. 26)

6. **Arbeitsvertrag der TA-Medien mit freien Journalisten ist nicht persönlichkeits-verletzend (Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG, Art. 28 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)** (Zürich, Bezirksgericht, 21.12.1999, nicht rechtskräftig; *medialex* 2000, 49 ff.; AJP/PJA 2000, 725)

7. **«Loto Score»: qualité pour agir de la Confédération (art. 1, 2, 10 al. 2 let. c LCD)** (Tribunal fédéral, 28.2.2000, 126 III 198; AJP/PJA 2000, 1001; sic! 2000, 318 ff.; plädoyer 2000, 62; La Semaine Judiciaire 2000 I, 337 ss)

8. **Örtliche Zuständigkeit bei zivilrechtlichen Klagen aus Wettbewerbsverletzungen im internationalen Verhältnis (Art. 12 Abs. 1 UWG, Art. 1 Abs. 2 IPRG, Art. 5 Ziff. 2 LugÜ)** (Luzern, Obergericht I. Kammer, 18.8.1999; LGVE 1999 I Nr. 17)

9. **«Swisslawyers» (Art. 2, 3 lit. d, 12 UWG)** (AG, Handelsgericht, 9.5.2000, SU.2000.00003; sic! 2000, 624 ff., 650 f.)

10. **Unlautere Verwendung des Internet-Domainnamens «www.luzern.ch» (Art. 2, 3 lit. d, 14 UWG, 28 lit. c ZGB)** (LU, Obergericht, 23.5.2000; LGVE 2000 I, 44 ff. Nr. 29; *medialex* 2002, S. 49; sic! 2000, 505, 516 ff., 521, 530; SJZ 2001, 102 ff. Nr. 5; AJP/PJA 2001, 696 f.)

11. **Rechtliche Grenzen kritischer Zeitungsberichte (Art. 2, 3 lit. a UWG, Art. 8 ZGB)** (Bundesgericht, 13.9.2000, 4C.205/2000; *medialex* 2000, 214 ff.; sic! 2000, 807 ff.)

1. Illicéité

1.1 Affirmations portant atteinte aux droits de la personnalité

1.1.1 Une affirmation erronée touchant la personnalité est en principe toujours illicite (ATF 106 II 92 [99] c. 2d = JdT 1981 I 518). Il en va de même lorsque la réalité est tronquée par l'omission de faits essentiels (BARRELET D., Droit de la communication, Berne 1998, n. 1305). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un médecin avait subi une atteinte illicite grave à son honneur professionnel suite à la parution, dans un hebdomadaire, d'une information selon laquelle il avait ordonné l'internement d'une femme dans une clinique psychiatrique, sur la seule base d'un entretien téléphonique avec le mari de la patiente, sans avoir procédé au préalable à un examen médical de l'intéressée. Le journal avait en effet omis de préciser que le médecin connaissait personnellement la patiente puisqu'il la traitait depuis plusieurs années (arrêt I/43). Toutefois selon le Tribunal fédéral, pour qu'une relation de faits erronés constitue une atteinte illicite à la personnalité, il faut encore qu'elle fasse apparaître la victime sous un faux jour aux yeux d'un observateur moyen. Il estime ainsi qu'un article de presse inexact, incomplet ou imprécis ne viole les droits de la personnalité que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels, donnant de la personne une image si erronée qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible, contrairement à ce qui se serait passé si l'article avait relaté les faits de manière fidèle et complète (arrêt I/4; voir aussi F. WERRO, *medialex* 1999 p. 189 [191]). La doctrine critique cette jurisprudence et considère qu'une personne a le droit de réagir contre des propos inexacts tenus à son sujet même lorsque ceux-

ci ne la font pas apparaître sous un faux jour (cf. à ce sujet H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Berne 2001, n. 672a ss et les références citées). A mon avis, cette critique n'est pas convaincante. Elle repose sur une conception absolue de la protection de la personnalité et elle ne tient pas compte du fait que les véritables limites de cette protection dépendent toujours d'une pesée des intérêts en présence. Selon moi, seul celui qui s'en prend aux biens d'autrui de façon déraisonnable engage sa responsabilité. Tel n'est en principe pas le cas de celui qui tient des propos erronés mais qui ne tenissent pas l'image de la personne visée (pour plus de détails, cf. F. WERRO, *La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge*, in *La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit*, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, p. 15 ss [23 ss]).

1.1.2 L'entreprise de presse ne peut pas se soustraire à sa responsabilité pour le contenu de ce qu'elle publie en faisant valoir qu'elle a simplement restitué les affirmations d'un tiers (arrêt I/4). Exceptionnellement, *la diffusion de faits erronés peut être toutefois justifiée par un intérêt suffisant* et échapper ainsi au grief d'illicéité, par exemple, lorsque l'entreprise de médias diffuse un communiqué de presse de la police, tout en indiquant la source et sans le commenter. Le Tribunal fédéral applique dans ce cas par analogie l'art. 27 ch. 5 [devenu al. 4 depuis le 1.4.1998] CP, selon lequel «l'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité n'encourra aucune peine» (ATF 126 III 209 = JdT 2000 I 302; voir aussi F. WERRO, *medialex* 1998 p. 175). A mon avis, l'application analogique de l'article 27 CP à la protection de la personnalité par le droit civil ne se justifie que si l'entreprise de médias est attaquée par une *action en réparation* du dommage ou du tort moral, laquelle suppose, à l'instar du droit pénal, la faute de l'auteur. En revanche, dans le cadre des actions défensives, il serait contraire au texte de l'article 28 al. 1 CC – «contre toute personne qui y participe» – de nier la qualité pour défendre de l'entreprise de médias, du seul fait qu'elle se bornerait à diffuser «un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité».

1.1.3 *Les appréciations subjectives* (opinions, commentaires, jugements de valeur) sont admissibles si elles reposent sur des faits vrais. Elles ne sont attentatoires à l'honneur que si elles sont inutilement humiliantes (arrêt I/4). Dans une affaire de concurrence déloyale, le Tribunal fédéral a jugé admissibles des critiques formulées à l'encontre d'un memento de manifestations, financé par des recettes publicitaires et distribué gratuitement, dès lors que ces critiques étaient étayées par des exemples fondés. L'auteur de l'article relevait en effet plusieurs inexactitudes dans le memento en question; il considérait que les entreprises qui y avaient financé une publicité avaient dès lors été trompées; pour l'auteur, ce memento était inutilisable et finissait souvent dans la corbeille. Bien que les termes caustiques utilisés ont été jugés à la limite de l'acceptable, le Tribunal fédéral a estimé, à juste titre, qu'ils ne constituaient pas un dénigrement inutile (arrêt II/11; pour un commentaire de cet arrêt, cf. F. RIKLIN, *medialex* 2000 p. 216).

1.2 Révélation du nom de la victime

1.2.1 La révélation du nom de la victime n'est pas illicite lorsque cette dernière est de *notoriété publique absolue*, c'est-à-dire s'il s'agit d'une «personne qui, en raison de [son] activité, [fait] durablement partie de l'histoire contemporaine» (H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Berne 2001, n. 561a et les exemples cités). La mention du nom se justifie lorsque l'événement relaté se réfère à l'activité publique de la personne concernée. Si celle-ci est soupçonnée d'acte criminel, l'entreprise de médias a un motif légitime d'en faire état, pour autant qu'elle signale expressément qu'il s'agit d'un soupçon. Toutefois, une personne appartenant à l'histoire contemporaine n'est pas dépourvue de toute protection de sa personnalité. En effet, les médias ne doivent rapporter à son sujet que ce qui est justifié par un *besoin légitime d'informer*. Ils doivent ainsi renoncer à publier un soupçon ou une supposition, lorsque la source de l'information recommande une certaine retenue, dès lors que l'atteinte aux intérêts personnels qui en résulterait serait importante si le soupçon ou la supposition devaient se révéler infondés (arrêt I/4).

1.2.2 Lorsqu'une personne est de *notoriété publique relative*, c'est-à-dire si elle acquiert une célébrité brève à l'occasion d'un événement déterminé, elle ne doit être traitée comme une personne faisant partie de l'histoire contemporaine que de façon passagère (F. WERRO, *medialex* 2000 p. 231). Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral a suivi l'instance cantonale, qui s'était fondée sur une *catégorie intermédiaire* entre les personnes de notoriété publique absolue et celles de notoriété publique relative: les personnes connues d'un cercle professionnel ou social déterminé, sans l'être du grand public (il s'agissait, en l'occurrence, d'une personne connue des milieux juridiques et journalistiques; ATF 127 III 481). Il a estimé qu'à l'égard de telles personnes, il y avait un intérêt légitime à l'information, de sorte que les médias pouvaient relater de temps en temps, et sans motif particulier, des événements se référant à l'activité professionnelle de ces dernières (c. 2c). Celui qui apparaît en public avec une certaine régularité doit en effet accepter que ses activités soient exposées. L'atteinte à sa sphère privée est dans ce cas justifiée par un intérêt légitime du public à l'information, et ce en dépit de l'opposition formelle de l'intéressé à la publication d'un article le concernant (c. 2c/bb *if.*). Par ailleurs, si l'intérêt légitime à la publication d'un article est reconnu, il justifie également la publication de la photographie de la personne en cause (pour autant que l'image publiée ne soit pas avilissante; c. 3b), ainsi que la révélation de la correspondance échangée entre l'auteur et la victime (pour autant qu'il y ait un lien matériel entre le contenu de la correspondance et l'article incriminé; c. 4b). Voir aussi F. WERRO, *medialex* 1999 p. 189 [190].

1.2.3 Si la victime *n'est pas de notoriété publique*, son nom ne peut être publié qu'exceptionnellement, si les circonstances l'exigent. Il en va ainsi par exemple si un membre d'une autorité exerçant une *fonction officielle* n'a pas respecté une prescription légale (en l'occurrence, le psychiatre agissant en sa qualité d'autorité chargée d'ordonner des privations de liberté à des fins d'assistance; ATF 126 III 209 c. 4 = JdT 2000 I 302). De même, la mention du nom d'une personne n'est pas illicite si *l'intéressé est lui-même à l'origine de la révélation* publique de son nom (une personne

soupçonnée d'acte pénalement punissable donne, dans une interview accordée à un journal, sa version des faits; arrêt I/4; voir aussi D. BARRELET, La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias, *medialex* 1998 p. 204).

1.3 Motif justificatif

Dans la conception du Code civil, une atteinte aux droits de la personnalité est toujours illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par des motifs légitimes qu'énumère la loi (art. 28 al. 2 CC), parmi lesquels l'existence d'un intérêt *prépondérant*. A bon es-cient, le professeur Schnyder fait remarquer qu'au regard du texte de l'article 28 al. 2 CC, il est surprenant de lire, dans l'ATF 126 III 305 [306] c. 4a = JdT 2001 I 34, que «Rechtsmässig handelt derjenige, der ein Interesse nachweisen kann, das dem grundsätzlich schutzwürdigen Interesse des Verletzten *mindestens gleichwertig ist*» (en traduction libre: il n'y a pas illicéité, si l'auteur de l'atteinte peut prouver un intérêt *au moins équivalent* [et non *prépondérant*] à celui de la victime; cf. B. SCHNYDER, RSJB 137/2001 p. 390).

2. Publication du jugement

La publication du jugement prévue par l'art. 28a al. 2 CC tend à supprimer le trouble consécutif à une atteinte aux droits de la personnalité. Le juge saisi d'une requête de publication est libre de choisir de publier, dans le respect du principe de proportionnalité, le dispositif, un extrait du jugement ou encore une rectification; il peut aussi ordonner une combinaison de ces différents modes. Compte tenu de ce large pouvoir d'appréciation, si la publication a été ordonnée en première instance, le Tribunal fédéral ne revoit la décision qu'avec retenue. En revanche, si, comme dans l'arrêt ici commenté, il ordonne lui-même la publication du jugement, le Tribunal fédéral dispose lui aussi d'un large pouvoir d'appréciation; c'est ainsi que le dispositif de l'arrêt détermine en l'occurrence non seulement le contenu du texte à publier, mais aussi le délai, l'organe, l'emplacement et la forme de la publication (ATF 126 III 209 [217] c. 5a et b = JdT 2000 I 302; voir aussi B. SCHNYDER, RSJB 137/2001 p. 387 [389 i.f.]).

3. Mesures provisionnelles

3.1 Degré de la preuve

Requis d'une demande de mesures provisionnelles, émanant de X, membre de la Constituante vaudoise et responsable d'une association à but social connue, le président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a interdit au quotidien *Le Matin* «de publier un quelconque article faisant mention directe ou indirecte de [la] requérante X ... en relation avec [ses] convictions religieuses» et de son appartenance à l'association religieuse Z. Le juge a estimé que l'atteinte aux droits de la personnalité de la requérante était propre à causer un préjudice particulièrement grave cette dernière «dès lors que le journaliste intimé a admis que l'intérêt de son article résidait dans la révélation de l'identité de [la] requérante et que l'entreprise intimée a déjà publié en 1996, au sujet du même mouvement religieux, un article ayant abouti à la démission du membre de l'association [un juge fédéral] révélé par la presse ainsi qu'à la mise en cause des qualités professionnelles de celui-ci». Tout en reconnaissant un

intérêt public à la révélation de faits se rapportant à des personnes ayant une activité publique, le juge a estimé que la justification de l'atteinte n'était manifestement pas donnée, car l'instruction n'avait pas *établi* que l'appartenance de X au mouvement en cause avait une répercussion sur son activité au sein de l'association dont elle est responsable ou de la Constituante (arrêt I/8).

Le Code civil restreint la possibilité d'obtenir, à titre provisionnel, la prévention ou la cessation du trouble à l'encontre des médias à caractère périodique. Cette restriction vise à éviter une censure judiciaire excessive de l'activité des médias; en «contrepartie», la loi accorde à la personne concernée un droit de réponse. L'article 28c al. 3 CC exige ainsi, d'une part, que le requérant rende vraisemblable qu'il va être l'objet d'une atteinte illicite de nature à lui causer un préjudice non seulement difficilement réparable, mais aussi particulièrement grave et, d'autre part, que la justification de l'atteinte ne semble manifestement pas donnée. Le juge doit donc refuser la mesure si l'entreprise de médias peut *rendre vraisemblable* (et non pas *prouver*) l'existence d'un motif justificatif; sur la distinction entre les degrés de la preuve, cf. F. HOHL, Procédure civile, Berne 2001, n. 1057 ss et en particulier n. 1061, qui estime que dans une procédure de mesure provisionnelle, le juge peut se contenter d'un degré de certitude fortement réduit). Pour Barrelet, il suffit même qu'un motif justificatif *ne soit pas exclu* (D. BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, n. 1422). Selon moi, s'il y a doute sur la vraisemblance de l'illicéité, ce doute doit profiter à l'entreprise de médias, puisque dans ce cas, l'atteinte n'est pas manifestement injustifiée. En l'occurrence, ces principes paraissent avoir été ignorés. L'atteinte était en effet vraisemblablement justifiée par l'intérêt légitime des lecteurs à connaître l'appartenance religieuse d'un membre de la Constituante.

3.2 Facteur temps pour les mesures superprovisoires

Le président de l'Amtsgericht Olten-Gösgen a ordonné, par mesure superprovisoire, le retrait immédiat des librairies d'un livre contenant des affirmations vraisemblablement attentatoires à l'honneur. L'intimé, ayant vu son recours rejeté par le Tribunal cantonal de Soleure, a saisi le Tribunal fédéral par un recours de droit public. Le recours, déclaré recevable, a été rejeté, au motif qu'il n'était pas arbitraire de considérer qu'en l'occurrence, le danger de l'atteinte était encore suffisamment imminent pour qu'une mesure superprovisoire puisse être prononcée (art. 28d al. 2 CC). Le Tribunal fédéral a écarté l'argument du recourant selon lequel le contenu du livre avait déjà été rendu public, dans deux périodiques de diffusion nationale (le «Blick» et le «Sonntagsblick»), peu avant l'ordonnance de la mesure superprovisoire, de sorte que la mesure ne pouvait plus atteindre son but. Au contraire, pour le Tribunal fédéral, statuant sous l'angle restreint de l'arbitraire, dès lors que le livre pouvait encore être lu par un cercle plus étendu de lecteurs que celui – déjà bien large – des périodiques mentionnés, la mesure ordonnée ne devait pas être considérée comme insoutenable (TF, 3.10.2000, 5P.342/2000; *medialex* 2001, p. 35; AJP/PJA 2001 p. 836; pour une critique justifiée de cet arrêt, cf. F. ZELLER, *medialex* 2001 p. 36 s.).

4. Action en constatation de l'atteinte

Dans l'ATF 127 III 481, le Tribunal fédéral a mis fin à une controverse existant entre les deux chambres civiles à propos de la notion d'intérêt à la constatation de l'atteinte. Selon les art. 28a al. 1 ch. 3 CC et 9 al. 1 lit. C LCD, cet intérêt suppose que le trouble créé par l'atteinte «subsiste». Pour la première cour civile, cette condition était remplie même si le demandeur n'apportait pas la preuve que l'atteinte lui causait encore concrètement un trouble; il suffisait que la publication n'ait pas perdu toute actualité ou que le public puisse encore en prendre connaissance. Pour la deuxième cour civile en revanche, l'intérêt à la constatation de l'atteinte n'existait que si l'atteinte avait causé un trouble dont les effets persistaient (cf. F. WERRO, *medialex* 1998 p. 44 ss et 176, et *medialex* 1999 p. 189). Dans l'arrêt ici commenté, la deuxième cour civile s'est rangée à l'avis de la première. Il est regrettable que, pour se faire, elle n'ait pas pris la peine de réfuter les arguments qui militaient en faveur de l'opinion contraire (cf. C. BAUDENBACHER/ J. GLÖCKNER, in *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2001, ad art. 9 LCD, n. 96 s.; F. WERRO, *Le droit de faire constater l'illicéité d'une atteinte*, *medialex* 1998, p. 45 s.).

5. Droit de réponse

Celui qui, exerçant son droit de réponse, se voit refuser la publication de son texte par une entreprise de médias doit pouvoir demander la publication d'un texte modifié de sa réponse même si le délai de l'article 28i CC est dépassé; il faut toutefois pour cela que la demande soit présentée peu après le refus de l'entreprise de médias et que la réponse modifiée n'étende pas le sens de la réponse initiale. Si la demande est à nouveau refusée, l'action en exécution de la nouvelle réponse est recevable (arrêt I/10). Cette solution est à mon avis fondée. Comme le souligne le président du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, il est dans l'intérêt de toutes les parties qu'avant le procès, un arrangement extrajudiciaire puisse être trouvé ou qu'une version restreinte de la réponse puisse être soumise au juge, ce d'autant que ce dernier est lui-même autorisé à adapter le texte de la réponse (ATF 119 II 104 [108] = JdT 1995 I 162).

6. Frais de justice

Lorsque le demandeur retire, en cours d'instance, une action en protection de la personnalité, et met ainsi fin au procès, il faut appliquer restrictivement la règle (cf. p. ex. l'art. 113 let. b CPC AG) selon laquelle, en cas de retrait de l'action, les frais judiciaires sont mis en partie à la charge du défendeur. Admettre le contraire comporterait le risque qu'une personne soit poursuivie en justice pour des affirmations critiques et pénalisée en cas de retrait de l'action, car condamnée au paiement des frais judiciaires. C'est donc à bon droit que le Tribunal fédéral a admis le recours de droit public d'un défendeur, entraîné dans une action en constatation du droit (terminée par le retrait de l'action) et condamné à prendre en charge la moitié des frais de justice (arrêt I/5).

7. Concurrence déloyale et médias

Depuis le 1^{er} décembre 1999, il existe une instance d'arbitrage on-line, composée de quatre tribunaux arbitraux, pour des litiges se rapportant aux *noms de domaine* «.biz», «.com», «.info», «.name», «.net» et «.org». Elle est placée sous l'égide d'ICANN: «Internet Corporation for Assigned Names and Numbers». Une procédure arbitrale semblable pour le nom de domaine «.ch» devrait être mise sur pied sous peu (cf. T. ZUBERBÜHLER, *Online-Schiedsgerichte für Domain-namen-Streitigkeiten*, RSJ 97/2001 p. 562).

7.1 «berner-oberland.ch» et «Luzern.ch»

Le droit suisse ne réglemente pas (encore) l'usage des noms de domaine et ne connaît pas d'organisme étatique d'enregistrement comparable à ceux existant en droit des marques et des raisons sociales. Cela ne signifie pas pour autant que la formation des adresses Internet a lieu dans «un espace libre de toute norme juridique». Ainsi, faisant application des articles 2 et 3 let. d LCD, le Tribunal fédéral a estimé que l'enregistrement du nom de domaine «berner-oberland.ch», par une société dont le but statutaire est de développer et de commercialiser des appareils informatiques et des logiciels, était déloyal, parce qu'il créait un risque de confusion dans l'esprit du public, lequel associe souvent Berner Oberland au tourisme (art. 3 let. d LCD). Il a en outre estimé que le comportement de la société informatique était contraire au principe de bonne foi ancré à l'article 2 LCD, dès lors que le but avoué de la société était de pousser des intéressés à lui confier la création de leur site Internet en contrepartie de la cession des noms de domaine correspondants (arrêt II/2). Voir aussi, dans le même sens, l'arrêt du 23.5.2000 de l'Obergericht de Lucerne (arrêt II/10). La jurisprudence du Tribunal fédéral, semblable à celle des tribunaux étrangers, ne peut qu'être approuvée (P. VUILLE, *Noms de domaine: les premiers arrêts du Tribunal fédéral*, *medialex* 2000 p. 151 ss [153]).

7.2 «Hotmail.ch»

A la requête de Microsoft, les autorités judiciaires de Bâle-Campagne ont interdit à la société DMS Digital Medien System AG d'utiliser le nom de domaine Hotmail.ch, d'une part, en application de l'article 3 LCD et, d'autre part, en admettant la prééminence du droit de la requérante à la marque Hotmail, qu'elle avait protégée sur le plan international, avant que DMS n'enregistre le nom de domaine litigieux (arrêt II/3; voir aussi P. VUILLE, *medialex* 2000 p. 151 ss [156] et p. 227).

7.3 «swisslawyers»

Le Handelsgericht du canton d'Argovie a refusé de considérer comme contraire à l'article 3 let. d LCD le nom de domaine «swisslawyers.org», bien que celui-ci ressemble à «swisslawyers.com» enregistré antérieurement. Il a estimé que le nom de domaine ne devait jouir de la protection des signes distinctifs que s'il avait une fonction d'individualisation. Tel n'est pas le cas du terme «swisslawyers». La ressemblance entre deux produits ne signifie pas encore qu'on est en présence d'un plagiat (arrêt II/9). ■

Avec la collaboration de M^e Parissina Vez, lectrice à l'Université de Fribourg, et de Josiane Haas, assistante à l'Université de Fribourg.

Noch zu viele Geheimniskrämer in der Wirtschaft

Jürg Wegelin

Lic.rer.pol., Redaktor Wirtschaftszeitung «Cash», Bern

Professor Peter Nobel stellt in seinem Aufsatz «Das Öffentlichkeitsprinzip in der Wirtschaft» (medialex 2001, S. 220 ff.) eine markante Verbesserung der Informations- und Rechnungslegungspolitik der Schweizer Unternehmen fest. Allerdings betrifft dies nur die börsenkotierten Gesellschaften. Ein Grossteil der schweizerischen Wirtschaft zeigt sich weiterhin verschlossen.

Die börsenkotierten Unternehmen, die sich nach internationalen Rechnungslegungs-Standards richten, machen nur einen kleinen Teil der schweizerischen Wirtschaft aus. Wenn man berücksichtigt, dass diese Firmen zum Teil bis über 90% ihrer Wertschöpfung im Ausland erwirtschaften, ist der erreichte Grad der Transparenz in der Schweizer Wirtschaft sogar äusserst gering. Andererseits gibt es auch weiterhin kotierte Unternehmen, die den Anleger an der Nase herumführen. Oft werden Pro-forma-Gewinne ausgewiesen, in denen Restrukturierungskosten, Abschreibungen auf Goodwill usw. ausgeklammert sind. Von den Wirtschaftsprüfern wurden zum Beispiel wiederholt die «kreativen Buchführungspraktiken» der Zürich Financial Services beanstandet. Noch fehlen in der Schweiz Codes of Best Practice, wie sie andere Länder kennen. Economiesuisse und die Swiss Exchange haben erst Ende letzten Jahres Entwürfe für entsprechende Empfehlungen und Regeln zur Corporate Governance in die Vernehmlassung geschickt.

Über das Publizitätsgebaren der nicht kotierten Gesellschaften schweigt ohnehin des Sängers Höflichkeit. So ist zum Beispiel über die Ertragskraft der Diethelm Keller-Gruppe, eine der grössten Schweizer Welthandelsgesellschaften, so gut wie nichts bekannt. In der Schweizer Uhrenindustrie zum Beispiel weiss man nur von der an der Börse kotierten Swatch Group, wo sie finanziell steht. Der Rest dieser Branche tritt nur mit Produkte-PR und Event-Marketing an die Öffentlichkeit. Juristisch gesehen sind diese Firmen natürlich nur ihren Eignern Rechenschaft schuldig.

Aus der Sicht des Ökonomen sind intransparente Märkte jedoch höchst ineffizient. Sie führen zu einer suboptimalen Ressourcenallokation. Zwar ist es für die Banken kein Problem, Einblick in die Bücher ihrer Kreditnehmer zu erhalten. Die Stakeholder, wie zum Beispiel die Lieferanten, erfahren über die Liquiditätssituation ihrer Geschäftspartner aber meist erst dann etwas, wenn es bereits zu spät ist. So ging es zum Beispiel

auch der Weil AG, der Uniform-Lieferantin der börsenkotierten Swissair. Das betreffende KMU wird einen Verlust von mehreren 100 000 Fr. in Kauf nehmen müssen. Viele Arbeitnehmer würden sich ihren Jobwechsel zweimal überlegen, wenn sie die wirtschaftlichen Perspektiven ihres zukünftigen Arbeitgebers vorher kennen würden. Es gibt aber auch viele Aktionäre, die sich in einem Informationsnotstand befinden. Kleinaktionäre von KMU mit atomisierten Besitzverhältnissen als Resultat wiederholter Erbteilungen werden von «ihrer» Firma oft mit «Geschäftsberichten» von vier bis fünf Seiten abgespiesen. Für sie kann dies besonders fatal sein, haben sie doch wegen des engen Marktes oft grosse Schwierigkeiten, ihre Titel abzustossen.

Es gibt aber neben den vom Gesetzgeber und der Börse festgesetzten Rechnungslegungspflichten auch noch eine gesellschaftliche Verantwortung des Unternehmens. Diesbezüglich dürfte der Druck auf die Wirtschaft in Zukunft weiter zunehmen. Der Trend zu mehr Transparenz ist unaufhaltbar. Dies zeigt sich in letzter Zeit auch bei der Diskussion um die Offenlegung der Gehälter. Heute kennt der Aktionär allerdings nur bei einigen wenigen an der NYSE in New York kotierten Schweizer Unternehmen die Globalsumme der Gehälter des obersten Kaders. Viele Firmenchefs haben noch nicht begriffen, dass sie durch eine frühzeitige Anpassung an den Trend zu mehr Transparenz von ihrem fortschrittlichen Image nur profitieren können.

Zugegeben: Die von vielen kotierten Grossunternehmen sehr intensiv gepflegten Investors Relations haben auch ihre problematische Seite. Das in den USA sich in den Quartalsabschlüssen widerspiegelnde und auf kurzfristige Soforterfolge ausgerichtete Denken erschwert dem Management strategische, auf einen nachhaltigen Unternehmenserfolg ausgerichtete Entscheide. Aber vielleicht müssen auch die Kapitalgeber bzw. Anleger hier in Zukunft umdenken und etwas in längeren Zeiträumen denken. Die aus der New Economy entwichene heisse Luft wird hoffentlich diesen Umdenkprozess fördern. ■

Noms de domaine «.ch»: contrôle de l'Etat

La fondation Switch enregistre les noms de domaine Internet se terminant par « .ch » depuis de nombreuses années. La loi sur les télécommunications LTC confie à l'OF COM la tâche de gérer et d'attribuer les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (art. 28 al. 1 LTC). L'article 28 al. 2 LTC constitue une exception à la règle générale de l'article 28 al. 1 LTC. Il aménage la possibilité pour l'OF COM de confier à des tiers la gestion et l'attribution de ressources.

Lors de la mise en vigueur de la LTC, il avait été estimé qu'il n'était pas nécessaire de régler les détails formels de l'activité de Switch concernant l'enregistrement des noms de domaines Internet. Entre-temps, la situation a changé. Les noms de domaines Internet ont pris une importance économique telle qu'une délégation formelle de leur gestion s'avère nécessaire. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a adapté son ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT). Cette ordonnance révisée, qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2002, fixe en particulier les règles de la délégation en matière de noms de domaine de la zone «.ch». Le texte de la nouvelle version de l'ORAT peut être consulté sur le site http://www.ofcom.ch/imperia/md/content/francais/medieninformationen/orat_version_provisoire_f.pdf ■

Die REKO UVEK sah es vorliegend als erwiesen an, dass das Portierungsgesuch, welches seinem Wesen nach implizit auch eine Kündigung des Dienstvertrages enthalte, vor der Kündigung der abgebenden Anbieterin bei der entsprechenden Adressatin eingegangen sei. Die Kundin habe den Vertrag somit zuerst gekündigt und rechtsgültig eine Nummernportierung verlangt. Auf Grund der angenommenen Sachlage musste sich die REKO UVEK nicht zur Konstellation äussern, dass die Anbieterin mit der Kündigung dem Kunden zuvorgekommen wäre. Die Vorinstanz ging selbst für diesen Fall von einer Portierungspflicht der Fernmelde-dienstanbieterin aus. Der Gesetzgeber habe mit der Möglichkeit der Nummernportierung ein wichtiges Instrumente für die Liberalisierung des Telekommarktes geschaffen. Dabei sei den Betreibern/Inhabern, welche für die Bekanntheit ihrer Nummern regelmässig beträchtliche Beträge investierten, gegenüber den Interessen der Anbieter faktisch ein Vorzugsrecht gewährt worden.

Der Entscheid der REKO wurde mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten. ■

Portierungsgesuch impliziert auch die Kündigung des Vertragsverhältnisses

Mit ihrem Entscheid vom 30. November 2001 bestätigt die Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (REKO UVEK) eine Aufsichtsverfügung des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), mit welcher eine (sog. abgebende) Anbieterin von Premium Rate Services (Mehrwertdienste) angewiesen wurde, die von ihrem Kunden verlangte Nummernportierung auf eine andere (sog. aufnehmende) Dienstanbieterin im Sinne von Art. 28 Abs. 4 FMG vorzunehmen. Die Nummernportabilität ermöglicht es dem Teilnehmer, 'seine' Telefonnummer beim Wechsel der Anbieterin zu behalten. Gemäss den entsprechenden Ausführungsbestimmungen (Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das FMG vom 17. November 1997 [SR 784.101.112], insbes. Anhang 1) muss der Teilnehmer die aufnehmende Anbieterin mit der Portierung beauftragen. Die Bestimmungen sehen ferner vor, dass die aufnehmende Anbieterin - sofern ermächtigt - stellvertretend für ihren neuen Kunden den Dienstvertrag gegenüber der abgebenden Anbieterin kündigen kann.

Die gerügte Anbieterin versuchte dem Portierungsvorhaben des abspringenden Kunden durch eine Kündigung ihrerseits zuvor zu kommen; dies in der Absicht, die begehrten Nummern einem anderen Interessenten zu übertragen.

.....

Kurznummer 150: Ablieferung unrechtmässig erzielter Einnahmen

Da Swisscom ihren automatischen Weckdienst mit der Kurznummer 150 nicht - wie in Art. 54 Abs. 2 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV; SR 784.104) vorgesehen - bis zum 31. Dezember 1999 einstellte, zog das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens die widerrechtlich erzielten Einnahmen in der Höhe von rund 1.4 Mio Franken ein. Mit Entscheid vom 6. Dezember 2001 hat die Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (REKO UVEK) die Verfügung der Vorinstanz geschützt. Gegenstand der Beschwerde war nicht etwa die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der ehemaligen Monopolistin, sondern die Frage, ob und in welchem Umfang die rechtswidrig erzielten Einnahmen an den Staat abzuliefern seien. Die REKO UVEK liess dabei insbesondere den Einwand von Swisscom nicht gelten, die von der Vorinstanz konkret errechneten Einnahmen reduzierten sich um die möglichen Einnahmen eines im Nummernbereich 0800 oder 0900 hypothetisch in Betrieb genommenen Ersatzdienstes. Von Gesetzes wegen bestünde keine Pflicht, den Weckdienst unter einer anderen Nummer weiter zu betreiben, sondern lediglich den Betrieb der Nummer 150 einzustellen, weshalb der gesamte Betrag als rechtswidrige Einnahme zu betrachten sei. Ferner habe die Aufsichtsbehörde ihren Ermessensspielraum unter keinem der von der Beschwerdeführerin angerufenen Prinzipien (Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit und öffentliches Interesse) überschritten. ■



L'OFCOM informe
Das BAKOM informiert



1. Bieler Kommunikationstage vom 2. und 3. Mai 2002

Das BAKOM feiert in diesem Jahr sein 10-jähriges Bestehen.
Es ist damit eine der ältesten Regulierungsbehörden in Europa.

L'OFCOM informe
Das BAKOM informiert

In dieser Zeit hat sich der Kommunikationsmarkt grundlegend verändert. Das BAKOM trug zu dieser Veränderung einiges bei. Statt eine «Jubiläumsfeier» zu veranstalten, werden wir, zusammen mit der Stadt Biel, die 1. Bieler Kommunikationstage durchführen. Eine Tagung zu den Bereichen Telekommunikation und Medien in der wir eine Standortbestimmung der verschiedenen Märkte in diesen Gebieten vornehmen – verbunden mit den politischen und ökonomischen Überlegungen zu den Konsequenzen für die Zukunft. Koryphäen aus der nationalen und internationalen Politik, der Verwaltung, der Wirtschaft und dem Journalismus werden am **2. Mai 2002 zur Telekommunikation** und am **3. Mai 2002 zu den Medien** referieren und diese Themenbereiche eingehend diskutieren. Aufgelockert werden diese zwei Tage mit satirischen Leckerbissen durch einen Kabarettisten der Schweizer Kulturszene. Die Veranstaltung wird im frisch renovierten Kongresszentrum in Biel stattfinden – quasi als Vorspann zur Schweizerischen Landesausstellung Expo.02, die zwei Wochen später ihre Tore öffnet. Wir sind überzeugt, dass diese Tagung, die es in dieser Art in der Schweiz noch nicht gibt, viele Interessierte anspricht und freuen uns auch auf Ihre Teilnahme. Weitere Informationen: www.bakom.ch. ■

plupart des dispositions relatives au service universel ne prendront effet qu'à partir du 1^{er} janvier 2003.

Par rapport aux dispositions précédentes, l'étendue du service universel sera élargie du point de vue de la capacité de transmission. En effet, chaque abonné pourra, s'il le désire, demander un raccordement par l'intermédiaire d'une interface filaire analogique (pour Fr. 23.45/mois maximum, hors TVA) ou par l'intermédiaire d'une interface numérique (pour Fr. 40.—/mois maximum, hors TVA). Compte tenu de la pression concurrentielle exercée par le développement de la téléphonie mobile, les obligations relatives aux postes téléphoniques payants publics seront en revanche assouplies. Néanmoins, chaque commune politique continuera à avoir droit à un poste téléphonique public au minimum. Leur emplacement sera désormais déterminé en accord avec les communes, la ComCom ayant la compétence de trancher en cas de différend. Les prix plafonds subiront également divers changements. Parmi les changements les plus marquants, signalons la fixation d'un nouveau prix plafond pour la mise en service du raccordement (pour Fr. 40.—/mois maximum hors TVA), la suppression des prix plafonds pour les communications dites locales et la transformation du supplément forfaitaire pour l'utilisation d'un poste téléphonique payant public en taxe proportionnelle à la durée d'utilisation (19 centimes/minute maximum, hors TVA). Néanmoins, l'ancien régime subsistera pour les appels en direction des numéros 143, 147 et du service de transcription pour malentendants (50 centimes par appel au maximum, hors TVA). Quant au coût du service universel, il est désormais défini comme le coût net des obligations qui ne seraient pas fournies dans les conditions normales du marché. Par ailleurs, un certain nombre de principes destinés à guider l'estimation du coût dans le cadre de l'appel d'offres puis, le cas échéant, lors du calcul du coût effectif ont été identifiés.

Une fois la nouvelle ordonnance acceptée et les prescriptions techniques et administratives y relatives adoptées, la ComCom disposait de toutes les bases légales nécessaires pour pouvoir lancer un appel d'offres public. L'opération a formellement débuté le 27 novembre 2001 par publication dans la Feuille fédérale. La concession mise au concours concerne tout le territoire suisse et aura une durée de validité de cinq ans. Les entreprises intéressées ont jusqu'au 1^{er} mars 2002 pour remettre à l'Office fédéral de la communication (OFCOM) leur dossier de candidature.

La ComCom évaluera les candidatures en fonction de certains critères, tel que la loi le lui impose. Tant le déroulement de la procédure d'évaluation, en plusieurs phases, que les critères de décision sont déterminés dans les documents de mise au concours, accessibles sur le site Internet de l'OFCOM (www.ofcom.ch). ■

Service universel: adoption de nouvelles dispositions

La loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC) prévoit qu'un ou plusieurs fournisseurs de services de télécommunication reçoivent le mandat de garantir, dans leur zone de concession respective, la fourniture du service universel à l'ensemble de la population. En vertu d'une disposition transitoire, cette obligation incombe actuellement à l'entreprise Swisscom et ce jusqu'à la fin de l'année 2002. Puis, pour la suite, la LTC prévoit que la Commission de la communication (ComCom) doit mettre au concours la prochaine concession de service universel et désigner son titulaire jusqu'à fin juin 2002 au plus tard.

Dans la perspective de cette mise au concours, il importait tout d'abord de réexaminer le contenu du service universel, afin de l'ajuster aux besoins de la société et de l'économie de même qu'à l'état de la technique, d'adapter les prix plafonds et de régler les modalités du calcul et du financement du service universel. Le Conseil fédéral s'est acquitté de cette tâche en adoptant, le 31 octobre dernier, une nouvelle ordonnance sur les services de télécommunication (OST, RS 784.101.1). Quoique cette ordonnance soit entrée en vigueur le 15 novembre 2001, la

Information vs. Recht auf Privacy

*Am 14. 11. 2001 veranstaltete das SF in Zürich eine von Dr. M. Berger geleitete Diskussion zum Thema Abwägung zwischen Öffentlichkeit und Privatheit. Dabei wurde insbesondere das Bundesgerichtsurteil vom 1. Mai 2001 (vgl. *medialex* 2001, S. 160 ff.), in welchem das Bundesgericht die Verurteilung eines Journalisten wegen Anstiftung zur Amtsgeheimnisverletzung bestätigt hat (Fall Dammann), mit Referaten und Standpunkten in einem Panel behandelt.*

Prof. Dr. M. Schubarth warf den Kritikern vor, bei der Berichterstattung über den Fall Dammann wesentliche Fakten vorenthalten zu haben. So habe das Urteil nicht gesagt, jede an eine Amtsperson gerichtete Frage sei bereits ein Versuch, diese Person zur Amtsgeheimnisverletzung anzustiften. Es komme auf die konkreten Umstände an. Die Frage des Journalisten sei gezielt auf geheime Inhalte des Strafregisters gerichtet gewesen. Ob Vorstrafen von Festgenommenen ausnahmsweise offengelegt werden, entscheide ausschliesslich die Verfahrensleitung. Der Journalist, der ein im Justizbereich erfahrener Recherchierer war, habe gewusst, dass der betreffende Bezirksanwalt keine solche Ausnahme machen wollte. Fragen stellen sei also nicht grundsätzlich verboten, was sich auch aus der amtlichen Regeste zum Entscheid ergebe.

Nach PD Dr. med. M. Gmür können psychopathologische Folgen der Medientätigkeit Belastungs- und Anpassungsstörungen gleichkommen, wie bekannt in der Krankheitslehre. International unterscheidet man akute Belastungsreaktionen (z.B. bei Angehörigen eines Geiselpfegers), posttraumatische Belastungsstörungen (z.B. bei Überlebenden von Attentaten) und «Anpassungsstörungen» (z.B. einer entlassenen Arbeitnehmerin). Die Besonderheit des Medienopfersyndrom liege in der aggressiven, verletzenden Publizistik. Problematisch seien die Skandalisierung privater Verhältnisse, die Intimisierung der Politik, Vorverurteilung, usw. Gmür machte den Medien drei ärztliche Gebote beliebt: Niemandem schaden. Richtig dosieren. Nebenwirkungen vermeiden.

Gemäss Prof. R. Schweizer, aus **verfassungsrechtlicher Perspektive**, betreffe die Informationsfreiheit nur allgemein zugängliche Quellen des Staates und die Gemeinwesen seien befugt, den Umfang der Informationsrechte der Privaten gegenüber dem Staat zu bestimmen. Das sei ein unbefriedigender Zustand, der durch einzelne Rechte der Privaten (z.B. Verfahrensrechte, Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 93 BV) nicht gehoben werde. In Europa seien die Praxis zur EMRK und die von der EU verfolgte Amtsöffentlichkeit wegweisend. Es sei zu unterscheiden, ob der Staat eigene oder private Geheimnisse schützt. Für eigene Geheimhaltungsinteressen sei der Staat erfinderisch, indem er sich etwa auf die öffentliche Sicherheit, den Staatsschutz, etc. berufe. Pikant sei, dass politische Akteure dieses Geheimhaltungsgebot zuweilen selber verletzen. Prof. Schweizer rät, in einem Amtsöffentlichkeitsgesetz saubere Grenzen zwischen Amtsgeheimnissen und Informationspflichten zu ziehen.

Nach Prof. M. Niggli seien im **Strafrecht** grundsätzlich alle Informationen öffentlich, ausser das Strafgesetz selbst schrän-

ke diese Öffentlichkeit ein. Was den Fall Dammann betrifft, so sei die vom Bundesgericht bejahte Teilnahme (Anstiftung) am Sonderdelikt nicht selbstverständlich. Eine Frage bedeute nicht immer dasselbe, in ihr könne je nach Sprechsituation auch etwas anderes liegen, etwa eine Aussage oder eine Aufforderung. Eine Frage könne eine Antwort auslösen, die der Fragenstellende nicht gewollt hat. «Ohne Frage keine Antwort» sei daher als Begründung einer Tatbestandserfüllung ungenau. Heikel sei auch der bundesgerichtliche Umgang mit dem Eventualvorsatz.

Auch Prof. F. Riklin äusserte Kritik am Fall Dammann; er rückt die besondere Rolle der Medien im demokratischen Staat ins Zentrum. Das Strafrecht sei für die Konfliktregelung im Medienbereich schlecht geeignet. Es sollte die Grundwerte der Gesellschaft schützen und nur subsidiär Einsatz finden. Das neue Urteil bedeute eine übermässige Kriminalisierung der journalistischen Arbeit. Hinzu komme die Unschärfe vieler Strafnormen, besonders in ihrer Anwendung auf Mediensachverhalte. Zu hoffen wäre, dass Konflikte häufiger auf der zivilrechtlichen Ebene gelöst würden, etwa mittels Gegendarstellung. In Bundesgerichtsentscheiden gelte der Grundsatz «c'est le ton qui fait la musique». Der abschätzigste Tonfall in einzelnen Bundesgerichtsurteilen grenze zuweilen selber an eine unnötige Herabsetzung (vgl. etwa den Fall Gerig/Gasser vom 16. 8. 2001, in *medialex* 4/01, S. 234 ff.) in dem gesagt wird, es dränge sich auf, dass der Medienschaffende eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsstellung des Betroffenen nicht nur in Kauf genommen, sondern geradezu angestrebt habe, und dass der Zweck des Artikels in erster Linie darin bestanden habe, zur Unterhaltung des Leserpublikums zwecks Steigerung der Auflage den Betroffenen fertig zu machen. Das Bundesgericht solle, so Riklin, mit solchen Äusserungen zurückhaltend sein.

Prof. B. Cottier suchte im Ausland nach Lösungen des Spannungsverhältnisses zwischen Transparenz und Privacy. Während Schweden der Transparenz den Vorzug gebe, räume Italien der Privatsphäre den ersten Rang ein. Die meisten Rechtsordnungen hätten einen Kompromiss mit drei unterschiedlichen Formen gewählt: entweder eine Interessenabwägung im Einzelfall, wobei der Auskunftszweck eine Rolle spiele (Brandenburg) oder eine erschöpfende Liste von Dokumenten- und Informationstypen, sei es als Positivliste (Québec) oder als Negativliste (Frankreich). Québec erreiche mit seinem Modell eine gute Rechtssicherheit. Übrigens habe es auch in Schweden Journalisten gegeben, die sich bei einem Behördenmitarbeiter nach Vorstrafen erkundigt hatten. Sie erhielten die Antwort ohne Umschweife, denn Criminal Records seien in der Negativliste des Secrecy Act nicht erwähnt. ■

(SF-FS)

**Gregor Wild: Die künstlerische
Darbietung und ihre Abgrenzung
zum urheberrechtlichen
Werkschaffen**

Diss., Universitätsverlag, Freiburg 2001,
214 Seiten

Bewohner von Wohncontainer in Reality-Shows sind keine ausübenden Künstler. Auch wenn sie sich zeitweise verstellen, wollen sie vom Publikum als real-existierend Menschen beobachtet werden. Sie kommen nicht in den Genuss von verwandten Schutzrechten gemäss Art. 33 ff. URG. Ansager, Sportkommentatoren, interviewte Sportler,, Teilnehmer an einer Talkshow, Quizkandidaten, Fernsehprediger sind auch keine ausübenden Künstler, wohl aber Quizmaster und Spielleiter, wenn der vorgegebene Text Werkcharakter hat und sie sich durch ihrer Art und persönliche Wirkung von anderen Quizmastern abheben. Auch Clowns sind Interpreten, aber nicht Akrobaten und auch nicht Sportler, z. B. Eiskunstläufer, weil ihr Wirken vom Publikum mehr als Beitrag des sportlichen Wettbewerbs betrachtet wird denn als Kunst. In seiner Freiburger Dissertation versucht Gregor Wild die Charakteristiken der schützbaeren künstlerischen Darbietung genau zu definieren. Er gibt sich als Anhänger einer zurückhaltenden Anwendung des künstlerischen Leistungsschutzrechts aus und betrachtet «nicht ohne eine gewisse Sorge» die Entwicklung de lege ferenda. Gesetzesänderungen, die den Kreis der geschützten Darbietungen erweitern und das Werkakzessorietätsprinzip aufgeben würden, lehnt er ab. Langfristig würden die Dämme gesprengt und auch Fussballspieler könnten dann zu Interpreten werden, meint der Autor. ■

ist es denn auch, welcher dem Käufer des hier zu besprechenden
Arbeitshandbuches einen wesentlichen Nutzen bringt. ■

DR. OLIVER SIDLER, RECHTSANWALT, ZUG

.....

**Marc Fischer: Informatikrecht in
der Praxis. Recht und Praxis rund
um den Einsatz von Informatik-
und Kommunikationsmittel**

Weka-Verlag, Zürich 2001

Das in Loseblatt-Form herausgegebene Arbeitshandbuch möchte laut Angaben des Autors Ideen im Sinne eines «Kochbuches» rund um den Einsatz von Informatik- und Kommunikationsmitteln vermitteln. In einem ersten Teil werden Grundlagen des Schutzes der Privatsphäre sowie des Datenschutzgesetzes wiedergegeben. Die Darstellung ist kurz und prägnant, für den Laien allerdings etwas zu kurz geraten, da er ohne das notwendige Fachwissen die auf einzelnen Seiten dargestellten Statements kaum im Gesamtkontext einordnen kann. Von grossem praktischen Nutzen ist dann der folgende Teil über den Schutz der Persönlichkeit am Arbeitsplatz. Hier erfährt der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer die Möglichkeiten und Schranken der Nutzung und der Überwachung von betrieblichen Telekommunikationseinrichtungen am Arbeitsplatz. Die Ausführungen entsprechen weitgehend dem vom eidgenössischen Datenschutzbeauftragten im Mai letzten Jahres veröffentlichten Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz (www.edsb.ch).

Eine Fundgrube von Ideen werden im Teil 5, der Vertragsmuster und Checklisten zur Beschaffung von Informatik-Infrastruktur, Dienstleistungen, Mitarbeiter etc. enthält, vermittelt. Dieser Teil

.....

Martina Coerdt-Taxhet: Irreführende Fernsehwerbung in Deutschland

Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 1999, 149
Seiten

Im heutigen Zeitalter der Kommunikation haben die Medien einen Platz in unserer Gesellschaft eingenommen, der sie in essentieller Form auf kulturelle, wirtschaftliche und soziale Belange Einfluss nehmen lässt. Dabei kommt neben den neueren Angeboten im Telekommunikationsbereich nach wie vor dem Fernsehen eine gewichtige Rolle zu. Nicht zuletzt die Werbewirtschaft nutzt den ihr hier gebotenen grossen Rezipientenkreis, um mit möglicher Effizienz ihre Botschaften zu verbreiten. Die Arbeit beschäftigt sich mit den Formen irreführender und daher verbotener Fernsehwerbung in Deutschland. Dabei wird das besondere Spannungsverhältnis von rundfunk- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften aufgezeigt und vor dem Hintergrund völkervertraglicher, insbesondere gemeinschaftsrechtlicher, Vorgaben aufgelöst. Zunächst wird auf diesem Weg der Werbungsbegriff erarbeitet, der den einschlägigen Ge- und Verbotregelungen zugrunde zu legen ist, um hiernach das Trennungsgebot sowie die Fragen inhaltlich irreführender Werbung zu behandeln. Die Untersuchung einzelner Beispiele der aktuellen Werbepraktiken sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privater Rundfunkveranstalter bildet den Abschluss der Arbeit. ■

.....

**Ueli Buri: Die Verwechselbarkeit
von Internet Domain Names**

Stämpfli Verlag, Bern 2000, 252 Seiten

Mit der rasanten Verbreitung des Internet haben die Domain Names, mittels derer die verschiedenen Informations- und Leistungsangebote im Internet lokalisiert und voneinander unterschieden werden können, grosse Bedeutung erlangt. Immer öfter stehen einerseits die Inhaber von geschützten Kennzeichen wie Firmen, Marken oder Namen vor der Frage, inwieweit sie Dritten den Gebrauch ihres Zeichens als Domain Name verbieten können; andererseits stellt sich vermehrt auch die Frage nach dem rechtlichen Schutz der Domain Names selbst. Die vorliegende Arbeit setzt sich erstmals umfassend und gründlich mit jenen Problemen und ihrer Beurteilung nach schweizerischem Recht auseinander. Dabei wird die technisch bedingte Behinderungsproblematik ebenso mit einbezogen wie die besonderen Fragen, die sich aus der Globalität des Internet bei nur territorial geltendem Recht ergeben. ■

.....

.....

Hermann Waldhauser: Die Fernsehrechte des Sportveranstalters

Duncker&Humblot, Berlin 1999, 365 Seiten

Die Fernsehrechte spielen eine entscheidende Rolle bei der Vermarktung von Sportereignissen. Die vorhandenen Rechtsposi-

tionen der beteiligten Personen werden den Bedürfnissen der wirtschaftlichen Praxis entsprechend von der Vertragsgestaltung beherrscht. Der Autor hat es sich hingegen zur Aufgabe gesetzt, die Fernsehrechte dogmatisch nach Bestehen, Art, Inhalt und Umfang zu analysieren. Hierzu war ein Streifzug vom Sachenrecht über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte bis hin zum Wettbewerbs- und allgemeinen Deliktsrecht erforderlich. Im Ergebnis basiert der Sportveranstalterschutz nach geltendem Recht auf zwei unterschiedlichen Ansatzpunkten, dem Hausrecht am Veranstaltungsort einerseits sowie dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bzw. dem deliktischen Unternehmensschutz andererseits. Eine Untersuchung des Sportveranstalterbegriffs ermöglichte die Ausarbeitung von Bestimmungskriterien, wer eigentlich der Sportveranstalter ist. Weitere Teile dieser Arbeit widmen sich der Einräumung von Rechtspositionen und den Schranken der Rechtsausübung, um dem Informationsinteresse der Allgemeinheit sowie der Berichtserstattungsfreiheit der Medien Rechnung zu tragen. ■

Stand und den Möglichkeiten dieser Entwicklung. Er enthält die Vorträge, die anlässlich des Kongresses Digitale Medien und Konvergenz, ausgerichtet vom Münchner Kreis, gehalten wurden. Die Referenten waren durchgängig erfahrene Praktiker aus den unterschiedlichsten Branchen. Vertreten waren etwa bekannte Telekommunikationsfirmen, verschiedene Rundfunk- und Fernsehsender, Firmen der Unterhaltungsbranche, aber ebenso das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie Vertreter von Forschung und Lehre. Ihre Referate bilden für Fachleute in den Bereichen Medien, Informationstechnik und Telekommunikation eine wichtige Informationsquelle rund um den Einsatz und die Gestaltung digitaler Medien. Der Band ist auch für Anwender interessant, die einen Einblick in die modernere Medien- und Telekommunikationswelt gewinnen möchten. ■

**Jörg Eberspächer/Albrecht Ziemer
(Hrsg.): Digitale Medien und
Konvergenz. Tagungsband**

Hüthig Verlag, Heidelberg 2001, 250 Seiten.

Die Digitalisierung von Hörfunk und Fernsehen eröffnet neue Möglichkeiten für die kombinierte Informationsvermittlung. So können sich etwa Fernsehen und Internet inhaltlich ergänzen. Ein aktueller Tagungsband beschäftigt sich ausführlich mit dem

Dorothee Ritz: Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten

Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 1998, 252
Seiten

Missbraucht der Nutzer einen Online-Dienst, um pädophile Inhalte zu veröffentlichen, oder lädt er pornographische Abbildungen vom Internet herunter, stellt sich die Frage der Verantwortlichkeit der Online-Dienste als Verbreitungsmedium oder Zugangsvermittler zum Datennetz. Die Arbeit von Ritz geht diesen Fragen auf den Grund. Besondere Aufmerksamkeit widmet sie internationalen Lösungen, da Inhalte in verschiedenen Ländern eingespeist und abgerufen werden können. ■