

SF•FS / simsa / ZIK**ICT Landsgemeinde****FREDI FRÜH***

- I. **Das Recht der ICT Infrastruktur**
- II. **Das Recht der ICT Inhalte**
- III. **Das Recht der ICT Verträge**

Landsgemeinden werden dieser Tage zunehmend seltener. Schnell stellte sich aber heraus, dass es – trotz Ankündigung eines Apéros auf der Terrasse der ETH Zürich – bei diesem Anlass nicht um eine nostalgische Wiederbelebung der demokratischen Beschlussfassung unter freiem Himmel ging. Vielmehr beschreibe der Begriff der Landsgemeinde die Struktur, die diesem Anlass zukommen solle, erklärte Tagungsleiter Prof. Dr. Rolf H. Weber in seinen einleitenden Worten. Einmal im Jahr solle sich die Möglichkeit bieten, in diesem Rahmen die Höhepunkte des Informations- und Kommunikationstechnologierechts in einer Gesamtschau zu verarbeiten, was indes weitere Veranstaltungen zu spezifischeren Themenbereichen selbstredend nicht ausschliesse.

I. Das Recht der ICT Infrastruktur

Den ersten Teil der Veranstaltung eröffnete Dr. Martin Dumermuth, Direktor des Bundesamtes für Kommunikation (Bakom). Im Bereich der Infrastruktur sei in der jüngeren Vergangenheit besonders viel passiert: Am 24. März 2006 wurden die Revisionsprozesse des Fernmeldegesetzes (FMG) und des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG), welche beide zum Teil heftig umstritten waren, erfolgreich zu Ende geführt. Den Schwerpunkt wollte der Referent aber nicht auf die strittigen Punkte, sondern vielmehr auf technische Aspekte legen.

Dumermuth stellte seinen Ausführungen den Begriff der Technologieneutralität voran. Die Digitalisierung führe dazu, dass sich Inhalte von inhaltspezifischen, meist historisch gewachsenen Übermittlungsformen lösen würden und auf unterschiedlichen Wegen verbreitet werden können. Diese so genannte Konvergenz verlange nach einer technologieneutralen Gesetzgebung, um einerseits innovationshemmende Wirkungen, andererseits aber auch zu weite Begriffsprägungen auszuschliessen. Die Konvergenz wirke sich auch auf die Umschreibung der Geltungsbereiche der Gesetze aus. Das RTVG umfasse nur programmartig zusammengestellte Inhalte und werde gegen unten dadurch begrenzt, dass Inhalte von geringer publizistischer Tragweite nicht mehr erfasst würden und allenfalls in den Geltungsbereich des FMG fielen. Die geplante EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹ sehe eine ähnliche, wenn auch nicht ganz gleiche Regelung vor, indem in einem einzigen Erlass die ganze Breite der Kommunikation (von Massenkommunikation bis zur Individualkommunikation) geregelt, aber bloss im Bereich der Programme² die Regelungsdichte erhöht werde.

Vertiefende Ausführungen zum RTVG begann Dumermuth mit einem Hinweis auf die Besonderheiten des Schweizer Rundfunkmarktes. In der ohnehin kleinen Schweiz bestünden zudem sprachregionale Märkte. Diese seien im Vergleich zum Ausland umso kleiner, insbesondere beim Fernsehen, welches grosse Fixkosten für die Produktion mit sich bringe. Im jeweiligen Sprachgebiet bestünde eine grosse Konkurrenz durch ausländische Programme, welche – auch aufgrund der starken Auslandsorientierung des Publikums – rund 60% der Marktanteile unter sich ausmachen. Mit der Sicherstellung des service public und der gleichzeitigen Schaffung besserer Bedingungen für private Veranstalter gehe auch eine politische Ausbalancierung des Systems einher: Wettbewerbsverzerrungen könnten so in Zukunft

¹ Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, vom 13. Dezember 2005, KOM/2005/646 endg.

² Die EU-RL verwendet den Begriff des «linearen audiovisuellen Mediendienstes». Dieser entspreche aber, so Dumermuth, in etwa jenem des «Programmes», wie er in Art. 2 Abs. 1 lit. a RTVG definiert werde.

verhindert werden. Neben diesen ordnungspolitischen Überlegungen käme auch der Sicherung der Infrastruktur, namentlich der Verbreitungskapazitäten für Radio und TV, zentrale Bedeutung zu.

In der Folge illustrierte Dumermuth den eingangs erwähnten Wandel von der analogen zur digitalen Verbreitung etwas eingehender. Insbesondere stelle sich die Frage, wie die (dem RTVG unterstellten) Programme zur Verbreitungsinfrastruktur kämen (welche ihrerseits dem FMG unterworfen sei). Dabei ergäben sich, aufgrund der Konvergenz zwischen Rundfunk und Telekommunikationsanbietern Konkurrenzsituationen. Im Vergleich mit mächtigen internationalen Telekom-Anbietern seien aber möglicherweise lokale Rundfunkveranstalter nicht konkurrenzfähig. Deshalb sei ein gewisser Bereich der Frequenzplattform für Rundfunk zu reservieren. Die Einschränkung der Nutzungsart senke den Wert eines solchen «Slot». Daneben könnten aber auch einige vom Netzbetreiber in beliebiger Art verwendbare «Slots» ausgeschrieben werden, die höhere Preise erzielen würden. Bundesrat und UVEK seien zuständig für die Konzessionierung der Programme, wobei lediglich jene der Konzessionspflicht unterständen, die über einen Leistungsauftrag verfügen oder gebührenfinanziert seien. Die Funkkonzessionen werden von der ComCom vergeben. Diese hat die Möglichkeit, die Ausschreibung (wie oben bereits erwähnt) nur an Rundfunkveranstalter zu richten oder kann sie unter Umständen auch vergeben, ohne auszuschreiben.

Als Hauptpunkt des revidierten Fernmeldegesetzes stellte Dumermuth den neuen Art. 11 FMG in den Mittelpunkt. Er besagt, dass ein marktbeherrschender Fernmeldediensteanbieter einem anderen auf bestimmte Weise den Zugang zu dessen Dienstleistungen und Einrichtungen zur Verfügung stellen muss. Diese Norm setzt ein gewisses technisches Verständnis über die Struktur von Telefon- und Breitbandnetz voraus. Hier konnte der Referent bestehende Wissenslücken schliessen und illustrierte die verschiedenen, in Art. 11 FMG vorgesehenen Ansätze, um Drittanbietern den Zugang zum Kunden zu ermöglichen. Besonders der Bitstream Access war in der Beratung bis zum Schluss heftig umstritten, weil er dem Drittanbieter ermögliche, sich bereits auf regionaler Ebene an das Netz der Swisscom anzuschliessen³ und weil er dadurch geringere Investitionskosten trage, als wenn er seine Daten ins feinmaschigere Anschlussnetz⁴ einspeisen müsse. Die Regelung ist auf vier Jahre beschränkt. Bis dann müsse der Drittanbieter in den Anschlusszentralen eine eigene Infrastruktur aufbauen, damit er vom Bitstrom-Zugang zum vollständig entbündelten Anschluss übergehen könne. Bei jenem werde in den Anschlusszentralen der Kupferdraht des Endkunden direkt an die (bis dahin zu erstellende) Infrastruktur des Drittanbieters angehängt, der sodann die Dienste für den Endkunden exklusiv erbringe. Zu warten bleibe nun auf die Vollzugsverordnungen der beiden Gesetze. Deren Anhörungsverfahren endeten Mitte August (RTVG) und Mitte September (FMG).

Diskussion der Praktiker

Dr. Philip Kübler, Swisscom, fand lobende Worte für den Vortrag. Selbstverständlich gäbe es im historisch gewachsenen Monopol Missstände, die beseitigt werden müssten. Auch die Tatsache, dass man bei der Wahl eines Drittanbieters bereits für den Summton den symbolischen Betrag von CHF 25.25 bezahlen müsse, zählte er zu diesen Missständen. Allerdings dürfe es nicht soweit kommen, dass sich Investitionen für die Swisscom nicht mehr lohnen. In Australien etwa weigere sich der frühere Monopolanbieter genau aus diesem Grund, in die Infrastruktur zu investieren. Deshalb sei eine möglichst grosse Klarheit in der Verordnung wünschbar.

An Dumermuth stellte Kübler die Frage, ob der Infrastrukturwettbewerb denn nicht auch im Bereich des RTVG zur Liberalisierung führen könne oder sollte. Dieser verwies auf die spezielle Marktlage mit der bereits erwähnten starken Präsenz ausländischer Programme und folgerte daraus, dass bei der bestehenden Auslandkonkurrenz eine Schwächung der SRG in der Schweiz nicht automatisch den Wettbewerb fördere.

PD Dr. Hans Rudolf Trüeb nahm eine Bemerkung Küblers, in welcher er implizite die marktbeherrschende Stellung der Swisscom im Breitbandbereich infrage stellte, zum Anlass, – unter Bezugnahme auf einen anderen Fall – der Swisscom widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen. Der daraus fol-

³ Dies geschieht, indem sich Drittanbieter auf regionaler Ebene (d.h. an ca. 59 Anschlüssen schweizweit) mit dem DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplex) der Swisscom verbinden. Der parallel bestehende Kupferdraht-Festnetzanschluss der Swisscom bleibt bestehen und die Swisscom erbringt weiterhin die Telefondienstleistung.

⁴ Auf der Ebene des Anschlussnetzes gibt es zurzeit 1320 DSLAM-Standorte.

gende, persönlich gefärbte Wortwechsel vermochte sich nicht vollends zu entfalten; man ging zum Kaffee über.

II. Das Recht der ICT Inhalte

Als Hauptreferent zum zweiten Teil erhielt Dr. Robert G. Briner das Wort. Seine Präsentation befasste sich mit ganz unterschiedlichen Themen und begann mit der Verbreitung widerrechtlicher Inhalte: Seit 1998 kenne die Schweiz ein Medienstrafrecht, das das Pressestrafrecht abgelöst habe. Ein Bericht der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität» aus dem Jahre 2003 habe aber bei der Strafbarkeit der Internet Provider im Zusammenhang mit der Veröffentlichung widerrechtlicher Inhalte Mängel offenbart. Der sich darauf stützende Revisionsentwurf vom 10. Dezember 2004 versuche dieses Problem anzugehen. Wie in der E-Commerce-Richtlinie der EU⁵ werde unterschieden zwischen Access-, Content-, und Hosting-Providern. Im Gegensatz zur Richtlinie sei allerdings die Stellung des reinen Traffic-Providers nicht geregelt. Bei der Strafbarkeit des Content-Providers stellen sich keine neuen Probleme. Traffic-Provider und vor allem Hosting-Provider sollen nun aber mittels echten Unterlassungsdelikten der Strafbarkeit zugeführt werden können, wenn im subjektiven Tatbestand sicheres Wissen vorliege. Der neue Art. 322^{bis} StGB sehe in Ziff. 1 Abs. 2 eine Weiterleitungspflicht an die Strafverfolgungsbehörden vor. Dieser Punkt sei im Vernehmlassungsverfahren sehr umstritten gewesen, wobei sich die Gräben zwischen Theoretikern und Praktikern geöffnet hätten⁶.

Mehr Beachtung als die strafrechtliche Verantwortlichkeit verdiene aber die Regelung der zivilrechtlichen Haftung, welche auch im Expertenbericht Netzwerkkriminalität auftauche. Dort sei ausdrücklich von der «Notwendigkeit einer Klärung durch den Gesetzgeber» die Rede. Der Bundesrat habe sich indessen in der Botschaft dahingehend geäußert, dass Art. 50 OR massgebend sei. Dabei handle es sich aber nicht um eine eigenständige Haftungsnorm. Insgesamt habe die Rechtsunsicherheit nicht wie in der EU durch die E-Commerce-RL ausgeräumt werden können. Und eine fruchtbare Diskussion über eine mögliche Garantenstellung der Internet Provider sei von der Expertenkommission durch entsprechendes Formulieren des Textes zu vermeiden versucht worden. Diesem ersten Teil seines Referates fügte Briner einen Blick auf die deutsche Rechtsprechung an: Ein Urteil des LG Hamburg gegen den bekannten Heise-Verlag, in welchem dieser aufgrund einer Garantenstellung zivilrechtlich haftbar gemacht wurde, sei inzwischen vom OLG Hamburg umgestossen worden. Es habe die E-Commerce-RL angewendet, welche die reinen Hosting-Provider von der Haftung ausnehme⁷. Die Vernehmlassungsfrist zur StGB-Revision sei im April 2005 abgelaufen. Seither sei nichts geschehen. Der Referent habe von der Verwaltung die Auskunft erhalten, das Geschäft befinde sich beim Bundesrat und werde äusserst kontrovers diskutiert.

In einem zweiten, kürzeren Teil widmete sich Briner dem Datenschutzrecht. Er zeichnete kurz die Geschichte der Revision des DSG nach, wo nun noch auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens gewartet würde, mit welchem aber erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2007 zu rechnen sei, da die Verordnung noch ausgearbeitet werde. Nebst einigen Anpassungen ans EU-Recht enthalte die Revision Verschärfungen im Bereich sensibler Daten. Als datenverarbeitender Betrieb könne man sich neuerdings auch zertifizieren lassen. Eine umstrittene Bestimmung betreffend die «Mitteilung automatisierter Entscheide» sei im Differenzbereinigungsverfahren gestrichen worden.

Hinter den dritten Themenbereich seiner Präsentation, der mit «Entwicklungen im Urheberrecht» betitelt war, wagte Briner gleich mehrere Fragezeichen zu setzen. Er erwähnte die am 6. April 2006 an zwei Veranstaltungen im Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zutage getretenen Schwierigkeiten bei der Urheberrechtsreform⁸. Etwa im Bereich des rechtlichen Schutzes technischer Massnahmen – einem Bedürfnis, das dem Konzept der digitalen Rechteverwaltung (DRM) entspringe – kollidiere der Nachvollzug der WIPO-Schutzstandards in komplizierter Weise mit dem Schrankensystem des geltenden Urheberrechts. In diesem Zusammenhang vollführe der Bundesrat einen gewaltigen rechtsdogmatischen Spagat. Weiter wies Briner auf einen neueren Entscheid des Bezirksgerichts Zürich hin, der sich mit dem Individualitäts-erfordernis fotografischer Werke befasse⁹. Die Schwierigkeiten seien

⁵ Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000, ABI Nr. L 178, 1-16.

⁶ Konkret stellt sich die Frage, ob die (v.a. personellen) Ressourcen der Behörden – etwa jene der KOBİK – angesichts schwindender Budgets ausreichen, um die Weiterleitungspflicht sinnvoll zu implementieren.

⁷ In casu ging es um die Haftung für Einträge in den Foren des Verlags, wobei die Grenzen zwischen Content- und Hosting-Provider besonders dann zu verwischen drohen, wenn es sich um ein moderiertes Forum handelt.

⁸ Nachgezeichnet in: sic! 2006, 610 ff. und 624 ff.

⁹ sic! 1/2006, 23 ff., «Grupo de Dansas».

jedenfalls nicht überwunden und Reperkussionen auf die Schutzvoraussetzungen von Computerprogrammen nicht ausgeschlossen. Weitere Fragezeichen ortete der Referent schliesslich bei der Anwendung der Schranke des Zitatrechts¹⁰ und der Diskussion um die Legalität von peer-to-peer-Downloads zu privaten Zwecken.

Diskussion der Praktiker

Als Panelist dankte Dr. Adriano Viganò für die Auslegeordnung und fügte einige Gedanken zu den Entwicklungen im Urheberrecht an. Die wirtschafts- und kulturpolitisch bedeutsame Urheberrechtsreform läge nun bei der ständerätlichen Rechtskommission, die auf die Vorlage eingetreten sei. Die von Briner genannte Informationsveranstaltung am IGE vom 6. April 2006 sei bereits einen Monat nach Publikation der Botschaft anberaumt worden, was er als sicherlich zu früh und nicht unbedingt sinnvoll erachtete. Die Online-Rechtswahrnehmung sei auf DRM angewiesen und der Entwurf des Bundesrates mache jene faktisch unmöglich. Den vom IGE ins Feld geführten strafrechtlichen Schutz von Zugangssperren geschützter Werke gäbe es nicht, denn die genannten Art. 143, 150 und 150bis StGB seien nicht einschlägig und das Analogieverbot im Strafrecht einzuhalten. Es drohe die Gefahr einer Piraterieinsel Schweiz, da verschiedene peer-to-peer-Netzwerkserver in der Schweiz stünden und von hier aus betrieben würden.

Dr. Rolf auf der Maur brachte noch einen ganz anderen Punkt ein, der auch auf den ersten Veranstaltungsteil zurückverwies: Er stellte insbesondere für den Fernsehbereich eine zunehmende Tendenz der Werbung fest, sich von den ihr zugewiesenen Gefässen zu lösen und in die Inhalte zu drängen. Eine Einschränkung des so genannten «product placement» werde vom Bakom für die Ausführungsverordnung des RTVG vorgeschlagen. Hier gehe es in nächster Zeit vor allem darum, griffige Kriterien zu entwickeln.

III. Das Recht der ICT Verträge

Den abschliessenden dritten Teil eröffnete Dr. Peter K. Neuenschwander. Er präsentierte eine Liste mit «Praxis Issues», welche etwa Kauf und Wartung von Hardware, Lizenzierung, Support, Pflege oder den Escrow von Software und das Outsourcing umfasste. Beim Kauf von Hardware verweilte Neuenschwander länger, um die Anstrengungen des Gesetzgebers zu illustrieren, für low-end-Produkte neue Regelungen einzuführen. Zunächst habe man mittels des Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr versucht, den Konsumentenschutz zu verstärken, dann sei vom EJPD eine Revision des Haustürgeschäfts vorgeschlagen worden. Und schliesslich sei mit dem Vorschlag eines Konsumenteninformationsrechts der Bogen derart überspannt worden, dass der Bundesrat im Sinne der Vertragsfreiheit und der Mündigkeit des Einzelnen die Schaffung zusätzlicher Widerrufsrechte und Gewährleistungspflichten bis auf weiteres unterbunden habe.

Anhand eines Beispiels zeigte Neuenschwander, dass beim Kauf von Systemen Hardwarekaufverträge häufig auch die Begleitsoftware mit umfassen; zum Teil mit hohen Anforderungen an den Verkäufer, da auf Seiten der Käufer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen bestehen. Als Vorlage dienten nicht selten die AGB des Bundes. Bei öffentlichen Ausschreibungen sei sogar bisweilen die uneingeschränkte Akzeptanz der AGB des Bundes das Eignungskriterium Nummer eins. Bei einer Vergabe müsse aber einzig die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Bewerber beurteilt werden. Alle anderen Kriterien seien vergabefremd. Insofern müsse man von einer rechtswidrigen Vergabepaxis sprechen, wie dies im Übrigen auch die Weko tue. Neuenschwander erklärte weiter, wie auch beim Hardwarekauf Datenschutz und Datensicherheit zu zentralen Fragen werden können: Bei der vertraglichen Regelung des «Disk Disposal» behalte sich der Anbieter in AGBs häufig vor, dass ausgewechselte Teile wieder in sein Eigentum übergingen. Gerade bei einem Crash sind die Daten dann – obwohl temporär nicht lesbar – noch vorhanden und stellen im Eigentum des Anbieters ein Sicherheitsrisiko dar. Besonders hervorgehoben wurde vom Referenten auch die Wichtigkeit des «Release Management» bei Support und Pflege von Software. Es bestehe ein grundsätzlicher Interessengegensatz zwischen dem User, der solange als möglich auf dem alten Release arbeiten möchte und dem Hersteller, der möglichst wenige Releases warten wolle. Ein Dauerbrenner bleibe weiterhin die Behandlung von geistigem Eigentum. Hier wurde darauf hingewiesen, dass unter Umständen auch der Kunde ein Interesse daran hat, dass Rechte an immateriellen Gütern auf den Her-

¹⁰ Vgl. dazu BGE 131 III 480, «Schweizerzeit».

steller übertragen werden; etwa dann, wenn sie Teil des nächsten Standardrelease werden. Nach dieser «tour d'horizon» kam Neuenschwander noch vertieft auf die Problematik der Auflösung von Outsourcingverträgen zu sprechen. Neben der ausserordentlichen Vertragsauflösung werde die ordentliche Auflösung durch Auslaufen des Vertrages oft vernachlässigt. Gerade dort brauche es ein «Transition Management». Ein böses Erwachen könne durch Verlängerungsoptionen, genaue Regelung des Schicksals von Assets, Personal, Unterlagen und Know-How und die Einhaltung bestimmter Rahmenbedingungen (im weiteren Sinn als sog. «Transition Support» verstanden) verhindert werden.

Diskussion der Praktiker

Wertvolle ergänzende Bemerkungen und Ausführungen machte Dr. Didier Sangiorgio, der die Interessenlage bei der Einspielung von neuen Releases noch einmal verdeutlichte und aufzeigte, dass es für das wirtschaftliche Überleben des Herstellers entscheidend sein kann, ob er eine Klausel in den Vertrag aufnimmt, die ihn von den Wartungspflichten entbindet, wenn nicht der User innert gewisser Zeit einen neuen Release duldet. Dr. Wolfgang Straub dagegen leistete einen wesentlichen Beitrag bereits schon im Voraus und verfasste eine Checkliste zur Rückführung und Übertragung von IT-Outsourcingverträgen, die allseits gelobt wurde.

* cand. iur., wiss. Hilfsassistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.