

ZIK / SF•FS / simsa

ICT Landsgemeinde: Rechtspraxis der ICT Infrastruktur, Inhalte und Verträge

Veranstaltung des Zentrums für Informations- und Kommunikationsrecht (ZIK), des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht (SF•) und von swiss interactive media and software association (simsa) vom 29. August 2007

ADRIAN M. GAUTSCHI*

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

Die ICT Landsgemeinde, heuer während einer Boom-Zeit stattfindend und mit Gastrecht an der Universität Zürich, ziehe eine «eingeschworene» Schar von etwa siebzig Spezialisten an, wie Dr. Rolf auf der Maur, Rechtsanwalt in Zürich, in der Begrüssung freudig feststellt. Neuheiten der mittlerweile traditionellen Veranstaltung seien nicht nur der diesjährige Saal, sondern auch das modifizierte Konzept mit jeweiligem Eingangsreferat und anschliessendem Panel für jeden der drei Themenbereiche (hier-nach I.–III.).

I. Recht der ICT Infrastruktur

Dr. Georg Rauber, Rechtsanwalt in Zürich, legt vorweg offen, dass er die Swisscom betreffend verschiedener Infrastrukturbelange zu seinen Mandantinnen zähle. Sein Eingangsreferat daraufhin beginnend umschreibt er einige für das Verständnis förderliche technologische Gegebenheiten: Die Technologien zur Erschliessung der Endgeräte beispielsweise würden hauptsächlich bezüglich des Übertragungsmediums differieren (verschiedene Kabeltypen, Mobilfunk).

Die Entwicklungen der Zugangsregulierung im FMG 1997 hin zu derjenigen im FMG 2006 ergäben, so Raubers Resümee, dass stets nur das marktbeherrschende Unternehmen Zugang zu gewähren habe; bezüglich der sachlichen Reichweite habe indes ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Wichtig in diesem Zusammenhang sei das Vertragsprimat – erst nach gescheiterten Verhandlungen zwischen den potenziellen Vertragsparteien komme der Regulator ins Spiel.

Vor diesem Hintergrund widmet sich Rauber drei aktuellen Punkten: Die beiden – in der Presse ausgiebig behandelten – Diskussionspunkte seien zum einen der Bereich des Bitstream Access und der Marktbeherrschung, zum anderen das Pricing für den vollständig entbündelten Hausanschluss. Beim dritten Punkt handle es sich um die sog. Sub-Loop-Entbündelung. Der regulierte Bitstream Access bestehe allein bei Vorliegen einer Marktbeherrschung und sei nach Gesetz nur im Bereich der Kupferkabel-Infrastruktur relevant; eine solche habe nur die Swisscom. Diese verneine eine Marktbeherrschung (vgl. dazu ADSL-Entscheid der Reko für Wettbewerbsfragen vom 30. Juni 2005). Nach Voraussicht des Referenten widerspreche ein dieser Auffassung der Swisscom folgendes Ergebnis der öffentlichen Erwartungshaltung in Bezug auf die Anwendung des FMG. Eine diesbezügliche Entscheidung der Comcom werde daher womöglich nicht lege artis getroffen.

Zusammenfassend liege keine «Anti-Swisscom-Regelung» vor. Der Gesetzgeber habe insgesamt vernünftig und investitionsfördernd legiferiert. Letztlich werde jeder, der z.B. schnellen Internet-Zugang gewährleisten wolle, zu investieren haben.

Nach diesen Worten eröffnet Beat Moser, Sunrise, Zürich, das Panel. Er könne faktisch Raubers Vortrag nacherzählen, freilich mit einer anderen Einfärbung. Das neue Gesetz habe denn auch Mängel: So seien für die Mitbewerber der Swisscom Investitionen in dreistelliger Millionenhöhe erforderlich, die nach dem Ende der gesetzlichen Übergangsregelung – d.h. in vier Jahren – fruchtlos würden. Der Preis der Swisscom von CHF 33 (Anm. des Autors: Rauber spricht in seinem Referat von CHF 31) für

den Full Access sei, verglichen mit durchschnittlich CHF 17 im Ausland, hoch. Dem Standpunkt, dass die genannten Investitionen notwendig seien, stimme er schliesslich zu.

Dr. Reto Jacobs, Rechtsanwalt in Zürich, wiederum habe die Swisscom als Mandantin. Unter Bezugnahme auf den ADSL-Entscheid (s. hiavor) vertritt er die Auffassung, dass, wenn auf dem Endkunden-Markt Wettbewerb herrsche, auf dem Wholesale-Markt keine marktbeherrschende Stellung vorliege. Das KG, nach welchem eine Marktbeherrschung beurteilt werde, schütze den Wettbewerb im Interesse der Endkunden. Insbesondere sei es nicht ein Unternehmensschutzrecht. Die Zugangsregulierung nach FMG sei wettbewerbsrechtlich motiviert, weshalb die etablierten wettbewerbsrechtlichen Prinzipien gälten.

II. Recht der ICT Inhalte

Dr. Mathis Berger, Rechtsanwalt in Zürich, eröffnet sein Referat mit der Anmerkung, dass die Sendeunternehmen die stillen Gewinner der URG-Revision seien. In einem ersten Punkt sodann konzentriert er sich auf die Ratifikation der WIPO-Internet-Treaties bzw. auf den Schutz von DRM-Systemen (Art. 39a, 39b [Anm. des Autors: nach der parlamentarischen Behandlung des

E-URG in der Herbstsession 2007 definitiv Art. 39c] E-URG). In einem weiteren Schritt steht die kollektive Verwertung im Mittelpunkt – mit Blick auf die noch jungen bundesgerichtlichen Entscheide «Pressespiegel» (BGer vom 26. Juni 2007 [Prozess-Nr. 4C.73/2007]) und «MP3-Player II» (BGer, sic! 2007, 722 ff.), betreffend derer Berger manche Wertungen setzt. Was die Durchleitung von Programmen anbelangt, sehe er Fragezeichen exemplarisch bei der Anwendung von Art. 22 URG auf IP TV (vgl. als Beispiel <<http://www.zattoo.ch>> [besucht am 2. Oktober 2007], wo aufgrund des Erfordernisses einer Registrierung des Konsumenten eine geschlossene Benutzergruppe vorliege) und auf das sog. «Public-Viewing».

Nachfolgend spricht Berger an, dass den Sendeunternehmen neue Rechte zukämen, wobei er neben 22a, Art. 22bis (Anm. des Autors: nach der parlamentarischen Behandlung des E-URG in der Herbstsession 2007 definitiv Art. 22c) und 24b E-URG verschiedene Regelwerke behandelt (z.B. Treaty on the Protection of Broadcasting Enterprises, betreffend dem bis Juni 2007 noch keine Einigung erzielt worden sei). Weiter zeigt er die möglichen Probleme der Providerhaftung, sowohl aus allgemeiner Warte wie aus Sicht des Urheberrechts, unter dessen Mantel sich der Referent dem Entscheid «SABAM v Scarlet (Tiscali)» widmet (Tribunal de Première Instance de Bruxelles vom 29. Juni 2007 [N° 04/8975/A]). Mit Blick auf den Zugang zu Wissen gebe es zurzeit kein WIPO-Abkommen, aber das Thema bleibe auf dem Tisch (z.B. Vorstoss «Friends of Development»).

Als letzten Punkt schliesslich hebt Berger die Verbreitung von Inhalten hervor. Als rechtliche Grundlagen sieht er mit Bezugnahme auf das Vertragsrecht das Vertrauensprinzip und die Zweckübertragungstheorie (Art. 16 Abs. 2 URG). Nicht zu kurz in seiner Präsentation kommt ausserdem die Technik der Vertragsgestaltung.

Im Panel zeigt sich Dr. Sandro Macciachini, Tamedia, Zürich, als mit dem höchstrichterlichen Entscheid «Pressespiegel» (s. hiavor) nicht einverstanden. Es gebe etwa sechs Pressespiegelunternehmen in der Schweiz. Die i.c. fraglichen Teile von Art. 19 URG seien für die Massennutzung konzipiert. Bei elektronischen externen Pressespiegeln könne von einer solchen indes nicht die Rede sein. Man sei von der Verlegerseite her durchaus zum Abschluss von Verträgen mit Pressespiegelunternehmen bereit, wie dies beispielshalber in Deutschland geschehe. Letztlich liege in einem solchen Fall ein Joint-Venture zwischen Dritten und Verlegern vor. Das BGer habe im angesprochenen Entscheid die ratio legis zwar richtig zitiert und den sog. Dreistufentest angewendet, aber falsche Schlüsse gezogen.

Im Anschluss wird das Wort Dr. Patrick Holtz, SRG SSR Idée Suisse, Bern, übergeben. Er bemerkt, dass die Sendeunternehmen nicht die Gewinner der URG-Revision seien. Eine Gewichtung findet in seinen Ausführungen der Ergänzungsvorschlag von Nationalrat Thomas Müller betreffend Art. 22bis E-UWG (Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke; Anm. des Autors: nach der parlamentarischen Behandlung des E-URG in der Herbstsession 2007 definitiv Art. 22c). Gemäss Holtz würden die Schweizer Sendeunternehmen diesen Ergänzungsvorschlag ausdrücklich unterstützen. Die Bestimmung regle im Sinne eines Kompromisses zwischen den Sendeunternehmen und den wichtigen schweizerischen kulturellen Interessengruppierungen eine für erstere zentrale und wichtige Frage. Die

Vereinbarkeit mit internationalem Recht sei gewährleistet, wie aus den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf des EJPD hervorgehe.

III. Recht der ICT Verträge

Die Themenlancierung durch das Eingangsreferat unter diesem Titel wird Dr. Corinna Klaus-Rüesch, Sun Microsystems (Schweiz) AG, Zürich, gewährt. Sie sieht fünf Trends:

Was die Globalisierung als ersten Trend betreffe, würden wohl das Englische als Vertragssprache und das Unabhängigsein der Arbeit von einem festen Standort besondere Hervorhebung verdienen. Die Kosten und vorhandenen «Skills» würden den Ort und die leistungserbringende Person bestimmen (z.B. Stundenlohn von USD 10 in Indien). Der zweite Trend sei die Standardisierung bzw. die Automatisierung. Die Gründe hierfür seien nicht nur technischer und finanzieller Natur, sondern fänden sich auch in einem einfacheren und zuverlässigeren Risikomanagement. Als dritte Stossrichtung erkennt Klaus-Rüesch die Spezialisierung und generell erhöhte Komplexität. Diese forderten beispielsweise die Auslagerung von Prozessteilen an Spezialisten oder die Arbeitsteilung innerhalb von Projekten. Als vierter Trend zeige sich das Auseinanderfallen von Erwerb und Vergütung. So sei der Erwerb von Open-Source-Software kostenlos; der Anbieter tätige die Investitionen. Man bezahle Betriebsleistungen gewissermassen erst, wenn man finde, das Produkt sei das Geld wert. Nicht mehr Out-Sourcing, sondern Smart-Sourcing sei das neue Schlagwort. Der fünfte Trend endlich sei die zunehmend werdende Eigenschaft des IT-Vertrags als «Versicherungspolice», m.a.W. eine Umwälzung von unternehmerischen Risiken auf den Anbieter.

Klaus-Rüesch kommt zur abschliessenden Frage, was dies für den Erfolg von IT-Projekten und weiter für den IT-Juristen bedeute. Die üblichen zentralen Punkte würden verstärkt wichtig. Es bedürfe einer klaren Leistungsbeschreibung, d.h. einer Regelung nicht nur der technischen Details, sondern auch einer Zuteilung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten sowie von Abnahmebestimmungen. Weiter sei ein Change Management angebracht, d.h. unter anderem eine vertragliche Regelung, wie bei geänderten Zielsetzungen der Parteien zu verfahren sei. Äusserst hilfreich sei die Kommunikation zwischen den Beteiligten, bevor ein Projekt in Schiefelage gerate. Der IT-Jurist werde vermehrt mit Nicht-Juristen (z.B. Paralegals) und Juristen aus dem billigeren Ausland zusammen zu arbeiten haben. Neben der Beherrschung der englischen Sprache werde man um eine Erweiterung der Fähigkeiten in verschiedener Hinsicht nicht umhin kommen.

Dr. Didier Sangiorgio, Rechtsanwalt in Zürich, – als erster im Panel – erklärt, dass Verträge aus dem Ausland «importiert» würden. Deren Auslegung sei allerdings nicht durchwegs eindeutig. Eine Standardisierung sei indessen völlig normal. Alle Kunden bzw. Provider würden unter das gleiche Agreement fallen; es werde dementsprechend keine Unterscheidung hinsichtlich der verschiedenen Interessen vorgenommen. Betreffend die Eigenschaft von IT-Verträgen als «Versicherungspolice» müsse er Klaus-Rüesch Recht geben – allerdings seien Provider ihrer Natur nach eben keine Versicherungen. Ein sog. Early State Letter im Bereich von IT-Verträgen, d.h. nicht ein Letter of Intent, verschaffe beiden Verhandlungsseiten eine gewisse Sicherheit.

Dr. Jlona Caduff, Rechtsanwältin in Bern, folgt den bisherigen Ausführungen. Auch sie bestätige die Analyse von Klaus-Rüesch bezüglich der Eigenschaft der IT-Verträge als «Versicherungspolice». Es seien zudem vermehrte Pattsituationen bei Vertragsverhandlungen auszumachen. Man solle versuchen, Vertragsabbrüche zu verhindern. Im Bereich der Versicherung von IT-Risiken sei der Hauptanwendungsbereich die grobe Fahrlässigkeit.

Mit dem Hinweis von Klaus-Rüesch, dass Versicherungen gewisse Risiken gar nicht versicherten und Mosers Kommentar, dass von Sunrise z.B. beim Einbau eigener Gerätschaften in fremde Einrichtungen der Abschluss einer Versicherung gefordert werde, wird die Veranstaltung geschlossen. Man gibt sich zum gemütlichen Ausklang in den Turm der Universität Zürich, wo beim Apéro riche weiter debattiert wird.

* lic. iur., Assistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.