



**Neues Medium  
- neue Fragen ans Recht -**

Bericht einer interdepartementalen Arbeitsgruppe  
zu strafrechtlichen, datenschutzrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen  
rund um Internet

Bundesamt für Justiz, Bern, Mai 1996

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>I. Zielsetzung und Anlass</b>	3
<b>II. Strafrechtliche Aspekte</b>	5
1. Relevante Deliktskategorien	5
2. Gewaltdarstellungen, Pornographie und Rassendiskriminierung	6
a) Generelle Fragen der Strafbarkeit im Internet	6
b) Zur Strafbarkeit des Providers	8
3. Exkurs: Sprengstoffdelikte; Geldwäscherei; bevorstehende Änderungen im Medienstraf- und Verfahrensrecht	11
a) Sprengstoffdelikte	11
b) Geldwäscherei	11
c) Auswirkungen der geplanten Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts	13
4. Mögliche präventive Gegenmassnahmen	14
5. Technische Hilfsmittel zur Prävention	15
6. Empfehlungen (1-6)	16
<b>III. Datenschutzrechtliche Aspekte</b>	20
(Empfehlungen 7-9)	
<b>IV. Urheberrechtliche Aspekte</b>	23
(Empfehlungen 10 und 11)	
<b>V. Die 11 Empfehlungen im Überblick</b>	28

**Anhang 1** Stellungnahme des Eidg. Datenschutzbeauftragten zu datenschutzrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Internet stellen.

**Anhang 2** Datenautobahnen aus der Sicht des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte (Eidg. Institut für Geistiges Eigentum).

## I. Zielsetzung und Anlass

**Der vorliegende Bericht vermittelt einen Ueberblick über strafrechtliche, datenschutzrechtliche und urheberrechtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem weltweiten Datennetz Internet stellen. Mit dem Ziel, zur Verhinderung rechtswidriger Missbräuche von Datennetzen beizutragen, werden Empfehlungen für die Anbieter von Internet-Zugängen (access-providers) entwickelt. Damit sollen die Bestrebungen der Branche unterstützt werden, einen Ehrenkodex für access-providers aufzustellen<sup>1</sup>.**

Mit Schreiben vom 13. Juli 1995 gelangte die Generaldirektion PTT, Departement Telecom mit dem Ersuchen an das Bundesamt für Justiz, bei der Entwicklung möglicher Empfehlungen im Hinblick auf den geplanten Markteintritt der UBN (Unisource Business Networks, eine Tochtergesellschaft der Unisource Holding an der die Telecom PTT beteiligt sind) als Internet-Provider eine koordinierende Rolle zu spielen. Gestützt auf die im sog. 156er-Urteil des Bundesgerichts (BGE 121 IV 109) gemachten Erfahrungen stand dabei für die Telecom PTT die Frage des *Strafbarkeitsrisikos als Internet-Provider* und der geeigneten Vorkehren zu dessen Ausschluss im Zentrum des Interesses.

In seiner Einfachen Anfrage vom 24. März 1995 themisierte Herr Nationalrat Bischof den *Jugendschutz in bezug auf gewalttätige Video- und Computerspiele*. Der Bundesrat führte in seiner Antwort vom 31. Mai 1995 u.a. aus, dass das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement mit den betroffenen privaten Branchenorganisationen das Gespräch aufnehmen werde, um eine noch effizientere freiwillige Selbstkontrolle zu fördern. Da solche Spiele zunehmend auch über Netzwerke vertrieben werden, lag es nahe, den internetspezifischen Aspekt der Einfachen Anfrage Bischof im Kontext mit der Anfrage der Telecom PTT zu behandeln.

Es versteht sich, dass die vorstehend aufgeworfenen Fragen lediglich einen kleinen Teilaspekt der mit der rasanten Entwicklung des Internet verbundenen Rechtsprobleme bilden. Die globale Ausdehnung dieses Mediums, seine technischen Möglichkeiten, die geschätzte Teilnehmerzahl von weltweit ca. 40 Mio. sowie das Fehlen eines verantwortlichen, individualisierbaren Betreibers bergen na-

<sup>1</sup> Unter der Leitung von EU-Net besteht eine private Arbeitsgruppe "Internet und Recht", die unter anderem das Ziel verfolgt, einen Ehrenkodex für Providers aufzustellen. In dieser Arbeitsgruppe sind u.a. auch das BAKOM und der Eidg. Datenschutzbeauftragte als Beobachter vertreten.

heliegenderweise auch erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten, die in jüngster Zeit auch in den Medien vermehrt thematisiert werden.

Unter diesen Voraussetzungen erschien es als angezeigt, die Problematik durch den Bezug weiterer interessierter Aemter breiter anzugehen. Zu diesem Zweck fand am 6. September 1995 beim Bundesamt für Justiz eine Sitzung mit Vertretern des Bundesamtes für Kommunikation, der PTT, des Bundesamtes für Informatik, des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, des Generalsekretariates EJPD (Projektorganisation BASIS), des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum sowie der Bundesanwaltschaft statt. Aus dieser Sitzung entstand eine interdepartementale Arbeitsgruppe<sup>2</sup>, die die Thematik in drei weiteren Sitzungen behandelte. Sie berücksichtigte dabei auch das zwischenzeitlich von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eingereichte Postulat "Kinderpornographie im Internet" vom 23. Januar 1996<sup>3</sup>, mit welchem ein Bericht verlangt wird, der aufzeigt wie die Verbreitung von *Kinderpornographie in internationalen Datennetzen* (Internet) verhindert werden kann.

Die mit Internet verbundenen Rechtsfragen sind ausserordentlich vielfältig und komplex. Hinzu kommt, dass dieses Medium durch eine rasante technische Entwicklung gekennzeichnet ist, deren weiteren Verlauf sich heute kaum absehen lässt. Entsprechend kann der vorliegende Bericht nicht über eine vorläufige Standortbestimmung hinausgehen; seine Empfehlungen sind als ein Versuch zu verstehen, ein provisorisches und noch unvollständiges Instrumentarium gegen den Missbrauch von Internet zu schaffen.

---

<sup>2</sup> In wechselnden Besetzungen:

*Bundesamt für Justiz*: Vizedirektor Peter Müller (Vorsitz), Chantal Favre, Ernst Gnägi

*GS EJPD (BASIS)*: Martin Keller, Bernard Werz

*Bundesamt für Polizeiwesen*: Peter Blaser

*Bundesanwaltschaft*: Roland Hauenstein

*Eidg. Institut für Geistiges Eigentum*: Andreas Stebler, Pascal Koster

*Eidg. Datenschutzbeauftragter*: Katrin Atia-Off

*Bundesamt für Kommunikation*: Ursina Wey, René Dönni

*GD PTT*: Albert Känzig, Andreas Locher, Peter Martin, Hans-Ulrich Hauser, Marie-Claire Cominoli

*Bundesamt für Informatik*: Herbert Roth, Claudio Frigerio

<sup>3</sup> Mit Beschluss vom 4. März 1996 erklärte sich der Bundesrat bereit, das Postulat entgegenzunehmen.

## II. Strafrechtliche Aspekte

### 1. Relevante Deliktskategorien

Computernetzwerke wie namentlich Internet oder Netze von grossen Online-Diensten können theoretisch auf vielfältigste Weise von Straftätern für ihre Zwecke missbraucht werden. Das weite Feld von Straftaten, bei deren Begehung Netzwerke eine Rolle spielen, lässt sich indessen i.S. einer Grobunterscheidung in zwei Kategorien aufteilen: Zum einen geht es um Delikte, die spezifisch auf das Netzwerk und die angeschlossenen Datenverarbeitungsanlagen ausgerichtet sind, zum anderen um Taten, bei welchen Netzwerke als Kommunikationskanal eine Rolle spielen.

Bei der erstgenannten Kategorie stehen die seit 1. Januar 1995 in Kraft stehenden sog. *Computerdelikte* ganz im Vordergrund. So ist es möglich, dass die unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 StGB), das unbefugte Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143bis), die Datenbeschädigung (Art. 144bis), der betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147) oder das Erschleichen einer Leistung i.S. von Artikel 150 Absatz 4 StGB auch durch die Benutzung von Internet oder eines anderen Netzwerkes begangen werden können. Weil die erwähnten Straftatbestände erst seit gut einem Jahr in Kraft stehen, fehlt es aber bislang soweit ersichtlich an praktischen internetspezifischen Fällen, die eine Evaluation der Wirksamkeit der Computerdelikte in Bezug auf Netzwerke zulassen würden. Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass derzeit jedenfalls kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf in diesem Bereich besteht.

Bei der zweitgenannten Deliktskategorie sind in erster Linie die sog. *Gedankenäusserungsdelikte* von Bedeutung. Zu erwähnen sind insbesondere die Tatbestände der *Gewaltdarstellungen* (sog. Brutalos, Art. 135 StGB), der *Pornographie* (Art. 197 StGB) sowie der *Rassendiskriminierung* (Art. 261bis StGB)<sup>4</sup>: Zum einen betreffen die im In- und Ausland festgestellten Straftaten auf Internet ganz überwiegend diese drei Tatbestände. Zum andern eignet sich das Internet als weltweites Medium mit der Möglichkeit der Uebertragung von Schrift, Bild und Ton hochgradig zur Begehung von Gedankenäusserungsdelikten. Hinzu kommt, dass bei diesen Delikten auch die Frage einer strafrechtlichen

<sup>4</sup> Beispiele weiterer Gedankenäusserungsdelikte bilden Ehrverletzungen (Art. 173 ff. StGB), Geheimnisverletzungen (bspw. Art. 320 und 321 StGB), die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB), einzelne Formen der Datenbeschädigung gemäss Art. 144bis Ziff. 2 StGB, wie etwa die Anleitung zur Herstellung von Computerviren u.a.m.

Mitverantwortlichkeit des Providers von erhöhter praktischer Bedeutung ist: Weil sich die Gedankenäusserungsdelikte in der Veröffentlichung, Bekanntgabe oder Weiterverbreitung von Informationen mit rechtswidrigem Inhalt erschöpfen, geraten auch Personen, die an diesen Tathandlungen sehenden Auges mitwirken vergleichsweise früh in die Zone des strafbarkeitsbegründenden Vorsatzes.

Es ist aus diesen Gründen angezeigt, die Frage der Strafbarkeit im Internet im allgemeinen und die Frage der Strafbarkeit des Providers im besonderen anhand der erwähnten drei Tatbestände zu prüfen (nachfolgend II. 2.). Bevor präventive Gegenmassnahmen (II. 4.) und technische Hilfsmittel zur Prävention (II. 5.) erörtert und schliesslich strafrechtsspezifische Empfehlungen für access-providers (II. 6.) entwickelt werden, ist unter II. 3. im Rahmen eines Exkurses kurz auf zwei weitere Deliktsbereiche sowie auf bevorstehende Änderungen im Bereich des Medienstraf- und Verfahrensrechts einzugehen<sup>5</sup>.

## **2. Gewaltdarstellungen, Pornographie und Rassendiskriminierung**

### **a) Generelle Fragen der Strafbarkeit im Internet**

Wie bereits erwähnt, stehen heute im Zusammenhang mit Internet und anderen on-line Diensten die Straftatbestände von Artikel 135 (Gewaltdarstellungen), 197 (Pornographie) und 261bis (Rassendiskriminierung) ganz im Vordergrund. Die Merkmale der erwähnten Tatbestände bedürfen hier keiner gesonderten Erörterung: Ob eine Darstellung im strafrechtlich relevanten Sinne gewalttätig, pornographisch oder rassistisch ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen; insoweit spielt es keine Rolle, ob sie bspw. durch Presseerzeugnis, Film oder aber durch ein Netzwerk verbreitet wird. Gleiches gilt für die Definition der sog. weichen Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 1 StGB. Auf die internetspezifischen Auswirkungen dieses Tatbestandes (Jugendschutz) wird indessen noch zurückzukommen sein.

Erfüllt eine über ein Netzwerk verbreitete und empfangene Darstellung den objektiven Tatbestand einer der erwähnten 3 Bestimmungen, so ist vorab davon auszugehen, dass sich der *Empfänger*, dessen Tätigkeit sich auf die persönliche Einsichtnahme in die Darstellung beschränkt, nach geltendem Recht nicht strafbar macht, da der blosse Besitz/Konsum von gewalttägigen, rassistischen oder pornographischen Darstellungen keine strafbare Handlung darstellt.

---

<sup>5</sup> Für die urheberrechtlichen Straftatbestände vgl. unten IV.

Bei den Tatbeständen von Artikel 135 und 197 Ziffer 3 StGB stellt sich allerdings die Frage, ob der Besitz/Konsum eines Users nicht über die Tathandlungen des Einführens und Lagerns erfasst werden könnte. So liesse sich argumentieren, dass die (dauerhafte) Speicherung von Brutalos und harter Pornographie vom Wortlaut des Lagerns erfasst sei. Entsprechend könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass dann, wenn der User einschlägige Daten aus dem Ausland auf seinen PC transferiere, die Tatvariante der Einfuhr gegeben sei. Einer derart extensiven Auslegung dürfte indessen der insoweit klare Wille des Gesetzgebers entgegenstehen, dass der blosse Besitz/Konsum von Gewaltdarstellungen und harter Pornographie de lege lata strafrechtlich nicht erfasst werden soll. Erschöpft sich mit anderen Worten das Verhalten des Users im Eigenkonsum und liegen keinerlei Anhaltspunkte für die Absicht einer Weiterverbreitung vor, so lässt sich eine strafrechtliche Erfassung dieses Verhaltens schwerlich auf geltendes Recht abstützen.

Diese Situation könnte sich allerdings bezüglich Kinderpornographie in Zukunft ändern: Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen hat am 23. Januar 1996 eine parlamentarische Initiative von Felten überwiesen, welche ein Verbot für den Besitz von Kinderpornographie verlangt. Damit eine solche Strafbestimmung auch auf Netzwerken greifen könnte, müsste aber sichergestellt sein, dass die elektronische Speicherung dem physischen Besitz gleichgestellt wäre. Sodann würde sich auch hier das Problem der Abgrenzung des Besitzes vom blosen Konsum stellen. Sollte auch letzterer - verstanden als bewusste sinnliche Wahrnehmung von inkriminierten Inhalten - pönalisiert werden, so fragt sich, ob die wirksame Durchsetzung einer solchen Strafnorm nicht derart flächendeckende Ueberwachungsmaßnahmen bedingen würde, die unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäsigkeit, des Ressourceneinsatzes und der Grundrechte problematisch wären.

Die globale Verbreitung des Internet bringt es mit sich, dass inkriminierte Darstellungen zu einem grossen Teil im Ausland ins Netz eingespielen werden. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob ein räumlicher Anknüpfungspunkt für die Geltung des schweizerischen Strafrechts besteht. Bei allen drei genannten Straftatbeständen ist umstritten, ob es sich um Erfolgs- oder aber um schlichte Tätigkeitsdelikte handelt, da jedenfalls ein Erfolg i.S. einer Kenntnisnahme zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht erforderlich ist.

Wird der Erfolg in der blossen Möglichkeit der Kenntnisnahme in der Schweiz gesehen, so lässt sich die räumliche Geltung des schweizerischen Strafrechts auf Artikel 7 StGB (sog. *Ubiquitätsprinzip*) stützen. Betrachtet man dagegen die Tatbestände als reine Tätigkeitsdelikte, muss die Tathandlung selbst mindestens teilweise in der Schweiz begangen worden sein, damit das schweizerische Strafrecht zur Anwendung kommt. Hier könnte man sich nun auf den Standpunkt stellen, dass die Eingabe von inkriminierten Inhalten sich auf den Ort beschränke, wo der Täter die Inhalte ins Netz einspeist. Befindet sich dieser Ort im Ausland, wäre somit das schweizerische Recht nicht anwendbar.

Die hier massgebenden Tathandlungen der in Frage stehenden Tatbestände bestehen indessen im *zugänglich Machen*, resp. im öffentlichen *Verbreiten*. Mit der Eingabe auf das Netzwerk wird ein Kausalverlauf in Gang gesetzt, der sich nicht auf den Ort beschränkt, wo der Täter sitzt. Begehungsorte bilden insbesondere auch all jene Einloggpunkte, wo die Daten via Provider dem Zugriff von Einzelbenutzern eröffnet werden. Damit ist zumindest ein Teil der Handlung in der Schweiz begangen und das schweizerische Recht auch gestützt auf Artikel 3 Ziffer 1 Absatz 1 StGB anwendbar.

Allerdings versteht sich, dass die Verfolgung von Tätern im Ausland sich in der Praxis als nicht einfach erweisen wird. Ein schweizerisches Verfahren kann nur über den Weg der Rechtshilfe (Auslieferungsersuchen, Ersuchen um Uebernahme der Strafverfolgung) zum Erfolg führen. Dabei besteht neben anderen Hürden insbesondere die Möglichkeit, dass das Verhalten nach dem Recht des ersuchten Staates keine strafbare Handlung darstellt. Eine solche Situation kann sich gerade bei den hier in Frage stehenden Gedankenäusserungsdelikten ergeben. Fehlt es aber an der beidseitigen Strafbarkeit, so sind die Bemühungen, den ausländischen Täter ins Recht zu fassen, zum vornherein zum Scheitern verurteilt.

### **b) Zur Strafbarkeit des Providers**

Als Beteiligte an den hier diskutierten Straftatbeständen kommen nicht nur Personen in Betracht, welche einschlägige Darstellungen ins Internet einspeisen, sondern namentlich auch solche, welche als Gehilfen i.S. von Artikel 25 StGB bei der Verbreitung oder Zugänglichmachung mitwirken. In objektiver Hinsicht erfordert die Gehilfenschaft einen irgendwie gearteten kausalen Tatbeitrag, ohne den sich die Tat nicht oder anders zugetragen hätte. In subjektiver Hinsicht setzt Gehilfenschaft voraus, dass der Täter weiß oder damit rechnet, eine bestimmt geartete

Straftat zu unterstützen, und dass er dies will oder in Kauf nimmt, wobei zum Vorsatz auch die Voraussicht des Geschehensablaufs gehört. Insoweit ist nicht erforderlich, dass der Gehilfe alle Einzelheiten der Tat kennt, es genügt, dass er ihre wesentlichen Merkmale erkennt. Demgegenüber kann ein ganz unbestimmter, allgemein gehaltener Vorsatz dahingehend, dass das eigene Verhalten einem Dritten überhaupt Hilfe zur Deliktsbegehung leiste, nicht ausreichen (vgl. BGE 117 IV 188 m.w.N.).

Das Bundesgericht hat im sog. 156er-Entscheid (BGE 121 IV 109 ff.) erkannt, dass sich der für die Einführung des sog. Telekiosks Verantwortliche der PTT der Gehilfenschaft zur Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 1 StGB schuldig macht, wenn er die für den Betrieb des Telekiosks notwendigen Einrichtungen zur Verfügung stellt, im Wissen darum, dass damit pornographische Tonaufnahmen verbreitet werden, die Personen unter 16 Jahren zugänglich sind. Von wesentlicher Bedeutung war dabei der Umstand, dass der Verantwortliche vorgängig von der Staatsanwaltschaft auf den illegalen Gebrauch des Telekiosks aufmerksam gemacht und auf das Risiko eigener Strafbarkeit im Falle der Fortführung hingewiesen worden war.

Diese Rechtsprechung kann - mutatis mutandis - auch auf die Anbieter von Internet-Zugängen (access-providers) und auf die Betreiber von anderen on-line Netzen übertragen werden<sup>6</sup>: Die Bereitstellung der Infrastruktur durch den Provider bildet in gleicher Weise wie die Einrichtung des Telekiosks durch die PTT (vgl. BGE 121 IV 120) ein aktives Tun. Der Umstand, dass der Provider im Unterschied zu den PTT beim Betrieb des Telekiosks über keine Monopolstellung verfügt, ist hinsichtlich der für die Gehilfenschaft konstitutiven Leistung eines kausalen Tatbeitrags nicht von Belang: Ein angeschuldigter Provider könnte sich nicht mit dem Einwand exkulpieren, die inkriminierte Darstellung sei auch über andere Providers zugänglich gewesen.

Entscheidend für die Strafbarkeit wegen Gehilfenschaft ist auch im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob dem Provider eine eventualvorsätzliche Unterstützung der Zugänglichmachung/öffentlichen Verbreitung von bestimmt gearteten, tatbestandsmässigen Inhalten zur Last zu legen ist. Dazu reicht indessen, wie bereits erwähnt, ein Globalvorsatz nicht aus. Für den Provider bedeutet dies kon-

---

<sup>6</sup> Wenn nachfolgend von der Strafbarkeit des Providers die Rede ist, ist stets zu berücksichtigen, dass juristische Personen als solche nicht strafbar sind. Strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb eines Unternehmens kann ausschliesslich die an den strafbaren Handlungen beteiligten natürlichen Personen treffen.

kret, dass das allgemeine Wissen, dass sich in der immensen Datenmasse des Internet auch strafrechtlich relevante Inhalte befinden, auf welche er mit seiner Dienstleistung den Zugriff miteröffnet, noch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet.

Den Provider kann auch keine Rechtspflicht treffen, den gesamten Netzinhalt systematisch auf strafrechtlich relevante Inhalte hin zu untersuchen: Soweit der persönliche Individualverkehr zwischen Usern (z.B. via E-Mail) betroffen ist, steht dem schon das Fernmeldegeheimnis entgegen. Demgegenüber ist zwar bei öffentlich zugänglichen Daten eine Inhaltskontrolle durch den Provider durchaus zulässig. Da jedoch allein der Nachrichtenverkehr in den ca. 17'000 Diskussionsgruppen des Internet zu einer täglichen Zirkulation von Texten im Umfang von ein bis zwei Gigabyte führt, was mehreren Tausend Büchern entspricht, erweist sich eine systematische Kontrolle auch hier als schlicht unmöglich.

Auf der anderen Seite können spezifische Informationen über konkrete Netzinhalt, die der Provider aufgrund eigener Erkenntnis erwirbt oder die ihm von Dritten zugetragen werden einen Wissensstand begründen, der zur Bejahung des Gehilfenvorsatzes führt. Der Provider setzt sich diesfalls der Gefahr strafrechtlicher Verantwortlichkeit aus, wenn er nicht umgehend die technisch möglichen Schritte - bspw. Sperrung der entsprechenden Newsgroups - unternimmt, um die Weiterverbreitung der fraglichen Inhalte zu seinen Kunden zu unterbinden. Anlass zu solchem Vorgehen besteht bei Informationen von dritter Seite für den Provider nicht erst dann, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt (vgl. auch BGE 121 IV 123).

Vielmehr ist - entsprechend dem 156er-Urteil des Bundesgerichts - jedenfalls auch ein klarer Hinweis einer Strafverfolgungsbehörde auf konkrete Netzinhalt geeignet, einen relevanten Vorsatz des Providers zu begründen, bzw. diesen zur Ergreifung von Gegenmassnahmen zu veranlassen. Bei Informationen von privater Seite werden primär die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend sein. Jedenfalls genügt hier nicht jede vage, allgemein gehaltene Beanstandung eines Kunden, um auf Eventualvorsatz des Providers zu schliessen. Sind indessen die Hinweise detailliert und konkret, so muss der Provider zumindest eigene Nachforschungen, gegebenenfalls unter Bezug der Strafverfolgungsbehörde oder von fachlich qualifizierten Dritten, treffen, wenn er ein Strafbarkeitsrisiko ausschliessen will.

### **3. Exkurs: Sprengstoffdelikte; Geldwäscherei; bevorstehende Änderungen im Medienstraf- und Verfahrensrecht**

#### **a) Sprengstoffdelikte**

Es wurde verschiedentlich festgestellt, dass bestimmte Newsgroups auf Internet detaillierte Anleitungen zur Herstellung von Sprengstoffen bzw. Bomben für Amateure enthalten. Hier stellt sich die Frage, ob die Verbreitung derartiger "Rezepte" strafrechtlich relevant ist.

Im Vordergrund steht dabei Artikel 226 Absatz 3 des Strafgesetzbuches, wonach sich strafbar macht, wer jemandem, der, wie er weiss oder annehmen muss, einen verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen (oder giftigen Gasen) plant, entsprechende Anleitung gibt. Wird eine solche Anleitung auf einer Newsgroup des Internet bereitgestellt, die unbestimmt vielen Benutzern offensteht, so kann daraus allerdings nicht ohne weiteres auf den erforderlichen (Eventual-)Vorsatz geschlossen werden. Anders verhält es sich selbstverständlich dann, wenn die Anleitung gezielt an Adressaten gerichtet wird, die Sprengstoffdelikte (oder Giftgasdelikte) planen.

Wer die Anleitung mit einem zusätzlichen Appell verbreitet, der auf die Hervorruftung eines konkreten Tatentschlusses gerichtet ist oder allgemein zu Verbrechen oder gewalttätigen Vergehen aufruft, macht sich wegen (versuchter) Anstiftung zu einem (Sprengstoff-)Delikt bzw. wegen öffentlicher Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB) strafbar.

#### **b) Geldwäscherei**

Mit der rasanten Entwicklung des Internet verbindet sich auch die Frage, ob die Geldwäschereitbestände in diesem Bereich greifen. Finanztransaktionen sind nicht nur in geschlossenen Netzen möglich, sondern auch im Internet. Allerdings haben sie bislang auf offenen Netzen noch nicht eine sehr grosse quantitative Bedeutung erlangt, weil hier noch keine ausreichend sicheren Systeme bestehen, um bspw. Kreditkartennummern vor unbefugtem Zugriff hinreichend zu schützen. Diese Situation könnte sich indessen in naher Zukunft ändern.

Die durch Artikel 305bis StGB (*Geldwäscherei*) inkriminierten Verschleierungs-handlungen könnten auch via Internet begangen werden; die Verschiebung von kontaminierten Vermögenswerten von einem Konto bei der Bank X zu einem Konto auf der Bank Y bildet hier nur ein Beispiel. Die Anwendbarkeit von Artikel 305bis StGB auch auf via Internet getätigte Transaktionen steht nicht in Frage. Allerdings eröffnen gerade universelle Netzwerke die Möglichkeit von raschen, zahlreichen und weltumspannenden Transaktionen, deren Rekonstruktion die Strafverfolgungsbehörden vor erhebliche Probleme stellen dürfte.

Bei dieser Sachlage kommt der in Artikel 305ter Absatz 1 StGB verankerten Pflicht des berufsmässigen Finanzsektors zur sorgfältigen *Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten* zentrale Bedeutung zu. Bereits heute gibt es auf Internet Finanzintermediäre, die bspw. die Eröffnung von Konten anbieten. Es versteht sich, dass ein Artikel 305ter Absatz 1 unterstehender Financier auch dann der Identifikationspflicht unterliegt, wenn er Vermögenswerte über ein Netzwerk annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft. Bei der Identifikation hat er gemäss dieser Strafnorm die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden. In Anbetracht der Tatsache, dass bereits eine sichere Ueberprüfung der Identität des Gegenübers im Internetverkehr nicht gewährleistet ist, würde ein Financier seine Sorgfaltspflicht verletzen, wenn er die durch Artikel 305ter Absatz 1 StGB vorgeschriebene Identifikation ausschliesslich auf dem Internet-Korrespondenzweg vornehmen würde. Er ist vielmehr gehalten, die Identität des Vertragspartners und des wirtschaftlich Berechtigten durch geeignete Vorkehren ausserhalb des Netzes zu verifizieren. Als Richtlinie kann hier die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 92) herangezogen werden, so insbesondere Ziffer 9 f. und 19 für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen auf dem Korrespondenzweg.

Eine wesentliche Verschärfung der Geldwäschereiproblematik könnte dann eintreten, wenn sich in Zukunft die Entwicklung neuer Zahlungstechnologien (sog. *cyberpayments*) auf breiter Front durchsetzen würde. Das international führende Gremium zur Geldwäschereibekämpfung, die Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), hat sich kürzlich dieser Fragen verstärkt angenommen. Obwohl bislang auch auf internationaler Ebene noch keine Geldwäschereiaffären auf Internet bekanntgeworden sind, wird das Gefahrenpotential von der FATF ganz überwiegend als sehr hoch eingeschätzt.

Bei den diskutierten neuen Zahlungstechnologien geht es zum einen um sog. smart cards, d.h. mit einem Chip versehene, wiederaufladbare Kreditkarten; zum anderen um die Abwicklung von Zahlungen auf Netzwerken, indem gleichsam Bargeld in elektronischer Form gespeichert und verschoben werden könnte. Zwar ist die Anwendung von cyberpayments derzeit noch bescheiden. Die bspw. in England gebräuchlichen smart cards sind in ihrem Anwendungsbereich eingeschränkt und mit einer Limite von 500 Pfund versehen. Bei virtuellem Bargeld auf Netzwerken stellt sich vorderhand in erster Linie noch das Problem der Entwicklung eines knacksicheren Systems. Es wird indessen für möglich gehalten, dass sich künftig ein neuer elektronischer Zahlungsverkehr unter Privaten entwickeln könnte, der bei zunehmender Verbreitung die Inanspruchnahme von herkömmlichen Finanzintermediären massiv zurückdrängen könnte. Dadurch würden die Kernelemente jedes Geldwäscher-Abwehrdispositivs (z.B. Identifikations-, Dokumentations- und Meldepflichten) möglicherweise weitgehend unterlaufen. Allerdings bestehen selbst in Ländern wie den USA heute noch keine konkreten Vorstellungen, mit welchen Gegenmassnahmen einer derartigen Entwicklung begegnet werden könnte.

### **c) Auswirkungen der geplanten Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts**

Bereits das geltende Recht kennt in Artikel 27 StGB haftungsbeschränkende Vorschriften bei Gedankenäusserungsdelikten, die durch das Mittel der Presse begangen werden. So sieht die genannte Bestimmung namentlich vor, dass bei Pressedelikten primär der Verfasser allein haftet. Die presserechtlichen Sondervorschriften finden jedoch auf elektronische Textübertragungen keine Anwendung und sind daher im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang.

Diese Situation könnte sich jedoch mit der geplanten Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes zum Medienstraf- und Verfahrensrecht ändern: Geplant ist unter anderem, Artikel 27 StGB auf alle Medien auszudehnen, wozu auch öffentlich zugängliche Inhalte des Internet zu zählen sind. Auch nach neuem Recht würde der Grundsatz der ausschliesslichen Haftbarkeit des Autors gelten. Dies hätte zur Folge, dass die Strafbarkeit aller weiterer Personen, die notwendigerweise bei der Veröffentlichung mitwirken, wie bspw. auch Anbieter von Internet-Zugängen, ausgeschlossen wäre. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Veröffentlichung mit Wissen und Willen des Autors erfolgte und dieser ermittelt und in der Schweiz vor Gericht ge-

stellt werden kann. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (II.2a) a. E.), dürfte es bei ausländischen Internet-Autoren häufig an der letztgenannten Voraussetzung fehlen<sup>7</sup>.

Subsidiär strafbar innerhalb eines Medienunternehmens wäre der verantwortliche Redaktor oder wenn ein solcher fehlt - was gerade bei Internet-Inhalten häufig der Fall sein dürfte - die Person, in deren Verantwortlichkeitsbereich die Veröffentlichung fällt. Diese Personen würden aber nur haften, wenn sie die Veröffentlichung vorsätzlich oder fahrlässig nicht verhindert haben. Zur Anwendung käme diesfalls ein eigenständiger Uebertretungstatbestand (Artikel 322<sup>bis</sup> StGB-E).

Auch ein blosster Verbreiter von Informationen (z.B. ein Internet-Provider) könnte bei Fehlen anderer Verantwortungsträger grundsätzlich als verantwortlich im Sinne von Artikel 27 StGB-E angesehen werden. Da aber an seine Sorgfaltspflichten angesichts seiner Distanz zum Urheber der Information und besonders der riesigen Fülle zu verbreitender Informationen keine hohen Anforderungen gestellt werden können, dürfte er nur ganz ausnahmsweise unter die Strafnorm von Artikel 322<sup>bis</sup> StGB-E fallen.

#### **4. Mögliche präventive Gegenmassnahmen**

Wie vorstehend dargelegt wurde, ergeben sich infolge des weltumspannenden Charakters des Internet für die Strafjustiz eines einzelnen Staates erhebliche Schwierigkeiten, die Urheber von strafbaren Handlungen zu verfolgen und zu bestrafen. Zwar besteht - namentlich bei den praktisch bedeutsamen Gedankenäusserungsdelikten - die Möglichkeit, den Provider auch dann als Gehilfe ins Recht zu fassen, wenn sich der Haupttäter im Ausland befindet. Dies darf indessen nicht dazu führen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Providers zu überdehnen. Vielmehr muss sich die strafrechtliche Zurechnung auch hier an den allgemein gültigen Massstäben orientieren.

Bei dieser Sachlage kommt der Prävention entscheidende Bedeutung zu. Der Grundsatz, wonach globale Probleme nach globalen Lösungen verlangen, legt zwar ein international konzertiertes Vorgehen zur Eindämmung von strafbaren Handlungen auf weltweiten Netzwerken nahe. Es muss indessen davon ausgegangen werden, dass eine wirksame globale Lösung, bspw. durch bindende inter-

<sup>7</sup> Zudem ist bereits im geltenden Recht umstritten, ob Artikel 27 StGB überhaupt auf ausländische Presseerzeugnisse Anwendung findet.

nationale Instrumente, noch in weiter Ferne liegt. Bei dieser Situation sind vorab Lösungen auf innerstaatlicher Ebene zu suchen, wobei sich versteht, dass als Adressaten die inländischen Zugangsanbieter zu Netzwerken im Zentrum stehen. Dabei kommen grundsätzlich zwei Lösungsansätze in Betracht: Ein *staatliches Aufsichts- und Kontroldispositiv* sowie ein *Selbstregulierungssystem der Branche*. Im erstgenannten Fall wäre an ein System zu denken, welches die Anbieter von Netzzugängen einer Bewilligungspflicht unterstellt und mit aufsichtsrechtlichen Kontroll-, Sorgfalts- und Meldepflichten gegen Missbräuche angeht. Es würde mit anderen Worten ein vergleichbares staatliches Regime zur Kriminalitätsbekämpfung auf Netzwerken etabliert, wie es bereits heute für die Finanzinstitute zum Zwecke der Geldwäscherei existiert<sup>8</sup>.

Die Arbeitsgruppe ist jedoch der Auffassung, dass ein staatliches Aufsichtsdispositiv erst dann am Platze ist, wenn feststeht, dass die Gefahr von massiven strafrechtlichen Missbräuchen besteht, der angemessen zu begegnen die private Branche nicht willens oder in der Lage ist. Diese Voraussetzung ist derzeit nicht gegeben. Insbesondere ist die sich noch stark im Aufbau befindliche Branche bemüht, durch die Schaffung eines Ehrenkodex ihren Beitrag zur Verhinderung von Straftaten auf Netzwerken zu leisten. Diese Bemühungen können wesentlich rascher zum Ziel führen als der Aufbau eines staatlichen Kontroldispositivs. Bei dieser Sachlage hält es die Arbeitsgruppe für zweckmäßig, den Aufbau eines Selbstregulierungssystems mit der Entwicklung von Empfehlungen zu unterstützen.

## 5. Technische Hilfsmittel zur Prävention

Bevor Empfehlungen abgegeben werden können, ist vorab noch zu prüfen, welche technischen Möglichkeiten heute bestehen, die dem Provider in seinem Bereich die Auffindung und Sperrung von strafrechtlich relevanten Netzinhalteten erleichtern. Zu erwähnen sind einerseits spezielle Softwarepakete wie Surfwatch, Internetfilter, Cybersitter, Cyber Patrol, Netnanny, Webtrack und andere mehr, welche auf einem PC oder Server installiert werden und die teilweise auch auf Stufe Provider eingesetzt werden können. Sie enthalten Tabellen mit IP-Adressen von Datenanbietern, welche Text-, Bild-, Film- und Tonmaterial zur Verfügung stellen, das nicht jugendfrei ist. Dazu besteht die Möglichkeit, bestimmte Fileformate komplett zu sperren. Die so installierten Filter können nur mit einem Passwort übergangen werden. Andererseits existieren Produkte, welche nicht

<sup>8</sup> Vgl. dazu insbesondere Art. 305ter Abs. 1 StGB sowie den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom Januar 1994.

nach Adressen, sondern nach Wörtern oder Bildmaterial filtern, die pornographische Darstellungen enthalten könnten.

Die zweitgenannten Produkte scheinen sich bislang nicht zu bewähren. So führen Programme, welche in Bild und Film nach grösseren Hautstellen suchen auch zur Sperrung von unbedenklichen Netzinhalten, wie bspw. von Bildern, die in der Medizin Verwendung finden. Aehnliche Erfahrungen sammelte ein amerikanischer Provider, als er alle Texte löschte, in denen das Wort "breast" (Brust) vorkam. Nach Protesten von Brustkrebspatientinnen, die über den on-line Dienst Erfahrungen und Informationen ausgetauscht hatten, wurde die Sperre wieder aufgehoben. Ob es in Zukunft gelingen wird, gleichsam intelligente Software zu entwickeln, welche zuverlässig zwischen strafrechtlich relevantem und irrelevantem Text-, Bild-, Film- und Tonmaterial differenzieren kann, erscheint zumindest als fraglich. Zudem beschränken sich diese Produkte bis jetzt soweit ersichtlich auf den Deliktsbereich der Pornographie.

Schon erfolgversprechender erscheint demgegenüber der flankierende Einsatz der eingangs erwähnten Softwareprogramme, welche gleichsam schwarze Listen von Datenanbietern enthalten. Bei entsprechendem Aufwand ist es durchaus möglich, auf diese Weise eine beachtliche Teilmenge von rechtswidrigen Netzinhalten zu erfassen. Voraussetzung für die Nützlichkeit solcher Programme ist allerdings nicht nur eine möglichst breite und präzise Datenmenge, sondern auch das Erfordernis, sie stets auf den neusten Stand zu bringen. Unabhängig davon besteht bei ihrem Einsatz allerdings der Nachteil, dass möglicherweise ganze Newsgroups gesperrt werden, auch wenn nur Teilinhalte zu erfassen wären. Zudem werden durch das aufwendige Filterverfahren die gesamten Zugriffe verlangsamt. Schliesslich sind diese Programme überwiegend auf den amerikanischen Markt und damit auf die dortige Rechtslage zugeschnitten.

## 6. Empfehlungen

### a. ***Empfehlung 1: Sperrung von rechtswidrigen Netzinhalten***

Die Arbeitsgruppe ist sich darüber im klaren, dass eine durch einen Provider vorgenommene Sperrung von Netzinhalten durch Benutzer und Anbieter auf vielfältige Weise umgangen werden kann. So kann der Benutzer beispielsweise durch das Ausweichen auf einen ausländischen Provider, der keine entsprechende Sperre installiert hat, dennoch an die Daten herankommen. Weiter besteht etwa

die Möglichkeit, dass ein Anbieter, der von der Sperre erfährt, seine Inhalte unter einer neuen Rubrik (Newsgroup) anbietet und die potentiellen Konsumenten via Mail direkt über den Wechsel informiert.

Diese Tatsachen können indessen nicht dazu führen, die Sperrung von kriminellen Netzinhalten durch den Provider für nutzlos und daher entbehrlich zu halten. Dies schon deshalb nicht, weil der Provider bei ausreichendem Wissensstand entsprechend tätig werden muss, um eigene strafrechtliche Verantwortlichkeit auszuschliessen. Hinzu kommt, dass die Sperre zwar nicht absolut wirksam ist, hingegen doch zu einer erheblichen Erschwerung des Zugriffs, und damit zu einer Einschränkung der Verbreitung/Zugänglichmachung von strafrechtlich relevanten Netzinhalten führt.

### **Empfehlung 1**

**Verfügt der Provider aufgrund eigener Erkenntnis oder durch Dritte über konkrete Hinweise, die den Verdacht begründen, dass bestimmte Netz Inhalte rechtswidrig sein könnten, so soll er im Hinblick auf eine allenfalls notwendige Sperrung umgehend Abklärungen treffen oder treffen lassen. Hat der Provider sichere Kenntnis von rechtswidrigen, namentlich strafrechtlich relevanten Netzinhalten, so soll er unverzüglich die technisch möglichen und zumutbaren Massnahmen ergreifen, um den Zugriff auf diese Netz Inhalte zu sperren.**

Der erste Satz der vorstehenden Empfehlung bezieht sich insbesondere auf Hinweise von privaten Dritten. In solchen Fällen wird sich der Provider vor einer allfälligen Sperrung häufig ein eigenes Urteil über den fraglichen Inhalt bilden<sup>9</sup>. Je nach dem in Frage stehenden Straftatbestand wird er bereits aufgrund eigener Einschätzung schlüssig beurteilen können, ob eine Sperre angezeigt ist. So ist bspw. der Begriff der harten Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 3 StGB, wie namentlich Kinderpornographie, durchaus der Subsumtion durch den Laien zugänglich. Bei anderen Straftatbeständen kann sich dagegen das Bedürfnis nach fachkundiger Beratung ergeben, welches sinnvollerweise im Rahmen eines Selbstregulierungssystems abzudecken ist.

---

<sup>9</sup> Vorausgesetzt, dass ihm die Daten zugänglich sind; handelt es sich um persönlichen Individualverkehr zwischen Usern, so würde auch hier das Fernmeldegeheimnis einer Inhaltskontrolle durch den Provider entgegenstehen, vgl. oben II. 2. b).

### ***b. Empfehlung 2: Zentrale Stelle***

Um der Verbreitung von kriminellen Inhalten auf Internet wirksam vorzubeugen, ist in erster Linie ein ausgebauter Informationsfluss zu und zwischen den Providern anzustreben. Ein effizientes Selbstregulierungssystem muss sicherstellen, dass die Provider über möglichst umfassende, zeitgerechte und präzise Informationen über rechtswidrige Netz Inhalte verfügen.

### **Empfehlung 2**

**Der Branche wird die Schaffung einer zentralen Stelle empfohlen, welche Hinweise von Providern, deren Kunden und Dritten über rechtswidrige Netz Inhalte entgegennimmt und auswertet. Diese Stelle soll als Dienstleistungs- und Informationsdrehscheibe die angeschlossenen Providers mit aktuellen Informationen über zu sperrende Netz Inhalte versorgen und die Branchenangehörigen in fachlicher und technischer Hinsicht unterstützen.**

Die Unterstützung kann u.a. in der Beratung der Providers bei der strafrechtlichen Beurteilung bestimmter Netz Inhalte bestehen. Zudem wäre die Stelle prädestiniert, gegebenenfalls Empfehlungen zur flankierenden Verwendung von Softwareprogrammen (vgl. dazu oben II. 5.) abzugeben und als zentraler Ansprechpartner zu den Strafverfolgungsbehörden zu dienen.

### ***c. Empfehlung 3: Netzzugang***

Unter den im Zusammenhang mit Internet erörterten Straftatbeständen bildet die sog. weiche Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 1 StGB insofern einen Sonderfall, als sie nicht einem absoluten, sondern lediglich einem relativen Verbot unterliegt. Die Zugänglichmachung von weicher Pornographie ist namentlich dann strafbar, wenn sie an Personen unter 16 Jahren erfolgt. Die komplette Sperrung entsprechender Netz Inhalte bildet daher für den Provider eine zwar hinreichende, nicht aber zwingend notwendige Massnahme. Er kann einem Strafbarkeitsrisiko auch dadurch begegnen, indem er durch technische Massnahmen in seinem Einflussbereich hinreichend sicherstellt, dass weiche Pornographie dem Zugriff von Jugendlichen entzogen bleibt. Eine Zugänglichmachung von weicher Pornographie an Personen unter 16 Jahren liegt diesfalls im ausschliesslichen Verantwortungsbereich des Users.

### **Empfehlung 3**

**Dem Provider wird empfohlen, Abonnementsverträge grundsätzlich nur mit solchen natürlichen Personen abzuschliessen, die urteilsfähig und mündig sind. Dem Abonnenten soll zudem der Netzzugang ausschliesslich mittels Benutzeridentifikation und Passwort (pin-code) ermöglicht werden.**

#### ***d. Empfehlung 4: Vorbehalt im Abonnementsvertrag***

Es versteht sich, dass die missbräuchliche Verwendung von Netzwerken auch von Kunden/Vertragspartnern eines Providers ausgehen können. Hier kann der Provider zusätzliche Vorkehren treffen:

### **Empfehlung 4**

**Der Provider soll sich im Abonnementsvertrag das Recht vorbehalten, den Anschluss bei Verdacht vorsorglich zu sperren und das Vertragsverhältnis einseitig aufzulösen, sofern der Kunde rechtswidrige Inhalte von seinem Anschluss aus verbreitet oder auf seinem Anschluss abrufbar hält.**

#### ***e. Empfehlung 5: Aufforderung zur Mitteilung***

Bereits im Zusammenhang mit Empfehlung 2 wurde auf die Bedeutung eines möglichst breiten Informationsflusses über rechtswidrige Netzinhalt zu den Providers hingewiesen. Es versteht sich, dass insbesondere die Benutzer häufig in der Lage sein werden, sachdienliche Hinweise zu liefern.

### **Empfehlung 5**

**Der Kunde soll im Abonnementsvertrag nachdrücklich aufgefordert werden, ihm zur Kenntnis gelangende rechtswidrige Netzinhalt und andere rechtswidrige Internet-Verwendungen unverzüglich dem Provider und/oder der zentralen Stelle (vgl. Empfehlung 2) mitzuteilen.**

#### **f. Empfehlung 6: Erscheinungsformen von Brutalos und harter Pornographie**

An dieser Stelle ist auf die in der Einleitung erwähnte Problematik von gewalttägigen Computerspielen (Einfache Anfrage Bischof) zurückzukommen. Soweit solche Spiele grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen, erfüllen sie den objektiven Tatbestand von Artikel 135 StGB (Gewaltdarstellungen). Neben unbedenklichen Spielen können auch solche, die gegen das Verbot von Gewaltdarstellungen verstossen, über Netzwerke vertrieben werden, sei es durch Angebot mittels Katalog (Tathandlungen des Anbieters resp. Anpreisens), sei es durch die Eröffnung der Möglichkeit, entsprechende Programme zu laden oder an anderweitig gespeicherten Spielen teilzunehmen (in Verkehr bringen, zeigen, überlassen oder zugänglich machen). Die vorstehenden Ausführungen und Empfehlungen treffen daher auch auf die erwähnten tatbestandsmässigen Spiele und Angebote zu.

#### **Empfehlung 6**

**Der Provider soll sich des Umstandes bewusst sein, dass strafbare Gewaltdarstellungen i.S. von Artikel 135 StGB sich nicht in filmischen oder photographischen Darstellungen erschöpfen, sondern auch in anderen Gegenständen oder Vorführungen, insbesondere in Computerspielen, enthalten sein können, und dass auch das Anpreisen oder Anbieten von Gewaltdarstellungen eine strafbare Handlung ist. Gleiches gilt auch für Darstellungen harter Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 3 StGB.**

### **III. Datenschutzrechtliche Aspekte**

Die Arbeitsgruppe hat den Eidg. Datenschutzbeauftragten eingeladen, die datenschutzrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Internet ergeben, schriftlich darzulegen. Die Stellungnahme des EDSB, auf die hier verwiesen werden kann, ist dem vorliegenden Bericht als Anhang 1 angefügt. Sie legt die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze dar (S. 1 ff.) und äussert sich gestützt darauf zu den generellen Datenschutzrisiken im Internet (S. 5 f.), zu den Datenschutzrisiken bei speziellen Internet-Diensten (S. 6 ff.) und zu providerspezifischen Fragen (S. 8 f.). Im Zusammenhang mit dem letztgenannten Punkt kommt

die Arbeitsgruppe zu Empfehlungen, die zum einen aus der Stellung des Providers als Mitwirkender am generellen Datenfluss auf Netzwerken und zum anderen aus seinen eigenen, spezifischen Datenbearbeitungsmöglichkeiten im Rahmen seiner Tätigkeit abgeleitet werden.

### **1. Empfehlung 7: Information über datenschutzrechtliche Risiken**

Personendaten müssen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 DSG). Neben Personen, die Personendaten über ein Netz verschicken oder auf einem Netz zum Abruf zur Verfügung halten, trifft die Pflicht zur Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzes auch denjenigen, der das Datenkommunikationsnetz zur Verfügung stellt, mithin auch den Provider. Allerdings sind an seine Pflichten, die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Richtigkeit der Daten zu gewährleisten, keine allzu grossen Anforderungen zu stellen (vgl. S. 9 f. der Stellungnahme des EDSB). Im Vordergrund steht die Orientierung über technische Schutzvorkehrungen zu Gunsten der Kunden und deren Information über datenschutzrechtliche Risiken, die den Gebrauch des Netzes mit sich bringt.

#### **Empfehlung 7**

**Der Provider soll seinen Kunden über die datenschutzrechtlichen Risiken, die sich aus dem Benutzen des Netzes sowie der Inanspruchnahme von Diensten ergeben können, ausreichend informieren sowie ihn auf Massnahmen und Produkte zur Gewährleistung der Vertraulichkeit, Richtigkeit und Verfügbarkeit von Personendaten (z.B. Chiffrierungs- und Verschlüsselungs-techniken) hinweisen.**

### **2. Empfehlung 8 (Bearbeitung von Personendaten) und Empfehlung 9 (Persönlichkeitsprofile und Veröffentlichung von Personendaten)**

Der Provider muss zur Geschäftsabwicklung (namentlich Rechnungsstellung) gezwungenermassen Personendaten seiner Kunden, wie z.B. Name, Adresse, Telefonnummer und gegebenenfalls auch Nutzungsintensität und -Modalitäten bearbeiten. Solche Daten könnten nun über den erforderlichen Verwendungszweck

hinaus auch Dritten bekanntgegeben oder zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen (vgl. dazu S. 1 f. der Stellungnahme des EDSB) genutzt werden.

### **Empfehlung 8**

**Der Provider soll ausschliesslich diejenigen Personendaten seiner Kunden bearbeiten, die er zur Erfüllung seiner Dienstleistung benötigt. Die bearbeiteten Daten sind durch technische und organisatorische Massnahmen ausschliesslich dem Personal zugänglich zu machen, das sie zur Aufgabenerfüllung benötigt. Die Daten sollen zu keinem anderen Zweck verwendet werden als demjenigen, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Dritten dürfen sie nur zugänglich gemacht werden, sofern der Kunde einverstanden ist, bzw. eine qualifizierte Pflicht zur Bekanntgabe besteht.**

### **Empfehlung 9**

**Der Provider soll keine Persönlichkeitsprofile seiner Kunden erstellen und auch deren Namen, Adressen und Telefonnummern nicht einem Netzzugriff zur Verfügung stellen, es sei denn, die betroffene Person habe eingewilligt, oder es liege eine Rechtfertigung durch Gesetz oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse vor.**

## IV. Urheberrechtliche Aspekte

Im Zusammenhang mit Datenautobahnen wie Internet stellen sich auch urheberrechtliche Fragen. In der Beilage (Anhang 2) befindet sich deshalb zu diesem Thema ein Beitrag des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, der Aufschluss darüber gibt, was überhaupt als urheberrechtlich geschütztes Werk zu betrachten ist (Ziff. 3 der Beilage). Weiter ist diesem Bericht zu entnehmen, dass das Urheberrechtsgesetz (URG) auch die sogenannten verwandten Schutzrechte einschliesst. Geschützt sind somit auch die ausübenden Künstler, welche ein Werk darbieten sowie die Hersteller von Ton- und Tonbildträgern und die Sendeunternehmen für ihre Leistungen (Ziff. 4 der Beilage). Auch angesichts der Tatsache, dass der Urheberrechtsschutz und der Schutz von Leistungen materiell und zeitlich beschränkt ist (Ziff. 7 der Beilage), ist es dennoch offensichtlich, dass über das Internet geschützte Inhalte (wie Filme, Musik, Fotos, Texte usw.) wahrnehmbar gemacht, vervielfältigt, weiterverbreitet, verändert und anderswie genutzt werden.

Auch auf Datenautobahnen gilt es indessen die Rechte zu beachten, die den Urhebern oder ihren Rechtsnachfolgern bzw. den Berechtigten aus den verwandten Schutzrechten zustehen (Ziff. 9 der Beilage). So hat der Urheber beispielsweise das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet wird. Darunter fällt insbesondere das Veröffentlichungsrecht (d.h. das Recht, sein Werk erstmals einer grösseren Anzahl von Personen zugänglich zu machen), das Recht zur Wahrnehmung (z.B. die Einspeisung in ein Datennetz), das Vervielfältigungsrecht (z.B. die Speicherung seines Werkes auf der Festplatte eines Computers) sowie das Verbreitungs- oder auch das Änderungsrecht. Er kann somit verbieten, dass sein Werk veröffentlicht, wahrnehmbar gemacht, vervielfältigt, weiterverbreitet oder gar verändert wird.

Da auf dem Internet in bezug auf die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke sowie nachbarrechtlich geschützter Leistungen vieles machbar ist, was rechtlich nicht erlaubt ist, steigt die Gefahr von Rechtsverletzungen. Alle Beteiligten (Informationsanbieter, access-provider, Informationsnachfrager) müssen sich daher bewusst sein, dass auch auf einer Datenautobahn die Urheberrechte und die verwandten Schutzrechte zu berücksichtigen sind.

Wer nämlich ohne Bewilligung der Berechtigten und ohne dass er sich auf eine Schutzausnahme (Ziff. 10 der Beilage) stützen kann, Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte nutzt, kann zivil- oder strafrechtlich belangt werden (Art. 61 ff. URG). Auf *zivilrechtlicher Ebene* steht dem Urheber bzw. dem Rechtsinhaber ein umfangreiches zivilrechtliches Schutzinstrumentarium (Feststellungs- und Leistungsklage, vorsorgliche Massnahmen und Veröffentlichung des Urteils) zur Verfügung. Nebst einem Benutzungsverbot kann hier für die bereits erfolgte Nutzung auch Schadenersatz verlangt werden. Auf entsprechenden Antrag werden vorsätzlich begangene Rechtsverletzungen aber auch *strafrechtlich* verfolgt. Die Strafbestimmungen sehen Gefängnis bis zu einem Jahr oder Busse bis zu 40'000 Franken vor. Wer gewerbsmäßig gegen die Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes verstösst, wird von Amtes wegen verfolgt. Hier droht eine Gefängnisstrafe bis zu 3 Jahren und eine Busse bis zu 100'000 Franken.

Primär muss der *Informationsanbieter* (z.B. eine Datenbank), der auf einem Netzwerk urheberrechtlich geschützte Werke oder nachbarrechtlich geschützte Leistungen anbietet, über die entsprechenden Rechte verfügen, da das "uploading" (d.h. das für das Abrufen erforderliche Speichern der Information) sowie das Anbieten stets urheberrechtlich oder nachbarrechtlich relevante Handlungen (z.B. Vervielfältigen, wahrnehmbar Machen) voraussetzt.

Damit verknüpft ist aber auch die Frage, inwieweit der *access-provider* für widerrechtliche Nutzungen zur Verantwortung gezogen werden kann. Aufgabe des access-provider ist es, den Benutzern, die keinen direkten und eigenen Anschluss an eine Datenautobahn haben, einen solchen Zugang gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Der access-provider ist somit im Regelfall nicht eigentlicher Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken, sondern vielmehr ein Vermittler von auf dem Internet befindlichen und allenfalls geschützten Inhalten.

Verschafft der Vermittler den Informationsnachfragern somit nur den Zugang zur Datenautobahn, so ist zunächst die Frage zu beantworten, ob er in dieser Funktion eine selbständige Werkverwendung im Sinne von Artikel 10 URG vornimmt und damit auch unmittelbar eine Rechtsverletzung begehen kann. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei einer Zwischenspeicherung durch den Provider auf dem sogenannten "Proxy-Server". Dabei handelt es sich um eine in der Regel automatische und kurzfristige Vervielfältigung. Da diese Vervielfältigung

technisch nötig ist und nach kurzer Zeit auch wieder automatisch gelöscht wird, ist umstritten, ob es sich dabei tatsächlich um eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung im Sinne von Artikel 10 Absatz 1 Bst. a URG handelt.

Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass das Urheberrechtsgesetz keine entsprechende Ausnahme kennt und somit eine Urheberrechtsverletzung nicht ausgeschlossen werden kann. Im weiteren ist davon auszugehen, dass ohne den Vermittler die auf dem Internet transportierten Signale für den Benutzer unbrauchbar wären und ein entsprechendes Werk somit nur mit seiner Hilfe "anderswo wahrnehmbar" (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG) gemacht werden kann.

Gegenwärtig ist zudem noch offen, ob das Senden und Weitersenden (Art. 10 Abs. 2 Bst. d und e URG) im Zusammenhang mit dem Internet urheberrechtlich bedeutsame Handlungen sind. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die entsprechenden Tatbestände - wenn auch bloss mittelbar - dem access-provider zugerechnet werden können. Diese Folgerung wird durch einen Entscheid des Bundesgerichts (BGE 107 II 82 ff.) unterstützt, der allerdings das alte Urheberrechtsgesetz betrifft. In diesem Fall hat das Bundesgericht zwar die Frage offen gelassen, ob die PTT durch den Betrieb ihres Richtstrahlnetzes an sich schon Urheberrechte verletzt; gleichzeitig hat es aber festgestellt, dass bereits aus Artikel 50 Absatz 1 OR solidarisch für die unerlaubte Handlung haftet, wer auch nur als Gehilfe an der Rechtsverletzung teilhat. Nach Auffassung des Bundesgerichts erfüllte die PTT diese Voraussetzung und es wurde damit eine solidarische Haftung bejaht.

### **1. Empfehlung 10: Sperrung bei Urheberrechtsverletzungen**

Grundsätzlich ist der access-provider strafrechtlich nicht anders zu behandeln als derjenige, der in seinem CD-Laden nicht lizenzierte Compact Discs verkauft. Dies gilt insbesondere auch für die Frage der Teilnahme an einer Straftat. Da das URG in diesem Bereich keine Spezialregelung vorsieht, gelten für die Gehilfenschaft die Bestimmungen des StGB und es kann daher auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Strafbarkeit des Providers (vgl. vorne II. 2. b) verwiesen werden. Zur Ergänzung kann noch angefügt werden, dass nach BGE 121 IV 109 ff. die Strafbarkeit von der Möglichkeit und Zumutbarkeit von Kontrollen abhängt. Diese Kontrolle ist nun im Internet einerseits aufgrund der immensen Datenflut, der Internationalität sowie der nicht-hierarchischen Organisation des Netzes besonders schwierig vorzunehmen.

Andererseits ist der Provider, selbst wenn er die nötige Kontrolle vornehmen könnte, in vielen Fällen gar nicht in der Lage, Verletzungen von Urheberrechten oder von verwandten Schutzrechten festzustellen, da er beispielsweise nicht abklären kann, ob der Informationsanbieter die erforderlichen Lizenzen eingeholt oder die Berechtigten in anderer Form in die Wahrnehmungsbarmachung eingewilligt haben (so ist beispielsweise davon auszugehen, dass Werke oder Leistungen, die mit der Einwilligung der Berechtigten in ein Datennetz eingespielen worden sind, über dieses Netz auch abgerufen werden dürfen). Um den Provider tatsächlich als Gehilfen ins Recht fassen zu können, ist daher davon auszugehen, dass gewisse offensichtliche Verdachtsmomente (etwa ein rechtskräftiges Urteil, Informationen von Strafverfolgungsbehörden usw.) vorliegen müssen, die eine entsprechende Rechtsverletzung vermuten lassen. Liegen derart konkrete Hinweise vor, ist es dem Provider aber auch zumutbar, die entsprechenden Massnahmen, die eine weitere Rechtsverletzung verhindern, zu ergreifen.

Möchte der Provider jegliche straf- oder zivilrechtliche Verantwortung ausschliessen, so müsste er sich selbst eine Lizenz zur Wahrnehmung der urheberrechtlich und nachbarrechtlich relevanten Handlungen einräumen lassen. Dies ist allerdings eher theoretischer Natur und wohl auch kaum praktikabel, da es äusserst schwierig ist, festzustellen, welche geschützten Informationen durch den Provider vermittelt oder gar zwischengespeichert werden. Aus diesem Gesichtspunkt würde sich eine individualisierte elektronische Kennzeichnung der auf einer Datenautobahn abrufbaren Informationen geradezu aufdrängen. Da ein solches System gegenwärtig aber noch nicht zur Verfügung steht, muss sich der access-provider bewusst sein, dass er mit seiner Dienstleistung als Vermittler ein gewisses Risiko eingeht, das sich aufgrund der gegenwärtigen rechtlichen Situation nicht völlig ausschliessen lässt.

## **Empfehlung 10**

**Die Empfehlung 1 ist auch dann zu beachten, wenn der Provider Kenntnis hat, dass bestimmte Netzinhaltte gegen Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte verstossen.**

## **2. Empfehlung 11: Urheberrechtsspezifische Klausel im Abonnementsvertrag**

Der Kunde (Informationsnachfrager) des access-providers kann rechtlich einwandfrei wahrnehmbar gemachte Werke und Darbietungen unrechtmässig verwenden, indem er sie zum Beispiel unerlaubterweise speichert, ändert oder weiterverbreitet. Da sich diese Handlungen aber vollständig im Herrschaftsbereich des Nutzers abspielen, kann dem access-provider hierfür wohl mangels subjektiver Voraussetzungen kaum Gehilfenschaft vorgeworfen werden. Allerdings wäre es auch hier zu begrüßen, wenn der Provider im Rahmen des Abonnementsvertrages, den er mit seinen Kunden abschliesst, darauf hinweist, dass sich strafbar macht, wer im Internet vorsätzlich und unrechtmässig Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte verletzt.

### **Empfehlung 11**

**Der Provider soll im Abonnementsvertrag auf die Pflicht zur Beachtung der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte hinweisen und sich das Recht vorbehalten, bei entsprechendem Verdacht den Anschluss vorsorglich zu sperren und bei Verletzungen das Vertragsverhältnis einseitig aufzulösen.**

## V. Die 11 Empfehlungen im Überblick

1	Sperrung von rechtswidrigen Netzinhalten	Verfügt der Provider aufgrund eigener Erkenntnis oder durch Dritte über konkrete Hinweise, die den Verdacht begründen, dass bestimmte Netzinhalte rechtswidrig sein könnten, so soll er im Hinblick auf eine allenfalls notwendige Sperrung umgehend Abklärungen treffen oder treffen lassen. Hat der Provider sichere Kenntnis von rechtswidrigen, namentlich strafrechtlich relevanten Netzinhalten, so soll er unverzüglich die technisch möglichen und zumutbaren Massnahmen ergreifen, um den Zugriff auf diese Netzinhalte zu sperren.
2	Zentrale Stelle	Der Branche wird die Schaffung einer zentralen Stelle empfohlen, welche Hinweise von Providern, deren Kunden und Dritten über rechtswidrige Netzinhalte entgegennimmt und auswertet. Diese Stelle soll als Dienstleistungs- und Informationsdrehscheibe die angeschlossenen Providers mit aktuellen Informationen über zu sperrende Netzinhalte versorgen und die Branchenangehörigen in fachlicher und technischer Hinsicht unterstützen.
3	Netzzugang	Dem Provider wird empfohlen, Abonnementsverträge grundsätzlich nur mit solchen natürlichen Personen abzuschliessen, die urteilsfähig und mündig sind. Dem Abonenten soll zudem der Netzzugang ausschliesslich mittels Benutzeridentifikation und Passwort (pin-code) ermöglicht werden.
4	Vorbehalt im Abonnementsvertrag	Der Provider soll sich im Abonnementsvertrag das Recht vorbehalten, den Anschluss bei Verdacht vorsorglich zu sperren und das Vertragsverhältnis einseitig aufzulösen, sofern der Kunde rechtswidrige Inhalte von seinem Anschluss aus verbreitet oder auf seinem Anschluss abrufbar hält.

5	Aufforderung zur Mitteilung	Der Kunde soll im Abonnementsvertrag nachdrücklich aufgefordert werden, ihm zur Kenntnis gelangende rechtswidrige Netz Inhalte und andere rechtswidrige Internet-Verwendungen unverzüglich dem Provider und/oder der zentralen Stelle (vgl. Empfehlung 2) mitzuteilen.
6	Erscheinungsformen von Brutalos und harter Pornographie	Der Provider soll sich des Umstandes bewusst sein, dass strafbare Gewaltdarstellungen i.S. von Artikel 135 StGB sich nicht in filmischen oder photographischen Darstellungen erschöpfen, sondern auch in anderen Gegenständen oder Vorführungen, insbesondere in Computerspielen, enthalten sein können, und dass auch das Anpreisen oder Anbieten von Gewaltdarstellungen eine strafbare Handlung ist. Gleiches gilt auch für Darstellungen harter Pornographie i.S. von Artikel 197 Ziffer 3 StGB.
7	Information über datenschutzrechtliche Risiken	Der Provider soll seinen Kunden über die datenschutzrechtlichen Risiken, die sich aus dem Benutzen des Netzes sowie der Inanspruchnahme von Diensten ergeben können, ausreichend informieren sowie ihn auf Massnahmen und Produkte zur Gewährleistung der Vertraulichkeit, Richtigkeit und Verfügbarkeit von Personendaten (z.B. Chiffrierungs- und Verschlüsselungstechniken) hinweisen.
8	Bearbeitung von Personendaten	Der Provider soll ausschliesslich diejenigen Personendaten seiner Kunden bearbeiten, die er zur Erfüllung seiner Dienstleistung benötigt. Die bearbeiteten Daten sind durch technische und organisatorische Massnahmen ausschliesslich dem Personal zugänglich zu machen, das sie zur Aufgabenerfüllung benötigt. Die Daten sollen zu keinem anderen Zweck verwendet werden als demjenigen, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Dritten dürfen sie nur zugänglich gemacht werden, sofern der Kunde einverstanden ist, bzw. eine qualifizierte Pflicht zur Bekanntgabe besteht.

<b>9</b>	Persönlichkeitsprofile und Veröffentlichung von Personendaten	Der Provider soll keine Persönlichkeitsprofile seiner Kunden erstellen und auch deren Namen, Adressen und Telefonnummern nicht einem Netzzugriff zur Verfügung stellen, es sei denn, die betroffene Person habe eingewilligt, oder es liege eine Rechtfertigung durch Gesetz oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse vor.
<b>10</b>	Sperrung bei Urheberrechtsverletzungen	Die Empfehlung 1 ist auch dann zu beachten, wenn der Provider Kenntnis hat, dass bestimmte Netzinhalte gegen Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte verstossen.
<b>11</b>	Urheberrechtsspezifische Klausel im Abonnementsvertrag	Der Provider soll im Abonnementsvertrag auf die Pflicht zur Beachtung der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte hinweisen und sich das Recht vorbehalten, bei entsprechendem Verdacht den Anschluss vorsorglich zu sperren und bei Verletzungen das Vertragsverhältnis einseitig aufzulösen.

# **Stellungnahme des Eidg. Datenschutzbeauftragten (EDSB) zu datenschutzrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Internet stellen**

## **1. Vorbemerkung**

Anlässlich einer von der Hauptabteilung Strafrecht, Beschwerden und Grundstückserwerb des Bundesamtes für Justiz (BJ) initiierten Sitzung vom 6. September 1995 wurden Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Internet diskutiert. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte wurde dabei eingeladen, die datenschutzrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit Internet ergeben, schriftlich darzulegen.

## **2. Einleitung**

Das Internet kann als die erste Stufe der "Global Information Infrastructure" (GII) betrachtet werden. Bis vor wenigen Jahren waren die Nutzer des weltweiten Computernetzes zum grossen Teil Wissenschafter in Behörden, Universitäten und Forschungsstätten, die in einem kollegialen Vertrauensverhältnis (sozusagen unter Insidern) Daten austauschten.

Durch den nach wie vor anhaltenden enormen Boom des Internet, hat sich der Nutzerkreis stark ausgeweitet. Vor allem durch die einfachen Abfragemöglichkeiten des World Wide Web (WWW) wird das Netz auch für Firmen und Private attraktiv. Die Benutzer haben sehr unterschiedliche Aufgaben, Möglichkeiten und Motivationen sich der Internet-Dienste zu bedienen. Da das frührere gegenseitige Vertrauen unter den Netzteilnehmern und damit eine weitgehende Selbstregulierung abnimmt, treten immer mehr Vorfälle auf, die Fragen der Legalität in verschiedenen Bereichen aufwerfen. Im Internet werden neben andern Informationen auch Personendaten bearbeitet; daher stellen sich auch datenschutzrechtliche Fragen.

## **3. Allgemeine datenschutzrechtliche Grundsätze**

Seit dem 1. Juli 1993 ist das *Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992* (DSG) in Kraft. Der Datenschutz ergibt sich aus dem Persönlichkeitsrecht und dem verfassungsmässigen, aber ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit. Es geht beim Datenschutz somit um den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG).

Datenschutz kommt zum Tragen, wenn *Personendaten bearbeitet* werden. Es wird unterschieden zwischen *Personendaten, besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen*.

### 3.1. Daten

#### Personendaten

sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG), wie Name, Adresse, Geburtsdatum, Grösse, Haarfarbe, Hobby, Arbeitgeber, Foto etc.

In ihrer Persönlichkeit sind sowohl *natürliche Personen* (Menschen) als auch *juristische Personen* (z.B. Aktiengesellschaften), über die Daten bearbeitet werden, geschützt (Art. 3 lit. b DSG).

**Besonders schützenswerte Personendaten** sind Daten über:

- die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten,
- die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit,
- Massnahmen der sozialen Hilfe,
- administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen (Art. 3 lit. c DSG).

Fotos können zu besonders schützenswerten Personendaten werden, wenn sie Angaben etwa über die Rassen- und Religionszugehörigkeit einer bestimmten oder bestimmbaren Person machen.

Ein **Persönlichkeitsprofil** ist eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt (Art. 3 lit. d DSG).

### 3.2 Bearbeiten und Bekanntgeben

*Bearbeiten* ist jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, *Bekanntgeben*, Archivieren, Vernichten (Art. 3 lit. e DSG).

Das *Bekanntgeben* ist das Zugänglichmachen von Personendaten wie z.B. das Ersichtgewähren, Weitergeben, Veröffentlichen (Art. 3 lit. f DSG). Unter das Bekanntgeben fällt auch das *Verschicken via E-Mail* und das *Zurverfügungstellen im Abrufverfahren*.

### 3.3 Anwendbarkeit des DSG

Das DSG gilt für das Bearbeiten von Personendaten sowohl durch *private Personen*, als auch durch *Bundesorgane*.

*Private Personen* sind in erster Linie natürliche und juristische Personen des Privatrechts, Bürger, Bürgerinnen, Handelsgesellschaften etc., aber auch Personen des öffentlichen Rechts (Bundesorgane), soweit sie privatrechtlich handeln.

*Bundesorgane* sind Behörden und Dienststellen des Bundes, Departemente, Bundesämter, deren Abteilungen und Sektionen, andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen im Bundesbereich, z.B. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, die bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben Daten für den Bund bearbeiten und auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (z.B. Krankenkassen).

## **4. Bearbeiten , Datensicherheit, Bekanntgabe, Auskunftsrecht**

### **4.1 Grundsätze**

#### **Rechtmässigkeit**

Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden (Art. 4 Abs. 1 DSG).

Private Personen dürfen Personendaten nur bearbeiten, sofern die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt wird (Art. 12 DSG); insbesondere dürfen Personendaten nicht gegen den ausdrücklichen Willen einer Person bearbeiten, es sei denn ein im DSG vorgesehener Rechtfertigungsgrund erlaubt dies (Art. 13 DSG).

Bundesorgane dürfen Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 17, 19 DSG)

#### **Zweckgebundenheit**

Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, gesetzlich vorgesehen oder aus den Umständen ersichtlich ist (Art. 4 Abs. 3 DSG).

#### **Verhältnismässigkeit**

Es dürfen nur die Personendaten bearbeitet werden, die für die *Aufgabenerfüllung absolut notwendig* sind (Art. 4 Abs. 2 DSG).

#### **Richtigkeit der Daten**

Wer Personendaten bearbeitet, muss sich über deren Richtigkeit vergewissern (Art. 5 Abs. 1 DSG). Jede betroffene Person hat das *Recht auf Berichtigung* unrichtiger Daten (Art. 5 Abs. 2 DSG).

Richtigkeit bedeutet allerdings nicht nur, dass Daten keine Falschaussagen enthalten dürfen, sondern auch, dass sie, soweit in einem bestimmten Sachzusammenhang erforderlich, nachgeführt und vollständig sein müssen.

Beispiele: Ein Personalchef, der einen Arbeitnehmer aufgrund eines veralteten Arztzeugnisses versetzt oder entlässt, verletzt dessen Persönlichkeit. Eine Kreditüberprüfung führt zu falschen Schlüssen, wenn daraus hervorgeht, dass jemandem in einem Scheidungsurteil Unterhaltszahlungen auferlegt worden sind, jedoch der Hinweis fehlt, dass die Unterstützungspflicht des Betreffenden infolge Wieder-verheiratung seines früheren Ehegatten entfallen ist.

## **Erfordernis der Datensicherheit**

Personendaten müssen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 DSG). Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in 8 ff, 20 ff. *Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993* (VDSG).

Wer als Privatperson Personendaten bearbeitet oder ein Datenkommunikationsnetz zur Verfügung stellt, sorgt für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Richtigkeit der Daten, um einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten.

### **4.2 Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit**

Zur Gewährleistung der Datensicherheit sind *allgemeine technische und organisatorische Massnahmen* sind zum Schutz der Systeme gegen die Risiken der unbefugten oder zufälligen Vernichtung, des zufälligen Verlusts, technischer Fehler, der Fälschung, des Diebstahls, der widerrechtlichen Verwendung, des unbefugten Änderns, Kopierens, Zugreifens oder anderer unbefugten Bearbeitungen zu treffen.

Die Massnahmen müssen angemessen sein und insbesondere dem Zweck der Datenbearbeitung, der Art und Umfang der Datenbearbeitung, der Einschätzung der möglichen Risiken für die betroffenen Personen und dem gegenwärtigen Stand der Technik Rechnung tragen.

*Besondere Massnahmen* zur Zugangskontrolle, Zugriffskontrolle, Benutzerkontrolle, Personendatenträgerkontrolle, Transportkontrolle, Bekanntgabekontrolle, Speicherkontrolle und der Eingabekontrolle müssen insbesondere bei der automatisierten Bearbeitung von Personendaten getroffen werden.

### **4.3 Bekanntgabe ins Ausland**

Die Bekanntgabe von Personendaten darf grundsätzlich nur erfolgen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht schwerwiegend verletzt wird. Eine schwerwiegende Verletzung wird angenommen, wenn ein Datenschutz fehlt, der dem schweizerischen gleichgestellt ist.

Ein Rechtfertigungsgrund kann in der Einwilligung der betroffenen Person liegen.

Die fehlende gleichwertige Datenschutzgesetzgebung kann durch entsprechende Verträge mit den Empfängern der Daten im Ausland geheilt werden.

### **4.4 Auskunftsrecht**

Die Datensammlungen sind so zu gestalten, dass die betroffenen Personen ihr *Auskunftsrecht* (Art. 8 DSG) wahrnehmen können.

### **4.5 Verantwortlichkeit für die Gewährleistung des Datenschutzes**

Für die Gewährleistung des Datenschutzes ist zum einen die Privatperson oder das Bundesorgan verantwortlich, die/das die Daten selber bearbeitet oder die Daten durch einen Dritten bearbeiten lässt, zum anderen der Datenkommunikationsnetzbe-

treiber, wobei es sich bei dem Datenkommunikationsnetz um ein logisches und/oder ein physikalisches handeln kann.

## 5. Datenschutz und Internet

### 5.1 Generelle Datenschutzrisiken im Internet:

Alle, die in irgendeiner Form Personendaten bearbeiten, sind an diese Grundsätze gebunden. Das bedeutet, dass jeder, der über Internet Personendaten z.B. verschickt oder im Abrufverfahren zugänglich macht, die oben ausgeführten Grundsätze zu berücksichtigen hat.

Ebenso gelten diese Grundsätze unabhängig von der Art bzw. der Sensibilität der Personendaten. Die Grundsätze finden somit sowohl auf die Angaben von etwa Qualifizierungen, Spezialitäten, Hobbies, Körpermasse etc. einer bestimmten oder bestimmbaren Person Anwendung, als auch auf die Angabe von Name, Adresse, Telefonnummer und anderer Kommunikationsparameter.

Je sensibler die Personendaten werden, desto höher sind die Anforderungen an den Datenschutz.

Das Bekanntgeben von Personendaten im Internet stellt aufgrund der möglichen nationalen, internationalen und globalen Verfügbarkeit, Verknüpfbarkeit und Nicht-Kontrollierbarkeit, wer was mit den Personendaten macht, aus datenschutzrechtlicher Sicht ein grosses Problem dar.

Über Internet ist eine enorme Menge von Informationen, darunter auch ein grosser Teil Personendaten erreichbar. Es ist zu bedenken, dass durch die Verknüpfung mehrerer Datenbestände, die einzeln unproblematisch sein können, schwer abschätzbare Risiken (z.B. Persönlichkeitsprofile, Kaufprofile, Bewegungsprofile) entstehen können.

Einmal über Internet öffentlich zugängliche Daten stehen einer äusserst grossen Benutzerzahl zur Verfügung. Sie können abgerufen, lokal gespeichert, weiterbearbeitet und an Dritte weitergegeben werden. Eine genaue Kontrolle, wohin die Daten fließen und auf welche Weise diese ausgewertet werden, ist nicht mehr möglich. Zudem ist es insbesondere wegen der Indexierung, dem Caching im WWW etc. fast unmöglich, Daten wieder zu entfernen.

### *Bekanntgabe von Personendaten im Internet durch Private:*

Werden durch Dritte (*Private*) Personendaten im Internet zum allgemeinen Abruf national, international, global bereitgestellt werden, sollte eine Einwilligung der betroffenen Person in schriftlicher Form oder mittels eines vergleichbaren Verfahrens vorliegen, diese umfasst folgende Elemente:

- die Kenntnisnahme von den Gefahren und Möglichkeiten des Netzes (Verfügbarkeit, Verknüpfbarkeit, Vertraulichkeit)
- die Kenntnisnahme der weltweiten Verfügbarkeit
- die Kenntnisnahme davon, dass in Ländern, in denen die Daten verfügbar sind, keine adäquate Datenschutzgesetzgebung besteht
- die Kenntnisnahme, auf welchem Netz die Daten verfügbar sind
- die Kenntnisnahme des Zwecks der Bearbeitung auf dem Netz
- die Kenntnisnahme der gespeicherten Daten
- einen Widerrufsvorbehalt, der auch das Recht auf Korrektur einschliesst

Für die Bekanntgabe von Personendaten im Arbeitsverhältnis gelten strengere Bedingungen über Art. 362, 328b OR.

### *Bekanntgabe von Personendaten im Internet durch Bundesorgane:*

Sollen von *Bundesorganen* Personendaten im Internet national, international oder global zum Abruf zur Verfügung gestellt werden, ist darauf zu achten, dass das Zur-Verfügung-Stellen von Personendaten im Internet eine Bekanntgabe von Personendaten im Abrufverfahren ist. Gemäss Art. 19 Abs. 3 DSG dürfen Bundesorgane Personendaten im Internet nur zum Abruf zur Verfügung stellen, wenn dies in einer gesetzlichen Grundlage ausdrücklich vorgesehen ist. Die Möglichkeit der Zulässigkeit von Bekanntgaben aufgrund von Einwilligungen der betroffenen Personen sieht das DSG nur für den Einzelfall der Bekanntgabe vor (Art. 19 Abs. 1 lit. b DSG). Da aber im Abrufverfahren eine Vielzahl von Abfragen von den unterschiedlichsten Stellen zu den unterschiedlichsten Zeiten erfolgen kann, kann nicht mehr von einem Einzelfall im Sinne des Art. 19 Abs. 1 lit. b DSG ausgegangen werden.

### *Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland:*

Das Internet kennt als globales Netz keine nationalen Grenzen. Daten werden in Staaten übertragen, die keine oder nur unzureichende Datenschutzbestimmungen kennen. Auch ist der Zugriff auf Datenbestände von solchen Ländern aus möglich. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG ist die Übermittlung von Daten in andere Länder unzulässig, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde. Das ist grundsätzlich der Fall, wenn in den anderen Ländern keine dem schweizerischen Datenschutz vergleichbare Gesetzgebung besteht.

### *Import von Personendaten aus dem Ausland:*

Werden Personendaten aus dem Ausland importiert, fallen diese unter den Anwendungsbereich des DSG. Werden Daten in andere Länder importiert, fallen sie unter deren Datenschutzgesetzgebungen, was dazu führt, dass ein und dieselben Personendaten in einem Land nur unter sehr strengen datenschutzrechtlichen Bedin-

gungen bearbeitet werden dürfen, in einem anderen Land keinen Reglementierungen unterworfen sind.

Immer häufiger wächst der Wunsch, firmeninterne Netze mit dem Internet zu verbinden, einerseits um das Informationsangebot zu nutzen, andererseits um einen Teil der Firmeninformationen im Netz zu verbreiten. Eine wirksame Massnahme zur Abschottung vertrauenswürdiger Netze vor unsicheren Netzen ist die Verwendung von Zwischenrechnern (sog. Firewalls), solange das Internet keine eigenen wirksamen Mittel zur Authentifizierung und/oder Chiffrierung bereitstellt.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass international die Harmonisierung der Datenschutzgesetzgebungen, insbesondere im Bereich des Internet sowie die Einführung einer zentralen Kontrolle anzustreben ist.

## **5.2 Datenschutzrisiken bei speziellen Internet-Diensten**

Im folgenden werden anhand einzelner Internet-Dienste mögliche Datenschutz-Risiken dargestellt und Lösungsansätze aufgezeigt. Die Aufzählung der Dienste und möglichen Gefahren erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit:

### **5.2.1 E-Mail**

Electronic Mail (E-Mail) ermöglicht die weltweite Kommunikation zwischen verschiedenen Partnern im Netz. Es handelt sich um den meistgenutzten Internet-Dienst. Die Vertraulichkeit der übertragenen Daten kann nicht als gegeben betrachtet werden: Wer unverschlüsselte Nachrichten verschickt, muss damit rechnen, dass diese von Dritten gelesen werden können. Ebenso hat der Empfänger einer E-Mail keine Garantie, dass der Absender auch derjenige ist, für den er sich ausgibt. Eine Fälschung seiner Kennungen ist technisch möglich. Weiter kann nicht ausgeschlossen werden, dass die übertragene Nachricht auf ihrem Weg unbefugt und unbemerkt verändert oder unterdrückt wird, dass die Übertragung zeitlich verzögert oder bei Transaktionen die Reihefolge vertauscht wird.

Kommunikationspartner können jedoch selbst gewisse Massnahmen ergreifen, die Vertraulichkeit, Verbindlichkeit und Integrität zu gewähren. (kryptographischen Verfahren)

Auch wenn die versandten Nachrichten vertraulich übertragen werden, ist das Risiko vorhanden, dass Kommunikationsprofile erstellt werden d.h. dass systematisch erhoben wird, wer mit wem Nachrichten ausgetauscht hat.

Die E-Mail-Adresse kann gegebenenfalls Angaben über den Adressaten enthalten: Beispielsweise: Name, Vorname, Staat, Art der Organisation (privat, staatliche Behörde, non-profit-organisation, Universität etc.), Abteilung, Provider etc.

### 5.2.2 Newsgroups

Newsgroups sind elektronische Diskussionsforen. Die Beiträge, die in diese Foren (im Internet existieren mehrere tausend zu den unterschiedlichsten Themen) geschrieben werden, sind öffentlich. Alle interessierten Internet-Benutzer können die gewünschten Newsgroups anwählen und die Artikel lesen und sich an den Diskussionen beteiligen. Auch dies kann wie bei E-Mail ge- oder verfälscht werden.

Die Artikel können abgespeichert und nach Belieben (z.B. nach bestimmten Stichwörtern) ausgewertet werden. Die Auswertung kann mit Mitteln und in einem Masse erfolgen, denen sich die Benutzer nicht oder nur begrenzt bewusst sind.

Es existieren im Internet öffentlich zugängliche Datenbanken, bei denen nach Stichwörtern sowie nach Sender/Empfänger von Newsgroup-Artikeln gesucht werden kann. So ist es möglich, die Artikel, die ein bestimmter Internet-User im Laufe der Zeit in die diversen Newsgroups geschrieben hat, aufzulisten und auszuwerten. Dabei kann ein umfassendes Bild der Persönlichkeit entstehen, wie dies beim Lesen einzelner Artikel meist nicht der Fall ist. Zudem können Newsgroup-Artikel Personendaten über Dritte enthalten. Da diese Daten weltweit abgerufen und gespeichert werden, ist es den Betroffenen praktisch unmöglich, die Bearbeitung zu kontrollieren.

### 5.2.3 File Transfer Protocol (FTP) und Telnet:

FTP ist ein Dienst, der es erlaubt, Dateien von und nach Internet-Servern zu transferieren. Zum einen stellt sich das Problem der Vertraulichkeit der Dateien (siehe E-Mail) zum andern dasjenige des Kommunikationsverhaltens.

Mit dem Telnet-Dienst kann sich ein Internet-Benutzer von seinem Terminal aus auf einem entfernten Rechner im Netz arbeiten.

Sowohl bei FTP und Telnet besteht das Risiko des Abflusses von Personendaten in Länder mit qualitativ geringeren Datenschutzbestimmungen als im Ursprungsland.

Es bestehen die Gefahren des Mithörens der Benutzername/Passwort-Kombination und der Benutzerdaten.

### 5.2.4 World Wide Web

Über das äusserst populäre World Wide Web (WWW) können Internet-Informationen über eine bequeme Benutzeroberfläche (Hypertextsystem) abgerufen werden. Anhand der besuchten Server und abgerufenen Informationen kann unter Umständen ein Bild der Persönlichkeit offenbar werden. (siehe Abschnitt: Internet-Provider)

Die zum grossen Teil öffentlichen Informationen im WWW können, wie die Newsgroup-Artikel, Personendaten von Dritten enthalten. Per Abrufverfahren ist der Zugriff auf Datenbestände aller Art möglich.

Bei einigen Servern werden mittels elektronischer Fragebogen Daten erfasst, bei denen eine Missbrauchsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann. Hier liegt es am Netz-Benutzer zu entscheiden, welche seiner Personendaten er wo preisgeben will.

Ein Betreiber eines Internet-Servers erhält Angaben über diejenigen Netz-Benutzer, die seine Seiten besuchen. Er "sieht" die IP-Adresse sowie allenfalls weitere Angaben über den verwendeten WWW-Browser etc. Die IP-Adresse identifiziert den Benutzer nicht unbedingt eindeutig. Falls er sich über eine Wählleitung beim Provider einwählt, werden die IP-Adressen meist dynamisch zugewiesen, d.h. es wird eine IP-

Adresse vergeben, die momentan gerade nicht genutzt wird. Dem Provider seinerseits ist jedoch bekannt, zu welcher Zeit jeder seiner Kunden mit welcher IP-Adresse im Netz war, da sich diese mit User-ID und Passwort authentifizieren.

Hat der Abfragende seinen Browser für E-Mail-Zwecke so konfiguriert, dass beim E-Mail auch seine Klartext-Adresse mitgeliefert wird, hat das zur Folge, dass die Klartext-Adresse auch bei Abfrage der WWW-Seite, jedoch ohne Kenntnis des Abfragenden, mitgeliefert wird.

Zudem kann dank WWW-Indices, die automatisch gepflegt werden, das Internet (WWW usenet, ftp) fast flächendeckend durchsucht und das Ergebnis weiterverarbeitet werden.

### **5.3. Internet-Provider**

Der Internet-Provider (Provider) bietet seinen Kunden den Zugang zum Internet. Er bietet die technischen Voraussetzungen, um Internetdienste zu nutzen.

Zudem bieten Provider auch oben angeführte Dienste an.

#### **5.3.1 Bearbeitung von Personendaten durch den Provider**

Zum einen bearbeitet der Provider, um das Geschäft mit seinen Kunden abwickeln zu können, Personendaten, wie Name, Adresse, Telefonnummer, Art der technischen Ausrüstung etc. Diesbezüglich finden die Bestimmungen des DSG auf ihn Anwendung.

Der Provider darf ausschliesslich diejenigen Personendaten seiner Kunden bearbeiten, die er zur Erfüllung seiner Dienstleistung benötigt. Diese variieren je nach Abrechnungsmodus. Die einen Provider erheben lediglich eine Pauschalgebühr, andere erheben auch Zeit und/oder Volumengebühren.

Die bearbeiteten Daten sind durch technische und organisatorische Massnahmen ausschliesslich dem Personal zugänglich zu machen, das sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen. Die Daten dürfen zu keinem andern Zweck verwendet werden als demjenigen, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.

Die Daten dürfen Dritten nur zugänglich gemacht werden, sofern der Kunde einverstanden ist bzw. eine gesetzliche Pflicht zur Bekanntgabe besteht. Sofern die Kommunikationsdaten als sogenannte Randdaten unter das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 15 FMG fallen, geht dieses als lex specialis dem DSG vorgeht.

Darüber hinaus ist es dem Provider technisch möglich, das *Kommunikationsverhalten* seiner Kunden weitgehend zu erfassen. Er kann feststellen, zu welchen Zeiten ein Benutzer im Netz aktiv ist, welche Dienste er nutzt, mit welchen andern Internetbenutzern er elektronisch in Kontakt tritt sowie welche Informationen er von welchen Servern abruft. In diesem Zusammenhang ist die Entstehung von Persönlichkeitsprofilen - d.h. Zusammenstellungen von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlauben (Art. 3 lit. d DSG) - möglich. Das Erstellen derartiger Kommunikationsprofile ist, sofern nicht durch Einwilligung der betroffenen Person, durch ein Gesetz oder ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt, unzulässig.

Einzelne Provider stellen ihre Kundenlisten mit geschäftlicher bzw. privater Telefonnummer weltweit der gesamten Netzgemeinde zum Abruf zur Verfügung. Dies ist nur zulässig, sofern die betroffene Person eingewilligt hat, durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

Die Provider sollen die Kunden auf die getroffenen technischen und organisatorischen Massnahmen hinweisen, damit diese die Risiken möglichst gut einschätzen können und ihr Verhalten anpassen können.

### **5.3.2 Verantwortlichkeit des Providers**

Grundsätzlich hat die Person, die Personendaten über ein Netz verschickt, in einem Netz Personendaten zum Abruf zur Verfügung stellt oder abruft, die Bearbeitungsgrundsätze des DSG, insbesondere den der Datensicherheit gem. Art. 7 DSG i.V.m. Art. 8 ff. Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 zu beachten. Das heisst, dass diese Person für die Erfüllung dieser Bedingungen verantwortlich ist. Verschickt sie Personendaten über ein Kommunikationsnetz, das ein Dritter zur Verfügung stellt, so hat sie dafür zu sorgen und ist dafür verantwortlich, dass die Anforderungen an die Datensicherheit auch beim Transport über die Leitungen gewährleistet sind.

Neben der Person, die z.B. die Personendaten über die Leitungen verschickt, ist auch der Dritte, der das Datenkommunikationsnetz zur Verfügung stellt, soweit es in seinen Möglichkeiten liegt, dafür verantwortlich, dass die in Art. 8 VDSG aufgezählten Anforderungen erfüllt sind (vgl. hierzu auch Punkt 6.1 der Empfehlung Nr. R (95) 4 des Europarates betreffend den Datenschutz im Bereich der Telekommunikationsdienste, insbesondere der Telefondienste). Dies bedeutet, dass grundsätzlich für die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Richtigkeit sowohl derjenige verantwortlich ist, der die Personendaten verschickt, als auch derjenige, der das Datenkommunikationsnetz bzw. die Leitungen zur Verfügung stellt. Der Provider ist als jemand anzusehen, der ein Datenkommunikationsnetz zur Verfügung stellt. An die Möglichkeiten, die ein Provider hat, die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Richtigkeit der Daten zu gewährleisten, sind jedoch nicht allzu grosse Anforderungen zu stellen. So soll der Provider seinen Kunden über die datenschutzrechtlichen Risiken, die sich aus dem Benutzen des Netzes sowie der Inanspruchnahme von Diensten ergeben können, ausreichend informieren sowie ihn auf Massnahmen und Produkte zur Gewährleistung der Vertraulichkeit, Richtigkeit und Verfügbarkeit von Personendaten hinweisen.

-----

# Datenaufbahnen aus der Sicht des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte

## 1. Vorbemerkungen

Die Informationsgesellschaft und ihre neuen Kommunikationsmittel wie Datenaufbahnen oder auch Multimedia stellen bezüglich des Urheberrechtsschutzes eine Reihe rechtlicher Fragen. Eine davon ist sicherlich diejenige, ob der gegenwärtige Schutz ausreicht, um die Verwendung von Werken der Literatur und Kunst sowie von nachbarrechtlich geschützten Leistungen (vgl. hinten Ziff. 4) in diesem neuen Umfeld zu kontrollieren. Offen ist aber auch noch, wie sich diese Rechte anwenden und durchsetzen lassen, ohne dass dabei der Informations- und Dokumentationsfluss allzusehr eingeschränkt wird.

Da die Datenaufbahnen ein grenzüberschreitendes Phänomen darstellen, stellen sich sowohl auf nationaler wie auf internationaler Ebene ähnliche Fragen und daher sind auch gegenwärtig die verschiedensten Gremien daran, zu prüfen, ob und allenfalls welche Massnahmen zu ergreifen sind, damit urheberrechtlich geschützte Werke und die durch die verwandten Schutzrechte geschützten Leistungen im Rahmen der neuen technischen Möglichkeiten der erforderliche Schutz gewährt werden kann und gleichzeitig auch die berechtigten Bedürfnisse der Nutzer berücksichtigt werden können. Es sei hier nur kurz auf die aktuellen Bestrebungen der Weltorganisation für geistiges Eigentum (OMPI) hingewiesen, mit einem Zusatzprotokoll zu einer weltweiten Urheberrechtskonvention (Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst; vgl. hinten Ziff. 6) die im Zusammenhang mit den neuen technischen Möglichkeiten aufgetauchten Rechtsfragen aus urheberrechtlicher Sicht in den Griff zu bekommen. Auch in der EU (mit dem Grünbuch über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft), den USA (Intellectual Property and the National Information Highway) oder in Frankreich (Industries culturelles et nouvelles techniques) sowie in weiteren Staaten sind entsprechende Berichte erschienen.

In der Schweiz ist gegenwärtig insbesondere die Schweizerische Vereinigung für Urheber- und Medienrecht (SVUM) daran, ein umfassendes Werk über den 'Information Highway' herauszugeben. Diese Arbeit wird über das Urheberrecht hinausgehen und auch andere Rechtsgebiete (wie Kommunikationsrecht, Datenschutz, Strafrecht, Rechtsstellung des Access Providers, zivilrechtliche Haftung usw.) abdecken und ebenfalls einige interdisziplinäre Beiträge (technische und praktische Seite des Information Highway) enthalten.

Im folgenden geht es darum zu prüfen, inwieweit über Datenautobahnen (wie das Internet) überhaupt urheberrechtlich geschützte Inhalte angeboten werden und welche Probleme aus urheberrechtlicher Sicht sich daraus ergeben können. Da gegenwärtig noch vieles im Fluss ist und man sich in diesem Bereich noch auf unsicherem rechtlichen Boden befindet, erhebt dieses Papier nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

## 2. **Gesetzliche Grundlage**

In der Schweiz wird das Urheberrecht durch das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992 geregelt. Der Schutz dieses Gesetzes gilt nach Artikel 1 URG für

- Urheber von Werken der Literatur und Kunst (*Urheberrecht*);
- ausübende Künstler, Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie für Sendeunternehmen (*verwandte Schutzrechte*).

Obwohl das URG ein relativ junges Gesetz ist, sind bei dessen Erlass die neuesten technologischen Herausforderungen wie etwa Datenautobahnen oder Multimedia noch kaum bekannt gewesen und daher auch unberücksichtigt geblieben.

Im weiteren gelten auch die internationalen Abkommen auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, denen die Schweiz angehört (vgl. hinten Ziff. 6).

## 3. **Urheberrechtsschutz**

### 3.1. **Werke der Literatur und Kunst**

Urheberrechtsschutz geniessen Werke der Literatur und Kunst (Art. 2 Abs. 2 URG) wie etwa:

- o *Texte jeglicher Art* (vom Roman über die wissenschaftliche Abhandlung und den Zeitungsartikel bis hin zum Werbeprospekt);
- o *Werke der Musik*;
- o *Werke der bildenden Kunst* (wie Malerei, Bildhauerei, Graphik);
- o *Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt* wie Zeichnungen, Pläne oder Karten;
- o *visuelle oder audiovisuelle Werke* wie Fotografien und Filme;
- o *Computerprogramme*.

### 3.2. Schutzvoraussetzungen

Die obgenannten Werke sind aber nur urheberrechtlich geschützt (Art. 2 Abs. 1 URG), falls sie

- zum Bereich der Literatur und Kunst gehören;
- das Ergebnis einer geistigen Schöpfung sind und
- einen individuellen Charakter haben; d.h. das Merkmal der Individualität bzw. der Originalität erfüllen (gemäss Bundesgericht ist dies der Fall bei *'konkreten Darstellungen, die nicht bloss Gemeingut enthalten, sondern insgesamt als Ergebnis geistigen Schaffens von individuellem Gepräge oder als Ausdruck einer neuen originellen Idee zu werten sind; Individualität oder Originalität gelten denn auch als Wesensmerkmale des urheberrechtlich geschützten Werkes'*; BGE 113 II 196).

Der Urheberrechtsschutz umfasst auch *Entwürfe, Titel und Teile* von Werken, sofern die obigen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind. Es kommt somit nicht auf den Aufwand oder die finanziellen Mittel zur Schaffung eines Werkes an. Im Einzelfall obliegt es indessen den ordentlichen Gerichten verbindlich festzustellen, ob die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind.

Es ist offensichtlich, dass auf Datenautobahnen urheberrechtlich geschützte Inhalte (wie Filme, Fotos, Texte, Musik usw.) angeboten, weiterverbreitet, gespeichert, verändert und auch anderswie genutzt werden.

### 3.3. Werke zweiter Hand und Sammelwerke

Ein *Werk zweiter Hand* (Art. 3 URG) liegt vor, falls ein bereits vorhandenes Werk (ursprüngliches Werk) so bearbeitet wird, dass sein *individueller Charakter erkennbar bleibt*. Das Gesetz nennt als Beispiele Übersetzungen oder audiovisuelle Bearbeitungen. Aber auch jede andere Bearbeitung eines schon bestehenden Werkes kann zu einem Werk zweiter Hand führen. Obwohl auch Werke zweiter Hand denselben Schutz wie die ursprünglichen Werke geniessen, bleibt in diesen Fällen das Recht der am ursprünglichen Werk Berechtigten (Urheber bzw. Rechtsinhaber) vorbehalten; Werke zweiter Hand dürfen somit nur mit deren Zustimmung an die Öffentlichkeit gebracht werden. Da es ohne weiteres möglich ist, auf Datenautobahnen eingespeiste Werke herunterzuladen, zu speichern und zu bearbeiten, kommt dieser Bestimmung besondere Bedeutung zu.

*Sammlungen* (Art. 4 URG) sind geschützt, sofern es sich bezüglich Auswahl oder Anordnung um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt. Der Schutz besteht unabhängig davon, ob die einzelnen Bestandteile urheberrechtlich geschützt sind oder nicht. Damit ist klar, dass auch eine Datenbank als solche urheberrechtlichen Schutz geniessen kann, ohne dass die einzelnen Elemente geschützt sein müssen. Auch diese Bestimmung ist in diesem Zusammenhang

wesentlich, ist es doch eine der wichtigen Funktionen des Internet, den Zugriff auf verschiedenste Datenbanken (Bibliographische Datenbanken, Faktendatenbanken, Volltextdatenbanken, numerische Datenbanken, Textdatenbanken usw.) zu ermöglichen.

### 3.4. Das Kollektivwerk

Ein Werk kann auch von mehreren Personen gemeinsam geschaffen werden. Dies ist gerade bei Filmen oder auch Computerprogrammen die Regel. Das Gesetz spricht hier von *Miturheberschaft* und gesteht den Beteiligten gemeinsam das Urheberrecht zu (Art. 7 URG). Ein solches Werk darf somit nur mit Zustimmung aller Miturheber verwendet werden, was natürlich die Einholung der entsprechenden Rechte besonders erschwert. Allerdings befinden sich diese Rechte vielfach gebündelt bei einem Rechtsinhaber (z.B. Produzent, Arbeitgeber oder Auftraggeber), der sich die entsprechenden Rechte durch einen Vertrag hat abtreten lassen. Das URG (Art. 17) überlässt im übrigen die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse an einem Computerprogramm von Gesetzes wegen dem Arbeitgeber.

### 3.5. Nicht geschützte Werke

Nach schweizerischem Recht (Art. 5 URG) geniessen Gesetze, Verordnungen, andere amtliche Erlasse, Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen, Zahlungsmittel sowie amtliche oder gesetzlich geforderte Sammlungen (wie die Amtliche oder die Systematische Gesetzesammlung des Bundes) und Übersetzungen solcher Werke *keinen Schutz*. Deren Benützung ist somit aus urheberrechtlicher Sicht uneingeschränkt möglich. Frei ist natürlich auch die Benutzung von Werken, bei denen die Schutzfrist abgelaufen ist (vgl. hinten Ziff. 7.1.2).

## 4. Geschützte Leistungen (verwandte Schutzrechte)

Neben den Urhebern von Werken der Literatur und Kunst schützt das Urheberrechtsgesetz unter dem Titel *verwandte Schutzrechte* auch:

- die *ausübenden Künstler*, d.h. Personen, die ein Werk darbieten oder an der Darbietung eines Werkes mitwirken (Art. 33 URG);
- die *Hersteller von Ton- und Tonbildträgern* (Art. 35 URG) sowie
- die *Sendeunternehmen* (Art. 36 URG).

## 5. Geltungsbereich

In der Schweiz sind Werke unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Urhebers bzw. vom Ort der Veröffentlichung oder der Herausgabe geschützt. Der gleiche Grundsatz gilt für die Berechtigten aus den verwandten Schutzrechten.

## 6. Internationale Abkommen

Im Bereich der internationalen Beziehungen sind in erster Linie die bereits erwähnte *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst* (RBUe; über 100 Mitgliedstaaten) und das *Welturheberrechtsabkommen* (WUA; ebenfalls ca. 100 Mitgliedstaaten) zu erwähnen. Beide Abkommen sehen die Inländerbehandlung vor und gewährleisten einen Mindestschutz, wobei allerdings das Schutzniveau unterschiedlich hoch ist. Das wichtigste internationale Abkommen für die verwandten Schutzrechte ist das *Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen* (Rom-Abkommen; ca. 50 Mitgliedstaaten). Die Schweiz gehört allen drei Abkommen an.

## 7. Entstehung und Ende des Schutzes

### 7.1. Urheberrecht

#### 7.1.1. Entstehung des Schutzes

Sowohl in der Schweiz als auch in allen übrigen Mitgliedstaaten der Berner Übereinkunft sind zur Erlangung des Urheberrechtsschutzes *keine Formalitäten* zu erfüllen, wie etwa die Hinterlegung oder Registrierung des Werkes oder das Anbringen irgend eines Vermerkes auf den Werkexemplaren bzw. das Erscheinen eines entsprechenden Hinweises auf dem Bildschirm beim Abrufen des Werkes aus einer Datenbank. Der gesetzliche Schutz tritt ohne weiteres mit der Schaffung des Werkes durch eine natürliche Person ein (vgl. hinten Ziff. 8).

Die ausschliesslich dem *Welturheberrechtsabkommen* - nicht aber der Berner Übereinkunft - angehörenden Staaten sind allerdings befugt, den Urheberrechtsschutz von der Anbringung des Kennzeichens © mit dem Namen des Urheberrechtsinhabers und der Jahreszahl der ersten Veröffentlichung an einer gut sichtbaren Stelle jedes Werkexemplares abhängig zu machen. Die Erfüllung weiterer Formalitäten kann aber auch hier nicht gefordert werden. In der Schweiz ist ein solcher Hinweis nicht erforderlich und ein Urheberrecht kann auch ohne ihn geltend gemacht und durchgesetzt werden.

#### 7.1.2. Ende der Schutzdauer

Der Urheberrechtsschutz erlischt in der Schweiz *70 Jahre nach dem Tod des Urhebers* (Art. 29 URG) (Nach der Berner Übereinkunft sind Werke mindestens bis 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers geschützt. Somit kann die Einspeisung eines Werkes auf eine Datenautobahn in einem Land mit niedrigerer Schutzfrist durchaus gesetzeskonform sein, das Kopieren in der Schweiz aber unter den Verbotsanspruch des Urhebers fallen, da das Werk hier aufgrund der Inländerbehandlung noch geschützt ist). *Für Computerprogramme gilt eine Schutzdauer von 50 Jahren*, welche ebenfalls mit dem Tod des Urhebers zu laufen beginnt.

Haben mehrere Personen bei der Schaffung eines Werkes mitgewirkt, so beginnt die Schutzfrist nach dem Tod der zuletzt verstorbenen Person zu laufen (Art. 30 URG); für anonyme oder pseudonyme Werke mit der Veröffentlichung des Werkes (Art. 31). Bei *audiovisuellen Werken* (Filmen) ist für die Berechnung der Schutzdauer der Tod des Regisseurs massgebend (Art. 30 Abs. 3 URG).

## 7.2. **Verwandte Schutzrechte**

Der Schutz der verwandten Schutzrechte ist ebenfalls formlos und die Schutzdauer beginnt mit der Darbietung des Werks durch den ausübenden Künstler, mit der Herstellung des Ton- oder Tonbildträgers oder mit der Ausstrahlung der Sendung und dauert ab diesem Zeitpunkt 50 Jahre (Art. 39 URG). Das Rom-Abkommen sieht eine Mindestschutzdauer von 20 Jahren vor.

## 8. **Übertragung des Urheberrechts**

Urheber ist die *natürliche Person*, die das Werk geschaffen hat (Art. 6 URG). Diese ist auch originärer Rechtsinhaber. *Juristische Personen* (Unternehmen) können Urheberrechte somit nur vertraglich erwerben.

Die Übertragung eines im Urheberrecht enthaltenen Rechts (vgl. hinten Ziff. 9.1) schliesst die Übertragung anderer Teilrechte nicht in sich, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart worden ist. Insbesondere gilt in diesem Falle die Übertragung des Wiedergaberechts nur für die unveränderte Wiedergabe. Die Übertragung der Urheberrechte ist *formfrei* (Art. 16 URG). Selbstverständlich ist es einem Urheber auch möglich, auf seine Rechte zu verzichten. In diesem Fall dürfen die Werke im Rahmen des Verzichts frei gebraucht werden. Ein solcher Verzicht muss allerdings in der Regel ausdrücklich vermerkt sein. Ohne entsprechenden Vermerk ist davon auszugehen, dass der Urheber seine Rechte wahrnehmen will (Zur Frage, ob allenfalls mit der Einspeisung eines Werkes auf eine Datenautobahn durch den Urheber selbst auf die Geltendmachung gewisser Rechte verzichtet wird, vgl. hinten Ziff. 9.1).

Neben der Übertragung von Rechten ist es auch möglich, mittels eines Lizenzvertrages entsprechende Verwendungsbefugnisse einzuräumen.

## 9. **Inhalt des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte**

### 9.1. **Urheberrecht**

Der Urheber hat zunächst das Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk erstmals veröffentlicht werden soll (Art. 9 Abs. 2 URG). Eine Veröffentlichung liegt vor, wenn das Werk *zum ersten Mal* rechtmässig einer grösseren Anzahl Personen zugänglich gemacht wird. Der Urheber hat somit das alleinige Recht, sein unveröffentlichtes Werk erstmals auf eine Datenautobahn einzuschleusen. Mit der erstmaligen Veröffentlichung gilt dieses Recht als konsumiert.

Von Bedeutung für die Verwendung eines Werkes auf einer Datenautobahn sind aber auch die weiteren Rechte, welche der Urheber an einem Werk hat. Dabei gilt

als Grundsatz (Generalklausel), dass ihm *das ausschliessliche Recht* zusteht, zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk *verwendet* werden darf (Art. 10 Abs. 1 URG) Der Gesetzgeber hat diese offene und nicht abschliessende Formulierung gewählt, damit auch künftige, zur Zeit der Gesetzgebung noch nicht bekannte Nutzungsformen eingeschlossen sind. Damit erfasst aber das geltende URG auch die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auf den Datenautobahnen.

Zu den besonders erwähnten Verwendungsarten gehören unter anderem:

- *das Vervielfältigungsrecht* (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG); d.h. das Recht, ein Werk durch irgend ein Verfahren zu kopieren (Herstellung von weiteren Werkexemplaren mittels Druck, Ton-, Tonbild- oder Datenträger). Gemeint ist somit zunächst die Wiedergabe auf einem dauerhaften Material. *Aber es bestehen keine Zweifel, dass auch das herunterladen eines Werkes auf die Festplatte eines Computers als Vervielfältigung gilt.* Eine derartige Kopie erlaubt es ebenfalls, ein Werk erneut zu verwenden, weiterzuverbreiten oder gar zu ändern. Wesentlicher Unterschied im Internet ist, dass ein Werk bzw. dessen Inhalt in digitalisierter Form übermittelt wird; dabei entsteht beim Vervielfältigen eines Werkes eine dem Original qualitativ ebenbürtige Kopie. Damit ist aber auch klar, dass das Speichern eines Werkes aus dem Internet auf den eigenen Computer, die Einspeicherung in eine Datenbank oder das Laden von einer elektronischen Bibliothek zum Vervielfältigungsrecht des Urhebers gehören, da hierbei entsprechende neue Werkexemplare entstehen.
- *das Verbreitungsrecht* (Art. 10 Abs. 2 Bst. b URG) ist das Recht des Urhebers, Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonstwie in Verkehr zu bringen. Da im Internet grundsätzlich keine körperlichen Werkexemplare entstehen, sondern die Weitergabe regelmässig mit einer Vervielfältigung verbunden ist, spielt das Verbreitungsrecht nur eine untergeordnete Rolle.
- *das Recht ein Werk wahrnehmbar zu machen* (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG). Der Urheber bzw. der Rechtsinhaber hat das ausschliessliche Recht, sein Werk anderswo (auch mit technischen Mitteln wie Datenautobahn) wahrnehmbar zu machen. Damit hat er aber auch die Möglichkeit das individuelle Anbieten seines Films oder seiner Musik über das Internet zu verbieten. Hat der Berechtigte allerdings sein Werk selbst in das Internet eingespielen oder wurde es mit seinem Wissen und Willen eingespielen, besteht eine Vermutung, dass er in diesem Rahmen in die Wahrnehmbarmachung seines Werkes eingewilligt hat (vgl. dazu auch Ziff. 8).
- *das Senderecht* (Art. 10 Abs. 2 Bst. d URG); d.h. das Recht, das Werk durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen zu senden. Hier stellt sich die Frage, ob das Übermitteln eines Werkes auf einer Datenautobahn dem 'senden' gleichgesetzt werden kann. Mit dem Begriff Senden ist die

*gleichzeitige Übermittlung* eines Werkes an eine unbeschränkte und unbestimmte Zahl von Personen gemeint. Im Internet ist zumindest das Erfordernis der Gleichzeitigkeit nicht gegeben, da hier die Werke durch die Nutzer individuell und interaktiv abgerufen werden können. Somit dürfte das *Sende-* wie auch das *Weitersenderecht* (Art. 10 Abs. 2 Bst. e URG; d.h. das Recht, gesendete Werke mit Hilfe von technischen Einrichtungen, deren Träger nicht das ursprüngliche Sendeunternehmen ist, weiterzusenden) im Rahmen der Übertragung über Internet kaum von grossem Interesse sein.

- *das Vermietrecht* (Art. 13 URG): Mit Ausnahme der Computerprogramme ist es zulässig, rechtmässig erworbene Werkexemplare zu vermieten. Derjenige, der Werkexemplare vermietet oder sonstwie gegen Entgelt zur Verfügung stellt, muss dem Urheber hiefür allerdings eine Entschädigung bezahlen. Dagegen hat der Urheber eines *Computerprogrammes* das ausschliessliche Recht, das Programm zu vermieten. Computerprogramme dürfen somit *ohne die ausdrückliche Einwilligung des Rechteinhabers* nicht gegen Entgelt Dritten zur Verfügung gestellt werden. Das Einspeichern und Zurverfügungstellen eines Werkes auf einer Datenautobahn fällt allerdings in der Regel nicht unter den Tatbestand des Vermietens, da nicht die Übergabe von (Original)-Werkexemplaren erfolgt.
- *das Änderungsrecht sowie das Recht zu bestimmen, ob das Werk zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand verwendet oder in ein Sammelwerk aufgenommen werden darf* (Art. 11 Abs. 1 URG). Die Interaktivität des Internets erlaubt dem Benutzer nicht bloss passives konsumieren, sondern auch selektives Auswählen und die Vornahme von Änderungen. Aber auch hier sind ihm durch das Urheberrecht klare Grenzen gesetzt, darf doch ein Werk ohne die Einwilligung des Urhebers weder geändert noch für ein Werk zweiter Hand verwendet werden oder in eine Datenbank aufgenommen werden. Das ausschliessliche Recht des Urhebers auf Wiedergabe bezieht sich sowohl auf die unveränderte als auch auf die veränderte Wiedergabe des Werkes und schliesst insbesondere auch das Bearbeitungsrecht ein. Dies gilt insbesondere auch für das 'Sampeln' verschiedener Werke wie dies etwa bei Multimedia-Produkten häufig vorkommt. Aber selbst wenn eine vertragliche oder gesetzliche Befugnis zur Änderung eines Werkes oder zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand vorliegt, kann sich der Urheber gegen jede Entstellung seines Werkes wehren, die sein Persönlichkeitsrecht verletzt (Art. 11 Abs. 2 URG).

## 9.2 Verwandte Schutzrechte

*Ausübende Künstler* haben grundsätzlich gegenüber dem Urheberrecht parallele Rechte, d.h. sie haben das Recht, ihre Darbietung wahrnehmbar zu machen. Daneben haben sie aber auch das Sende- und Weitersenderecht, das Aufnahm- und Vervielfältigungsrecht sowie das Verbreitungsrecht (Art. 33 URG). Es gilt allerdings zu beachten, dass sie - im Gegensatz zu den Urhebern - nicht den Schutz einer Generalklausel haben, die ihnen ein allgemeines ausschliessliches Recht einräumt. Bei der Verwendung im Handel erhältlicher Ton- oder Tonbildträger zum Zwecke der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung haben sie Anspruch auf eine Vergütung (Art. 35 URG).

## 10. Schutzausnahmen

Die folgenden für die Datenautobahnen relevanten Schutzausnahmen erlauben ausnahmsweise den Gebrauch urheberrechtlich geschützter Werke durch den Informationsnachfrager. Das ausschliessliche Recht des Urhebers wird durch diese Bestimmungen somit eingeschränkt. Der Access Provider kann diese Schutzausnahmen für sich nicht beanspruchen, da er ja nicht eigentlicher Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken, sondern vielmehr ein Vermittler ist.

### 10.1. Eigengebrauch

Das URG erlaubt die Verwendung *veröffentlichter Werke* zum Eigengebrauch (Art. 19 URG). Darunter fällt beispielsweise nebst der Werkverwendung *im persönlichen Bereich* d.h. unter Verwandten und Freunden (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) auch *jede Werkverwendung des Lehrers für den Unterricht in der Klasse* (Art. 19 Abs. 1 Bst. b URG) sowie das auszugsweise *Vervielfältigen* von Werken in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen *für die interne Information oder Dokumentation* (Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG).

Während sich die Bst. a und b *auf jegliche Arten der Werkverwendung* beziehen, gilt Bst. c nur für das Vervielfältigen. Das Abrufen eines Werkes oder auch das Weiterleiten über das Internet an einen Freund (unter der Voraussetzung, dass ein Dritter keinen Zugriff hat) sowie die Herstellung digitaler Kopien sind somit im oben erwähnten persönlichen Rahmen erlaubt. Im Rahmen dieser privaten Nutzung ist somit auch das 'downloading' von on line verfügbaren Daten (mit Ausnahme einer allfälligen Vergütung für das Trägermaterial) frei.

In den Fällen der erlaubten Vervielfältigung geschützter Werke nach Bst. b und c steht den Rechteinhabern ein *Vergütungsanspruch* zu, der ausschliesslich von den zuständigen Verwertungsgesellschaften (vgl. Ziff. 11.1) geltend zu machen ist. Wie dieser Vergütungsanspruch bei der Verwendung von Werken auf der

Datenautobahn wahrzunehmen ist, ist noch nicht gelöst. Im Ausland wurde deshalb gar vorgeschlagen, den Eigengebrauch für digitale Verwendungsarten nicht mehr zuzulassen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung von im Handel erhältlicher Werkexemplare nur für den privaten Kreis (Verwandte und Freunde) zulässig ist (Art. 19 Abs. 3 URG). Für Schulzwecke oder für die interne Information oder Dokumentation eines Unternehmens dürfen somit nicht ganze Werke aus Datenbanken kopiert werden.

#### **10.2. Computerprogramme**

Computerprogramme dürfen auch für den Eigengebrauch nicht kopiert werden (Art. 19 Abs. 4 URG), sondern vom rechtmässigen Benutzer nur insoweit verwendet als dies für den bestimmungsgemässen Gebrauch des Programms, zu dem das Laden, Anzeigen, Übertragen oder Speichern gehören, notwendig ist.

Allerdings erlaubt das URG die *Entschlüsselung des Programmcodes*, sofern dies zur Herstellung der Interoperabilität, d.h. zur Verknüpfung mit einem anderen unabhängig geschaffenen Programm erforderlich ist. Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass diese Informationen nicht ohne weiteres zugänglich sind und die normale Auswertung des Programmes nicht beeinträchtigt wird (Art. 21 URG i.V.m. Art. 17 URV).

#### **10.3. Zitatrecht**

Es ist erlaubt, *ein veröffentlichtes Werk* in einem eigenen Werk zu zitieren, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang durch diesen Zweck gerechtfertigt ist. Das Zitat ist als solches zu kennzeichnen und die Quelle ist deutlich anzugeben (Art. 25 URG).

#### **10.4. Berichterstattung über aktuelle Ereignisse**

Zum Zwecke der Information dürfen über aktuelle Fragen kurze Ausschnitte aus Presseartikeln sowie aus Radio- und Fernsehberichten vervielfältigt oder weiterverbreitet werden; der Ausschnitt und die Quelle sind anzugeben (Art. 28 URG).

## 11. Verwaltung der Urheber- und der verwandten Schutzrechte

### 11.1. Die Regelung der kollektiven Verwertung

Zur gegenwärtigen Situation ist festzuhalten, dass nach Art. 40 Abs. 1 URG nur einzelne Verwertungsbereiche der Bundesaufsicht unterliegen. So können beispielsweise die *Vergütungsansprüche* im Bereich der Massennutzungen (z.B. Kopieren zum Eigengebrauch, Vermieten von Werkexemplaren, Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zu Aufführungs- und Sendezwecken) nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Bis heute gibt es fünf solcher Gesellschaften in der Schweiz (SUISA für Werke der Musik; SUISSIMAGE für visuelle und audiovisuelle Werke; PROLITTERIS für Werke der Literatur, der Fotografie und der bildenden Kunst; Société suisse des auteurs für wort- und musikdramatische Rechte sowie SWISSPERFORM für die verwandten Schutzrechte. Dagegen ist die persönliche Verwertung ausschliesslicher Rechte durch den Urheber nicht der Bundesaufsicht unterstellt.

Im Hinblick auf die Datenautobahnen lässt sich gegenwärtig noch nicht abschliessend feststellen, welche Nutzungen unter die Bundesaufsicht fallen und welche nicht. Da aber der Urheber die Verwendung seines Werkes auf dem Internet kaum kontrollieren kann, dürfte in vielen Fällen eine zentrale Verwaltung der Rechte sowohl zugunsten der Urheber wie auch der Nutzer sein. Die Verwertungsgesellschaften sind deshalb bemüht, sich bereits jetzt möglichst viele Rechte im Zusammenhang mit diesen neuen Nutzungsformen im Rahmen ihrer Verträge mit den Urhebern abtreten zu lassen. Es liegt allerdings an den Urhebern zu entscheiden, ob sie auch das für Internet und Multimedia wesentliche Bearbeitungsrecht einräumen wollen.

In der Schweiz werden aber nicht nur inländische Werke und Darbietungen genutzt. Deshalb lassen sich die schweizerischen Verwertungsgesellschaften mittels Gegenseitigkeitsverträgen mit ähnlichen Organisationen im Ausland die Befugnis einräumen, die Rechte ausländischer Urheber und Rechtsinhaber in der Schweiz wahrzunehmen. Ziel dieser Verträge ist es, den Nutzern ein möglichst vollständiges und weltweites Repertoire anbieten zu können. Während dieses Ziel von der SUISA in ihrem Bereich (Werke der Musik) nahezu erreicht wird, gibt es bei den restlichen Gesellschaften noch teilweise erhebliche Lücken.

Bereits wurde auch die Einführung einer gesetzlichen Lizenz für Werke in digitalisierter Form vorgeschlagen. Dies würde bedeuten, dass der Rechtsinhaber die Verwendung seines Werkes im Internet nicht mehr verbieten könnte. Allerdings würde ihm ein entsprechender Vergütungsanspruch verbleiben. Dies könnte letztlich zu einem sogenannten 'pay per use'-System führen, was für den Nutzer - im Gegensatz zu Pauschalabgaben - den Vorteil hätte, dass er nur für das bezahlen muss, was er effektiv nutzt.

## 12. **Rechtsschutz**

Wer ohne Bewilligung der Berechtigten und ohne dass er sich auf eine Ausnahmeregelung stützen kann, Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte nutzt, kann zivil- oder strafrechtlich belangt werden (Art. 61ff. URG). Auf zivilrechtlicher Ebene steht dem Urheber bzw. dem Rechtsinhaber ein umfangreiches zivilrechtliches Schutzinstrumentarium (Feststellungs- und Leistungsklage, vorsorgliche Massnahmen und Veröffentlichung des Urteils) zur Verfügung. Nebst einem Benutzungsverbot kann hier für die bereits erfolgte Nutzung auch Schadenersatz verlangt werden. Strafrechtlich gesehen handelt es sich bei Urheberrechtsverletzungen beziehungsweise bei der Missachtung von verwandten Schutzrechten um Vorsatzdelikte, die grundsätzlich auf Antrag zu verfolgen sind. Die Strafbestimmungen sehen in diesem Fall Gefängnis bis zu einem Jahr oder Busse bis zu 40'000 Franken vor. Bei gewerbsmässigem Vorgehen sind sie von Amtes wegen zu verfolgen (Art. 63 bzw. 69 URG) und es droht eine Gefängnisstrafe bis zu 3 Jahren und eine Busse bis zu 100'000 Franken.

## 13. **Schlussfolgerungen**

Es ist wohl kaum zu bestreiten, dass heutzutage über das Internet vielfach geschützte Werke ohne Beachtung der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte genutzt werden. Gründe hierfür mögen sein, dass es einerseits für die Informationsanbieter äusserst schwierig ist, die Rechte für die weltweite Online-Verbreitung geschützter Werke und Leistungen zu erwerben, andererseits ist es aber auch dem Rechtsinhaber - mindestens solange ihm die hiezu nötigen technischen Hilfsmittel fehlen - nicht möglich, die Verwendung seiner Werke auf dem Internet zu kontrollieren. Es gilt daher, mit geeigneten Massnahmen der Auffassung entgegenzuwirken, dass im Internet angebotene Werke gemeinfrei sind und somit von jedermann ohne entsprechende Einwilligung oder Entschädigung verwendet oder gar verändert werden dürfen.

Dies gilt umso mehr als mit dem geltenden Urheberrechtsgesetz ein geeignetes Instrumentarium zur Verfügung steht, um die Rechte der Urheber und weiterer Rechtsinhaber auch in diesem veränderten Umfeld zu gewährleisten.

3. Mai 1996 / ST