

Zur Diskussion / A discuter

Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht?

Zugleich Besprechung von: **Christophe Geiger, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Paris 2004**

ROLF H. WEBER* / CHRISTINE BREINING-KAUFMANN**

Vermeehrt sind jüngst urheberrechtliche Regelungen, insbesondere im Zusammenhang mit technischen Schutzmassnahmen, auf ihre Verfassungskonformität hin einer kritischen Beurteilung unterzogen worden. Dabei erwies sich bisher die mangelnde Konkretisierung der Grundrechte, v.a. der Informationsfreiheit, als Problem; Kriterien für die diffizile Interessenabwägung lassen sich aber durchaus finden.

En particulier en relation avec les mesures techniques de protection, les règles du droit d'auteur font de plus en plus souvent l'objet d'un examen critique quant à leur conformité par rapport à la Constitution. A cet égard, le manque de concrétisation des droits fondamentaux, en particulier de la liberté de l'information, a constitué jusqu'alors un problème; il est toutefois possible de dégager des critères applicables lors de la délicate pesée des intérêts en présence.

I. Spannungsfeld von Urheberinteressen und Informationszugangsrechten

II. Geltung und Horizontalwirkung der Grundrechte

III. Grundrechtskonkretisierung im Urheberrechtsbereich

Zusammenfassung / Résumé

Technische Entwicklungen, aber auch ein gewisses Auseinanderdriften von personenbezogenen und wirtschaftlichen Interessen, haben dazu geführt, dass im Urheberrecht viele Bruchstellen (als Krisen oder Paradigmenwechsel) verstärkt ins Bewusstsein gerückt sind. Dass insbesondere die Internet-technologie und der Bedeutungszuwachs der Informationsbewirtschaftung nicht spurlos an jahrzehntealten urheberrechtlichen Traditionen vorbei gehen, ist heute ein Gemeinplatz. Eine Kernfrage betrifft dabei den Umfang des angemessenen Monopolschutzes, den jedes Immaterialgüterrecht verleiht. Insoweit treffen die Interessengegensätze vor allem in der Auseinandersetzung zwischen den kommerziell ausgerichteten Strategien der grossen (amerikanischen) Musik- und Filmindustrie sowie den liberalen Promotoren einer ungehinderten «future of ideas» (Lessig) aufeinander. In diesem Spannungsfeld stehen auch die internationalen Regulierungsbemühungen sowie derzeit die Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes (dazu R. M. Hilty, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, 966 ff.). Zutreffend wird dabei die Frage verstärkt thematisiert, ob gegebenenfalls die Grundrechte positiv oder negativ zur Umschreibung des urheberrechtlichen Schutzbereiches beitragen können.

I. Spannungsfeld von Urheberinteressen und Informationszugangsrechten

Mit der Frage möglicher Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht befasst sich die eingangs erwähnte Dissertation von Christophe Geiger, der rechtsvergleichend (französisches, deutsches und amerikanisches Recht) und beeindruckend materialreich, auch z.B. philosophische Quellen umfassend, der Frage der Einbettung urheberrechtlicher Positionen in die Verfassungsordnung nachgeht; die tief schürfenden Überlegungen sind durchaus für die Schweiz ebenfalls von Interesse. Eingeleitet wird die Dissertation mit einer Darstellung der involvierten Interessen, und zwar im Dreiecksverhältnis zwischen Autor, Verwerter und Öffentlichkeit (S. 19 ff.); traditionell differenzieren lässt sich zwischen dem personalistischen und dem utilitaristischen Ansatz sowie der daraus folgenden «Gruppenbildung» in die Urheberpersönlichkeitsrechte und die Verwertungsrechte, die zwar nur das Prinzip, nicht jedoch den Schutzzumfang des Rechts legitimieren (S. 23 ff.). Bei der Vertiefung der Frage, wie ein

Equilibrium zwischen den verschiedenen im Spiel stehenden Interessen (z.B. beim Investitionsschutz, S. 63 ff.) erreicht werden kann, zeigen sich auch gewisse Differenzen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen; Geiger lotet aus, inwieweit z.B. das französische Recht die privaten Interessen stärker gewichtet (S. 70 ff.) bzw. das amerikanische Copyright das öffentliche Interesse berücksichtigt (S. 102 ff.).

In einem weiteren Schritt erfolgt die Transponierung der Konflikts- bzw. Ausgleichsfaktoren auf die Verfassungsebene, und zwar mit Blick auf die Interessenabwägungen zwischen den einzelnen Grundrechten (persönliche Freiheit, Meinungsäusserungsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie); Geiger erläutert dabei sowohl die Verfassungslage in Frankreich, in Deutschland und in den Vereinigten Staaten (S. 115 ff.) als auch die Regelungen in internationalen Verträgen (z.B. Europäische Menschenrechtskonvention, Allgemeine Menschenrechtserklärung der UNO und internationaler Pakt der UNO zu den bürgerlichen und politischen Rechten, S. 165 ff.).

Der zweite Teil der Dissertation von Geiger behandelt die Schranken des eine Monopolposition vermittelnden Urheberrechts, insbesondere so weit sie sich aus der (grundrechtlichen) Verfassungsordnung ergeben. Dogmatisch ist wohl der in Deutschland gebräuchliche Begriff der «Schranken» sachgerechter als der in Frankreich verwendete Begriff «Ausnahmen», denn materiell geht es nicht um «Ausparungen» im Recht des Urhebers, sondern um Rechtstechniken, welche den Inhalt und die Grenzen des Rechts der Urheber festlegen (S. 186 ff.). Schranken sind schon regelmässig ausdrücklich in den Urheberrechtsgesetzen enthalten (z.B. Originalität, Schutzdauer, fair use, S. 210 ff.). Darüber hinaus stellt sich aber die Frage, inwieweit das Grundrecht der Informationsfreiheit als Basis für ein individuelles Informationszugangsrecht tauglich sein könnte. Die Bedeutung der Fragestellung ist offensichtlich, weil die Realität eine Ausdehnung des Urheberrechtsschutzes zeigt (z.B. Schaffung des sui generis-Schutzes für Inhaber von Datenbanken, Herabsenkungen der Schutzvoraussetzungen, S. 267 ff.) und weil externe Ausgleichsmechanismen (z.B. kartellrechtliche Zugangsrechte, Zwangslizenzen, S. 306 ff., 318 ff.) nur selten effizient einzugreifen vermögen.

Geiger plädiert für ein urheberrechtsbezogenes Konzept der Informationsfreiheit, welches eine Schranke zu Lasten des Urhebers formuliert, den Zugang zu Informationen zu sperren (Problematik des «droit d'interdire») und der «domaine public» mehr Raum geben will (S. 294 ff.); anhand einzelner Gerichtsfälle (Fabris/France 2, Germania 3, S. 391 ff.) diagnostiziert Geiger die bisher ungenügende Beachtung der verfassungsrechtlichen Informationsfreiheit bei der Festlegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen und bei der Auslegung von (individuellen) Urheberrechten; letztlich geht es darum, verfassungsrechtlich determinierte neue Schranken zu entwickeln (S. 359 ff.).

II. Geltung und Horizontalwirkung der Grundrechte

(1) Grundrechte wie z.B. die Informationsfreiheit lassen sich – worauf auch Geiger hinweist – für die urheberrechtliche Diskussion nur fruchtbar machen, wenn konzeptionell davon ausgegangen werden kann, dass Grundrechte gewisse Wirkungen zwischen Privaten ausstrahlen. Das traditionelle Konzept, das aus den Grundrechten heraus eine Bindung staatlicher Organe entwickelt hat, hilft allein nicht weiter, weil das Verhalten Privater, etwa mittels Verstärkung urheberrechtlicher Schutzpositionen durch technische Massnahmen, die Ausübung von Grundrechten zu beeinträchtigen vermag.

Seit dem Jahre 2000 hält Art. 35 Abs. 1 BV für die Schweiz nun ausdrücklich fest, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen; zum Ausdruck gelangt in dieser Formulierung die Doppelnatur der Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Gestaltungsprinzipien (Botschaft BV, BBl 1997 I 192). Aus diesem Verständnis folgt zum einen, dass Grundrechte immer zur Anwendung gelangen, wenn es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht, unabhängig davon, ob staatliche Organe oder Private diese ausführen (Art. 35 Abs. 2 BV). Zum andern sollen Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch im Bereich nicht-staatlichen Handelns, d.h. unter Privaten, zur Anwendung kommen (Art. 35 Abs. 3 BV).

Aus diesem, gegenüber dem klassischen Konzept von Grundrechten als primären Abwehrrechten erweiterten, konstitutionell-institutionellen Verständnis lassen sich zwei im Einzelnen zu konkretisierende Postulate entnehmen:

– Den Staat trifft neben der Pflicht, sich in seiner eigenen Tätigkeit an die Grundrechte zu halten, eine positive Pflicht, Massnahmen zum Schutz vor Machtmissbrauch durch Private zu treffen (sog. Horizontalwirkung).

– Private können direkt an die Grundrechte gebunden sein (sog. direkte Drittwirkung).

(2) Ausgangspunkt des Gedankens, dass Grundrechte gewisse Auswirkungen in Privatrechtsverhältnissen zeitigen sollten, ist die Feststellung, dass die formalrechtliche Gleichordnung von Privatrechtssubjekten nicht zwingend zur materiellen Gleichstellung führt, weil wirtschaftliche und soziale Machtgefälle nicht zu übersehen sind; hinter dem Schutzschild der Vertragsfreiheit setzt sich gegebenenfalls der Stärkere auf unbillige Weise gegen den Schwächeren durch (P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 7 Rn. 68). Wenn die Grundrechte menschliche Entfaltungschancen sichern sollen, ist verfassungsrechtlich gegen den Missbrauch privater Machtpositionen zu intervenieren.

(3) Art. 35 Abs. 3 BV legt fest, dass «Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden». Angesprochen ist damit die sog. Drittwirkung von Grundrechten. Rechtsprechung (BGE 125 III 370; 125 III 284; 118 Ia 56; 111 II 253 ff.) und Lehre (Tschannen, § 7 Rn. 64 m.w.V.) gehen heute davon aus, dass sich eine direkte (subjektivrechtliche) Drittwirkung von Grundrechten nur annehmen lässt, wenn eine Verfassungsbestimmung dies ausdrücklich anordnet (z.B. Art. 8 Abs. 3 S. 3 BV) bzw. der Schutzzweck dies zwingend gebietet (Art. 17 Abs. 3, Art. 25 Abs. 2/3 und Art. 28 Abs. 1 BV). Allgemein anerkannt ist hingegen die indirekte Drittwirkung im Sinne der Pflicht aller staatlicher Organe, dem Schutz der Grundrechte bei der Ausgestaltung und Anwendung von Rechtsnormen, welche private Rechtsbeziehungen regeln, Rechnung zu tragen (Tschannen, § 7 Rn. 65); darin konkretisiert sich das objektivrechtliche Gestaltungsprinzip von Grundrechten. Praktisch im Vordergrund steht die grundrechtskonforme Konkretisierung offener Normen des Privatrechts (z.B. Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB und Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB); bei der Auslegung solcher offener Normen geht es darum, in Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung einen Beitrag zur Verwirklichung allgemein gültiger Gerechtigkeitsanforderungen zu leisten (vgl. auch BGE 126 V 73 f.).

Die direkte Drittwirkung von Grundrechten setzt gemäss Art. 35 Abs. 3 BV voraus, dass sie sich zur Anwendung unter Privaten «eignen». Ein Teil der Lehre verneint, dass mit dieser Anknüpfung an die Eignung eine Drittwirkung sui generis überhaupt hat normiert werden wollen (P. Egli, Drittwirkung von Grundrechten, Zürich 2002, 152 ff.); mehrheitlich wird indessen die Zielrichtung in der Frage gesehen, ob der Grundgedanke verfassungsrechtlicher Individualpositionen überhaupt für eine Drittwirkung spricht (R. J. Schweizer in: B. Ehrenzeller / Ph. Mastronardi / R. J. Schweizer / K. A. Vallender, Kommentar Bundesverfassung, Zürich / Lachen 2002, BV 35 N 23). Konkret ist diese Eignung eher bei denjenigen Grundrechten, die einen stark freiheitsrechtlichen Charakter haben (z.B. Meinungsäusserungsfreiheit, Medienfreiheit, Wirtschaftsfreiheit), als bei den eher sozialrechtlichen Leistungspflichten oder den Verfahrensgarantien (z.B. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege) gegeben.

(4) Auch im Rahmen der EMRK und UNO-Pakte spielen die Dritt- und die Horizontalwirkung von Grundrechten eine Rolle. Normen, welche Private direkt verpflichten, fehlen zwar, der Staat ist aber verpflichtet, Grundrechtsverletzungen unter den Privaten zu verhindern (CESCR, E / 1999 / 22, HRI / GEN / 1 / Rev7 No 9 und E / 1999 / 23, HRI / GEN / 1 / Rev7 No 3); gesprochen wird

von positiven Gewährleistungs- und Schutzpflichten (vgl. Schweizer, BV 35 N 25).

(5) Die neuere Lehre hat zudem den Begriff der grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelt, welche eine Obliegenheit des Staates nach sich ziehen, die Grundrechte des Einzelnen vor Angriffen Dritter aktiv zu bewahren (J. P. Müller, in: D. Thürer / J. F. Aubert / J. P. Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 N 37; ähnlich die vorerwähnte UN-Praxis). Konkrete Handlungspflichten lassen sich solchen «grundrechtlichen Schutzpflichten» indessen nicht entnehmen, weshalb der Begriff wenig haltvoll ist; die «Schutzpflichten» sind vielmehr lediglich eine Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der zum Schutz des individuellen Grundrechtsgebrauchs angebrachten staatlichen Vorgehen (Tschannen, § 7 Rn. 72 ff.).

(6) Schliesslich ist in Betracht zu ziehen, dass Einschränkungen von Grundrechten verfassungsrechtlich durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein müssen (Art. 36 Abs. 2 BV); dieser Massstab ist auch anzulegen, wenn es um die gesetzliche Zulässigerklärung von technischen Schutzmassnahmen geht, die eine Beeinträchtigung der Meinungsäusserungsfreiheit verursachen können.

III. Grundrechtskonkretisierung im Urheberrechtsbereich

(1) Sowohl die materialreiche Dissertation von Geiger als auch die Lehrmeinungen zu Art. 35 Abs. 3 BV gehen zwar von der zutreffenden Erkenntnis aus, dass Grundrechte auch in Privatrechtsverhältnissen eine Rolle zu spielen vermögen, doch ist die Brücke zur Konkretisierung im Einzelfall oft nicht klar ersichtlich. Ähnliches gilt mit Blick auf solche Grundrechte, die einen sozialpolitischen Hintergrund haben (z.B. Recht auf Bildung oder Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben).

Dass der Zugang zu Informationen im öffentlichen Interesse liegt, insbesondere in den Bereichen Bildung und Forschung, anerkennt auch der WIPO Copyright Treaty vom Dezember 1996 in der Präambel, selbst wenn die einzelnen Anordnungen dann die individuellen Urheberrechte im Internetzeitalter stärken. Diese Zielsetzung vermag indessen nicht darüber hinwegzutäuschen, dass ein Grundrecht nicht ohne weiteres schon justiziabel ist.

Immerhin ist nicht zu übersehen, dass die neuere Praxis zu den UN-Grundrechten zu einer gewissen Konkretisierung der Rechtspositionen beiträgt. Als hilfreich ist dabei z.B. die stärkere Detaillierung der Rechte in Art. 15 ICESCR (SR 0.103.1), der ausdrücklich das Recht, am kulturellen Leben teilzunehmen, an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben sowie den Schutz der geistigen und materiellen Interessen aus dem Urheberrecht zu geniessen, festhält. Für das Recht auf Bildung (Art. 13 / 14 ICESCR) wurden im Rahmen der UNspezifische Umsetzungsanforderungen formuliert (CESCR, E / C.12/1999/4, HRI/ GEN/1/Rev 7 No 11). Ähnliches gilt für das im Urheberrecht zwar nicht direkt anwendbare, aber auch nicht völlig sachfremde Recht auf Teilnahme an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten gemäss Art. 25 ICCPR (SR 0.103.2; vgl. HR Committee, HRI/GEN/1/ Rev 7 No 25).

(2) Der stark auslegungsbedürftige Begriff der «Drittwirkungseignung» belässt der Rechtsanwendung einen grossen Spielraum bei der Entscheidung, in welchem Ausmass grundrechtliche Wertungsgesichtspunkte eine Rolle spielen können. Das schweizerische Bundesgericht hat kürzlich, wenn zwar nicht direkt gestützt

auf Drittwirkungsüberlegungen, die Schweizerische Post, die sich geweigert hat, unadressierte Massensendungen eines subjektiv als unerwünscht erachteten Vereins zu befördern, gerügt, obwohl die Massensendungen einen Wettbewerbsdienst darstellen, der sich nicht als staatliche Aufgabe bezeichnen lässt. Nach den bundesgerichtlichen Überlegungen ist die Annahme einer Kontrahierungspflicht gerechtfertigt, wenn es sich (1) um das allgemeine und öffentliche Angebot von Waren und Dienstleistungen handelt, (2) die zum Normalbedarf gehören, sowie (3) von einer starken Machtstellung des Anbieters bzw. (4) von fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer auszugehen ist (BGE 129 III 26, 45).

Dieser Entscheid ist zwischenzeitlich zum Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Auseinandersetzungen geworden. Zum Teil wird argumentiert, der Entscheid des Bundesgerichts schenke dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht ausreichend Beachtung (M. Camprubi, AJP 2004, 390 ff.). Andere Autoren wollen die Diskussion – in grundsätzlicher Bejahung der Kontrahierungspflicht – an der Frage der Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen anknüpfen (T. Göksu, ZBJV 2004, 38 ff.; R. J. Arnet, AJP 2003, 595 f.). Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Blickweise fällt indessen auf, dass der Bundesgerichtsentscheid sich kaum zur Frage der Eignung der Meinungsfreiheit des Vereins für eine Drittwirkung äussert. Unerwähnt bleibt – trotz vorhandenen Anknüpfungspunkten in der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 119 Ia 28, 31) – zudem die Frage, ob eine staatliche Schutzpflicht zum Schutz der Meinungsfreiheit des Vereins bestehe. Das Bundesgericht rückt vielmehr eine privatrechtliche Begründung, nämlich den Hinweis auf allgemeine Prinzipien des Privatrechts und auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens, in den Vordergrund; die Lehre betont dagegen den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit bzw. das Problem des Boykotts gemäss Art. 28 ZGB (E. Bucher, recht 2003, 101 ff.; zur Anknüpfung an Art. 2 ZGB Arnet, 597 und allgemein Göksu, 46 ff.).

Bemerkenswert an der Argumentation des Bundesgerichts ist immerhin die Tatsache, dass bei der Umschreibung der Voraussetzungen der Kontrahierungspflicht eine starke Anlehnung an die wettbewerbsrechtliche Begriffswelt erfolgt; angesprochen sind etwa die Marktmacht und das Fehlen des Substitutionswettbewerbs. Das kartellrechtliche Instrumentarium vermag zwar durchaus gewisse Informationszugangsrechte zu gewähren, wie insbesondere die europäische Rechtsprechung in den Fällen Magill (EuGH I-743, 6. April 1995) und IMS Health (Rs 418/01, 29. April 2004) gezeigt hat; im-

merhin weist die kartellrechtliche Betrachtungsweise auch ihre Grenzen auf (ähnlich nun auch der Entscheid des EuGH 1. Instanz i.S. Microsoft vom 22. Dezember 2004, T-201/04 R) und hat die Anwendung des Marktstrukturrechts relativ wenig zu tun mit der Frage der Fruktifizierung der Grundrechte, die vielmehr einen konzeptionellen Neuansatz voraussetzt, der den Wettbewerb nicht nur als Ordnungsprinzip, sondern als Individualrecht versteht (E. Petersmann, *Constitutional Economics, Human Rights and the Future of the WTO*, Aussenwirtschaft 2003, 49 ff.); einen ersten Schritt in diese Richtung hat der EuGH kürzlich im Fall Schmidberger unternommen (EuGH, 12. Juni 2003, Rs C-112/00, No. 58-60).

(3) Aus diesem Grunde bleibt es grundsätzlich bei der Erkenntnis, dass die verfassungsrechtliche Vorgehensweise bisher mit dem Nachteil der beschränkten Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit verbunden gewesen ist; der Ermessensspielraum der Gerichte ist bei der Beurteilung der «Drittwirkungseignung» (d.h. bei der Festlegung eines angemessenen Ausgleichs zwischen freihaltebedürftigen und monopolisierungswürdigen Inhalten) sehr weit und erschwert damit die Prognostizierbarkeit der Wirkung von potenziellen Ausgleichsmechanismen. Weil dem Interesse an der Informationskontrolle auf der Seite der Berechtigten durchaus ein gesteigertes Bedürfnis nach Informationsteilnahme auf der Seite der Allgemeinheit oder bei Privatpersonen gegenübersteht (dazu Urteil des EGMR, 9. Juni 1998, *McGinley and Egan v. United Kingdom*, No. 98), erscheint es indessen nicht als wünschenswert, wenn das Ziel des sachgerechten Interessenausgleichs nur mit dem Nachteil eines diskretionären Abrakadabra bei der Interessenbewertung «erkauft» werden könnte.

Das schweizerische Bundesgericht hatte kürzlich die Frage zu entscheiden, ob einem adoptierten Kind ein Recht zusteht, seine leiblichen Eltern zu kennen (BGE 128 I 63 ff.). Konkret ging es darum, das Interesse der Mutter an der Geheimhaltung ihrer Identität gegenüber dem Interesse des Kindes, seine Abstammung zu kennen, abzuwägen. Soweit Gesetz und Verfassung keine Rangfolge zwischen den Interessen festlegen, ergibt sich der Massstab gemäss Bundesgericht «aus den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Garantien insgesamt» (BGE 128 I 78). Gestützt auf seine solche Interessenabwägung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das volljährige Adoptivkind einen unbeschränkten Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung und damit auf Zugang zu den entsprechenden Informationen hat. Die persönliche Freiheit der Mutter als «Geheimnisherrin» hat hinter diesem Informationsanspruch zurückzutreten, eine Erkenntnis, die sich auch auf das Urheberrecht übertragen lässt.

Die Einzelheiten einer auf private Rechtsverhältnisse anwendbaren Informationsfreiheit müssten somit noch besser ausgelotet werden; bezeichnend ist denn auch, dass im Zusammenhang mit der mittelbaren Drittwirkung regelmässig nur die Medienfreiheit (so etwa H. Burkert in: *Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender*, BV 17 N 28 f.) erwähnt wird, nicht aber die Informationsfreiheit. Traditionell besteht nur soweit ein Anspruch auf aktive Beschaffung von Informationen, als es sich um öffentlich zugängliche Quellen handelt; mit dem neuen Öffentlichkeitsgesetzes des Bundes vom 17. Dezember 2004 (BBI 2004, 7269 ff.) ist zwar ein gewisser Paradigmenwechsel eingetreten, indem vom Prinzip des Geheimhaltungsschutzes mit Öffentlichkeitsvorbehalt übergegangen worden ist zum Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimnisschutzvorbehalt. Wie weit sich dieser (beschränkte) Paradigmenwechsel in der Praxis indessen auswirken wird, ist aber derzeit noch ungewiss (zur bisherigen Rechtsprechung Burkert, BV 16 N 31 f.). Entscheidender ist vielmehr die Tatsache, dass sich das Konzept der allgemein zugänglichen Quellen nicht ohne weiteres auf die privaten Rechtsbeziehungen übertragen lässt.

(4) Im Vordergrund stehen müsste künftig die Frage, in welchen Konstellationen der Inhaber von Informationen nicht in der Lage sein soll, den Zugang zu diesen Informationen den nachfragenden Drittpersonen zu verweigern. Informationen sind nicht selten auch eine Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte (z.B. das Recht, die eigene Abstammung zu kennen). Eine solche Beurteilungsweise sollte nicht allein wettbewerbsrechtlich sein, denn wenn nur mit dem Konzept der «Essential Facility» argumentiert würde, wäre die Heranziehung der Grundrechte nicht mit einem «Mehrwert» verbunden.

Die Schwierigkeiten der Fruktifizierung der Grundrechte zeigt sich denn auch in den Ausführungen von Geiger: Gerade die Erläuterungen zu *Fabris/France 2* (S. 391 ff.) machen deutlich, dass selbst ein Befürworter der grundrechtlichen Ausrichtung des Urheberrechts nicht ohne weiteres dazu kommt, den Schutz des Urhebers z.B. durch die Informationsfreiheit des Informationsnachfragers zu durch-

brechen. Der Hinweis auf die «mission pacificatrice» der Grundrechte gibt keine klaren Hinweise auf deren konkrete Anwendung im Einzelfall.

Dass z.B. der Zugang zu Bibliotheken offen sein muss (jedenfalls im Grundsatz, denn schon heute hat nicht jedermann den freien Zugang zu jeder Bibliothek), ist eine jahrhundertealte Tradition. Ob die «cultural heritage» in privaten Verhältnissen die Rolle der öffentlich zugänglichen Quellen zu übernehmen vermag, muss indessen noch ausgelotet werden. Zudem spielen in der Informationsgesellschaft auch Investitionsschutzanliegen eine Rolle, die zwar nicht zwingend zu einem Monopolanspruch führen sollen, aber doch eine gewisse Absicherung erfahren dürfen. Aus der Informationsfreiheit ableitbare Konkretisierungen von Verfassungsprinzipien wären deshalb:

- Die Informationsfreiheit ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ein «droit qualifié» (BGE 119 Ib 28, 31). Damit trifft den Staat eine positive Handlungspflicht, zum Schutz der Informationsfreiheit unter Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit zu intervenieren. Diese Überlegungen haben den amerikanischen Supreme Court dazu veranlasst, ein Bundesgesetz, das es Bibliotheken erlaubte, Minderjährigen den Internetzugang zu pornographischen Seiten zu verbieten, als unverhältnismässig und damit verfassungswidrig zu erklären (Ashcroft v. American Civil Liberties Union (ACLU), 124 S.Ct. 2783). Ähnliche Überlegungen stellte das deutsche Bundesverfassungsgericht im Fall der Benetton Werbeplakate an (BVerfG, 11. März 2003, 1 BvR 426/02).
- Für die Interessenabwägung zwischen Urheberrechten und Informationsfreiheit kann die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den ungeschriebenen Grundrechten fruchtbar gemacht werden. Damit ein Grundrecht als ungeschrieben anerkannt wird, muss es entweder Voraussetzung für die Ausübung anderer in der Verfassung genannter Grundrechte bilden oder sonst als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen. Auf die vorliegende Fragestellung übertragen, hätte dies zur Folge, dass die Informationsfreiheit dem Urheberrecht dann vorgeht, wenn der Zugang zu Informationen für die Ausübung eines Grundrechtes unentbehrlich ist.
- Für die Einbindung Privater im Sinne einer Drittwirkung lassen sich aus den genannten, verfassungsrechtlich verankerten Prinzipien folgende Thesen ableiten: (1) Soweit den Staat wie bei der Meinungsfreiheit eine Schutzpflicht trifft, muss er auch für die Einhaltung der Informationsfreiheit durch Private sorgen bzw. dem Urheberrecht entsprechende Schranken setzen. (2) Ist die Informationsfreiheit Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte, wird sie in jedem Fall dem Urheberrecht vorgehen.

Die vorgenannten Überlegungen zeigen somit, dass sich grundrechtliche Prinzipien durchaus im Urheberrecht fruchtbar machen lassen. Notwendig ist indessen eine konkretisierende Betrachtungsweise, die über die allgemeinen Ausführungen von Geiger hinausgeht. Ansatzpunkt muss dabei sein, dass der Staat den Privaten nicht beliebige, urheberrechtlich abgestützte Monopolansprüche einräumen darf, sondern zentrale Informationszugangsrechte zu gewährleisten hat. Individualansprüche gestützt auf die Informationsfreiheit sind demgemäss insbesondere gerechtfertigt, wenn die Ausübung anderer, für die rechtsstaatliche und demokratische Ordnung unentbehrlicher Grundrechte in Frage steht; die Bundesgerichtspraxis der letzten Jahre enthält insoweit verschiedene Anknüpfungsmerkmale, die aber im Hinblick auf eine kohärente Systematik noch weiterentwickelt werden müssen. Dass die Diskussion um die Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht erst in den Kinderschuhen steckt, ist nicht als «Entmutigung», sondern vielmehr als «Auftrag» zu verstehen.

Zusammenfassung

Christophe Geiger hat in seiner kürzlich erschienenen Dissertation «Droit d'auteur et droit du publique à l'information» (Paris 2004) den verdienstvollen Versuch unternommen, das Spannungsfeld von Urheberinteressen und Informationszugangsrechten auf einer breiten rechtsphilosophischen und rechtsvergleichend dogmatischen Basis zu untersuchen. Die Transponierung der Konflikts- bzw. Ausgleichsfaktoren zwischen der freien Grundrechtsausübung (z.B. persönliche Freiheit, Meinungsäusserungsfreiheit) und dem Monopolanspruch des Urhebers zwingt zu einem Interessenabwägungsprozess, dessen Rahmenbedingungen aber nicht immer klar sind und auch bei Geiger zum Teil vage bleiben. Eine Konkretisierung erscheint aber durchaus als möglich, denn das neuere konstitutionell-institutionelle Verständnis der Grundrechte verpflichtet den Staat, auch Massnahmen zum Schutz vor Machtmissbrauch durch Private zu treffen (sog. Horizontalwirkung); zudem können Private direkt an

die Grundrechte gebunden werden (sog. Drittwirkung). Soweit sich nämlich Grundrechte dazu eignen, sind sie auch unter Privaten wirksam (Art. 35 Abs. 3 BV); im Rahmen der EMRK und der UNO-Menschenrechtspakte gilt ebenfalls das Prinzip, dass der Staat Grundrechtsverletzungen unter den Privaten zu verhindern hat.

Die Einzelheiten einer auf private Rechtsverhältnisse anwendbaren Informationsfreiheit sind noch besser auszuloten; dabei muss künftig die Frage im Vordergrund stehen, in welchen Konstellationen der Inhaber von Informationen nicht in der Lage sein soll, den Zugang zu diesen Informationen den nachfragenden Drittpersonen zu verweigern. Eine aus Verfassungsprinzipien ableitbare Konkretisierung ist z.B. die positive Handlungspflicht des Staates, zum Schutz der Informationsfreiheit unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu intervenieren und der Informationsfreiheit dann Vorrang einzuräumen, wenn sie eine Voraussetzung zur Ausübung anderer Grundrechte darstellt.

Résumé

Dans sa thèse récemment publiée, intitulée «Droit d'auteur et droit du public à l'information (Paris 2004), Christophe Geiger a remarquablement examiné les tensions entre les intérêts des auteurs et le droit d'accès à l'information tant à la lumière de la philosophie du droit qu'à l'aune du droit comparé. La transposition des facteurs de conflit et d'équilibre entre le libre exercice des droits fondamentaux (par exemple: la liberté personnelle, la liberté d'expression) et le droit exclusif de l'auteur entraîne obligatoirement une pesée des intérêts en présence dont le cadre n'est pas toujours clairement défini et qui demeure vague en partie du moins chez Geiger. Une concrétisation semble toutefois possible, car la nouvelle approche constitutionnelle et institutionnelle des droits fondamentaux oblige l'Etat à prendre également des mesures de protection contre l'abus de pouvoir par des personnes privées (effet horizontal); de plus, les personnes privées peuvent être directement assujetties aux droits fondamentaux (effets sur les rapports entre personnes privées). En effet, dans la mesure où ils s'y prêtent, les droits fondamentaux sont également applicables dans les relations qui lient les personnes privées entre elles (art. 35 al. 3 Cst); le principe selon lequel l'Etat doit empêcher les atteintes aux droits fondamentaux entre personnes privées prévaut également dans la CEDH et les Pactes internationaux de l'ONU relatifs aux droits de l'homme.

Les particularités de l'application de la liberté de l'information aux relations entre personnes privées doivent être mieux définies; à cet égard, il faudra se demander à quelles conditions le détenteur d'informations n'est pas en droit de refuser aux tiers l'accès aux informations requises. Une concrétisation des principes constitutionnels pourrait par exemple se manifester dans le devoir positif de l'Etat d'agir pour protéger la liberté de l'information en respectant le principe de la proportionnalité et en donnant la priorité à la liberté de l'information lorsqu'elle constitue une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux.

* Prof. Dr. iur., RA, Universität Zürich.

**Prof. Dr. iur., Universität Zürich.