

Zaghafte Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip

Isabelle Häner

Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin an der Universität Zürich, Zürich

Michael Schmid

Lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Am 17. Dezember 2004 haben National- und Ständerat den Entwurf für ein Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) einstimmig verabschiedet. Insgesamt erstreckten sich die Vorarbeiten zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung über mehr als zwei Jahrzehnte und ein entsprechender Vorentwurf des Bundesamts für Justiz lag bereits im Oktober 1994 vor. Die Referendumsfrist läuft am 7. April 2005 ab, mit dem Inkrafttreten ist jedoch nicht vor dem 1. Januar 2006 zu rechnen.

Gemäss Art. 6 BGÖ hat jede Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, ohne dass es eines besonderen Interessennachweises bedarf. Diese radikale Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip wird allerdings durch zahlreiche Einschränkungen im BGÖ relativiert. Es wird von der praktischen Anwendung des Gesetzes abhängen, wieweit das Öffentlichkeitsprinzip tatsächlich verwirklicht wird. Als kritisch erscheinen namentlich der Geltungsbereich, die Ausgestaltung des Ausnahmekatalogs, das Verhältnis zum Datenschutzrecht sowie das eher schwerfällige Verfahren.

Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

Das Öffentlichkeitsgesetz gilt für die Bundesverwaltung und die Parlamentsdienste sowie für Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, soweit sie Erlasse oder erstinstanzliche Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG erlas-

sen. Letztere Bestimmung dürfte zu schwierigen Abgrenzungen führen, wo Organisationen sowohl Verfügungen erlassen, als auch mittels verwaltungsrechtlichen Verträgen bzw. privatrechtlich oder durch Realakte handeln.

In Art. 7-9 BGÖ sind zahlreiche Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip auf Grund öffentlicher oder privater Interessen festgeschrieben. Diese Regelungen sind (abgesehen vom Vorbehalt von Spezialbestimmungen in anderen Bundesgesetzen gemäss Art. 4 BGÖ) als abschliessend zu betrachten. Anders als im Vorentwurf, welcher beim Vorliegen möglicher Einschränkungsgründe regelmässig die Vornahme einer Interessenabwägung verlangte, soll nun bei Vorliegen solcher Gründe das Öffentlichkeitsprinzip generell beschränkt werden. Dabei fällt der unterschiedliche, oft aber sehr weite Rahmen möglicher Einschränkungsgründe auf. Den Behörden wird dadurch ein sehr weites Feld zur Einschränkung oder Verweigerung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten eröffnet. Gerade angesichts der fehlenden Möglichkeit einer Interessenabwägung ist zu postulieren, dass die Einschränkungsbestimmungen zurückhaltend angerufen werden, andernfalls der Zugang zu amtlichen Dokumenten in vielen Fällen illusorisch wird. Besonders hinzuweisen ist an dieser Stelle auf die Bestimmung, wonach kein Zugang besteht, wenn Informationen vermittelt werden können, die der Behörde freiwillig mitgeteilt worden sind, und deren Geheimhaltung die Behörde zugesichert hat (Art. 7 Abs. 1 lit. h). In dieser Allgemeinheit, insbesondere ohne Rücksicht auf den

Résumé: *L'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur la transparence marquera l'introduction du principe de la transparence dans l'ensemble de l'administration fédérale. Toute personne aura ainsi le droit de consulter des documents officiels, sans avoir à apporter la preuve d'un intérêt spécial. Le texte approuvé par le parlement comporte toutefois plus de restrictions au principe de la transparence que le projet qu'avait présenté le Conseil fédéral. Des exceptions importantes pourront ainsi empêcher l'exercice du droit d'accès. Il reste à espérer que l'administration, en appliquant la nouvelle loi, n'épuisera pas sa marge de manoeuvre au détriment des demandeurs d'accès, mais qu'elle mettra fin au principe du secret.*

Zusammenfassung: *Mit In Kraft treten des Öffentlichkeitsgesetzes wird im Bund das Öffentlichkeitsprinzip eingeführt. Demnach sollen amtliche Dokumente ohne besonderen Interessennachweis grundsätzlich allen Personen zugänglich sein. Etwas enttäuschend ist allerdings die Feststellung, dass das Parlament im Vergleich zum bundesrätlichen Entwurf dem Öffentlichkeitsprinzip weniger offen gegenüber stand. So beinhaltet das Gesetz nun wesentliche Restriktionen, welche den Zugang zu amtlichen Dokumenten behindern könnten. Es bleibt zu hoffen, dass die Verwaltung in der praktischen Anwendung des Gesetzes den ihr zustehenden Spielraum nicht zu Ungunsten der Informationssuchenden ausschöpft, sondern der grundsätzlichen Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip zum Durchbruch verhilft.*

Inhalt der entsprechenden Informationen, könnte die Norm intransparente Absprachen zwischen Behörden und Privaten begünstigen.

Gemäss Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten auch eingeschränkt, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann. Diesbezüglich ist zwar eine Interessenabwägung nicht generell ausgeschlossen, das öffentliche Interesse am Zugang soll jedoch nur ausnahmsweise überwiegen können. Auch hier fällt sodann auf, dass die Formulierung «beeinträchtigt werden kann» sehr vielfältige Situationen erfasst, welche zu einer Einschränkung des Datenzugangs führen. Schliesslich ist der Begriff der «Privatsphäre Dritter» im Vergleich zu sonst im Datenschutzrecht verwendeten Begriffen unklar. Es wäre sinnvoller gewesen, in Anlehnung an die Datenschutzgesetze von Personendaten und von besonders schützenswerten Daten zu sprechen (vgl. zur Begriffsbestimmung Art. 3 lit. a und c DSG). Ausdrücklich mit dem Schutz von Personendaten befasst sich im Übrigen Art. 9 BGÖ: Für amtliche Dokumente, welche nicht anonymisiert werden können, verweist Art. 9 Abs. 2 BGÖ auf Art. 19 DSG. Dieser Verweis beinhaltet einen Zirkelschluss, da Art. 19 DSG die Bekanntgabe von Personendaten einerseits an detaillierte Voraussetzungen knüpft, andererseits aber alternativ dazu auch das Bestehen einer (vom DSG verschiedenen) Rechtsgrundlage genügen lässt. Eine solche Rechtsgrundlage würde das BGÖ freilich gerade darstellen.

Insgesamt ist festzustellen, dass sich der Bundesgesetzgeber zu wenig um die Koordination des Öffentlichkeitsprinzips mit dem Datenschutzrecht bemühte. Dies wäre umso wichtiger, da zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip ein evidentes Spannungsverhältnis besteht. Datenschutz geht vom Grundsatz der Zweckbindung der Informationsbeschaffung aus, während umgekehrt ein voraussetzungsloses Zugangsrecht gemäss Öffentlichkeitsprinzip von der Zweckfreiheit ausgeht. Vielversprechender erscheinen diesbezüglich die Bemühungen im Kanton Zürich, wo die Vernehmlassung über den Entwurf eines Gesetzes über die Information und

den Datenschutz (IDG) inzwischen abgeschlossen wurde. Gemäss diesem Entwurf sollen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip formell im gleichen Erlass geregelt und materiell aufeinander abgestimmt werden.

Eher schwerfälliges Verfahren

Das Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten ist im BGÖ insgesamt eher schwerfällig ausgestaltet. Zunächst erfolgt eine Stellungnahme der Behörde zu einem konkreten Gesuch, worauf gegebenenfalls ein Schlichtungsantrag an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten zu stellen ist (Art. 13 BGÖ). Kommt keine Schlichtung zu Stande, erlässt dieser eine Empfehlung und erst danach kann eine anfechtbare Verfügung ergehen, welche schliesslich an die Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission weiterziehbar ist (Art. 14-16 BGÖ). Es versteht sich, dass das obligatorische Schlichtungsverfahren eine für Gesuchsteller äusserst unbefriedigende Verfahrensverzögerung bedeuten kann. Namentlich für Medienschaffende besteht die Gefahr, nicht innert nützlicher Frist von Dokumenten Kenntnis nehmen zu können. Schliesslich stellt die generelle Gebührenpflicht eine mögliche Schranke dar, auf welche ausländische oder auch kantonale Regelungen teilweise verzichten.

Ein wichtiger erster Schritt

Das BGÖ stellt trotz der angeführten Kritikpunkte eine taugliche, wenn auch vergleichsweise restriktive Abkehr vom Geheimhaltungsprinzip dar. Wenn dem Öffentlichkeitsprinzip in der Praxis tatsächlich zum Durchbruch verholfen werden soll, bedingt dies einerseits, dass die Behörden dies nicht durch eine grundsätzlich abwehrende Haltung weiter erschweren und andererseits, dass das Publikum, namentlich die Medien, von den gesetzlichen Möglichkeiten auch tatsächlich Gebrauch macht. Im Idealfall wäre eine offene Haltung der Behörden zu wünschen, wie sie beispielsweise in Schweden praktiziert wird. Dort werden zur Erleichterung des Zugangs zu den öffentlichen Akten umfassende Register geführt und sämtliche Akten zum vornherein öffentlich aufgelegt. ■

Liberté de l'art contre liberté de la politique: l'affaire Pro Helvetia

Edy Salmina

Avocat, directeur de Rete Uno RSI (Radio suisse de langue italienne), membre du Conseil suisse de la presse, Lugano

Lors de la controverse sur Pro Helvetia qui a secoué le monde politique à la fin de 2004, la question de la liberté de l'art s'est juxtaposée à celle de la liberté de la politique. La liberté artistique jouit-elle d'une marge de manœuvre sans limites, au point que chaque limitation est un acte de censure, comme cela a été dit? De son côté, le pouvoir politique a-t-il observé ses limites à lui?

Dans la discussion, on a souvent argumenté en disant qu'il ne fallait pas fixer de limites à la création artistique, qui, en quelque sorte, serait au-dessus de tous et de tout. WASSILY KANDINSKY n'était pas de cet avis. «Der Künstler.» écrivait-il «ist kein Sonntagskind des Lebens: er hat kein Recht, pflichtlos zu leben. Er hat eine schwere Arbeit zu verrichten, die oft zu seinem Kreuz wird» (voir dans: *Über das Geistige in der Kunst*, Berne 1952, 4^e éd., p. 135).

Notre droit constitutionnel semble partager l'avis du grand peintre russe. Depuis 1999, la liberté artistique y est reconnue explicitement (art. 21 Cst.). Mais comme les autres droits fondamentaux, elle peut être limitée (art. 36 Cst.), sous réserve de son noyau intangible. La création artistique ne dispose pas d'un espace juridique spécial. Son éventuelle limitation doit, bien entendu, se fonder sur une base légale, être proportionnée et justifiée par l'intérêt public. La liberté artistique peut par exemple céder le pas à la protection de la personnalité (ATF 120 II 225 c. 3a), ou tenir compte de la liberté de conscience (cf. D. KRAUSS, *Der strafrechtliche Konflikt zwischen Glaubensfreiheit und Kunstfreiheit*, in: *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zurich 1984, p. 209 ss). Rappelons aussi que l'in-

terdiction de la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) vaut pour les artistes comme pour n'importe qui. A l'opposé, la création artistique se trouve privilégiée en matière de pornographie (art. 197 al. 5 CP). Les oeuvres d'art sont protégées par la loi, par exemple par le biais de la propriété intellectuelle reconnue à leur créateur, indépendamment de leur qualité intrinsèque. Comme chaque liberté, celle de l'artiste a une composante de liberté et une composante de responsabilité.

L'exposition parisienne de Pro Helvetia a-t-elle violé la loi, par exemple en offensant la dignité de la personne d'un conseiller fédéral? Les limites du bon goût ont effectivement été dépassées par une oeuvre qui, d'ailleurs, se situe bien au-dessous du niveau de la véritable provocation artistique. Pour s'en rendre compte, il suffit de penser au courage créatif d'un Marcel Duchamp. Il ne s'agit là toutefois que de considérations personnelles, d'un jugement esthétique qui en vaut d'autres. Dans un Etat de droit, la question déterminante est autre. L'oeuvre a-t-elle violé une norme légale? Y a-t-il eu injure au sens de l'art. 177 CP? Une plainte pénale a-t-elle été déposée? Je pense que, le cas échéant, le principe in «dubio pro arte» devrait s'appliquer, mais le jugement est réservé aux tribunaux.

Le parlement n'est pas un juge

On arrive ainsi à la deuxième question, la plus importante. Est-il dans les compétences du parlement fédéral de décider si une création artistique a respecté la loi et, donc, s'il faut appliquer des sanctions? Une majorité politique peut-elle trancher une telle question? Je ne le crois pas. Le risque est trop grand que la décision soit prise en

Zusammenfassung: Im Dezember 2004 kürzte das Parlament das Budget der Pro Helvetia für das Jahr 2005 um eine Million Franken. Die Strafaktion hatte die Ausstellung von Thomas Hirschborn im «Centre culturel suisse de Paris» mit dem Titel «Swiss-Swiss Democracy» und seinen Protest «gegen die Absurdität der direkten Demokratie» im Visier. Die Kunst genießt nicht eine grenzenlose Freiheit. Aber auch das Parlament muss seine Grenzen beachten. Wenn es die schweizerische Kulturpolitik ändern will, so muss dies über die Anpassung von Normen gehen und nicht indirekt über eine Budgetkorrektur. Die Trennung der Organe, welche über Subventionen entscheiden, und der politischen Behörden ist für eine freie Entwicklung der Kunst unentbehrlich.

Résumé: *En décembre 2004, les Chambres fédérales ont coupé un million dans le budget de Pro Helvetia pour 2005. C'était un geste punitif visant l'exposition de Thomas Hirschhorn au Centre culturel suisse de Paris, intitulée «Swiss-Swiss Democracy» et se voulant une protestation «contre l'absurdité de la démocratie directe». L'art ne jouit pas d'une liberté illimitée. Mais le parlement lui aussi doit observer des limites. S'il veut changer la politique culturelle de la Suisse, il doit modifier les normes légales qui la régissent, et ne pas agir indirectement, par le biais d'une décision budgétaire. La séparation entre l'organe prenant des décisions de subventionnement et les autorités politiques est indispensable à une création artistique libre.*

méconnaissance de cause, en se laissant guider par des considérations partisans et non légales. Dans un Etat de droit, le parlement fait les lois, mais c'est à d'autres instances d'en vérifier le respect dans un cas donné. S'il veut un changement de cap dans la politique culturelle, le pouvoir législatif doit modifier les normes légales. Il pourrait par exemple augmenter la protection pénale de l'honneur, en général ou, comme c'est le cas dans certains pays, spécialement pour les personnes exerçant une fonction publique, tels les conseillers ou juges fédéraux. Les Chambres pourraient aussi modifier la loi sur Pro Helvetia, en changeant les objectifs de la Fondation (art. 2), les procédures de décision (art. 11 al.2) ou les relations avec le Parlement (art. 12 al.1 et 13).

Dans le débat aux Chambres, un des arguments a été de dire que Pro Helvetia, ayant pour but de promouvoir l'image de la Suisse à l'étranger, n'avait pas à financer une oeuvre aussi négative à l'égard de la Suisse que celle de Hirschhorn. Si le pouvoir législatif souhaite redéfinir le concept de «promotion» de la Suisse pour n'y englober que ce qui donne de la Suisse une image lisse et sans conflits, c'est au niveau de la loi régissant la Fondation Pro Helvetia qu'il doit agir, en la modifiant.

A mon avis, de tels changements ne seraient pas souhaitables et ne répondraient pas à une idée libérale de la politique culturelle. Mais il y aurait, au moins de la clarté dans le débat.

Ce qui ne paraît pas acceptable, c'est de viser grosso modo les mêmes objectifs par d'autres moyens. Tout comme l'art, la politique a ses droits, mais aussi ses responsabilités. Certes, formellement, le parlement n'a condamné ni un artiste ni une oeuvre d'art. La décision a été prise dans le cadre de l'examen du budget de Pro Helvetia, qui est dans les compétences du législatif. Toutefois, la façon et les motivations transforment un choix formellement budgétaire en une mesure concrète avec des effets précis. Ceci est d'autant plus délicat en matière de liberté artistique, où l'aspect le plus important n'est pas tant la garantie clas-

sique de non-intervention étatique, mais la «Bereitschaft der politischen Behörden und der weiteren Öffentlichkeit, durch finanzielle Stützung und Einrichtung garantierter Freiräume ein Forum sicherzustellen, das Brenn- und Ausstrahlungspunkt der Künste sein kann» (J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3e éd., Berne 1999, p. 314).

Le sens profond de la loi de 1965

La loi sur Pro Helvetia remonte à 1965. Elle favorise le financement de la création artistique par les fonds publics, mais met clairement les décisions de subventionnement à l'abri des influences tant du parlement que du gouvernement. L'idée de base, c'est que le développement de la vie culturelle et sa manifestation hors des frontières est dans l'intérêt national et qu'il est bon d'y investir de l'argent; mais en même temps, il s'agit d'éviter que l'art puisse être utilisé à des fins politiques et de respecter la liberté de création - et de conscience - des artistes. Imagine-t-on le scénario du pouvoir politique gérant le financement des activités artistiques et répartissant les moyens selon la force de chaque parti? Il y aurait alors les «artistes du Palais», dans un pays où on a parfois de la peine à justifier le fait que le gouvernement intervient dans les débats politiques...

Le paradoxe, dans ce débat, c'est qu'on a voulu rappeler l'art aux respect de règles, sans se préoccuper beaucoup de celles sur la séparation des pouvoirs. Le résultat est tout sauf réjouissant. Le reste du monde pense maintenant qu'en Suisse, les artistes sont tenus en laisse par le pouvoir politique, alors qu'en réalité peu de pays sont aussi libéraux que le nôtre dans le financement de la création artistique. En même temps, celui qui se verra refuser une subvention de la part de Pro Helvetia à l'avenir pourra aisément crier à la discrimination politique, ce qui réduira -au lieu de l'augmenter comme il le faudrait - l'autonomie de Pro Helvetia. Vu de la situation, beaucoup d'artistes vont se tourner vers les sponsors et le mécénat, qui, généralement, ne peuvent se soucier du fédéralisme et des minorités. Cela en valait-il la peine? ■

Netzwerkkriminalität: Straflosigkeit für Access-Provider

David Rosenthal

Lic. iur., Rechtskonsulent, Zürich

Im Sommer 1998 ging ein Protestschrei durch die Schweizer-Internet-Szene: Mit einem Brief wollte die damalige Bundespolizei die Provider faktisch zur Sperrung diverser fremdenfeindlicher Seiten zwingen. Es folgte eine lange Debatte über die (straf-)rechtliche Verantwortlichkeit von Providern. Während das Bundesamt für Justiz die Ansicht vertrat, Provider seien strafbar, wenn sie den Zugang zu illegalen Seiten irgendwo im Internet nicht sperren, wurde dies in der Lehre rundweg abgelehnt. Die Praxis liess reine Zugangsanbieter mehr oder weniger unbehelligt und schonte bei fehlendem Vorsatz auch die sog. Hosting-Provider, also jene, die Internet-Server betreiben, auf denen Dritten ihre Online-Angebote unterbringen können.

Das entspricht der internationalen Entwicklung und ist richtig so. Es kann nicht sein, dass Provider als Stellvertreter pauschal für von anderen mittels Internet begangene Straftaten verantwortlich gemacht werden, nur weil sich die «wahren» Täter nicht oder nur schwer verfolgen lassen; den Providern fehlt schon die Nähe zur Tat. Deshalb hat auch die EU die Verantwortlichkeit von Providern in ihrer E-Commerce-Richtlinie schon seit geraumer Zeit stark eingeschränkt. Zumindest in strafrechtlicher Hinsicht will dies jetzt die Schweiz ebenfalls tun und damit für die längst überfällige Rechtssicherheit sorgen. Der Bundesrat hat hierzu einen Vorentwurf für eine Änderung des Strafgesetzbuches in die Vernehmlassung geschickt (Frist: 30. April 2005). Er folgt damit einer Motion von Ständerat Pfisterer vom Jahre 2000 und zwei im Jahre 2003 vorgelegten Expertenberichten.

Der Vorentwurf will vor die bisherigen Bestimmungen zum Medienstrafrecht (die weiterhin gelten, auch für Anbieter, Auto-

ren und Redaktoren von Online-Publikationen) eine eigene Bestimmung zur «Strafbarkeit in elektronischen Kommunikationsnetzen» einfügen. Werden mittels Übertragung, Bereitstellung oder Bereithaltung von Informationen in einem elektronischen Kommunikationsnetz Straftaten begangen, bleibt derjenige, der nur den Zugang zu diesem Netz anbietet, straffrei. Access-Provider haben demnach auch keine Verpflichtung zur Sperrung des Zugangs. Es stellt sich immerhin die Frage, ob auch jener Provider straffrei bleiben soll, der nicht dem Abrufer, sondern dem Täter mit Wissen und Willen den Zugang ins Internet oder andere Netze gewährt.

Volle zivilrechtliche Haftung bleibt

Für Hosting-Provider bestimmt neu ein echtes Unterlassungsdelikt die Strafbarkeit; faktisch schränkt es diese vermutlich ein: Mit Gefängnis oder Busse soll bestraft werden, wer in einem elektronischen Kommunikationsnetz fremde Informationen automatisiert bereithält, mittels denen, «wie er sicher weiss», eine nach Schweizer Recht strafbare Handlung begangen wird, und deren Nutzung er nicht mit den ihm technisch möglichen und zumutbaren Mitteln verhindert. Internet-Suchmaschinen wie Google sind eingeschlossen, Domain-Registrierstellen möglicherweise auch, was wohl zu weit geht. Der Provider seinerseits muss nicht prüfen, ob seine Kunden seine Infrastruktur für Straftaten benutzen - dies wäre ohnehin unrealistisch. Wann aber weiss der Provider «sicher», dass eine Straftat vorliegt? In umstrittenen Fällen erst mit der rechtskräftigen Verurteilung des Täters?

In der Praxis wird ein Hosting-Provider mit der Sperrung von Inhalten allerdings meist nicht zuwarten, bis er sich hinsichtlich der

Résumé: *Dans le cadre d'une révision du Code pénal, on va préciser en Suisse également que le fournisseur d'accès à Internet n'est pas punissable pour le seul fait qu'il offre l'accès à des contenus illicites. En revanche, un provider sur le serveur duquel un client a déposé des contenus illicites est tenu d'éliminer ceux-ci aussitôt qu'il «sait avec certitude» qu'un acte délictueux est commis. Cette solution est logique dans son principe et se retrouve également sous une forme semblable dans l'UE. En revanche, l'obligation d'annoncer les soupçons portant sur de possibles actes délictueux, proposée par l'avant-projet récemment mis en consultation, est absurde. Elle conduirait à une surcharge des autorités et handicaperait la lutte contre la criminalité sur le réseau au lieu de la favoriser. Des mesures de la part des autorités semblent plus indiquées que des devoirs supplémentaires à la charge des fournisseurs d'accès. Il est vrai que l'avant-projet prévoit également de telles mesures.*

Zusammenfassung: *Im Rahmen einer Revision des Strafgesetzbuches soll nun auch in der Schweiz klargestellt werden, dass Internet-Provider alleine deswegen, dass sie Zugang zur strafbaren Inhalten im Internet anbieten, nicht strafbar sind. Dagegen muss ein Provider, auf dessen Server ein Kunde illegale Inhalte deponiert hat, diese entfernen, sobald er «sicher weiss», dass damit eine Straftat begangen wird. Beides ist im Grundgesetz sinnvoll und existiert so ähnlich auch in der EU. Unsinnig ist dagegen die Meldepflicht für Hinweise auf mögliche Straftaten, die der jüngst vorgelegte Vernehmlassungsentwurf ebenfalls verlangt: Sie würde zu einer Überflutung der Behörden führen und eine Bekämpfung der Netzwerkkriminalität wohl eher behindern als fördern. Anstatt Provider zusätzlich in die Pflicht zu nehmen, sind Massnahmen auf Seiten der Behörden sinnvoller. Immerhin sieht der Vorentwurf auch solche vor.*

Strafbarkeit «sicher» ist, denn der Vorentwurf regelt nur die Strafbarkeit; zivilrechtlich kann der Provider bereits bei Fahrlässigkeit haftbar werden. Bei Urheber- oder Markenrechtsverletzungen beispielsweise bringt die neue Regelung den Providern wenig: Sie machen sich zwar nicht unmittelbar strafbar, müssen aber mit Schadenersatzansprüchen rechnen, wenn sie nach substantiierten Hinweisen in einem anwaltlichen Abmahnschreiben nicht tätig werden.

Unsinnige Meldepflicht für Hosting-Provider

In einem zweiten Teil will der Vorentwurf dem Bund Kompetenzen für Vorabklärungen und erste Ermittlungsaktivitäten sowie zur Koordination kantonaler Ermittlungen im Bereich der Netzwerkkriminalität gewähren. Er zieht damit Lehren aus der Operation «Genesis» gegen Kinderpornographie im Internet vom Jahre 2002, die zahlreiche Ineffizienzen offenbart hatte. Die Strafverfolgung soll aber Sache der Kantone bleiben. Eingespannt werden sollen neu auch die Hosting-Provider: Leiten sie nicht alle Hinweise Dritter auf begangene Straftaten an die Strafverfolgungsbehörden weiter, müssen sie ihrerseits mit Gefängnis oder Busse rechnen. Diese Meldepflicht ist gemäss Begleitbericht das «eigentliche gesetzgeberische Ziel» der Vorlage. In Tat und Wahrheit soll sie aber wohl eher den Eindruck vermeiden, man komme den Providern zu weit entgegen. Diesbezügliche Befürchtungen wären unbegründet. Im Gegenteil: Die Gesetzesrevision ist längst überfällig.

Die Meldepflicht ist zudem praxisfern und wird die Straftaten im Internet sicher nicht eindämmen. Die meisten Schweizer Provider nehmen heute ihre Verantwortung durchaus ernst, sei es nur wegen der stets möglichen eigenen, zivilrechtlichen Haftung. Inhalte mit Anschein von Illegalität werden in der Regel von den Provider-internen «Abuse»-Stellen rasch entfernt. Eine Meldepflicht wäre für die Provider nicht unbedingt ein Problem, sofern sie dafür keine neuen technischen Systeme einrichten müssen. Die Behörden (wer wäre zuständig?) hingegen würden wohl so viele Hinweise erhalten, dass sie diese gar nicht mehr sinnvoll und seriös auswerten könn-

ten. Schon ohne Meldepflicht gingen 2004 bei der KOBIK, der nationalen Koordinationsstelle zur Bekämpfung von Internet-Kriminalität, 540 Meldungen pro Monat ein. Diese Zahl würde sich wohl vervielfachen. Sogar der Bundesrat geht davon aus, dass ein «vorsichtiger» Hosting-Provider alle eingehenden Hinweise an die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten wird, selbst wenn unklar ist, ob eine Straftat vorliegt. Eine Einschränkung bezüglich Hinweisqualität oder Art der Straftat gibt es aber nicht.

Auch firmeninterne Netze erfasst?

Hinzu kommt, dass auch sämtliche elektronischen Marktplätze, insbesondere aber Online-Auktionshäuser, erfasst sein dürften. Diese Stellen erhalten - naturgemäss - besonders viele Hinweise auf Verletzungen von Marken- und Urheberrechten (z.Z. über 100 pro Tag) und müssten diese demnach alle weiterleiten. Die Einschaltung der Behörden kann zwar in Einzelfällen sinnvoll sein; der Entscheid darüber kann jedoch den verletzten Rechteinhabern überlassen werden, und es kann bei solchen Delikten ohne Not ein Strafantrag oder eine Anzeige abgewartet werden.

Gemäss Wortlaut des Vorentwurfs könnten sogar Betreiber firmeninterner Netzwerke der Meldepflicht unterliegen; die sog. «LANs» werden im Begleitbericht explizit erwähnt. Ob und wie es der Bekämpfung der Netzwerkkriminalität dienen soll, wenn Unternehmen unter Umständen die eigenen Mitarbeiter anzeigen müssen, bleibt aber unbeantwortet. Dies gilt auch für diverse andere offene Punkte, wie etwa die Strafbarkeit ausländischer Provider oder die in der Praxis relevante Frage, ob und wie ein Hosting-Provider Wiederholungstaten verhindern kann und muss.

Fazit: Der Vorentwurf folgt dem internationalen Trend und geht in die richtige Richtung, hat jedoch diverse Ecken und Kanten und wirft Fragen auf. Die Pflicht zur Meldung von Hinweisen auf Straftaten ist unsinnig und unnötig. Wenn die Bekämpfung der Netzwerkkriminalität in der Schweiz verbessert werden soll, dann nicht durch eine Strafandrohung an die Adresse der Provider, sondern durch Massnahmen auf Seiten der Behörden. Immerhin sieht der Vorentwurf auch solche vor. ■

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

Verbesserung des Konsumenten-
schutzes im Fernmeldebereich

Durch eine Änderung der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV) werden die Fernmeldedienstanbieterinnen dazu berechtigt, den Zugang zu einzeln zugeteilten Nummern (08xx und 090x) zu sperren, wenn der begründete Verdacht besteht, dass die Inhaber diese Nummern zu einem illegalen Zweck oder auf illegale Art nutzen. Der Bundesrat kommt so einer Forderung der wichtigsten Fernmeldedienstanbieterinnen nach. Die Sperrung ist allerdings auf höchstens vier Arbeitstage beschränkt und dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) unverzüglich zu melden. Dieses überprüft dann die Notwendigkeit, ein Nummernwiderrufsverfahren zu eröffnen und vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen.

Der Bundesrat hat auch Regelungen für über SMS oder MMS erbrachte Mehrwertdienste erlassen. Er hat die Verwaltung und Zuteilung der Kurznummern für diese Dienste den Fernmeldedienstanbieterinnen übertragen und ihnen gleichzeitig auferlegt, Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen zu ergreifen. So müssen die Fernmeldedienstanbieterinnen fortan ihren Abonentinnen und Abonenten die Möglichkeit gewähren, den Zugang zu kostenpflichtigen oder für die Erwachsenenunterhaltung bestimmten SMS- oder MMS-Diensten zu sperren. Damit die Zustellung von Verfügungen und anderer Mitteilungen der Behörden an Inhaber von Adressierungselementen mit Sitz im Ausland garantiert ist, sind diese nunmehr verpflichtet, über eine Korrespondenzadresse in der Schweiz zu verfügen. Auf diese Weise ist es für die Konsumentinnen und Konsumenten einfacher, sich direkt bei den Mehrwertdienstanbieterinnen zu beschweren. Aus den gleichen Gründen wird durch eine Änderung der Fernmeldedienstverordnung (FDV) auch von allen im Ausland niedergelassenen Fernmeldedienstanbieterinnen eine Korrespondenzadresse in der Schweiz verlangt. Der Bundesrat hat zudem die Verordnung über Fernmeldeanlagen (FAV) an die jüngsten internationalen Entwicklungen, besonders in der Europäischen Union, angepasst und die Verordnung über Frequenzmanagement und Funkkonzessionen (FKV) geändert, indem er das BAKOM von der Verpflichtung befreit hat, ein Amateurfunkverzeichnis zu führen. ■

Qui doit surveiller les spots
publicitaires?

A qui doit incomber la surveillance du contenu des spots publicitaires à la télévision et à la radio? Actuellement,

L'Autorité indépendante des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) est compétente chaque fois que la libre formation de l'opinion ou des grands principes culturels sont en jeu, alors que l'OFCOM s'occupe notamment du respect des règles sur la durée et la présentation. En mars 2004, lors de l'examen de la nouvelle LRTV, le Conseil national avait attribué l'ensemble de cette tâche à l'AIEP, dans un souci de simplification. Cette autorité lui avait paru toute indiquée en raison de son statut d'indépendance. Or le Conseil des Etats a été invité par sa commission des transports et des télécommunications à tracer la frontière autrement: c'est l'OFCOM qui désormais s'occuperait de l'ensemble de la partie publicitaire. L'AIEP ne serait plus compétente que pour la publicité clandestine dans les émissions. Cette position contredit les efforts au niveau européen visant à mieux assurer l'indépendance de la radio et de la télévision, en instituant des autorités de surveillance indépendantes du pouvoir politique (voir la Recommandation Rec (2000) 23 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion, du 20 décembre 2000). ■

Bundesgesetz über die elektro-
nische Signatur in Kraft

Elektronische Signaturen sind den handschriftliche Unterschriften gleichgestellt. Der Bundesrat hat die ausführende Verordnung zum Bundesgesetz über die elektronische Signatur verabschiedet und ganze Paket auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt.

Das Parlament hat am 19. Dezember 2003 das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES) verabschiedet. Dieses definiert die Bedingungen, unter denen Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten auf freiwilliger Basis anerkannt werden können, und regelt ihre Tätigkeiten im Bereich der elektronischen Zertifikate. Es legt zudem die Voraussetzungen fest, die eine elektronische Signatur erfüllen muss, um die gleichen Wirkungen wie eine handschriftliche Unterschrift erzielen zu können. Ausserdem regelt es die Frage der Verantwortung der Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten, der Anerkennungsstellen und der Inhaberinnen und Inhaber von Signaturschlüsseln. Die Zertifizierungsverordnung hebt das vom Bundesrat im Jahr 2000 versuchsweise eingeführte Zertifizierungssystem auf. Sie konkretisiert insbesondere die Verpflichtungen, die anerkannten Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten auferlegt werden, und erteilt dem BAKOM den Auftrag, die nötigen technischen und administrativen Vorschriften zu erlassen. ■